
LECCION DECIMA OCTAVA.

OBLIGACIONES DEL TUTOR.—ADMINISTRACION DE LA TUTELA.

I.

Obligaciones del tutor y garantía que debe prestar.

Los jurisconsultos dividen generalmente las obligaciones del tutor, en unas que debe llenar ántes de entrar en el ejercicio de su cargo, y otras que debe cumplir durante éste y cuando termina.

Entre aquellas obligaciones se enumeran las siguientes:

1.ª El otorgamiento de la garantía necesaria para caucionar su manejo:

2.ª La protesta:

3.ª La formacion de inventario.

El tutor tiene respecto de los bienes del incapaz la condicion de un administrador, de donde surge la necesidad de que caucione su manejo; necesidad que ha convertido en un deber legal el artículo 578 del Código civil, ordenando que el tutor, antes de que se le dis-cierna el cargo debe prestar caucion para asegurar su manejo. (1)

(1) Artículo 480, Código civil de 1884.

“La prestación de la fianza, dice el jurisconsulto Emilio Reus comentando la ley de enjuiciamiento Española, es la única garantía eficaz que existe del buen desempeño del cargo de tutor.”

“Al discernir el cargo de tutor á cualquiera, se pone en sus manos la persona y los bienes del pupilo cuya custodia se le encomienda; se le autoriza á ejercer sobre ambos una accion constante y decisiva; se le entregan para que disponga de ellos como le parezca conveniente y casi sin limitaciones ni trabas. Una dolorosa experiencia nos enseña que en muchos casos solo ha servido para hacer posibles fraudes y violencias del peor género.”

Convencidos de la necesidad de que caucionara el tutor su manejo, los redactores del Código le impusieron tal deber, fundados no solo en la consideracion de que todo administrador de bienes ajenos está obligado á asegurar su manejo, sino tambien, y principalmente, porque el incapaz es un sér débil, que no puede defenderse y que necesita el apoyo de la ley, sea cual fuere la causa de la incapacidad. (*Exposicion de motivos.*)

Los autores se encontraban divididos bajo el imperio de la legislacion antigua, sosteniendo unos, fundados en la ley 11, tít. 16 Part. 6.^ª que no debia exigirse á los tutores testamentarios garantía de su manejo; y otros, por el contrario, sostenian que debia exigírseles fianza, fundados en la conveniencia de los menores; cuya opinion fué sancionada por la práctica de los tribunales, fuera del caso en que el testador relevaba expresamente al tutor del otorgamiento de tal garantía.

Pero aun así no tenian los menores una garantía bastante eficaz, porque quedaba al arbitrio del juez su constitucion y su importancia, por lo que se cometian punibles abusos.

Resulta, pues, que segun la legislacion antigua solo se exigia la fianza á los tutores legítimos y dativos. Pero el Código, adoptando un sistema mejor, proscribió la distincion injusta, establecida por aquella, entre los tutores testamentarios y los legítimos y dativos, relativamente á la garantía para asegurar su manejo, declarando obligatorio para todos el otorgamiento de ésta; y estableció la constitucion de la hipoteca expresa en los bienes del tutor, en primer lugar,

y en su defecto la fianza, y algunas veces las dos, para garantizar su manejo.

Así es, que la caucion que con tal objeto debe prestar el tutor, ha de consistir:

1.º En hipoteca:

2.º En fianza. (Art. 578 Cód. civ.) (1)

Pero esta no puede admitirse, sino cuando el tutor no tiene bienes en que constituir la hipoteca. (Art. 579, Cód. civ.) (2)

De manera, que el tutor debe garantizar la pureza de su administracion, constituyendo hipoteca especial y expresa sobre sus bienes, y otorgando fianza cuando carezca de ellos.

Pero puede suceder muy bien, que los bienes que posea no alcancen á cubrir la cantidad que ha de asegurarse; y entonces puede consistir la garantía, parte en hipoteca y parte en fianza, ó solo en ésta, segun lo determine el juez con audiencia del curador. (Art. 580, Cód. civ.) (3)

¿Pero por qué cantidad debe constituirse la garantía exigida al tutor?

En la difícil solucion de este problema, y pesando los inconvenientes que resultarian si se exigiera la hipoteca ó la fianza por el importe de todos los bienes del incapaz, pues es imposible semejante garantía cuando se trata de una cantidad considerable, establecieron los autores del Código, como más realizable, que la garantía se dé solo por determinados bienes, supuesto que, respecto de otros, de los raíces, no hay peligro de mala versacion.

Los mismos autores del Código fundaron su determinacion en el sistema que adoptaron respecto de la tutela, que presta la mayor suma de garantías para los incapaces, y del que fluyen las siguientes consideraciones:

1.º La patria potestad tiene, segun el sistema del Código, mayor extension que la que le otorgaban nuestras antiguas leyes y los Códigos europeos, supuesto que son llamados á su ejercicio en un ór-

(1) Artículo 480, Código civil de 1884.

(2) Artículo 481, Código civil de 1884.

(3) Artículo 482, Código civil de 1884.

den lógico y justo los ascendientes, quienes nunca ejercen la tutela de sus descendientes menores no emancipados.

Esta circunstancia, unida á la facultad que tiene el testador extraño de nombrar tutor testamentario, disminuye en gran parte la necesidad de la garantía; porque no la dán los ascendientes en el ejercicio de la patria potestad, y los tutores testamentarios pueden ser exonerados de esa obligacion; pues la ley presume que al liberar el testador al tutor de dar garantía, lo hace en virtud de la ilimitada confianza que en él tiene.

2.^o El tutor tiene como vigilante de su conducta al curador, sin cuyo conocimiento, y aun sin su consentimiento nada puede hacer; y como éste tambien es responsable, hay la presuncion de que evitará los abusos.

