

Las obligaciones de éste serán las anejas á la administración, y, en general, las responsabilidades del mandato; la retribución de su representación ó administración, que nunca debe reputarse comprendida en el principio de *gratuidad* del mandato, será también objeto de la determinación judicial, no presumiendo que debe pasar nunca del tipo máximo del 10 por 100, por lo que dispone el art. 2.042 de la ley de Enjuiciamiento civil, que no hay inconveniente en reputar complementario de esta doctrina.

También es de aplicar el núm. 24 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, á fin de determinar la competencia del Juez á quien corresponda la designación de representante, sobre cuyo extremo, sin duda por su carácter procesal, nada dice el Código, y según el cual será Juez competente el del último domicilio que el presunto ausente hubiera tenido en territorio español, cualesquiera que sean el lugar ó lugares diversos en que radicaran sus bienes.

Además de este representante *dativo*, de nombramiento judicial, para la generalidad de los casos, es de notar que, según el art. 183 del Código, existe una especie de representación *legítima*, que corresponde, antes que la *dativa*, al cónyuge respecto del ausente, cuando no estuviesen legalmente separados, y en defecto del cónyuge, á los padres, hijos y abuelos, por el orden que establece el art. 220 del Código para la tutela; y aunque en esto no está explícito el Código, entendemos que en tal caso pudiera dudarse si es ó no necesaria la intervención del Juez, ó lo que es lo mismo, si *en todo caso*, y cualquiera que sea la situación familiar del ausente al tiempo de su ausencia, en el primer grado de la provisional ó presunta, habrá de aplicarse el criterio de la intervención judicial á que se refiere el art. 181 del Código y considerarse sólo el 183 como determinante de la persona en quien ha de recaer el nombramiento de representante cuando haya cónyuge ó las personas designadas en el art. 220 para la tutela, ó si, por el contrario, las hipótesis del 183 de dejar el ausente personas de la familia de esa condición hará innecesaria la intervención judicial ó aplicación del art. 181.

Nos parece la interpretación más prudente la de limitar el alcance del art. 183 á la simple expresión de los casos y personas para la representación *legítima* del ausente presunto, sin perjuicio de la intervención judicial que hará la designación dentro de ellas, ó sea de la aplicación del 181; porque de todas suertes, además que la construcción del Código así lo revela, y la redacción del 183 no autoriza para atribuir interpretación tan extensiva, cualquiera que sea el derecho que el Código reconozca al cónyuge ó á otros parientes para representar al ausente en este primer grado de la ausencia, siempre necesitará, como situación excepcional que es, un hecho fehaciente que determine, al menos, cuándo empezó el ejercicio de esa representación.

La preferencia del cónyuge presente para representar al ausente, respecto de toda clase de parientes, no puede ser cosa más justificada siempre que se cumpla el supuesto de no estar legalmente separados; y las

aplicaciones de este principio, en cuanto á la hipótesis de que el presente ó ausente sea el marido ó la mujer, no exigen, en principio, explicación alguna, á no ser la de que, en este caso de representación legal, nos parece que no será procedente determinar las facultades, obligaciones y remuneración del cónyuge presente en la representación del ausente, por las que el Juez deba, generalmente, señalar conforme al art. 182; ó lo que es igual, no parece que el supuesto de dicho artículo, deba aplicarse á este caso de representación legal entre cónyuges, sino que el uno ó el otro, según que sea el marido ó la mujer, reunirá en sí todas las facultades que para la gestión de los intereses individuales y comunes dentro del matrimonio correspondiente al ausente, además de los que por sí tuviera sin la ausencia, si bien siempre *en lo que fuera necesario*, y no perdiendo de vista los fines de esta representación de la ausencia, que no pasa de la mera administración y seguridad de los derechos patrimoniales del ausente, ni puede subrogar en los de libre disposición, etc., del representado. Lo que ocurrirá es que, siendo el marido el ausente, será mayor la extensión de derechos y administración que recibirá la mujer, de los que adquirirá el marido presente, cuando la mujer fuera la ausente.

El art. 183 que examinamos contiene un segundo párrafo que dice: «Si éste—el cónyuge presente—fuera menor, se le proveerá de tutor *en la forma ordinaria*.» He aquí un precepto al parecer concebido en términos claros y de un fondo sencillo que, sin embargo, se presta en su aplicación á importantes dificultades.

