

cuanto al marido, que en principio, no debe restituir los bienes, no debe dar fianza. Es decir que es propietario y que puede efectuar actos de disposicion. En los casos en que, por excepcion, deba restituir los bienes de la mujer que toma como donatario ó legatario, es simple administrador, obligado, como tal, á dar fianza, y en consecuencia, no puede efectuar más que actos de administracion; los actos de enajenacion que efectuara serian nulos (1).

218. El cónyuge que opte por la disolucion de la comunidad goza de los frutos, en la proporcion establecida en el art. 127. La ley llama *administracion legal* á la posesion del cónyuge que opte ya por la continuacion de la comunidad, ya por la disolucion provisional, y da al administrador legal el mismo goce que al heredero poseedor provisional. Solo hay esta diferencia: que la continuacion de la comunidad termina si la ausencia ha continuado durante treinta años desde que la época en que el cónyuge comun haya tomado la administracion de los bienes del ausente; entónces no procede la posesion definitiva en beneficio del cónyuge que continúa la comunidad. Miétras que si opta por la disolucion provisional, está asimilado á todos los poseedores, y puede, en consecuencia, pedir la posesion definitiva.

Si há lugar á restitucion de los bienes ántes de la posesion definitiva, se aplica el art. 127, combinándolo, si procede, con los principios sobre la comunidad. Quiere decir que es necesario distinguir: si los frutos han sido percibidos miétras ha durado la comunidad, los adquiere el cónyuge, en verdad, conforme al art. 127, pero debe hacerlos ingresar en la comunidad en virtud del art. 1401. En cuanto á los frutos percibidos despues de que la comunidad estuviere disuelta, ó reputada tal, se aplica el art. 127, sin distincion alguna.

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. I, ps. 293-295, núm. 18.

SECCION IV.—De los hijos menores.

219. ¿Qué pasa con los hijos menores despues de la declaracion de ausencia? ¿Procede en todos casos la apertura de la tutela? Acerca de esta cuestion hay una grande incertidumbre en la doctrina. Se está de acuerdo en decir que el código civil no se ocupa de los hijos menores despues de la declaracion de ausencia; de donde se deduce que debe aplicarse el principio general que domina la declaracion de ausencia; la presuncion de muerte, que abre los derechos de los presuntos herederos, debe abrir igualmente la tutela. Se exceptúa, segun algunos autores, el caso en que el cónyuge presente opte por la continuacion de la comunidad (1).

El punto de partida que sirve de base á la opinion comun nos parece más que dudoso. ¿Es verdad que el código de Napoleon no se ocupa de la suerte de los hijos despues de la declaracion de ausencia? El capítulo IV y último del título de la ausencia se intitula: *De la vigilancia de los menores cuyo padre haya desaparecido*. Estos términos son generales y abrazan el segundo periodo de la ausencia tanto como el primero. ¿No es con intencion como los autores del código han colocado al fin del título IV el capítulo que trata del cuidado de los hijos? ¿No tiene por objeto hacer notar claramente que las disposiciones de ese capítulo no se aplican sólo á la presuncion de ausencia? En los tres artículos del capítulo el legislador se sirve siempre de estas expresiones generales: *si el padre ha desaparecido, la desaparicion del padre, si uno de los cónyuges ha desaparecido*: ¿Por qué limitar estas expresiones á una hipótesis particular? Se aplican á la de-

1 Dalloz resume la doctrina general (*Repertorio*, en la palabra *Ausencia*, núms. 569-571).

claracion de ausencia lo mismo que á la presuncion de ausencia. De consiguiente, debe decirse que la ley decide la cuestion que hemos establecido: los arts. 141, 142 y 143, conciernen al segundo período de la ausencia lo mismo que al primero. Veamos si las disposiciones resisten á la interpretacion que les daremos segun el lugar que ocupan y conforme al sentido natural de las expresiones empleadas en la ley.