Además, ambos están vigilados por el Ministerio público, cuya audiencia es necesaria en todo negocio de importancia: y el tutor necesita casi en todos sus actos administrativos de la autorizacion judicial y está obligado á producir anualmente y al concluirse la tutela las cuentas de su administracion, lo que disminuye considerablemente el peligro de que se malverse la fortuna del incapaz.

3.^o Los gastos que demandan la subsistencia y educacion de éste y la administracion de sus bienes, se señalan por el juez; los inmuebles, los derechos reales y los muebles preciosos no pueden enajenarse ni gravarse por el tutor, sino con aprobacion judicial, y los primeros precisamente en almoneda, ni tampoco pueden arrendarse por más de nueve años sin la sancion judicial; y por último, sin ella no puede recibir el tutor dinero prestado ni ejecutar acto alguno que importe enajenacion, de manera que la necesita aun para imponer el efectivo que recibiere de dos mil pesos en adelante. Y para todos estos actos es necesaria la audiencia del Ministerio público y del curador, y en algunos es indispensable el consentimiento expreso de éste.

Por tales consideraciones, y no pudiendo temerse que en los casos indicados haya malversaciones, no creyeron conveniente los autores del Código exigir garantías en ellos, así como tampoco las creyeron necesarias cuando los bienes consisten en derechos litigiosos. [*Exposicion de motivos.*]

En consecuencia, la obligacion de prestar la garantía quedó limitada solo á aquellos bienes que por necesidad tienen que entrar á poder del tutor, los cuales enumera el artículo 581 del Código. (1)

Segun este precepto, la hipoteca, y en su caso la fianza, se deben dar:

1.º Por el importe de las rentas de los bienes raíces y réditos de los capitales impuestos:

2.º Por el de los bienes mueblés y el de los enseres y semovientes de las fincas rústicas:

3.º Por el de los productos de las mismas fincas, graduados por peritos ó por el término medio en un quinquenio, á eleccion del juez.

4.º Por las utilidades anuales en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma, ó á juicio de peritos.

Para fijar el importe de la garantía que debe otorgar el tutor, parece que lo más natural era tomar como base el resultado del inventario que éste tiene obligacion de formar: pero como el Código prescribe que el inventario se haga en un plazo hasta de seis meses, y por otra parte, previene que el tutor caucione su manejo á lo más dentro de tres, ha habido necesidad de valerse de otro medio.

Así es, que complementando al Código civil, el artículo 2,080 del de Procedimientos ordena, que el tutor interino que debe encargarse de la tutela mientras el definitivo cauciona su manejo, presente dentro del término que el juez señale, con presencia de los datos que existan en los libros de la testamentaria ó intestado, un cómputo aproximado de la cuantía de los bienes, productos y rentas, cuya administracion y manejo debe garantizarse con arreglo á la ley; y el artículo 2,081 previene que se dé traslado de ese cómputo al Ministerio público, y que en vista de su respuesta se determine el otorgamiento de la garantía. (2)

(1) Artículo 483, Código civil de 1884. Se reformaron las fracciones primera y tercera, ampliando la caucion á los productos de dos años.

Los preceptos reformados dicen:

“La hipoteca, y á su vez la fianza, se darán:

“1. Por el importe de las rentas que deban producir los bienes raíces en dos años y los réditos de los capitales impuestos durante el mismo tiempo.”

“III. Por el producto de las mismas fincas en dos años, graduados por peritos ó por término medio en un quinquenio, á eleccion del juez.”

(2) Artículos 1,410 y 1,411, Código de Procedimientos de 1884.

Habría sido de desear un medio más expeditivo y ménos gravoso para el incapaz, pues segun el sistema adoptado por los Códigos resulta, que ántes que el tutor tome posesion de su cargo, debe prestar la garantía que caucione su manejo, y entre tanto, se le entregan los bienes del incapaz por inventario solemne á un tutor interino; y otorgada la fianza ó la hipoteca, se le entregan esos bienes al tutor definitivo, quien á su vez tiene el inexcusable deber de formar un inventario solemne y circunstanciado.

Es decir, que se grava al incapaz con los gastos que demanda la entrega por inventario solemne al tutor interino y los honorarios que éste devenga, más los que exige la faccion del inventario solemne por el tutor definitivo y los honorarios á que éste tiene derecho.

Si los bienes del incapaz aumentan ó disminuyen durante la tutela, puede aumentarse ó disminuirse proporcionalmente la hipoteca ó la fianza. (Art. 582, Cód. civ.) (1)

Es decir, que siempre que sea insuficiente la garantía se debe ampliar.

Pero esta puede ser insuficiente por dos causas:

- 1.ª Porque haya aumentado el patrimonio del incapaz:
- 2.ª Porque haya disminuido el valor de las fincas hipotecadas ó hayan dejado de ser idóneos los fiadores.

El patrimonio del incapaz puede aumentar de diversos modos; como cuando este recibe una herencia, donacion ó legado, ó cuando las fincas de su propiedad que se hallaban fuera de toda vía de comunicacion, quedan por la construccion de una vía férrea en contacto con poblaciones de importancia y de consumo de los productos agrícolas.

Disminuye la garantía cuando se destruyen ó sufren graves deterioros las fincas hipotecadas, ó los fiadores pierden en todo ó en parte su fortuna.

A fin de que la garantía, que como hemos dicho, se exige al tutor en beneficio del menor, no sea ineficaz, éste tiene entre otras obligaciones la de producir anualmente la cuenta de su administracion, y

(1) Artículo 484, Código civil de 1884. Este precepto fué adicionado facultando al tutor, al curador y al Ministerio público para pedir el aumento ó la disminucion de la garantía.