Consisten éstas: 1.º En la necesidad de distinguir si el cónyuge presente, siendo menor, lo es menor de diez y ocho años, ó mayor de diez y ocho y menor de veintitrés, distinción que ha pasado en silencio el Código, sin observar que de la aplicación literal de este segundo párrafo del artículo 183, á todos los casos del cónyuge presente que debe representar al ausente y que fueran menores de diez y ocho años, no cabe aplicarles el criterio de suplir el defecto de capacidad que la edad trae consigo, por el nombramiento de un tutor *en la forma ordinaria*, á no incurrir en una antinomia inexplicable con otros preceptos del Código, tales como los artículos 50, regla 3.ª, el 59 y aun el 315. Principalmente el 59 es terminante, y en su segundo párrafo preceptúa que el marido menor de diez y ocho años no podrá administrar los bienes de la sociedad conyugal sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y á falta de ambos, sin el de su tutor, ni tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas. ¿Cómo, pues, desconocer la preferencia que el padre ó la madre habrán de tener respecto del tutor en tal caso, á no suponer, sin fundamento, que la ley cambia de *sistema* en el art. 183 por el accidente de la ausencia, la cual, más que nunca, puede justificar la preferencia de los padres sobre la designación *subsidiaria* de un tutor, para el caso de cónyuges presentes que representan á los ausentes y sean menores de diez y ocho años, cuando el criterio general para suplir estos defectos de capacidad es el adoptado por el referido art. 59? Dicho criterio legal, aunque establecido únicamente por el referido artículo,

para el marido, porque á él sólo habrá de referirse bajo el supuesto de la sociedad conyugal en la situación *normal* de ausencia de los dos cónyuges, es natural que se entienda aplicable también al caso, por cierto más probable en materia de ausencia, de que el marido sea el ausente y la mujer menor el cónyuge presente, en quien recaiga la representación del marido, conforme dicho art. 183.

Cierto que el art. 183, en su citado segundo párrafo, no consigna otro supuesto, sino el genérico, «*Si éste — el cónyuge presente — fuere menor*»; pero la distinción de que sea menor de diez y ocho años, ó mayor de esa edad, se impone, si no ha de producirse la antinomia con los otros artículos del Código referidos y su injustificada inobservancia, modificando, precisamente para un caso excepcional que explica más la garantía del afecto y del interés, y la capacidad civil de los casados, establecida generalmente con estas distinciones, según que tengan los maridos, que es á quien ha de referirse en el supuesto normal de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, menos ó más de diez y ocho años.

El art. 183, por tanto, nos parece debe entenderse, no obstante su letra, subordinando su aplicación á los arts. 50, regla 3.^a, y pár. 2.^o del 59, y no acudirse al recurso de nombramiento de tutor del cónyuge menor presente para representar al ausente, *sino en defecto de padre ó de madre*.

¿Y quiénes serán este padre ó madre? ¿Serán siempre los del marido, sea éste el cónyuge presente ó ausente, ó serán los del cónyuge presente, aunque fuera la mujer, ó los del cónyuge ausente, fuera éste la mujer ó el marido? Obsérvese que la doctrina de que los padres suplan el defecto de capacidad de los hijos casado menores de diez y ocho años, para la administración de los bienes de la sociedad conyugal, se refiere al padre, y en su defecto á la madre del marido menor de dicha edad; y que cuando la mujer menor de diez y ocho años resulta cónyuge presente, por la ausencia de su marido, se coloca en el lugar y condición del marido, pero con la circunstancia de ser menor de diez y ocho años, consideración que nos hace creer, como más aceptable, la idea de que sean los padres del marido los que suplan ese defecto de capacidad, y sólo á falta de ellos los padres de la mujer, porque de ese modo se conserva más el sistema general del Código en cuanto á esta materia. Ninguna dificultad ofrecerá el caso en que la mujer fuera el cónyuge ausente y el marido el cónyuge presente, si éste tuviera menos de diez y ocho años.

