

# Remuneración del representante legítimo del ausente

(Comentario al artículo 186, I, del Código civil)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Alcance de la cuestión.*—II. *La teoría de los “frutos por representación”.*—1. *Líneas generales de la teoría.*—2. *Argumentos en pro de la teoría “frutos por representación”:* a) *La posesión temporal.* b) *La posesión de buena fe.* c) *No rendición de cuentas.* d) *Asignación al tutor de frutos por alimentos.*—3. *Examen crítico de la teoría “frutos por representación”:* a) *La posesión temporal.* b) *La posesión de buena fe.* c) *No rendición de cuentas.* d) *Asignación al tutor de frutos por alimentos.*—*Motivos específicos en contra de esta teoría:* a) *Las expresiones técnicas.* b) *La “ratio iuris”.*—III. *La remuneración por administración.*—1. *Argumentos en pro de esta teoría.*—2. *Posibles argumentos en contra.*—3. *Alcance inmediato de la teoría.*—4. *Consecuencias inmediatas de la teoría:* a) *La propiedad de los bienes consumibles y fungibles.* b) *Las gastos y mejoras.* c) *La situación de los bienes gananciales.*

## I. ALCANCE DE LA CUESTION

Muchos son los Jueces y Abogados a los que se les ha planteado la cuestión de fijar—para decretarla o pedirla—la remuneración debida al representante legítimo del ausente (1) y serán

---

(1) Aunque se trata del representante legítimo en general, para hacerla menos complicada, la exposición se referirá—al ejemplo de la doctrina—al representante legítimo que puede llamarse privilegiado (cónyuge, hijos y ascendientes), dando por supuesto, en cada caso, la especialidad de la situación de los hermanos (reserva del tercio).

pocos aquellos para los que no fuera motivo de honda preocupación. El artículo 186 del Código civil la regula hasta con farragosa abundancia; pero su poca claridad técnica hace que una parte de la doctrina se abstenga de explicarlo y que los especialistas más autorizados en la materia lleguen a conclusiones que al ser puestas en práctica parecen injustas.

La falta de seguridad de la doctrina sobre la ausencia es natural, no puede extrañar a nadie. La aparición de cualquier nueva ley impone un período de tanteo y prueba; hay que desentrañar su mecanismo, descifrar sus fórmulas, observar el juego de los distintos preceptos, ver su conexión con otras disposiciones legales para, al fin, conseguir dibujar el perfil de sus íntimos y peculiares principios. De aquí que sea—en todos los países y tiempos—tan loable e ingrata la labor de los primeros comentaristas. La Ley de Ausencia es de una especial dificultad para el intérprete; ha sufrido una serie de heterogéneos influjos, incompatibles entre sí y extraños a nuestra tradición jurídica (2). Parece, según se dejó traslucir por voz autorizada, que el choque de los encontrados sistemas y de los diferentes criterios determinaron cortes, mutilaciones, reajustes precipitados de textos y proyectos y, en fin, una redacción a la que el deseo de complacer a todos quitó el debido carácter unitario. Si ello fué así, se explican ciertas despistadoras frases del texto legal, carentes de valor funcional o contradictorias con su general mecanismo; serían residuos de pseudo-mórfosis de la redacción, conservados quizás más que por descuido para dar satisfacción verbal a defensores de sistemas que de hecho se rechazaban. El recuerdo de todo esto permite valorar la ingente labor de desbroce lograda por los primeros intérpretes de la Ley de Ausencia (3); abierto por ellos el camino para una mejor inteligencia de sus preceptos, en base a sus estudios, cabe ahora comenzar a corregir detalles y hacer retoques para—con el esfuerzo de todos—conseguir una interpretación lo más ajustada y justa que sea posible de las innovadoras normas.

El artículo 186 del Código civil, al ser aplicado en el sentido que le diera la doctrina más autorizada, produjo primero sorpresa y luego reacciones de inequívoca repulsa. Un par de casos ejemplares, entre los que más han podido suscitar la insatisfacción de la práctica, serán la mejor justificación de este estudio: declarado ausente el marido de una menor, con un hijo de su matrimonio, se adjudican todos los frutos del patrimonio del ma-

---

(2) Pensando seguir, se dice, los "Códigos más progresivos", ROBLES FONSECA: *La ausencia en el nuevo Derecho*, R. C. D. L., 16 (1940), pág. 266.

(3) Se alude en especial a los finos estudios de COSSÍO: *Teoría general de la ausencia*, R. D. P., 26 (1942) págs. 85-105; *El patrimonio del ausente*, R. D. P., 26 (1942) págs. 369-383, y a la monografía básica y magistral de SERRANO: *La ausencia en el Derecho español* (1943).

rido a la suegra, negándosele alimentos a la mujer por tener algunos bienes propios; desaparecido el padre de tres hijos, se adjudican todos los frutos al mayor, quedando los demás sin nada, presumiblemente durante diez años.

La indicada falta de consolidación de la doctrina, todavía en su período de ensayo, permite atender a ese apremiante toque de alarma dado por los prácticos del Derecho, pues quizá, pese a los graves defectos técnicos de la Ley, un nuevo examen de la cuestión permita llegar por otro camino a una solución más adecuada.

Este estudio se concreta a la remuneración del representante legítimo del ausente; pero al intentar una nueva interpretación del artículo 186 del Código civil es preciso tratar del valor que en la Ley tiene el término "posesión temporal" y al significado mismo de la representación del ausente, tocando así al problema central de la situación del patrimonio del ausente. Se tratarán sólo aquellas cuestiones concretas que la doctrina enlaza directamente con la remuneración de representante legítimo; mas su aclaración permitirá posiblemente, al desembarazar a la dogmática de una serie de prejuicios, enfocar mejor y resolver con más facilidad algunos de los más graves problemas planteados por la Ley.

## II. LA TEORÍA DE LOS "FRUTOS POR REPRESENTACIÓN"

### 1. Líneas generales de la teoría

La fluidez que conserva aún la doctrina impide hablar con exactitud de una "doctrina general", y son todavía bastantes los autores que han reservado su opinión. La teoría que, con las reservas señaladas, ha logrado aceptación más amplia es la que puede llamarse—a efectos de la brevedad—la teoría de "los frutos por representación". Su formulación más autorizada es la siguiente: "El poseedor temporal hace suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos a que pueda dar lugar el patrimonio del ausente", de lo que el representante legítimo ha de deducir, como único "gravamen", "el importe de las pensiones alimenticias y también el tanto por ciento que se deba invertir en los gastos de administración y reparación de los bienes del patrimonio" (4).