á la vez tiene tambien el deber de justificar, mediante una informacion testimonial, la supervivencia é idoneidad de los fiadores que garantizan su manejo. Pero este deber no impide que promueva esa prueba siempre que la estime conveniente. (Art. 589, Cód. civ.) (1)

Por la misma razon, el curador tiene tambien el deber de vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el tutor, dando aviso al juez de los deterioros y menoscabos que en ellas hubiere, para que, si es notable la disminucion del precio, se le exija al tutor que garantice con otras su manejo. (Art. 590, Cód. civ.) (2)

La ley no dice á instancia de quién puede hacerse el aumento, pero creemos que debe ser á peticion del curador ó del Ministerio público, vigilantes de la conducta del tutor, creados por la ley (3)

Puede acontecer que el tutor se halle en la imposibilidad de dar la garantía que exige la ley, dentro del plazo de tres meses que para tal objeto señala, porque no tenga bienes que hipotecar ni fianza bastante. En tal caso puede disminuirse el importe de la garantía con audiencia del curador, pero de modo que no baje de la mitad de los valores á que ántes nos hemos referido. Y durante el plazo indicado debe encargarse la administracion de los bienes del incapaz á un tutor interino, quien los ha de recibir bajo inventario solemne, y no puede ejecutar otros actos administrativos, que los expresamente determinados por el juez, y siempre con la intervencion del curador. (Arts. 583 y 584, Cód. civ.) (4)

(1) Artículo 492, Código civil de 1884. Este precepto fué adicionado facultando al Ministerio público para promover la informacion de supervivencia é idoneidad del fiador, y al juez para exigirla de oficio, y mandó que en todo caso sea citado para ella el Ministerio público.

(2) Artículo 493, Código civil de 1884.

(3) El artículo 484, del Código civil de 1884, ocurrió á este vacío del de 1870, declarando que personas pueden pedir el aumento de la garantía.

(4) Artículos 485 y 486, Código civil de 1884. El primer artículo reformó el 583 del Código de 1870 en los términos siguientes, tanto para mayor garantía de los incapaces, cuanto porque en cierta manera anulaba el precepto del artículo 581 de dicho ordenamiento, relativo á la garantía del tutor:

“Si el tutor dentro de tres meses despues de aceptado su nombramiento no pudiere dar la garantía por las cantidades que fija el artículo 483, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.”

El artículo 485 del Código civil de 1884 introdujo una reforma importante, pues implícitamente faculta para la destitucion del tutor testamentario no exonerado de la obligacion de caucionar su manejo por el testador, si no puede prestar la caucion.

Aunque esta reforma tiende á procurar mayor garantía para el incapaz, y por lo mismo la creemos justa, pudiera haberse hecho alguna excepcion á favor del tutor testamentario para respetar la voluntad del testador, en quien es de presumirse la más acertada

Están exceptuados de la obligación de dar garantía: (Art. 585, Cód. civ.) (1)

1.º Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador.

Sin embargo, tienen obligación de otorgar la garantía, cuando con posterioridad á su nombramiento haya sobrevenido alguna causa ignorada por el testador, que haga necesaria la garantía, á juicio del juez, previa audiencia del curador. (Art. 586, Cód. civ.) (2)

2.º Los tutores, de cualquiera clase que sean, siempre que el incapaz no está en posesión efectiva de sus bienes; y solo tiene créditos ó derechos litigiosos.

Pero si se realizan algunos créditos ó derechos, ó se recobran los bienes, aun cuando sea en parte, tiene el tutor la imprescindible obligación de otorgar la garantía correspondiente. Y para que sea puntualmente cumplido ese deber, tiene el curador, bajo su más estrecha responsabilidad, la obligación de vigilar para que se llene en su oportunidad. (Art. 587, Cód. civ.) (3)

3.º El padre, la madre y los abuelos en los casos en que conforme á la ley son llamados á la tutela de sus descendientes, á no ser que el juez, con audiencia del curador, creyere conveniente exigir la garantía.

4.º Los que recojan á un expósito y le alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, á no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

Cuando el tutor es coheredero del incapaz no se le puede exigir otra garantía que la de su propia porción hereditaria, á no ser que ésta no iguale á una mitad de la de aquel; pues entonces se debe in-

elección en la persona encargada de la guarda del incapaz, procurando reunir en ella el afecto para éste y la aptitud para la administración de sus bienes, cualidades tal vez difíciles de reunir en el nuevo tutor.

El artículo 485 está concebido en términos tales, que parecen expresar la idea terminante de la destitución de plano del tutor por solo el hecho de no haber caucionado su manejo dentro de tres meses; pero el precepto del artículo 466 del mismo Código de 1884 ordena que la separación del tutor se haga siempre con su audiencia, y por sentencia judicial, lo cual quiere decir, que el primer artículo establece una nueva causa de exclusión, la que no puede producir la destitución del tutor sino en los términos y en la forma que señala el segundo.

(1) Artículo 487, Código civil de 1884.

(2) Artículo 488, Código civil de 1884.

(3) Artículo 489, Código civil de 1884.

tegrar la garantía, con la hipoteca de otros bienes del tutor ó con fianza. Y si son varios los incapaces cuyo haber consiste en bienes procedentes de una herencia indivisa, y son varios los tutores, solo se le puede exigir á cada uno de ellos hipoteca ó fianza por la parte que le corresponde á su representado. (Arts. 588 y 591, Cód. civ.) (1)

Todas las reglas que preceden, establecidas por el Código civil, sobre la garantía que debe prestar el tutor, son de tal manera claras y justas, que no necesitan explicarse, y por lo mismo, solo nos hemos limitado á exponerlas, con las razones que las motivan, expresadas por sus autores.

II.

De la protesta y discernimiento del cargo.

No basta el nombramiento del tutor para que entre al ejercicio de la tutela, sino que se necesita además su aceptacion y protesta y el discernimiento del cargo.