Aplicado así el precepto del segundo párrafo del art. 183, ó sea, entendiendo que no procederá nombrar tutor cuando se trate de cónyuge presente menor de diez y ocho años que haya de representar al ausente y exista padre ó madre del marido ó de la mujer en su defecto, todavía surge la duda de á qué clase de tutor se refiere dicho precepto del art. 183, al decir «se le nombrará tutor *en la forma ordinaria*».

Esto parece un caso de *tutela especial legítima*—no mencionada,

sin embargo, en la clasificación de tutelas—y su designación deberá recaer en la persona á quien corresponda ésta, pero teniendo en cuenta que será aplicable, más que el art. 211, que se refiere á la tutela de huérfanos, el art. 220, desde el número segundo en adelante; porque, aunque allí trata de incapacitados por enfermedad, comprendiendo en los llamamientos al padre y á la madre y á otra clase de parientes, y si á aquéllos como tales padres, tratándose de un hijo casado, y, por tanto, emancipado, y además mayor de dieciocho años el cónyuge presente, aunque sea menor de veintitrés, ningún derecho tienen en consecuencia de tal potestad, ni por disposición del art. 59 del Código, no sería razonable que la tutela legítima se defiriera á otras personas, existiendo padre; y, además, este sentido guarda más armonía con los llamamientos del tercer párrafo del 183 que, á falta del cónyuge del ausente, previene representen á éste los padres, hijos y abuelos, por el orden que establece el art. 220, respecto de la tutela de los locos y sordomudos.

Y entendemos que esta tutela especial de los cónyuges presentes, menores de veintitrés años y mayores de diez y ocho, en la representación de los ausentes que les confiere el art. 183, es más bien de naturaleza *legítima* que *dativa*, porque, según el precepto del art. 231, sólo procederá el nombramiento de la tutela dativa, hecho por el Consejo de familia, «no habiendo tutor testamentario *ni persona llamada por la ley á ejercer la tutela vacante*».

Por último, el art. 183 que examinamos contiene en su párrafo final la prescripción de que «*á falta de cónyuge representarán al ausente los padres, hijos y abuelos, por el orden que establece el art. 220*», que es el que se refiere á determinar el orden de personas á quien ha de conferirse la tutela legítima de los locos y sordomudos; pero obsérvese que en este precepto se citan todas las personas designadas en los números 2.^o, 3.^o y 4.^o de dicho art. 220, ó sean el padre, en su defecto la madre, los hijos y los abuelos—no haciendo mención del núm. 1.^o, que era innecesario por referirse al cónyuge,—pero omite las personas mencionadas bajo el núm. 5.^o, que son los hermanos varones y las hermanas que no estuvieran casadas, con la preferencia del doble vínculo. Dicha preterición, dada la preferencia del art. 220 y la calidad de personas de tan próximo parentesco al ausente, como lo son los hermanos, que no parece justo que no tengan preferencia sobre un extraño, hace creer en una omisión involuntaria cometida en la redacción de esta parte del art. 183, tanto más, cuanto que en el 187, y respecto ya de la ausencia *declarada*, que es un estado más perfecto de derecho, en la administración del ausente, que el que tiene su simple representante en el caso de ausencia *presunta*, se previene que dicha administración «se conferirá por el orden que establece el art. 220 á las personas mencionadas en el mismo». Es decir, á *todos* los que ese artículo menciona, y, por consiguiente, á los hermanos del ausente, aplicando el número 5.^o de dicho artículo, que llama á los hermanos varones y á las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo.

22. AUSENCIA DECLARADA.—Á este estado civil se llega mediante la *declaración judicial* del mismo, su *publicación* en los periódicos oficiales y el *transcurso* de seis meses.

Para que tal declaración se dicte, es preciso que concurren cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.^a Haber transcurrido *dos años* sin haberse tenido noticias del ausente ó desde que se recibieron las últimas. Este plazo de *dos años* es más limitado que el adoptado por la generalidad de los Códigos civiles.

2.^a Haber pasado *cinco* en el caso de que el ausente *hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes*, plazo cuyo transcurso se reputa causa especial de la caducidad de este mandato.