---

(4) SERRANO, loc. cit., pág. 219; también BONET, en *Comentarios de Manresa* (ed. 2.ª, 1945) II, págs. 186-187; ORTEGA LORCA, en *Código civil de Mucius Scaevola* (5.ª ed., 1942), III, págs. 818-819; OGAYAR: *La novísima legislación sobre ausencia*, R. G. L. J., 80 (1941), 94, nada dice; tampoco BORRELL: *Derecho civil vigente en Cataluña* (2.ª ed., 1944), IV, pág. 149. CASTÁN: *Derecho civil*

Esta teoría responde exactamente a la primera impresión que nos produjera la lectura del artículo 186 del Código civil a la generalidad de los juristas. Lo extendido del criterio, la autoridad de sus sostenedores y la gran fuerza intrínseca de los argumentos en su favor, recomiendan el mayor cuidado en su estudio; se expondrán por ello, primero, sus puntos de apoyo, para luego examinarlos críticamente.

## 2. Argumentos en pro de la teoría “frutos por representación”

### a) *La posesión temporal*

El artículo 186 del Código civil dice que los representantes legítimos del declarado ausente “disfrutarán de la posesión temporal”. El término posesión temporal es totalmente extraño a la técnica jurídica española. Parece la traducción de “*possesso temporaneo*” del Derecho italiano (5), que a su vez es la versión de la “*possession provisoire*” del Código francés (6). Si el nuevo concepto se ha buscado en los derechos francés e italiano, nada más lógico que pensar que con él se aceptan el contenido y consecuencias que ellos le atribuyen. En base a este razonamiento, el hecho de que el Código francés conceda, en general (7), todos los frutos al poseedor temporal, y lo mismo haga el italiano en favor de los ascendientes, descendientes y cónyuge (8), se estimará decisivo para imponer la misma solución en el Derecho español (9).

Esta conclusión parece reforzada por la actitud del comentarista “Mucius Scaevola”. En su primera edición había interpretado la redacción originaria del Código civil a la luz del Derecho franco-italiano y entendido la administración de los bienes

---

(1941), I, pág. 176, indica sólo que será “en la cuantía que el Juez señale según diversas circunstancias”. Frases de Cossío en *El patrimonio del ausente*, loc. citado pág. 382. 377, han sido interpretadas en el sentido de la primera dirección BONET, loc. cit., pág. 187, nota 2. SERRANO, loc. cit., pág. 218, nota 43, pero —conforme se indica después—no es seguro pueda adscribirse a ella.

(5) Art. 26 C. C. de 1885; art. 47, lib. I, de 1938; art. 50 C. C. de 1942.

(6) Art. 120.

(7) Excepto el quinto de las rentas, si el ausente reaparece antes de los cinco años o el diez por ciento si reaparece después de los treinta años de desaparecido; después de los treinta años, pertenecerán al poseedor todas las rentas, artículo 127.

(8) Art. 30 C. C. de 1865; a los parientes más remotos y a los extraños se les obligaba a reservar el tercio de las rentas durante los primeros diez años, y la sexta parte hasta los treinta años art. 31, según la modificación del D. L. de 16 de noviembre de 1916 (antes era la quinta y décima parte). El art. 50 del Lib. 1.º de 1938, art. 53 del C. C. de 1942, impone, en general, para estas personas la reserva del tercio.

(9) SERRANO, loc. cit., pág. 204.

del ausente (antiguos artículos 187-190) como posesión temporal, teoría que continuará defendiendo en las ediciones posteriores—contra Manresa—con las consecuencias de que el administrador “hace suyos los frutos y las rentas en su totalidad” (10); en su última edición, publicada después de la reforma del Código, dirá que el legislador, “recogiendo, en parte, aquella nuestra opinión íntimamente sentida y defendida, ha introducido en el articulado que ahora hemos de analizar dicha doctrina jurídica” (11), esto es, la de la posesión temporal con su peculiar efecto de atribución general de frutos.

#### b) *La posesión de buena fe*

Sin abandonar el anterior razonamiento, se ha buscado apoyo en disposiciones del mismo Código español sobre la posesión de buena fe para llegar a idéntica conclusión. Se ha encontrado en el artículo 187 del Código civil, que atribuye al poseedor temporal el derecho de guardar los “productos percibidos” hasta la aparición del ausente, “salva mala fe interviniente”, en que se deberán restituir “los frutos percibidos y debidos percibir”; como estas soluciones son paralelas a las de los artículos 451 y 455 del Código, respecto a los poseedores de buena y de mala fe, todo parece inducir a que se asimile de modo general poseedor de buena fe y “poseedor temporal de buena fe” (12).

Admitido este postulado, las consecuencias serán de extraordinaria importancia; así, se aplican a la posesión del representante la doctrina de gastos y mejoras de la posesión (artículos 453 a 458 del Código civil) (13), y se afirma que el representante adquiere la propiedad del dinero, cosas fungibles (14) y consumibles (15), que existiesen en el patrimonio del ausente.

#### c) *No rendición de cuentas*

Los dos argumentos antes citados se ha podido creer que estaban reforzados por el artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al disponer que el representante, si fuese el cónyuge, un hijo o un ascendiente, puede administrar “sin necesidad de rendir cuentas”. Si no hay frutos que devolver, tampoco habrá cuentas que dar; por ello ha parecido que al no poderse

(10) 3.<sup>a</sup> ed., III, pág. 541.

(11) 5.<sup>a</sup> ed. (1942), pág. 819.

(12) SERRANO, loc. cit., pág. 218; se anota constantemente esta obra no sólo por ser la más completa, sino por ser estimada, muy merecidamente, como fundamental en la doctrina.

(13) SERRANO, loc. cit., pág. 220.

(14) SERRANO, loc. cit., pág. 221.

(15) SERRANO loc. cit., pág. 179; BONET, loc. cit., pág. 181.

pedir la rendición de cuentas será porque aquellos representantes legítimos hicieron suyos todos los frutos (16).

#### d) *Asignación al tutor de frutos por alimentos*

Se observa una "analogía notoria" entre la situación de representante legítimo y la del tutor nombrado con asignación de frutos por alimentos, que se refleja tanto en el derecho de uno y otro a la totalidad de frutos como en que ambos están exentos de rendir cuentas anuales y generales (17).

### 3. Examen crítico de la teoría "frutos por representación"

Los argumentos reseñados, cada uno de por sí, son de evidente peso; unidos todos, apoyándose entre ellos, producen la impresión de lo macizo e incommovible. Un estudio reposado vencerá, es de creer, de que tal apariencia de solidez es engañosa y de que ninguno de ellos resistió un especial y detenido examen crítico.

#### a) *La posesión temporal*

La posesión temporal tiene una naturaleza claramente definida en los Derechos francés e italiano; sus caracteres distintivos pueden resumirse así: 1.º Significa una apertura de la sucesión del ausente (18), con la consecuencia inmediata de abrirse el testamento a petición de las partes interesadas o del Procurador de la República (Fiscal) y fijarse en el momento de las últimas noticias la fecha provisional de la muerte del ausente (19). 2.º Es una sucesión anticipada (20) lo que determina se distribuyan los bienes en posesión temporal a todos los herederos, legatarios, donatarios y, en general, a todas las personas que tuviesen derechos subordinados a la muerte del ausente. 3.º El derecho conferido a los poseedores lleva en sí mismo la posibilidad de convertirse en derecho de propiedad (21).