La aceptacion puede ser expresa, como cuando el tutor es nombrado por el juez, y haciéndole saber su nombramiento lo acepta; ó tácita, como cuando el tutor testamentario ocurre á aquel funcionario pidiéndole le discierna el cargo.

Segun la legislacion de las Partidas, los tutores testamentarios no necesitaban del discernimiento para entrar al ejercicio de la tutela; pero el Código de Procedimientos civiles exige terminantemente en los artículos 2,073 y 2,083 para todos los tutores, cualquiera que sea su clase, testamentarios, legítimos ó dativos, el discernimiento del cargo. (2)

El discernimiento, segun lo definen los jurisconsultos, es el acto ó diligencia en que confirmando el juez al tutor en su cargo, le confiere las facultades y el poder que necesita para dirigir, representar en juicio y cuidar de la persona del incapaz y de la administracion de sus bienes con sujecion á las leyes.

(1) Artículos 491 y 494, Código civil de 1884.

(2) Artículos 1,404 y 1,413, Código de Procedimientos de 1884.

Segun la de las Partidas, se exigia al tutor, ántes del discernimiento del cargo, juramento de desempeñarlo bien y fielmente, á fin de ligarle con un vínculo moral más, que le estrechara al cumplimiento de sus deberes. Pero en la actualidad no impone el Código de Procedimientos tal deber, pues solo exige la aceptación del tutor y la prestación de la garantía de su manejo; pero en la práctica exigen los jueces á los tutores la protesta de cumplir bien y fielmente los deberes de su cargo; protesta, á nuestro juicio, ineficaz é inútil, ya por la corrupción de las costumbres, ya porque su violación carece absolutamente de sanción penal.

Llenados los requisitos que hemos indicado, y otorgada la garantía respectiva, tiene lugar el discernimiento; en cuyo acto otorga el juez al tutor, en nombre de la sociedad y con las facultades y restricciones, que las leyes establecen, una especie de poder para que obre en nombre y representación del incapaz.

Pero aun discernido el cargo, el tutor, de cualquiera clase que sea, no puede ejercerlo sin hacer que ántes se nombre curador; y si no cumple con este deber, es responsable de los perjuicios que causa al menor y se le debe separar de la tutela. Sin embargo, ningun extraño puede rehusarse á tratar con él, judicial ó extrajudicialmente, alegando la falta del curador. (Arts. 592 y 593, Cód. civ.) (1)

Esta es una justa consecuencia del artículo 433 del Código civil, que declara, que la tutela se desempeña por el tutor con interven-

(1) Artículos 495 y 496, Código civil de 1884.

El primero de estos preceptos reformó el contenido en el artículo 592 del Código de 1870, en estos términos:

“Cuando el tutor tenga que administrar bienes no podrá entrar á la administración sin que ántes se nombre curador.”

El autor de las notas comparativas del Código de 1884 con el de 1870, dá por razón de esta reforma la siguiente, que trasladamos á la letra:

“Fueron exceptuados de este precepto los tutores que no tienen la administración de los bienes, tales como los interinos y especiales, nombrados cuando el padre tiene un interés opuesto al de su hijo, pues no se creyó que en tal caso haya necesidad de la caución, cuyo monto además no sería posible fijar.”

Debemos confesar ingenuamente que no podemos encontrar la relación que exista entre este razonamiento y el precepto reformado que no hace referencia á la caución que deben prestar los tutores, y por tanto, tampoco podemos encontrar en él la justificación de la reforma.

Lo único que se deduce de tal razonamiento es, que no creyendo los reformadores que hubiera necesidad de la caución para garantizar la conducta de los tutores interinos, se suprimió la indispensable intervención y vigilancia del curador.

Esto es, que á pretexto de la supresión de una caución que se juzgó innecesaria por la dificultad de fijar su monto, se crió un precepto que destruye el sistema adoptado

cion del curador, y de la naturaleza de ese cargo, que tiene por único objeto el beneficio de la persona del incapaz y no el de las personas con quienes contrata ó celebra algun acto jurídico. (1)

Así es, que si falta el curador, será responsable el tutor de los perjuicios que por tal motivo se le sigan al incapaz; pero éste no deja por eso de estar legalmente representado por el tutor, y los contratos con él celebrados son perfectamente válidos.

La justa exigencia del Código civil ha dado lugar al precepto del de Procedimientos, ordenando que en todo caso en que se nombre al menor un tutor interino, se le debe nombrar curador con el mismo carácter, si no lo tiene definitivo, ó si teniéndolo se halla impedido. (Art. 2,093, Cód. Proced.) (2)

El mismo Código de Procedimientos previene tambien en el artículo 2,090, que en todo auto de discernimiento del cargo de tutor, debe expresar el juez el tanto por ciento que con arreglo á lo prevenido en el artículo 632 del Código civil, corresponde al nombrado, ó la pension ó legado que por el desempeño de su cargo le haya asignado el autor de la herencia. (3)

Segun la práctica antigua, fundada en los preceptos de las leyes 3.^a, tít. 3.^o, lib. 4.^o del Fuero Juzgo, y 2.^a, tít. 7.^o, lib. 3.^o del Fuero Real, se señalaba el diez por ciento de administracion al tutor, sin distincion de casos. De aquí provenia una gran despropor-

por el Código de 1870 y aceptado por el de 1884 en su artículo 406, que declara que la tutela se desempeña por el tutor con intervencion del curador, y disminuye las garantías creadas á favor de los incapaces.

Como si fuera lógica y justa la supresion de una garantía, porque no se puede fijar el monto de otra garantía.

Como si fuera preferible, ya que se tropieza con esta dificultad, suprimir otra garantía y disminuir doblemente las seguridades de los incapaces.

Como si no se comprometieran tambien gravemente los intereses y el porvenir de éstos, cuando el tutor no administra sus bienes, cuando hay conflicto entre esos intereses y los del padre ó los del tutor definitivo, y no fuera por lo mismo necesaria la vigilancia y la intervencion del curador.