La muerte, interdicción, quiebra ó insolvencia del mandatario (1), la conclusión del plazo que se fijara al mandato, producen indudablemente nuevos casos de caducidad del poder, y constituyen al ausente en la situación del art. 181, pudiendo dar lugar á la adopción de las medidas provisionales de que hemos hablado, pero no á la declaración judicial de ausencia, hasta que no pasen los plazos y se cumplan los requisitos del art. 184.

Los términos generales que emplea el art. 184, al decir, *persona encargada de la administración de los bienes*, que si la hubiese dejado el ausente aumenta hasta cinco años el número de los que deben pasar sin recibir noticias de él para poderse declarar la ausencia, dará lugar á racionales dificultades de interpretación y aplicación, si se tiene en cuenta que, á pesar de que los arts. 1.709 y 1.710 del Código considera el primero, contrato de mandato, el *encargo* que una persona deja á otra, y el segundo lo clasifica en *expreso y tácito*, es lo cierto que entre los contratos que necesitan constar en *documento público*, según el número 5.º del art. 1.280, figura *el poder para administrar bienes*; de donde se deduce que, no obstante la generalidad de términos empleados en el 184, debe entenderse que en el supuesto de haber dejado el ausente apoderado para la administración de sus bienes, será preciso que lo haya hecho en la *forma especial* referida de documento público.

Hecho el encargo en cualquiera otra forma, deberá ser suficiente á impedir la declaración de ausencia, hasta que transcurran los cinco años del art. 184; pero, en cambio, no será eficaz para impedir que se provea al ausente en estas condiciones, del representante á que se refiere el art. 181; ó lo que es lo mismo, el dejar persona *encargada* de la administración de los bienes por el que se ausenta de su domicilio, hecho el encargo en *otra forma cualquiera* que no sea la de documento público, impide que hasta pasar los cinco años del art. 184 pueda darse lugar á la declaración del estado civil de ausencia, á que dicho

(1) Art. 1.732. No sucede lo mismo con la renuncia, que, según los arts. 1.736 y 1.737, no releva al mandatario de proseguir su gestión, sino poniéndolo en conocimiento del mandante y cuando éste haya podido tomar las disposiciones necesarias.

artículo se contrae, pero no evita que se adopten las medidas provisionales y necesarias de la ausencia presunta, cumplido al supuesto del art. 181. Igual criterio creemos deberá aplicarse al caso en que el apoderado que dejó el ausente lo esté en virtud de documento público y fallezca antes de transcurrir los cinco años del art. 183.

Desde luego, el apoderamiento para un negocio especial no debe considerarse obstáculo á la aplicación del art. 184, y consiguiente declaración del estado civil de *ausente*.

Para dicha declaración de *ausencia* no exige expresamente el Código ninguna previa justificación, que exigían y reglamentaban los artículos 2.032 y 2.033 de la ley de Enjuiciamiento civil; pero como al fin es producto de ciertos hechos, y el art. 184 dice que *«podrá* declararse la ausencia», y esta declaración ha de hacerla el Juez, tenemos por indudable que, según éste encuentre ó no justificados los extremos para ello, hará ó no hará tal declaración, puesto que á la estimación de los justificantes necesarios es á lo que debe referirse la palabra *«podrá»*.

En cuanto á las reglas de esa información ó justificación, entendemos que pueden ser las de los arts. 2.032 y 2.033 de la ley de Enjuiciamiento civil, menos la del núm. 3.º del 2.032 que, como todos los motivos que en la misma remitían el derecho á promover estos expedientes á la calidad de pariente más próximo del ausente, y como tal presunto heredero *ab intestato*, deben entenderse derogados por el artículo 185 del Código, en el cual *taxativamente* se enumeran las personas que pueden pedir la declaración de la ausencia, bajo un criterio distinto y no *exclusivo*, fundado en la calidad de pariente que hubiere de heredar abintestato, toda vez que se concede además el derecho de tal petición al cónyuge presente, á los herederos instituidos en testamento que presenten *copia fehaciente* de él, y también á los que en general tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