Basta recordar el contenido de la Ley española para notar que no se da ni uno siquiera de estos caracteres, ya que: 1.º No

(16) SERRANO, loc. cit., pág. 227.

(17) SERRANO, de quien es la frase entre comillas, página 212; BONET, loc. citado pág. 186.

(18) Ya POTHIER la designaba como "presunta". *Oeuvres* (ed. 1817-1820). X, página 177.

(19) Art. 123 C. C. francés; art. 26 C. C. italiano de 1865; art. 47 del libro I, de 1938; art. 50 C. C. italiano de 1942.

(20) Así la calificaba HUGUET: *Motivos* (ed. 1807-1820), II, pág. 207.

(21) Por eso GIERKE: *Deutsches Privatrecht* (ed. 1895), I, núm. 42, pág. 365, habla de entrega en "Gewere" del patrimonio a los herederos del ausente. Compárese CALLAGARI: *N. D. It.* (1937), pág. 804.

se puede pedir la presentación, apertura, protocolización o expedición de copia del testamento (artículos 712, 713, 714, 689 a 693 Código civil; 1.956 sig. L. E. C.; 226 R. N.), ni fijarse el momento provisional de la muerte hasta la declaración de fallecimiento (artículo 196 del Código civil). 2.º Los bienes del ausente se entregan a una sola persona, elegida no por su titularidad hereditaria, sino por su presumible mayor aptitud personal (mayoría de edad, soltería y viudez de las hermanas, más edad del hijo y menos edad del ascendiente, artículo 184 del Código civil). 3.º La posesión temporal no lleva en sí la posibilidad de convertirse en propiedad; es un ciclo que se cierra para abrirse otro en la declaración de fallecimiento, la que determinará nuevas titularidades en beneficio, probablemente, de personas distintas (artículos 195, 196 del Código civil; 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento civil) (22).

La posesión temporal en el Derecho francés e italiano no es igual ni siquiera semejante a la situación del representante legítimo de la Ley española; no será permitido, por tanto, aplicar una regla propia de la posesión temporal de aquellos Derechos a la remuneración del representante legítimo del Derecho español (posesión temporal del artículo 186 del Código civil), en base a una identidad o analogía entre ambas instituciones. La comparación entre los dos tipos de posesión nos enseña su radical diferencia y ella nos puede ya inclinar a negar la atribución de la totalidad de los frutos al representante legítimo. En efecto, el poseedor temporal francés e italiano obtienen todas las rentas del patrimonio del ausente a título de presunto heredero, mientras que el representante legítimo español carece de carácter hereditario, con lo que desaparece el porqué de la atribución de todos los frutos.

No se han ocultado — naturalmente — tales diferencias a la doctrina (23). Muy ingeniosamente se ha dicho que la posesión temporal llena distintas finalidades, según el representante de que se trate: si es el cónyuge, servirá “para que se consigan los fines del matrimonio, sobre todo si el ausente dejó hijos”; si es un padre, representante de hijo menor sometido a la patria potestad, “viene a ser lo mismo que el usufructo legal” (24). Estas atinadas consideraciones serán útiles para aclarar los resultados de hecho de cada institución, pero no para explicarnos la

---

(22) La posesión temporal concebida por Mucius Scaevola es la francoitaliana, incompatible con la regulación de la Ley vigente; para él los poseedores temporales serán la pluralidad de herederos; p. ej., todos los hijos o ambos padres, “las personas que habrán de sucederle (al ausente) en el caso de presunción de muerte” (edición 1893). III, pág. 590.

(23) SERRANO, loc. cit., pág. 203; consúltese su cuidadoso estudio de la doctrina francesa e italiana, págs. 204-205.

(24) SERRANO, loc. cit., pág. 204; BONET, loc. cit., pág. 186.

naturaleza de la posesión temporal y menos la extensión que se le atribuye.

Puede hablarse de pluralidad de funciones como una consecuencia y semejanza de hecho, en el sentido indicado, pero no desde un punto de vista jurídico. Así, por ejemplo, la entrega de la posesión temporal al cónyuge no puede tener jurídicamente la finalidad de conseguir los fines del matrimonio, pues en otro caso habría también que reconocer que al entregarse la posesión al padre o hermano del ausente, por ser la mujer menor, se frustrarían—jurídicamente—los fines del matrimonio, lo que no puede imputarse a la Ley.

El padre representante legítimo de su hijo ausente menor (25) no tiene, como tal representante, una condición jurídica distinta que la que tendría si representa a un hijo mayor, ni hay, por ejemplo, diferencia jurídica entre el poder representativo del padre y el de la abuela. Estas observaciones son indicios de la verdadera base jurídica que impide la explicación pluralista: la unidad institucional de la ausencia y de la representación del ausente y su especialidad respecto a la relación conyugal y a la patria potestad (26). Un precepto de la regulación de la ausencia parece que bastará para poner en evidencia esa diversidad de uno y otros campos: mientras el usufructo paterno no admite injerencia extraña, en la representación legítima es siempre posible la intervención judicial limitando sus facultades (artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

El término posesión temporal (artículo 186 del Código civil) resulta inútil—según lo dicho—como base para la teoría criticada, pues no basta la semejanza verbal para probar la analogía con las instituciones de igual denominación de los Derechos francés e italiano, ni puede entenderse que se use como sustitutivo de ciertas funciones que corresponden a instituciones específicas de nuestro Derecho de familia.

#### b) *La posesión de buena fe*

Este argumento, aunque haya sido utilizado junto con el anterior, es independiente de él, y como tal debe examinarse. Mejor dicho, uno y otro se excluyen entre sí, porque la naturaleza de la “posesión temporal” francoitaliana, de típico carácter germánico, es completamente distinta de la posesión de buena fe, de procedencia romana. Se recurre—uniéndolos—a ambos, por la semejanza externa de la adjudicación de la totalidad de los frutos y para contar con algún apoyo en la legislación española.

(25) Piénsese en este caso, no por singular menos posible: El padre que pierde la patria potestad por el art. 73, núm. 2, del C. c., sería representante legítimo por el art. 184, núm. 3.

(26) La patria potestad y el usufructo legal correspondiente se basan en la relación personal de convivencia; compárese arts. 155 y 160 C. c.

Una observación preliminar ha de hacerse: el argumento examinado parte ya en sí mismo de un equívoco. El poseedor de buena fe obtiene los frutos de la cosa porque la posee "loco domini" o en concepto de dueño (27); el representante del ausente, por mucho que se le aumente su remuneración y su poder, no será nunca más que un poseedor en nombre ajeno (artículo 431 del Código civil).