Bajo cualquier aspecto que se examine la reforma á que aludimos, siempre se encontrará inmotivada é inconveniente, porque disminuye las garantías con que la ley protegía á los incapaces.

El artículo 496 reformó el 593 del Código de 1870, para que quedara en la debida relacion con la reforma á que ántes nos hemos referido, haciendo responsable al tutor de los daños y perjuicios que se le sigan al incapaz, si entra en la administracion de los bienes sin que se haya nombrado curador.

(1) Artículo 406, Código civil de 1884.

(2) Artículo 1,429, Código de Procedimientos de 1884.

(3) Artículo 1,420, Código de Procedimientos de 1884.

cion, pues si en algunos casos eran laboriosos y complicados los trabajos de administracion, y habia justicia en retribuirlos con ese tanto por ciento, en otros muchos era excesiva esa recompensa.

El Código civil ha venido á remediar ese mal, ordenando que el tanto por ciento por derechos de administracion, ni baje del cuatro por ciento ni exceda del diez de las rentas líquidas de los bienes del menor, y que si éstos tuvieren un aumento extraordinario en sus productos, debido exclusivamente á la industria y diligencia del tutor, tendrá éste derecho á una remuneracion del diez por ciento del aumento, sin perjuicio de la ántes designada, quedando la calificacion del aumento á cargo del juez con audiencia del curador. (Arts. 633 y 634, Cód. civ.) (1)

Creemos, sin embargo, que la designacion hecha por el juez, segun lo ordena el artículo 2,090 del Código de Procedimientos, es enteramente extemporánea y que en muchos casos será desproporcionada é injusta; porque haciéndose ántes de saber con entera certeza el verdadero monto del haber del incapaz, y de los cuidados que demanda su administracion, se carece de una base cierta para hacer tal designacion. (2)

Este inconveniente se hace más palpable en los casos de testamentarias é intestados, pues en ellos, una de las primeras diligencias que hay que practicar es el nombramiento de los tutores para los incapaces, y por consiguiente, el discernimiento de sus respectivos cargos. Y como tales actos preceden á la faccion de inventarios y division de la herencia, resulta que se carece por completo de una base cierta para poder designar el tanto por ciento que debe percibir el tutor.

Creemos por lo mismo, que la designacion hecha por el juez, está sujeta á modificaciones, á instancia del tutor, y con audiencia del curador y del Ministerio público.

(1) Artículos 548 y 549, Código civil de 1884. Este último artículo disminuyó la remuneracion extraordinaria del tutor, á un cinco por ciento sobre el producto líquido de las rentas.

(2) Artículo 1,420 Código de Procedimientos de 1884.

III.

De la formación del inventario.

Al principio de esta lección manifestamos, que los jurisconsultos enumeran entre las obligaciones que el tutor debe cumplir ántes de entrar al ejercicio de su cargo, la de formar inventario de los bienes que constituyen el patrimonio del incapaz; cuya obligación ha reproducido el artículo 603 del Código civil, aunque no con la calidad de prévia, pues el tutor debe cumplirla dentro del plazo que el juez señale, el cual no puede exceder de seis meses. (1)

Por tanto, el tutor está obligado á formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapaz en el plazo indicado, y con intervencion del curador; cuya obligación no puede ser dispensada, ni aun por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario. (Arts. 603 y 604, Cód. civ.) (2)

El derecho Romano imponía la misma obligación, aunque sin señalar término para principiar y concluir el inventario, pues su designación quedaba al arbitrio del juez; pero ese término debía ser muy breve, porque el tutor no podía ejercer su cargo hasta haber cumplido aquella obligación, si no es en aquello que por su naturaleza no permitía dilación, y la ley 15, tít. 16, Part. 6.^ª reprodujo esa misma obligación (3)

El derecho Romano facultaba al testador para eximir al tutor del cumplimiento del deber de formar el inventario, segun claramente lo expresa la ley 13, § 1, tít. 55, lib. 5, Cod. en las siguientes palabras: "*Non audeat tutor res pupillares attingere, nisi prius inventario publice facto . . . nisi testatores qui substanciam transmittunt, specialiter inventarium conscribi vetuerint;*" y muchos autores, fundados en este precepto, pretendían ántes de la vigencia del Código civil que el tutor podía excusarse del cumplimiento de ese deber en algunos casos;

(1) Artículo 506, Código civil de 1884.

(2) Artículos 506 y 507, Código civil de 1884.

(3) Ley 24, tít. 37, lib. 5, Cod.

como cuando el padre lo prohibía ó el juez estimaba útil que dejara de formarse el inventario por razones especiales, por ejemplo, por considerarse peligroso descubrir el estado de la fortuna del menor, pues el pobre podia ser objeto del desprecio y el opulento de la envidia; ó por ser de tan escasas rentas que quedaran compensadas con los alimentos recibidos del tutor, que es lo que en el tecnicismo forense se llamaba *frutos por alimentos ó por pension*, cuya circunstancia excusaba al tutor del deber de dar cuentas de su administracion.

Esta circunstancia, y el beneficio del mismo menor, pues la formacion del inventario debia hacerse á sus expensas, eran la causa alegada por el jurisconsulto Gutierrez (Part. 2.^ª cap. 1.^º núm. 99) para exonerar en el caso indicado al tutor del deber de formar el inventario.

Pero el Código civil ha venido á establecer una regla inmutable que nos aleja de las controversias que tenian lugar ántes, determinando en términos absolutos y genéricos que el tutor tiene obligacion de formar inventario de los bienes del incapaz, y que esa obligacion no puede ser dispensada ni aun por las personas que tienen facultad de nombrar tutor testamentario.