Como es terminante el precepto del núm. 2.º del art. 185, de que podrán pedir la declaración de ausencia los herederos instituidos en el testamento *que presentaron copia fehaciente del mismo*, y como en este punto se ha modificado el Proyecto de 1851, que expresamente proveyó al caso de que existiera un testamento cerrado, ordenando que se abriera á petición de cualquiera que creyese ser objeto de sus disposiciones, y este supuesto lo ha suprimido el art. 185 del Código civil, consideramos indudable que los que se presuman herederos por testamento cerrado no podrán pedir la declaración de ausencia, puesto que tampoco cabe que presenten *copia fehaciente* antes de abrirle, y que dicho núm. 2.º se refiere sólo á los instituidos en el testamento abierto. Así lo aconseja también el respeto que debe guardarse al secreto con que quiso otorgar su voluntad el ausente, que en este período segundo de la ausencia se presume algo más vivo que muerto, y no sería prudente romper el sigilo con que quiso otorgar sus disposiciones testamentarias.

Es de advertir, finalmente, en explicación del art. 185, que el orden de personas que emplea para designar las que pueden pedir la declaración de ausencia no significa *exclusión* de las unas respecto de las otras, y que cualquiera de ellas podrá pedir la declaración de ausencia, aunque las demás mencionadas en el mismo no hubiesen formulado tal solicitud.

Es una garantía, para evitar que por sorpresa pueda perjudicarse con la declaración de un estado civil de ausencia, la prescripción del artículo 186, que determina «no surtirá efecto aquélla hasta *seis meses* después de su publicación en los periódicos oficiales»; y aunque el Código no añade la salvedad de que esta declaración *no sea impugnada*, claro es que así debe entenderse, y que será eficaz para impedir todo efecto ulterior de la declaración judicial de ausencia, cualesquiera de los supuestos á que se refiere el art. 190, como casos en que cesa la administración de los bienes del ausente, ó la contradicción justificada que se hiciera de la falta de las circunstancias necesarias para declararla, según el art. 184, ó del derecho á pedirla de las personas que la hubieran solicitado, si se demostrase que no tienen ninguna de las condiciones señaladas en el art. 185.

El procedimiento que ha de seguirse en esta impugnación, puesto que el Código nada provee sobre el particular, nos parece debe ser el establecido por el art. 2.046 de la ley de Enjuiciamiento civil (1).

Es lógico presumir, en vista de los arts. 185 y 190, que sólo tendrán derecho á oponerse á la declaración judicial de ausencia: el ausente, por sí ó por medio de apoderado, sus herederos testamentarios ó legítimos por testamento abierto ó abintestato, cuando el fundamento de la oposición sea el fallecimiento del ausente, y hasta un tercero que acredite haber adquirido por compra ó por otro título todos sus bienes, y, en general, las personas que tendrían derecho á pedir tal declaración.

23. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL AUSENTE.—Según el art. 187, la administración de los bienes del ausente se conferirá por el orden que establece el art. 220 á las personas mencionadas en el mismo; pero no es la primera vez que en esta materia de ausencia se remite el Código á la tutela de los locos y sordomudos, puesto que en el 183 hace lo propio respecto del representante que ha de nombrarse en el caso de *ausencia presunta*, con la diferencia de que no pasa, en los llamamientos para representante, de las personas de los abuelos, ó sea, prescinde de los hermanos varones y de las hermanas que no estuviesen casadas, según decimos antes, mientras que para el cargo de administrador de los bienes, en el caso de *ausencia declarada*, llama, en general, á todos los

(1) Que dice: «Si por parte legítima se hiciera oposición á los procedimientos establecidos en este título—el 12 del lib. III—fundada en no haber lugar á ellos, se sustanciará por los trámites que para los incidentes se determinan en el tít. 3.º del lib. II. »Mientras se sustancia la oposición, podrá el Juez adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y administración de los bienes si estuviesen abandonados.»

designados en dicho art. 220, ó lo que es lo mismo, no excluye á los hermanos ni hermanas no casadas. No alcanzamos la razón doctrinal de la diferencia, é insistimos en creer que, habiendo sido uno mismo el pensamiento para ambos casos, un simple descuido de redacción da lugar á esa indudable variedad de precepto.