Las reglas mismas sobre ausencia muestran la dificultad de basar en el artículo 451 del Código civil la teoría de "frutos por representación"; cualquier poseedor de buena fe obtiene todos los frutos; en cambio, el hermano, aunque es también poseedor de buena fe—además de ser "poseedor temporal"—, en ningún caso puede retener más de los dos tercios de los productos líquidos (artículo 186, II. del Código civil).

El artículo 187, que a primera vista parece acercar la situación del representante del ausente a la del poseedor de buena fe, es precisamente el que da el golpe de gracia a esta asimilación. La frase de que si apareciese el ausente deberá restituírsele su patrimonio, "pero no los frutos percibidos", no puede entenderse en el sentido de "todos los frutos percibidos" (28), sino en el sentido de "los productos *legalmente* percibidos"; impone esta interpretación restrictiva el mismo artículo 187, que se refiere, no sólo a las personas que tuviesen el disfrute de la posesión temporal (cónyuge, hijo, ascendiente, como también el hermano), sino también al que estuviese en el "ejercicio de la representación dativa" (29). La regulación del artículo 187, al no ser peculiar de la representación legítima y al comprender a la representación dativa, impide que pueda asimilarse, en su base, a una y otra, a la posesión de buena fe.

La diferencia entre posesión temporal y posesión de buena fe explica también el porqué de que el representante legítimo tenga el derecho de hacer suya una cierta cuantía, fijada judicialmente, de los "productos líquidos" (artículos 186, 187, 188 del Código civil) y el que la Ley nunca hable de un derecho en o a los *frutos*, como es el que le está atribuido al poseedor de buena fe (451 del Código civil).

### c) *No rendición de cuentas*

La exención de rendir cuentas contenida en el artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en favor del representante

(27) Art. 451 C. c. Recuérdese que el caso originario de esta regla es la protección del que cree adquirir la propiedad de una cosa por haberla comprado de quien aparece como dueño; Partidas 3, 28 39; Digesto. 41, 1, 48.

(28) A lo que parece inducir la reserva de "salva mala fe interviniente".

(29) La mala fe interviniente del art. 187 no es la mala fe posesoria del artículo 438; no se refiere a la creencia en la legitimidad del título o modo de adquirir, sino a la realidad de la ausencia (conocimiento del fallecimiento, ocultar noticias, conocer la posibilidad de obtenerlas y no procurarlas).

legítimo, no aporta nada nuevo en apoyo de la teoría “frutos por representación”. Adviértase, al efecto, que el Juez tiene poder para limitar la exención y que sólo se refiere a las cuentas semestrales. El artículo 2.046 significa—respecto a la regulación del Código civil—un reforzamiento de la vigilancia judicial durante el período de ausencia; al aparecer el ausente o a la apertura de su sucesión el representante legítimo deberá en todo caso rendir cuentas de su gestión administrativa, del estado de los bienes y de sus frutos, pues sólo podrá retener “los productos recibidos en la cuantía señalada” (artículos 188, 187 del Código civil (30).

d) *Asignación al tutor de frutos por alimentos*

La similitud entre la tutela en la que se asignen frutos por alimentos (artículos 279, 290, número 4.º del Código civil) y la representación legítima del ausente sólo es externa (31). La naturaleza de la asignación de frutos por alimentos ha sido muy exactamente señalada por el Tribunal Supremo, como un convenio de carácter oneroso, mediante el cual el tutor recibe todos los frutos y rentas de su pupilo, aceptando la “obligación correlativa con aquel derecho, no sólo de administrar los bienes del menor o incapacitado, sino también de suministrarle alimento, vestido y educación con arreglo a su clase y circunstancia” (32); lo que implica hasta correr con el riesgo de que resulte inferior el beneficio a la prestación a que se obliga. El artículo 185 del Código civil no permite inducir que se le imponga otra obligación al representante legítimo que la de procurar la buena administración del patrimonio que se le confía, y el artículo 186 del Código civil dispone sólo que ha de satisfacer con los productos del patrimonio del ausente—pero no con los del propio—las obligaciones y cargas que a aquél afecten o graven.

Hay, pues, una diferencia esencial entre ambas instituciones, está en la misma médula de ese especial derecho del tutor, que tiene también una peculiar causa, la de la carga y el riesgo asumidos al obligarse a alimentar al pupilo.

---

(30) Incluso respecto de la tutela con asignación de frutos por pensión, el Tribunal Supremo, que libera al tutor de rendir cuentas anuales y generales (sobre los frutos), muy justamente, ha señalado la obligatoriedad de que se “rinda cuentas de la administración”, acción “distinta e independiente” de la de rendir cuenta anual o general; S. 13 enero 1930 (192, 208).

(31) Al hacer esta asimilación se incurre fácilmente en el error lógico de anteponer el consiguiente al antecedente. No se puede partir de una dada analogía, la de que en ambas instituciones hay una total adquisición de frutos por un representante, pues esto es, precisamente, lo que hay que probar. Para obtener esta conclusión, lo primero ha de ser demostrar la analogía institucional—la de cada peculiar “ratio iuris”—entre el tipo especial de tutela con retribución de “frutos por alimentos” y la representación legítima del ausente.

(32) S. T. S. 28 noviembre 1905 (102, 708).

Examinadas las distintas razones que pueden alegarse en favor de la teoría "frutos por representación", parece ineludible concluir que ninguna es convincente. En cambio, pueden encontrarse motivos específicos para rechazarla, aparte de los que después se expondrán en favor de la teoría de la "remuneración por administración".

a) *Las expresiones técnicas*

La teoría de "frutos por representación" se dejó seducir de tal modo por la nueva expresión "posesión temporal", que fué llevada a darle en nuestro Derecho, sin vacilaciones, el valor que tiene en los Derechos francés e italiano; por ello, probablemente, no ha tenido en cuenta otros "termini technici" de la misma Ley, que se oponen a ella.

Los Derechos francés e italiano hablan de poseedor temporal, pero no de representante de la ausente; es natural, porque la representación en juicio que puede asumir el poseedor temporal es de valor secundario y limitada a los bienes que se le entregan; lo principal es la tenencia "iure proprio" de unos bienes cuya propiedad probablemente adquirirá al convertirse en "poseedor definitivo".

El Derecho español utiliza el nombre de *representante*, con cuya denominación común señala la naturaleza esencialmente unitaria de la representación legítima y dativa. El término representante, de por sí, indica que se ha buscado mantener la personalidad del ausente y defender sus intereses y parece excluir todo pensamiento de que a quien se trata de beneficiar sea al representante y no al representado.