Es decir, que ese deber está impuesto por la ley á todos los tutores sin distincion alguna, del cual no pueden ser dispensados ni aun por el mismo testador, y que la cláusula testamentaria que tal dispensa otorgara seria nula y de ningun valor en virtud del principio que dice: "*Non enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus*," sancionado por el art. 6.^º del Código civil. (1)

La faccion del inventario es una medida de trascendental importancia, porque es la base fundamental de la administracion de la tutela, supuesto que forma el punto de partida de las cuentas que el tutor tiene obligacion de rendir.

El inventario tiene, pues, por objeto demostrar los bienes que el tutor recibe en administracion, de los cuales debe rendir cuenta despues, y dar á conocer el estado del patrimonio del incapaz y su importancia, para determinar las medidas convenientes respecto de la educacion de este, de los gastos de alimentos, administracion, etc.

(1) Artículo 6, Código civil de 1884.

Los autores distinguen el inventario en judicial y extrajudicial, según que interviene ó no el juez en su formación, y el segundo lo subdividen en simple y solemne.

El simple consiste en una descripción de los bienes, hecha por los mismos interesados, esto es, por el tutor ó los herederos en los casos de sucesión; y el solemne es el que se hace con asistencia del escribano público con los requisitos y formalidades que exigen las leyes.

El artículo 3,979 del Código civil dice: que el inventario solemne, tratándose de sucesiones, se debe formar según lo disponga el Código de Procedimientos: y éste ordena en el artículo 1,903, que el inventario solemne se debe formar con intervención del Ministerio público en su caso, y del escribano, sin perjuicio de que el juez pueda concurrir á su formación en todo ó en parte, si lo considera necesario. (1)

De estos preceptos deducimos, por razón de analogía y por falta de otros expresamente aplicados á la tutela, así como de la obligación del tutor de formar inventarios solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio de la incapaz, que tal inventario se debe formar con intervención del curador, del Ministerio público y del escribano, sin perjuicio de que el juez pueda concurrir á su formación en todo ó en parte.

El inventario debe contener una relación circunstanciada de los bienes que forman el patrimonio del incapaz, y por consiguiente la expresión de los créditos activos y de los pasivos que hubiere en su contra, pero no hace fe contra el tercero; es decir, que no perjudica los derechos de los acreedores, cuyos créditos no hubieren sido listados, ni el de las personas cuyos bienes se hubieren incluido entre los del incapaz; porque ni el inventario es un título contra tercero, ni en su formación toman parte aquellas personas, y por lo mismo, no puede perjudicarles. (Art. 608, Cód. civ.) (2)

Pero el tutor tiene obligación indeclinable de inscribir en el inventario su crédito á cargo del menor, bajo la pena de perderlo si no hace la inscripción. (Art. 605, Cód. civ.) (3)

(1) Artículo 3,773, Código civil de 1884, y 1780, Código de Procedimientos de 1884.

(2) Artículo 511, Código civil de 1884.

(3) Artículo 508, Código civil de 1884.

Este precepto severo, que debe su origen al derecho Romano (1), tiene por objeto evitar el fraude por el cual el tutor pudiera revivir un crédito ya extinguido, si adquiriría el convencimiento de que la prueba de la extincion no existía entre los documentos del menor.

Esta severidad de la ley dió lugar á que los intérpretes hicieran una distincion entre el tutor testamentario y los dativos y los legítimos, exceptuando al primero del deber de inscribir su crédito y de la pena bajo la cual tenia que hacer la inscripcion; pero si esa distincion importaba un ábuso, porque la ley romana no la autorizaba, mucho mayor seria ahora que el Código, en términos absolutos, impone á todos los tutores aquel deber.

La presuncion en que se funda el deber del tutor de inscribir su crédito en el inventario, bajo la pena de perderlo si no lo hace, no admite prueba en contrario; y por lo mismo, hecho el inventario no se admite al tutor á probar contra él en perjuicio del menor, ni ántes ni despues de la mayor edad de éste; y ya sea que litigue en nombre propio ó con la representacion del menor. (Art. 607, Cód. civ.) (2)

En consecuencia, y valiéndonos de las palabras de Gutierrez Fernandez, lo que el tutor ha reconocido existir y consignado en el inventario es en daño suyo, aunque se haya equivocado en la cantidad ó cualidad; pues como dice la ley 13, tít. 51, lib. 5.^o del Cod. "*Cum nemo tan simplex, imo stultus, inveniatur, ut in público inventario aliquid scribi contra se patiatur;*" ó como asienta la ley 120, tít. 18, Patr. 3.^o: "*Ca non devè ome sospechar, que el fiziesse escritura sobre sí, de cosas que non oviessse recebido.*"

Sin embargo, Gregorio López, Gutierrez y otros jurisconsultos admiten que puede alegarse contra el inventario cualquiera error por el que el tutor haya sido inducido á creer que tal ó cual cosa pertenecia al pupilo; la prueba de este error justo de hecho, se admitia aun contra la confesión judicial, á la cuál se reduce la fuerza probatoria del inventario. (Ley 4.^a tít. 13, Part. 3.^a)

Los términos absolutos del precepto del Código civil que prohíbe al tutor probar contra lo asentado en el inventario, nos obliga á sostener que en la actualidad no se podria permitir á aquel probar,

(1) Artículo 510, Código civil de 1884.

(2) Novela 72, capítulo IV.

contra las constancias de ese documento, que habia procedido por error, sin una notoria violacion del indicado precepto, que por su precision y claridad no permite que se exceptúe caso alguno de su observancia, ni que se interprete de ninguna manera.

Pero no basta, segun la opinion de autores respetables, que el tutor manifieste que es acreedor del incapaz, sino que es necesario además que exprese la causa y el importe de su crédito.

Y hay que advertir que la simple declaracion hecha por el tutor en el inventario, no es un título bastante que le exonere de la obligacion de probar la verdad del crédito que asegura tener contra el incapaz, pues de otra manera vendriamos al absurdo de otorgarle la facultad de constituirse acreedor por su simple dicho.