El supuesto, al que no provee el Código, y que es hipótesis que fácilmente puede ofrecerse, es el caso de que falten las personas mencionadas en el art. 220, por no tener el ausente, cónyuge, padres, hijos, abuelos, hermanos y hermanas solteras; y como el principio de necesidad á que responde la doctrina de ausencia subsiste de igual modo, entendemos que el vacío del Código debe subsanarse, bien con el criterio de la ley de Enjuiciamiento civil (1), que defería el cargo de administrador del ausente al pariente más próximo, ó resolviendo libremente acerca de dicha designación, según el prudente arbitrio judicial.

Ningún artículo del Código ni razón de analogía con otras doctrinas que no está demostrada, por ejemplo, con la tutela, permite afirmar que el cargo de administrador de bienes del ausente tenga el carácter de obligatorio. Es voluntario, y únicamente desde que se acepta constituye en responsabilidad de sus actos al nombrado que aceptó, y le impide, bajo las doctrinas generales del mandato, la renuncia y abandono intempestivo del cargo. Sólo en un caso, el del art. 189, puede resultar indirectamente obligatorio el cargo de administrador de bienes de un ausente, cuando por corresponder la administración á sus hijos, por razón del art. 187, combinado con el 220, deba ejercerse por el tutor que á éstos se nombre; porque entonces van incorporados un cargo al otro, y el carácter de administrador de bienes del ausente es una consecuencia de la tutela, cuya naturaleza es obligatoria.

Como á pesar de que el Código menciona el orden de personas en quienes ha de recaer el nombramiento de representante del ausente ó de administrador de sus bienes, en los casos de ausencia *presunta* ó de ausencia *declarada*, no resulta que dichos cargos tengan el carácter de obligatorios, según antes decimos, cabe la hipótesis de que por la renuncia de aquel á quien corresponda según el orden de la ley, recaiga la designación en las personas de los siguientes llamamientos, cosa que estimamos perfectamente legal; pero dentro de esta hipótesis puede suceder que sea la mujer la que renuncie el cargo, y entonces deberá recaer en los hijos.

(1) Arts. 2.031 á 2.039, cuya subsistencia, como precepto legal después del Código, aun en lo de mero enjuiciamiento, nos parece muy dudosa, inclinándonos á creer que entre ellos y los del Código, que de esta materia se ocupan, hay manifiesta incompatibilidad de supuestos, plazos, llamamientos, etc., que más ó menos implícita ó virtualmente derogan por éste las reglas de aquélla, ó por lo menos hace necesaria una gran mutilación en ellas para adaptarlas á aquél, aun en la parte de procedimiento todo lo cual aconseja sea revísada y reformada con urgencia la ley de Enjuiciamiento civil, para ponerla de acuerdo con el Código y proveer á los necesarios desarrollos procesales de algunos de sus preceptos.

El Código dispone para este caso, en el art. 189 que, si son menores se les proveerá de tutor, el cual será el que ejerza el cargo de representante ó administrador de los bienes del padre ausente; pero como por la renuncia de la mujer y madre, respectivamente, no pierde ésta los derechos de patria potestad, cuyo ejercicio la corresponde también en el caso de ausencia del padre y marido respecto del cual se suspende, á tenor del art. 170, resulta subsistente un estado de patria potestad incompatible, según el 199, con toda idea de tutela, que sólo puede otorgarse á los que, «no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos». La dificultad legal que engendran estas hipótesis, por el resultado contradictorio que ofrece la aplicación de los artículos citados, concernientes á la patria potestad y á la tutela, puestos en relación con los términos generales y absolutos del 189, no tiene solución satisfactoria dentro del Código, pues si se aplica el último es á expensas del incumplimiento de los otros, y viceversa.

Como problemas de exégesis, de mayor interés práctico y de cierta relativa dificultad para su solución, se ofrecen algunas dudas á que da lugar el tenor del art. 188, en relación con el núm. 3.º del 1.401, el número 2.º y párrafo último del 1.441, concordado con el 1.433 y el 1.434, y el segundo párrafo del 1.436, el 1.442 y el 1.444.

Dispone el 188, que está especialmente dictado en el título de la ausencia para determinar una importante novedad respecto del Derecho anterior (1), acerca de la modificación que en la capacidad civil de la mujer casada *mayor de edad* ha de producir la ausencia *declarada* del marido, que «podrá disponer libremente *de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan* (2); pero no podrá enajenar, permutar ni hipotecar los bienes propios del marido *ni los de la sociedad conyugal*, sino con autorización judicial».