También es de notar que, a diferencia de lo que hacen los textos extranjeros, no se habla de rentas ni de frutos, expresiones que son las correctas respecto a la posesión temporal francoitaliana y a la posesión de buena fe, sino de *productos líquidos*, en la cuantía marcada por el Juez. No se puede, conforme al lenguaje del Código, hablar correctamente de un derecho de apropiación de frutos; el Juez asigna al representante una determinada cuantía de productos líquidos, lo que económica y jurídicamente es bien distinto.

b) *La "ratio iuris"*

El motivo más poderoso para no aceptar la teoría "frutos por representación" es que, con ella, se llegaría a una solución falta de justificación jurídica y productora de situaciones injustas; resultado que no puede atribuirse al legislador en tanto sea posible otra interpretación.

Al concederse todos los frutos del patrimonio del ausente a su representante legítimo, como éste es una sola persona, sin título sucesorio, que no necesita ser y que posiblemente no llegará a ser

heredero (33), toda la familia quedará despojada por uno de sus miembros, todos los herederos por uno que no lo es y quizás hasta por una persona que resulte luego desheredada, al conocerse el testamento del ausente. Se crearía una especie de sucesión irregular y temporal sobre los frutos, otorgada al azar, en una amoral lotería jurídica. La familia estricta, la mujer y los hijos, si son menores, podrían ser expoliados por un ascendiente o por un hermano (34); entre los hijos de un mismo padre se fundaría una primogenitura, entre los ascendientes un premio a la juventud, en todo caso, igualmente injustificado.

Si nos preguntamos ¿qué razón hay para que el representante legítimo reciba todos los frutos del patrimonio del ausente?, no se encuentra ninguna válida. Excluida la vocación hereditaria —presunta y anticipada— propia de la posesión temporal franco-italiana, habrá, a lo menos, la entrega arbitraria de un usufructo. Los frutos que se conceden al representado, en lo que excedan de una justa remuneración por su labor de conservar y administrar el patrimonio del ausente, serán recibidos sin causa jurídica, sin justificación moral, es un enriquecimiento injusto y un despojo ilícito del ausente o de sus herederos.

Siendo el cometido del intérprete buscar una solución justa dentro de la Ley, prestándole así la debida colaboración, parece —de lo dicho— obligatorio buscar otra interpretación al artículo 186 del Código civil; éste ha sido el impulso determinante de este estudio.

### III. LA REMUNERACION POR ADMINISTRACION

#### 1. Argumentos en pro de esta teoría

Despejado el camino de las confusiones que ha creado la frase posesión temporal, no será difícil aclarar la situación jurídica del representante legítimo y la cuantía de su remuneración.

El representante legítimo y el dativo, ambos como representantes del ausente, tienen la misma cualidad jurídica y las mismas obligaciones básicas (art. 185 del Código civil). La uniforme mecánica de la Ley muestra que la naturaleza de esta representación es administrativa (35). El artículo 185, número 4, manda al administrador ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley

---

(33) Recuérdese el sistema del art. 184, con su requisito de la mayoría de edad y preferencias en favor de mayores y menores, varones, solteras y viudas.

(34) En este caso sólo de los dos tercios.

(35) Ya Cossío señaló rotundamente que las facultades del representante legítimo "no difieren esencialmente de las de cualquier otro administrador"; loc. citado, pág. 382.

Procesal civil; esa ligazón entre posesión y administración muestra ya cómo ambas están unidas en el pensamiento legislativo; la Ley rituarial civil no menciona la posesión y sólo se ocupa de las "facultades para la administración de los bienes" de los distintos representantes (artículo 2.046); queda así al descubierto la naturaleza técnica administrativa de toda la representación, y situada la posesión en su propio lugar de consecuencia del poder de administración.

El representante debe—además de conservar y defender el patrimonio del ausente—"obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fuesen susceptibles" (artículo 185, número 3), obligación general que sólo se explica y tiene contenido siendo el representante un administrador (36). Del mismo modo, la intervención del Juez después de haberse enajenado bienes del patrimonio del ausente, no se limita a la de tomar medidas de seguridad, sino que "determinará el empleo de la cantidad obtenida", teniéndose también en cuenta su productividad (artículos 186, III, y 185, número 3).

El artículo 186, para señalar la remuneración del representante legítimo, dice que se tendrán en consideración: por un lado, el haber del patrimonio, o sea, frutos, rentas y aprovechamientos, y, por otro, el debe, número de hijos del matrimonio, obligaciones alimenticias para con los mismos, afecciones que gravan el patrimonio y demás circunstancias de la misma índole. Se impone, así, la necesidad de fijar la data y el cargo, el haber y el debe del patrimonio; el objeto de esta labor contable deriva de la importancia que se da a la determinación de "los productos líquidos" o beneficios netos. Esta preocupación del legislador en enumerar los elementos activos y pasivos, no se compagina tampoco con la teoría de "frutos por representación"; sería un ajustar de cuentas inútil, no habría por qué encargar tan minuciosamente al Juez que fije esos productos líquidos, si todos habían de ingresar en poder del representante legítimo.

Las disposiciones citadas son indicios claros de lo poco que se ajusta la teoría de "frutos por representación" al mecanismo legislativo; al mandarse además que el Juez tenga en cuenta "los cuidados y actuaciones que la representación requiera", aparece como completamente inaceptable. Los cuidados y atenciones no son una carga económica, no son una disminución del patrimonio, no "afectan" a éste, determinan otra cosa, lo oneroso de la representación. Inútil y absurdo sería hablar de ellos, si hay una entrega indiscriminada de frutos al representante legítimo. Su

---

(36) Si fuese, conforme a la teoría "frutos por representación", un poseedor temporal del tipo franco italiano, tal obligación sería inconcebible; si todos los frutos han de pertenecerle, no hay por qué ni para qué obligarle a obtenerlos; la Ley no habría de ordenarle lo que, por otro lado, dejaría a su arbitrio.

explicación está en que sirven para determinar el “quantum” de los servicios o trabajos que impone la representación (37).

Considerada la representación en su naturaleza administrativa, desaparecen las dificultades de la interpretación. Los cuidados y actuaciones que impone la representación sirven para graduar la compensación que tendrá el representante. Por ello, la Ley hace depender la cuantía de los productos líquidos que hará suyos el representante, de esos cuidados y actuaciones. El artículo 186 no dice—como quiere la teoría “frutos por representación”—que el representante los haga suyos en *toda* su cuantía, sino *en la cuantía que el Juez señale*, en una cantidad que variará conforme sean mayores o menores los cuidados y atenciones (38). Se trata, pues, de una verdadera remuneración, en la que la recompensa o indemnización del esfuerzo que supone la representación es adecuada al trabajo o carga (“munus”) que significa.