220. El padre ha desaparecido; la madre está presente; ésta tendrá el cuidado de los hijos menores, dice el artículo 141, y ejercerá todos los derechos del marido en cuanto á su educacion y á la administracion de sus bienes. Esto no es la tutela, es el ejercicio de la patria potestad (1). Eso es incontestable durante la presuncion de ausencia. Se pretende que la declaracion de ausencia reemplaza la patria potestad con la tutela. No lo dice el art. 141. Se necesitaria, pues, que así resultase de los principios de la tutela combinados con los principios de la ausencia. ¿Cuándo procede la tutela? Cuando muere uno de los padres; durante la vida del padre y de la madre nunca hay tutela. En el presente caso, la madre está presente; el padre ha desaparecido y hay incertidumbre sobre su vida. ¿Basta esta incertidumbre para que se deba nombrar un tutor á sus hijos? Para eso se necesitaria un texto, y no lo hay. El art. 141 excluye, por el contrario, la tutela, puesto que conserva la patria potestad. Se invoca la presuncion de muerte que resulta, se dice, de la declaracion de ausencia. Nosotros contestamos que tiene tan poca presuncion de muerte, que la ley organiza la administracion de los bienes del ausente en su interés. Tan poco muerto lo presume, que permite al cónyuge presente continuar la sociedad de los bienes que ha contratado con el ausente; ¿se continúa

1 Véanse las páginas anteriores, núm. 145.

una sociedad con una persona á quien se presume muerta? Se pretende que despues de la declaracion de ausencia la ley hace provisionalmente lo que haría en definitiva, si la muerte del ausente resultara cierta; de lo cual se deduce que debe organizarse provisionalmente la tutela de los hijos como si hubiera muerto el ausente. Contestamos á ese pretendido principio: el derecho que la ley concede al cónyuge presente, de continuar la comunidad y de impedir con ello la posesion de los herederos, basta para volver á la nada la presuncion de muerte y la teoria de una apertura provisional de la herencia. De aquí que permanezcamos bajo el imperio de los principios que rigen la tutela: no hay tutela mientras no esté probada la defuncion de uno de los padres.

Se dice que si los presuntos herederos son puestos en posesion, hay necesidad de abrir la tutela, en interés de los hijos menores. ¿Por qué organiza la ley la tutela, aunque uno de los padres sobreviva y tenga el ejercicio de la patria potestad? Porque los hijos son herederos de sus padres muertos ántes; de ahí competencias de intereses entre ellos, y el superviviente de los cónyuges, y tambien la necesidad de una nueva garantia para los menores, garantia que encuentra en la tutela. Ahora bien, cuando uno de los cónyuges ha desaparecido y su ausencia es declarada, los hijos son llamados provisionalmente á su sucesion; existe, pues, competencia de intereses entre ellos y el cónyuge presente, y en consecuencia, necesidad de organizar la tutela. Hay certeza en esta objecion, pero se dirige al legislador; el intérprete ni tiene que ver si la ley habria debido organizar la tutela, sino si la ha organizado. Por otra parte, se exagera la oposicion de intereses que puede haber entre los hijos y el cónyuge supérstite. No se trata, además, sino de una administracion provisional y no de una particion definitiva. Los intereses no están

arreglados definitivamente más que en el tercer período, y cuando los hijos sean mayores.

El cónyuge presente puede impedir la posesion provisional de los presuntos herederos optando por la continuacion de la comunidad. En el caso del art. 141, los hijos son los presuntos herederos. La ley subordina, en consecuencia, su interés al del cónyuge presente. ¿Procede, en ese caso, la tutela? La mayor parte de los autores contestan negativamente. Esto es una inconsecuencia, dice M. Demolombe, y tiene razon. ¿No hay presuncion de muerte por el solo hecho de ser declarada la ausencia? ¿No pueden tener bienes los hijos, y en ese caso no habria tal competencia de intereses que hace necesaria la tutela (1)? Es forzoso escoger, ó decidir que la tutela está abierta en todos casos, ó que no está abierta. A juicio nuestro, la declaracion de ausencia y las medidas que la siguen, la posesion provisional ó la comunidad continuada, no conciernen más que á la administracion de los bienes del ausente; nada tienen de comun con la tutela. La patria potestad, que reside en el cónyuge presente, basta para proteger los intereses de los menores.

221. El padre desaparece, y la madre habia muerto á la hora de esta desaparicion. En ese caso, la vigilancia de los hijos es conferida por el consejo de familia á los ascendientes más inmediatos, y en su defecto, á un tutor provisional (art. 142). De consiguiente la tutela se abre. Esta es, como ántes hemos dicho (núm. 148), la aplicacion del derecho comun. ¿Causará un cambio en este estado de cosas la declaracion de ausencia? Nos parece evidente que no. Existe ya un tutor durante la presuncion de ausencia, y este tutor continuará en sus funciones durante el segundo período. ¿Se dirá que el art. 142 no habla más que de un

1 Demolombe, *Curso del código de Napoleon*, t. II, p. 456, número 335.

tutor provisional, y que despues de la declaracion de ausencia será definitiva la tutela? Eso seria declarar falto de juicio al legislador. La tutela es y permanecerá *provisional*, puesto que de derecho el cónyuge ausente es el tutor, y como tal será considerado mientras no se pruebe su muerte; el tutor nombrado por el consejo de familia, no puede ser, en consecuencia, más que provisional.