Segun la regla establecida por la ley 7, tít. 27, lib. 26 D., de donde está tomada la ley 15, tít. 16, Part. 6.^ª, el tutor, mientras no hacia el inventario, no podia ejercer más actos de administracion en los bienes del menor, que aquellos urgentes é indispensables, que no podian demorarse; y si no cumplia con ese deber, se le debia separar del cargo como sospechoso.

El Código civil nada dice expresamente sobre estos dos puntos; pero creemos que implícitamente tiene sancion penal el cumplimiento del deber de formar inventario impuesto al tutor, en la fraccion 2.^ª del artículo 563, que señala como causa de destitucion de la tutela, la mala conducta del tutor en el desempeño de ese cargo, con respecto á la administracion de los bienes; pues es fuera de toda duda que mal administra, se conduce mal el tutor que no forma el inventario, base esencial sin la que no se pueden tener datos ciertos para examinar sus cuentas ni juzgar de la pureza de su manejo. (1)

En cuanto al primer punto, nos atrevemos á sostener, que el juez puede limitar la administracion del tutor, mientras forma el inventario, á los actos que creyere convenientes y que por su naturaleza no permitan dilacion.

Por las mismas razones que motivan la obligacion del tutor de formar inventario solemne de cuanto constituya el patrimonio del menor, tiene el deber de incluir en él, con las mismas formalidades que

(1) Artículo 463, Código civil de 1884.

para su formacion, los bienes que el menor adquiere despues de ésta, y si hubiere omitido la mencion de algunos, el menor mismo, ántes ó despues de la mayoría de edad, y el curador ó cualquiera pariente, pueden ocurrir al juez, pidiendo que se listen los bienes omitidos; y este funcionario, oido el tutor, debe determinar lo que proceda en justicia. (Arts. 606 y 609, Cód. civ.) (1)

IV.

De la administracion de la tutela respecto de la persona del incapaz.

La tutela es, como ántes hemos dicho, un cargo público que tiene por objeto la guarda de las personas y de los bienes de los que no estando sujetos á la patria potestad, son incapaces para gobernarse por sí mismos.

De esta definicion se infiere, que el tutor tiene una doble mision que cumplir, y por tanto, que debe cuidar de la persona del menor y representarle en la administracion de sus bienes.

De aquí es que el tutor está obligado á alimentar y educar al menor, á cuidar de su persona, á administrar sus bienes y á representarle en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepcion del matrimonio, el reconocimiento de los hijos, el testamento y otros de la misma clase. (Art. 594, Cód. civ.) (2)

El primero y principal deber del tutor es la guarda del menor, pues si se le ha concedido la de los bienes es por la proteccion que le debe á la persona de éste. Por tanto, al confiarle la ley al tutor el gobierno del menor, le ha otorgado, como una consecuencia necesaria, los derechos de educacion, de guarda y de correccion, que son atributos de la patria potestad.

En efecto, el tutor sustituye, por ministerio de la ley, á los padres, cuyos deberes tiene que cumplir: y es natural que se le hayan concedido todos los medios conducentes á ese fin.

(1) Artículos 509 y 512, Código civil de 1884.

(2) Artículo 497, Código civil de 1884.

Por esa razón, á la vez que la ley le impone el deber de alimentar y educar al menor, de formar sus costumbres, de procurarle una profesion ó un arte y de ponerle en aptitud de llenar los deberes que la posicion social de sus padres demanda; le dá la autoridad necesaria para cumplir ese deber, facultándole para corregir templada y mesuradamente al menor y para invocar el auxilio de las autoridades en el ejercicio de esa facultad, á la vez que impone al mismo menor la obligacion de respetar á su tutor. (Art. 595, Cód. civ.) (1)

El tutor es el representante del menor en todos los actos civiles; es decir, que obra en nombre de éste, porque representa á un incapaz en los actos de la vida civil, hace las veces de él en todos aquellos que pueden producir un efecto jurídico en su pro ó en su contra: de manera que, por una ficcion del derecho, los actos ejecutados por el representante se consideran con el mismo valor y eficacia que si él los hubiera ejecutado en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Así, pues, el menor no interviene directamente en cuanto se relaciona con el ejercicio de sus derechos, sino el tutor, quien al ejecutar los actos que demanda la administracion de los bienes, le obliga, como el mandatario en el ejercicio del mandato, obliga al mandante; y en consecuencia, todos los actos que ejecuta el tutor dentro de los límites que la ley señala á su administracion producen los mismos efectos respecto del menor, que si éste los hubiera ejecutado en pleno estado de capacidad legal.

Por ejemplo, si el tutor impone sobre hipoteca el dinero que resulte sobrante despues de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, los derechos resultantes de la imposicion son propios del menor y no del tutor.

Segun la legislacion Romana y la de las Partidas, el tutor representaba al menor cuando se hallaba en la edad pupilar, esto es, cuando aun no habia cumplido siete años; pero una vez que habia llegado á esa edad celebraba personalmente los contratos, pero como no podia empeorar su condicion, no podia tampoco obligarse, sino con asistencia y autorizacion del tutor, que le protegía contra la mala fé de los contratantes y los peligros á que estaba expuesto por su in-experiencia.

(1) Artículo 498, Código civil de 1884.

En consecuencia, según nuestra antigua legislación (1), el tutor intervenía en todos los actos civiles en que podían ser perjudicados los menores; pero á medida que éstos tenían mayor edad, gozaban de distintas consideraciones, cuya extensión indican las siguientes observaciones:

1.º El menor de siete años, sujeto á la tutela, nada podía hacer, ni aun con la intervención del tutor, quien le representaba en todos los actos civiles:

2.º El menor que había cumplido siete años, sin llegar á catorce, si era varón, ó doce si era mujer, podía hacer mejor su condición, pero no obligarse sino con la autorización del tutor: esto es, completaba con su intervención la capacidad jurídica del menor:

3.º El menor de edad, pero mayor de catorce años, siendo varón, ó de doce, siendo mujer, que carecía de curador, podía celebrar contratos y obligarse, gozando del beneficio de la restitución, pero no comparecer en juicio como actor ó como demandado.