Puesto en relación este artículo con el número 3.º del 1.401, según el cual son *bienes gananciales* «los frutos, rentas ó intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges», como éstos son los bienes que pertenecen á la *sociedad conyugal*, están comprendidos en la prohibición que el art. 188 impone á la mujer mayor de edad de un declarado ausente, de enajenar, permutar ni hipotecar, á no ser con autorización judicial (3), bienes que, como éstos, corresponden á dicha sociedad conyugal; y esto da lugar á la violencia de admitir la idea de un adminis-

(1) La L. 15.ª, tít. 1.º, libro X, Nov. Rec.—59.ª de las de Toro—suplió la ausencia del marido con la licencia judicial á la mujer para contratar y obligarse.

(2) «Art. 1.396. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

»1.º Los que aporte el matrimonio como de su pertenencia.

»2.º Los que adquiriera durante él por título lucrativo.

»3.º Los adquiridos por derecho de retracto ó por permuta con otros bienes pertenecientes á uno de los cónyuges.

»4.º Los comprados con dinero exclusivo de la mujer ó del marido.»

(3) La licencia judicial que en todo caso necesite la mujer casada, habrá de obtenerse conforme á las reglas generales de la ley de Enjuiciamiento civil.

trador y jefe de la sociedad conyugal, que, como la mujer, en este caso de ausencia declarada del marido, no pueda disponer de los productos y rentas de la misma para atender á sus necesidades, sino con el expediente dilatorio y costoso de la autorización judicial; y se la conceden, en cambio, todo género de facilidades é iniciativas propias para la libre disposición de los bienes que privativamente la pertenezcan, poniéndola en el peligro de aplicar su patrimonio particular á necesidades comunes del matrimonio, y haciéndole sufrir con ello una especie de pena por un hecho que no la es imputable y que constituye una verdadera desgracia para ella y para sus hijos, como es la ausencia declarada del marido.

Resulta muy extraña esta restricción del art. 188, respecto de los frutos y rentas indicados, como bienes de la sociedad conyugal, por lo que á la capacidad civil de la mujer se refiere y á sus facultades como administradora de los bienes del marido ausente, en el caso de ausencia *declarada*, es decir, en el segundo período de la misma, cuando en el de la mera ausencia *presunta*, ó sea en el primer período, debe aquélla ser nombrada *representante* del marido, según el art. 183, esta representación se habrá de extender á *todo lo que fuere necesario*, conforme al art. 181, y el Juez señalará las facultades del representante, según las circunstancias por lo que está dispuesto respecto de los tutores, á tenor de lo que previene el art. 182, y no es de presumir que, no preceptuándolo el Código, vaya á establecer el Juez semejante restricción en cuanto á la libre disposición, por la mujer representante de su marido ausente presunto, de los frutos y rentas de los bienes comunes ó particulares, los cuales constituyen una clase de los bienes de la sociedad conyugal. Y si tal sucede cuando la ausencia no es más que una presunción y una situación provisional, ¿cómo ha de ser lógico que ocurra lo contrario y que se cercenen las facultades de la mujer, cuando la ausencia llega á adquirir las condiciones de un estado civil, declarado y firme, del marido?

Sin embargo, el precepto del 188, relacionado con el núm. 3.º del 1.401, es terminante; pero, aun dado el rigor de su letra, podrá ser eludido por el uso de derechos que conceden á la mujer en el caso de ausencia del marido y viceversa, otros artículos del Código. Tales son el 1.433, que permite en semejante supuesto solicitar la separación de bienes; el 1.434, que declara disuelta entonces la sociedad legal de gananciales y manda proceder á su liquidación, y el 1.436, que, en tal caso de ausencia del marido, previene que «entrará la mujer en la administración de su dote, y *de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido*».

Como se observa, tales disposiciones hacen que la prohibición impuesta á la mujer por el art. 188, en relación con el núm. 3.º del 1.401, de no poder disponer de los frutos y rentas de los bienes particulares ó comunes, que como gananciales corresponden á la sociedad conyugal, sin la autorización judicial—además de ilógica, por la falta de esa limitación cuando es representante en el primer período de la ausencia, á