No se ha cambiado esencialmente el antiguo sistema del Código civil, en la cuestión central del estado del patrimonio del ausente. El representante, sea cualquiera su clase, es un administrador cuyo trabajo se remunera. La especialidad del régimen actual está en el modo y cuantía de la remuneración. El silencio de la primitiva redacción del Código originó graves dudas, que ahora se resuelven en favor de la teoría dominante en la doctrina partidaria de graduar la remuneración (39); la única diferencia está

---

(37) Del mismo modo que la retribución del tutor se fija “teniendo en cuenta la importancia del caudal y el trabajo que ha de proporcionar su administración” (artículo 276 C. c.).

(38) Ha de tenerse en cuenta que el Juez tiene el deber de fijar en cada caso “la cuantía” en que el representante hará suyos los productos líquidos que se le señala en el primer párrafo del art. 186, precisamente referido al cónyuge, hijo y ascendientes (núms. 1.º, 2.º y 3.º del art. 184); si la teoría de “frutos por representación” fuese cierta, la Ley prohibiría que el Juez fijase “esa cuantía” y tuviese en consideración para ello “los cuidados y actuaciones que la representación requiera”, y—en cambio—hubiera ordenado que aquellos representantes hiciesen suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos, deducidas las obligaciones y afecciones que gravan el patrimonio.

(39) La arbitraria interpretación de SÁNCHEZ ROMÁN (con su intento de buscar una solución justa fuera del texto de las leyes), *Estudios de Derecho civil* (1911), II, págs. 406-407, extravió a parte de la doctrina, que (por camino distinto al de MUCIUS SCAEVOLE, citado en notas 10 y 11) llegó hasta admitir (y ello olvidando las distinciones equitativas de SÁNCHEZ ROMÁN) que la remuneración del administrador “podrá consistir en los frutos de los bienes del ausente”, apoyándose en los arts. 194 y 190 C. c.. DE DIEGO: *Instituciones* (1929), I, pág. 192. La doctrina contraria, apoyada en el pensamiento tradicional que recogía ya el Proyecto de Código civil de 1851, art. 321 (separándose intencionadamente del ejemplo francés GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, I, pág. 301), manifestada en la Ley de Enjuiciamiento civil, art. 2.042 (antiguo) y en el primitivo art. 182 del Código civil, reflejada en la naturaleza del cargo de administrador y en su analogía con los del antiguo curador y moderno tutor, será la que llegue a triunfar: *Manresa* (ed. 1907), II, pág. 129; COMAS: *La revisión del Código civil*, páginas 452-453; *Proyecto de Código civil*, arts. 521, 787, 726; CASTÁN: *Derecho civil* (Notarias, 1926) I, pág. 198; *Derecho civil* (Registros, 1932), I, pág. 165; DE BUEN: *Notas a COLIN y CAPITANT*, VIII, pág. 471; *Derecho civil* (Judicatu-

en el límite de la cuantía de esta retribución, pues mientras antes se entendía que el administrador del ausente, como asimilado a la situación del tutor, no podía recibir más del diez por ciento de las rentas, ahora, conforme al nuevo artículo 186, el Juez tiene una mucho mayor amplitud para fijarla; cuando la representación recaiga en cónyuge, hijo o ascendiente podrá—en casos excepcionales—adjudicarles hasta la totalidad de los productos líquidos; si el representante es un hermano, la retribución podrá ascender hasta un máximo de los dos tercios de los productos líquidos (40).

## 2. Posibles argumentos en contra

La teoría propuesta y defendida aquí como más aceptable tiene una doble falla que hay que reconocer y medir en todo su alcance:

a) Considera, de hecho, “sobrante” al concepto de posesión temporal;

b) No explica la graduación de los dos tipos de máximo de remuneración establecidos en la Ley.

Se indican, después, las razones por las que estas faltas son, a nuestro juicio, excusables; pero una “inelegantia iuris”, aun sin paliativos, sería preferible a la teoría criticada, que está en desarmonía con el mecanismo general de la Ley y lleva a consecuencias injustas.

Sin atribuirle mayor valor del que tienen, conviene considerar como explicación de las imperfecciones formales de la teoría expuesta:

a) El concepto de posesión temporal fué “vaciado” del contenido que tuviera en los Derechos francés e italiano por la misma Ley. El intérprete no hace más que seguir el ejemplo del legislador; al borrar éste el sentido originario del concepto, impulsa a que se le dé un significado innocuo, que permita su armonización con el sistema general de la Ley (41).

Esta base no deja más que una de estas dos posibles soluciones: La primera, una mera interpretación histórica, en base a los pocos datos conocidos sobre la elaboración de la Ley; inducir que la denominación de posesión temporal es un resto sin vida, de

---

ra. 1930), I, pág. 112; ALGUER y PÉREZ GONZÁLEZ: *Notas a traducción de ENNECERUS*, I, 1, pág. 345; ALCUBILLA: *Voz Ausencia* (1914). II pág. 188.

(40) Esta amplitud de facultades y la posibilidad de que representantes avariciosos, a falta de contradicción de otros interesados, logren se les conceda el máximo de productos (como sucede tantas veces al designarse tutor), es posiblemente lo que hace que Cossío califique a la representación legítima de “espléndidamente retribuida”. loc. cit., pág. 382, y de ser más “una sinecura que una carga”, ídem, página 377.

(41) Ya Cossío advirtiera que “el legislador no se ha planteado con claridad este problema”, loc. cit., pág. 381.

un sistema propuesto y en definitiva desechado. El uso de "flatus vocis" y de "falsa demonstratio" no es raro en el Derecho ni extraña a la misma Ley de Ausencia. Otra, buscar un significado dogmático a la posesión temporal; pensar que designa la posesión por título propio y en nombre ajeno, sometida a condición ("el fin de la situación de ausencia") y remunerada con productos líquidos del mismo patrimonio administrado.

b) El establecimiento de distintos límites rompe la exacta correlación entre trabajo y recompensa. La explicación del criterio legal está en la creciente desconfianza de la Ley hacia los parientes más alejados (hermanos y los demás de ulterior grado), que se manifiesta también en la exigencia de fianza y en el control de la administración y examen de las cuentas por el Juez (42); cónyuge, hijo y ascendientes gozan de la presunción de que no pedirán más retribución que la que realmente les corresponda y que, en todo caso, procurarán preferentemente a la defensa de los intereses del ausente, no dejándose cegar por la codicia. Este razonamiento, no muy convincente, no es ni mejor ni peor si se le aplica a la representación administrativa que si se le refiere a la posesión temporal francoitaliana (43) o a la misma teoría de "frutos por representación".