Hé ahí, pues, una hipótesis en la cual la declaracion de ausencia no cambia en nada las medidas tomadas durante la presuncion de ausencia. El art. 142 prevé tambien otro caso: si la madre llegase á morir despues de la desaparicion del padre y *antes de que la ausencia haya sido declarada*. Estas últimas palabras, se dice, demuestran que despues de la declaracion de ausencia ha lugar á aplicar las leyes generales sobre la tutela. De donde se deduce que siempre y en toda hipótesis ha lugar á organizar la tutela cuando la ausencia es declarada. La conclusion no es lógica. En efecto, el art. 142 prevé únicamente el caso en que la madre fallezca durante el primer período; de consiguiente, no puede aplicarse lo que dice en el caso en que la madre viva todavía. No sólo es ilógico eso, sino contrario á los principios de derecho en materia de tutela. De que deba haber tutela cuando la madre fallece, ¿se deduce que tambien debe haberla cuando la madre vive? ¿Qué significan las palabras: «si la madre llegase á morir *antes de de que la ausencia del padre haya sido declarada*?» El sentido es muy sencillo. Supóngase que la madre fallece seis meses despues de la desaparicion del padre. ¿Se organizará inmediatamente una tutela provisional ó se esperará á que haya declaracion de ausencia? Esta es la única dificultad que el art. 142 ha tenido que decidir; y la ha decidido en interés de los hijos. Aunque todas las probabilidades estén por la vida del ausente, aunque le corresponde la tutela, debe proveerse en seguida á la vigilancia de los

hijos, debe nombrarse un tutor que sustituya al padre. Será un tutor provisional, dice la ley. ¿Quiere decir que después de la declaración de ausencia se nombrará un nuevo tutor, que será definitivo? De antemano hemos contestado la pregunta. Todo es provisional durante el segundo período de la ausencia; el mismo código lo dice, puesto que organiza una posesión provisional. ¿Cómo podría ser definitiva la tutela, cuando el verdadero tutor, es decir, el cónyuge ausente, puede reaparecer de un día á otro?

Así, pues, en las dos hipótesis previstas en el art. 142, la declaración de ausencia en nada modifica las medidas tomadas durante el primer período. Lo mismo es en el caso del art. 143, si uno de los cónyuges desaparece dejando hijos nacidos de matrimonio precedente. La tutela se abre antes de la desaparición del ausente y continúa después de que el tutor hubiere desaparecido; pero como no puede ejercer sus funciones, la ley exige que se le sustituya con un tutor provisional, el cual permanecerá en ejercicio después de la declaración de ausencia, en tanto que el cónyuge presente no regresare.

En definitiva, el capítulo IV provee á todas las necesidades, si hay hijos menores. La declaración de ausencia deja subsistir las medidas que han sido tomadas durante la presunción de ausencia.

CAPITULO IV.

DE LA POSESION DEFINITIVA Y DEL FIN DE LA AUSENCIA.

SECCION I.—De la posesion definitiva.

§ 1º Cuando procede.

222. La toma de posesión definitiva procede en dos casos: primero, si la ausencia ha continuado durante treinta años desde la posesión provisional, ó desde la época en que el cónyuge comun haya tomado la administración de los bienes del ausente; después, si han trascurrido cien años desde el nacimiento del ausente (art. 129). ¿Cuál es el punto de partida de los treinta años, en la primera hipótesis? La ley lo dice: es la posesión provisional ó la administración legal del cónyuge comun en bienes. A pesar de este texto expreso, la mayor parte de los autores doctrinan que el plazo corre desde la declaración de ausencia. No es la posesión provisional, dicen, ó la administración legal, la que hace nacer la presunción ó cuando ménos la probabilidad de muerte, sino la declaración de ausencia pronunciada después de las informaciones solemnes y de una publicidad que llegue á todas partes del mundo. ¿Qué importa entonces cuándo tenga lugar la posesión provisional? ¿que importa siquiera que tenga lugar? El fallo que decla-