### 3. Alcance inmediato de la teoría

El primer efecto práctico de esta teoría es marcar el deber terminante que impone la Ley al Juez, al encomendarle señalar la cuantía de productos que hará suyo el representante legítimo. En ningún caso podrá aceptar pasivamente la solicitud de un representante para que se le adjudiquen todos los productos, los dos tercios u otra proporción o cantidad de productos líquidos. El Juez tiene la obligación de atender a todos los factores cuya consideración le impone la Ley: cantidad de bienes, su rentabilidad, obligaciones familiares, cargas y afecciones de toda clase y, de un modo central, a los "cuidados o actuaciones que la representación requiera", conforme a las circunstancias concretas. No ha de contentarse con los datos que arroje el inventario y las alegaciones hechas por el presunto representante; la Ley le confía una facultad de iniciativa, y con intervención del Ministerio Fiscal puede investigar la verdadera situación de empresas y negocios, llamar para oírles a los demás allegados del ausente, a los administradores y encargados que el ausente tuviera, escuchar peritos

(42) En cierto sentido semejante a la actitud de desconfianza del art. 166 del Código civil.

(43) Por lo que el Proyecto de Código civil de 1851 rechazó la graduación del Código francés; prefirió equipararlo al tutor, aunque con más remuneración (el 20 por 100). GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, I, págs. 300-301.

y proceder a las diligencias de oficio que estime necesarias (artículo 2.031 de la Ley de Enjuiciamiento civil) (44).

La valoración del patrimonio, rentas, cargas, cuidados y atenciones, la cuantía a que en base a todas estas consideraciones deba ascender la remuneración, son cuestiones de hecho que con arreglo a los datos probados estimará el prudente arbitrio judicial. La cuestión jurídica se puede plantear en el caso en que se niegue la necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias enumeradas y se admitiese que la Ley concede al representante un derecho a todos los frutos; en cuyo caso, conforme a lo aquí dicho, habría infracción del artículo 186 del Código civil.

A las pretensiones del representante podrán oponerse las personas señaladas en el artículo 182 del Código civil y, en general, cualquiera que tenga interés legítimo en la conservación del patrimonio del ausente. Contra el auto en el que se decida la cuantía de la remuneración, podrán apelar el mismo representante y los interesados que se hayan opuesto a las pretensiones de éste (artículo 2.032 de la Ley de Enjuiciamiento civil) (44).

#### 4. Consecuencias mediatas de la teoría

Dilucidar el alcance de la remuneración del representante legítimo sirve de modo mediato para aclarar la situación del patrimonio del ausente, pues—como se ha visto—presupone eliminar el peso muerto de la doctrina extranjera y extraña a nuestro Derecho de la posesión temporal francoitaliana. El ámbito limitado de este estudio impide examinar otras cuestiones que las íntimamente relacionadas con la remuneración del representante. Como ejemplo y comprobación de lo anteriormente dicho se hará referencia a tres problemas, que la teoría de “frutos por representación” desnaturaliza e impide se resuelvan adecuadamente y que—parece—pueden tener una solución correcta conforme a la concepción del representante legítimo como administrador del patrimonio del ausente.

##### a) *La propiedad de los bienes consumibles y fungibles*

Corolario de la teoría de “frutos por representación” es entender—según se ha visto—que las cosas consumibles y el dinero, cosas fungibles, valores y efectos públicos que estén en el

---

(44) La posibilidad de retribuir al representante legítimo con todos los productos líquidos se dará sólo cuando se estime que deducidas las cargas que pesen sobre el patrimonio, los productos que resten son el mínimo indispensable para su adecuada remuneración.

patrimonio del ausente se hagan de la propiedad del representante legítimo al entrar éste en posesión de su cargo (45).

Frente a estas afirmaciones, parecen más seguras estas otras: en las cosas consumibles la representación legítima no confiere la propiedad ni el usufructo (compárense los artículos 482, 481 del Código civil); en los fungibles, tampoco la propiedad. La misma Ley de Ausencia lo expresa de modo inequívoco. La obligación de inventariar los bienes muebles (artículos 185 del Código civil, 2.045 de la Ley de Enjuiciamiento civil) va unida a la terminante prohibición impuesta a los poseedores temporales de enajenarlos sin autorización judicial (artículo 186, III, del Código civil). Aceptar una apropiación de ciertos bienes muebles por el representante sería crear una excepción no admitida por la Ley, imponer una enajenación automática (cambio de la titularidad dominical) en beneficio del representante. La incompatibilidad de este resultado con el criterio legal se hace patente en la impuesta intervención del Juez, que al autorizar cada acto de disposición “determinará el empleo de la cantidad obtenida” (artículo 186, III, del Código civil) (46). ¿Entró la cantidad de dinero—cosa fungible—en el patrimonio del representante? ¿Cómo entonces el Juez determina el empleo de una cosa propia del representante? Si se reconoce que la falta de poder del representante y la intervención judicial es posible, porque la cantidad no sale del patrimonio del ausente, se acepta la existencia de cosas fungibles no aptas para la apropiación del representante. Reconocido, en fin, que el poder representativo (como posesión temporal) no implica necesariamente la apropiación “*ipso iure*” de toda cosa fungible, se desvanece la única razón que pudiera justificar esa anomalía jurídica de una titularidad de representante que se convierte, sin más, en titularidad dominical.

La gravedad de la cuestión debatida excede a la misma del poder dispositivo del representante; significa el paso de todos los bienes fungibles y consumibles del patrimonio del ausente al patrimonio del representante. Al ser esto así, el mecanismo de la responsabilidad patrimonial (artículo 1.911 del Código civil) determina que si el representante cae en concurso o en quiebra sus acreedores harán efectivos sus créditos en la masa patrimonial

---

(45) La conexión entre la teoría y la consecuencia determina que no se aplique este derecho de apropiación al representante dativo y, en cambio sí a los hermanos; de este modo quedan éstos equiparados al cónyuge, hijo y ascendiente, en contra del general criterio de la Ley de desconfianza y de restricción de su poder.

(46) El obstáculo insuperable que opone el art. 186, III, C. c. a la teoría examinada está en la incompatibilidad de imponerse una limitación al poder dispositivo de los poseedores temporales sobre unos bienes fungibles (una cantidad de dinero) y el que se le conceda (como sostiene aquella teoría) a esas mismas personas y sobre la misma clase de bienes fungibles la propiedad, lo que sería —precisamente—la entrega de un poder ilimitado sobre ellos; si se les niega expresamente lo menos, no puede deducirse que se les haya otorgado lo más.

y el patrimonio del ausente concurrirá, como un acreedor más, por el valor de los bienes fungibles y consumibles. Un ejemplo mostrará el alcance práctico de la teoría; a poco de tomar posesión de su cargo de representante vuelve el ausente y se encuentra con que se ha declarado en concurso o quiebra su representante; entonces asistirá impotente a este sorprendente resultado: entrarán en la masa del concurso o de la quiebra el trigo que nunca saliera de sus graneros, los vinos de sus bodegas con sus envases, el activo de sus cuentas corrientes y los valores depositados en los Bancos, y quedará reducido a la condición de acreedor no privilegiado, sin otro derecho que el problemático de una cuota en la liquidación de la masa.

La teoría de "remuneración por administración" no conduce a tales erróneas conclusiones y permite una interpretación armónica de los preceptos legales. El representante posee "nomine alieno" y sólo en virtud de sus facultades generales de administración o previa autorización judicial tendrá la facultad de disponer. El Juez, al terminarse el inventario, podrá ordenar el depósito del dinero, títulos o inscripciones de efectos públicos y valores o imponer cualquiera otra medida precautoria, determinar el modo de la inversión de estos bienes y vigilar su buen empleo (artículo 2.031 de la Ley de Enjuiciamiento civil; artículo 1.355, 1.444 del Código civil por analogía). Los frutos, antes o después de su separación, ni en su totalidad ni en parte entran como tales en el patrimonio del representante legítimo. La Ley excluye ya esa posibilidad al decir que hará suyo "los productos líquidos" en la cuantía señalada por el Juez (artículo 186, I. del Código civil); tiene, pues, un derecho a cobrarse de los mismos frutos, pero después de cumplidas las obligaciones, cargas y afecciones del patrimonio, cuando haya "producto líquido", o sea, tiene un crédito especial sobre el patrimonio administrado "ex causa remunerationis" (47).

---

(47) Las cosas consumibles inventariadas no se hacen propias del representante; tendrá la obligación de darles el destino más útil y adecuado para obtener con ellas "los rendimientos normales de que fuesen susceptibles" (art. 185, número 3, C. c.); no bebiéndose el vino, comiéndose las naranjas, ni (en las deteriorables) usando los vestidos y el ajuar de la casa del ausente, sino vendiéndolos o guardándolos a uso de buen administrador.

La aguda objeción de que entonces "la posesión temporal sobre el vino y sobre cosas fungibles no le serviría para nada al representante"—SERRANO, loc. citado, pág. 221—no es válida, si se acepta la teoría de "remuneración por representación"; la representación no se ha creado en beneficio del representante legítimo, ni la intervención del Juez y del Ministerio Fiscal se impone para custodiar los intereses de éste; la posesión de los bienes se da al representante como tal, para que represente, para utilidad del representado, o sea para la custodia del patrimonio del ausente.

b) *Los gastos y mejoras*

Intimamente unida a la concepción de la “posesión temporal”, como una posesión de buena fe, está la pretendida aplicación de los artículos 453 a 458 del Código civil a la posesión del representante legítimo.

Esta consecuencia cae con su presupuesto; pues, como ya se ha indicado (48), la posesión de buena fe a que se refieren los artículos señalados es la posesión a título de dueño, no la de administrador de bienes ajenos (49). Carece además de apoyo en la propia regulación de la ausencia; la función conservadora encomendada al representante (artículo 185, núm. 3 del Código civil) le obliga a hacer los gastos necesarios o útiles, a procurar las mejoras que convengan para el rendimiento normal de los bienes; estos desembolsos los hará el representante con las rentas del patrimonio del ausente—no con las propias—, serán una parte del pasivo a deducir del haber en el momento de determinar cuáles sean los productos líquidos (artículo 186, I, del Código civil). La teoría criticada llevaría al resultado de hacer que el representante tratase como “*suyos*” todos los bienes del ausente, cuando la Ley no le consiente hacer “*suyos*” más que la cuantía de productos líquidos que determine el Juez.

La teoría de “remuneración por representación” impide estas confusiones, que podrían hacer peligrar los derechos del ausente, de sus herederos y de sus acreedores, y además permite una clara separación entre el patrimonio del ausente y el de su representante.

c) *La situación de los bienes gananciales*

Con gran cuidado y agudeza se ha estudiado la relación entre la situación creada por la Ley al patrimonio del ausente y el funcionamiento de la sociedad de gananciales (50). Nos referiremos sólo a una cuestión que ha sido obscurecida por la teoría de “frutos por representación” y que—parece—puede aclararse con la aquí propuesta.

En el caso de la ausencia de la mujer, si el marido es menor se piensa que el representante del ausente, como poseedor temporal, excluye todo derecho del marido sobre los frutos gananciales (51); si el marido es el ausente y su mujer es menor, los

---

(48) Vide supra Nota 27.

(49) Ni siquiera se puede relacionar con el derecho que al usufructuario concede el art. 487 C. c.

(50) COSSÍO, loc. cit., págs. 478-481; SERRANO, loc. cit., págs. 270-286.

(51) COSSÍO, loc. cit., pág. 379; SERRANO, loc. cit., pág. 279.

gananciales se estima que por la misma razón quedarán en beneficio del representante legítimo (52).

Con toda razón se ha censurado esta conclusión (53). Choca no sólo con los principios informadores de la sociedad conyugal, sino con un precepto expreso del Código civil. La teoría comentada produce una separación de bienes de los cónyuges; es preciso liquidar la sociedad para saber qué bienes entran en posesión del representante (54); los frutos de los bienes del marido dejan de ingresar en la sociedad y no soportarán ni podrán computarse para el levantamiento de sus cargas. Resultado contradictorio por el artículo 1.433 del Código civil, que, en caso de ausencia, entrega a los cónyuges la facultad de solicitar—a su conveniencia—la separación de bienes y no permite presumir una separación automática, que se impondría posiblemente contra la voluntad del cónyuge presente (55).

Conforme a la teoría que se propone en este estudio se evitarían tales recusables consecuencias. Sin interferencias ni choques pueden funcionar la representación legítima y la sociedad de gananciales. Los frutos correspondientes del patrimonio del ausente continuarán ingresando en el patrimonio de la sociedad, con la sola diferencia de que sobre dichos frutos pesará una carga, la remuneración del representante como administrador, y que, por tanto, disminuirá en esa cuantía los ingresos de la sociedad (56).

(52) SERRANO loc. cit., 281.

(53) “¿No representa esto una vulneración de los derechos de la sociedad conyugal?”. se pregunta COSSÍO, añadiendo que es un resultado “injusto y anormal”, loc. cit., pág. 379.

(54) Para evitarlo cabría sólo admitir (en uno de los casos) que el representante legítimo haría suyos todos los frutos que estaban en posesión del marido, es decir, todos los de la sociedad conyugal, incluidos los parafernales. Pero esta conclusión, razonablemente, ha sido excluida.

(55) Se ha procurado paliar lo injusto del resultado para el cónyuge aludiendo a una posible pensión alimenticia; pero no hay que olvidar los preceptos sobre alimentos, cuando se pueden exigir (art. 148) su extensión (art. 142) y el modo de prestarlos (art. 149); y que la especial naturaleza de la deuda alimenticia impide que puedan tener la misma o análoga función que la sociedad conyugal.

(56) El cónyuge del ausente, aunque sea menor, seguirá siendo el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, sin más limitación que la de que los bienes del ausente estarían en administración separada (corrigiéndose así, pero no derogándose, el art. 1.441, núm. 2, C. c.).

La hipótesis de la ausencia de ambos cónyuges será resuelta con arreglo a los mismos principios.

# **ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