El Código civil ha derogado ese sistema, fundado en una distinción inútil, sujetando á todos los menores, cualquiera que sea su edad, lo mismo que á los incapacitados, á la autoridad del tutor, quien no completa la capacidad jurídica de ellos con su intervención ni autoriza sus actos, sino que les representa y obra en su nombre.

Sin embargo, el mismo Código señala en el artículo 594 varias excepciones á este principio, y son las siguientes: (2)

1.º Cuando se trata del matrimonio, pues la ley no ha querido que la voluntad del menor pueda suplirse por la de otra persona, en un contrato en el que trata de su libertad personal:

2.º Cuando el menor trata de testar, si tiene catorce años, siendo varón, ó doce, siendo mujer, porque su voluntad no puede suplirse por la del tutor ó la de cualquiera otra persona:

3.º Cuando se trata del reconocimiento de un hijo natural, pues tal acto no tiene por objeto contraer obligaciones, sino reparar una falta y no es otra cosa que la confesión de un hecho preexistente.

En una palabra, el tutor no representa al menor en ninguno de aquellos actos que son esencialmente personales, pues como dijimos

(1) Leyes 4 y 5, tít. 11, Part. 5.ª, 13 y 16, tít. 16, Part. 6.ª

(2) Art. 497, Código civil de 1884.

en el artículo II de la lección 14.^{ta}, el ejercicio de las facultades que nacen de los derechos que las leyes otorgan á todas las personas se delega al tutor cuando se trata de menores, quien los representa para suplir los defectos de su capacidad jurídica, ménos cuando se trata de derechos esencialmente personales que no pueden ejercerse por delegacion, y en los que no es posible separar la facultad del ejercicio.

Son consecuencias del sistema adoptado, por el Código, las siguientes:

1.^{ta} Durante la tutela no corre la prescripcion entre el tutor y el menor, porque siendo legítimo representante de éste, posee sus bienes en su nombre y no á título de dueño, cuya circunstancia es esencial para la prescripcion: (Art. 620, Cód. civ.) (1)

2.^{ta} El tutor tiene obligacion de admitir las donaciones, legados y herencias dejadas al menor, supuesto que es su legítimo representante, y que tiene que ejecutar en su nombre todos aquellos actos en que debe otorgar su consentimiento. (Art. 624, Cód. civ.) (2)

Pero si es cierto que el tutor tiene obligacion de procurar al menor una profesion destinándole á la carrera ú oficio que elija, segun sus circunstancias, tambien lo es, que, si la persona que ejercia la patria potestad le habia dedicado á alguna carrera, el tutor no puede variar ésta sin aprobacion del juez, quien debe decidir prudentemente y con necesaria audiencia del menor. (Arts. 600 y 601, Cód. civ.) (3)

La ley presume, con justicia, el acierto de eleccion en la persona que ejerce la patria potestad, tanto por el cariño que profesa á su descendiente, como por el conocimiento de sus aptitudes y de sus inclinaciones, cohonestadas con su posicion social, y por lo mismo, ha querido que se respete esa voluntad, pero á condicion de que no haya un cambio de circunstancias que demuestre la inconveniencia de la eleccion ó haga imposible el respeto de ella.

De aquí es, que si las rentas del menor no alcanzan á cubrir los gastos de sus alimentos y educacion, el juez debe decidir si ha de ponersele en oficio ó se adopta otro medio para evitar la enajenacion de los bienes, y sujetar á las rentas de éstos los alimentos: porque el le-

(1) Art. 524, Código civil de 1884.

(2) Art. 528, Código civil de 1884. Adicionado con la palabra "simples," para calificar las donaciones y evitar las onerosas que pudieran ser perjudiciales al menor.

(3) Arts. 503 y 504, Código civil de 1884.

gislador ha querido que en tal caso se ayude el mismo menor por medio de su trabajo, y que siempre conserve un elemento que no solo sirva para la subsistencia, sino tambien para formar un patrimonio. (Art. 602, Cód. civ.) (1)

Las leyes antiguas, muy especialmente la 19, tít. 16, Part. 6.^{ta} determinaban cuál debia ser el lugar en donde debia educarse al menor, mandando que se estuviera á lo dispuesto por el padre en el testamento; en su defecto á lo que determinara el juez, ó en poder de la madre, si fuere de buena fama; pero nunca podia permanecer á su lado en el caso de que contrajera segundas nupcias, ni al de aquel las personas que pudieran tener derecho de heredarle, por temor de que fuera víctima de un delito de éstas ó del marido de la madre.

Nuestra legislacion actual nada establece sobre el particular, por lo que creemos, que cuando el que ejerce la patria potestad ordena algo, se debe respetar su voluntad, y en su defecto, estar á lo que determine el tutor de acuerdo con el curador, y en caso de desacuerdo entre ellos y en circunstancias excepcionales, á lo que determine el juez con audiencia del Ministerio público.

V.

De la administracion de la tutela respecto de los bienes del incapaz.

Procurando la ley el beneficio del menor, creyó conveniente que al comenzar la administracion de la tutela, se trazara por el juez, con audiencia del curador y del Ministerio público, una regla de conducta al tutor, en cuanto á las sumas á que deben elevarse los gastos de alimentos y educacion de aquel, y los que demande la administracion de sus bienes.

Así es que el tutor debe sujetarse á la cantidad que el juez señale con su audiencia, para los alimentos y educacion del menor.

(1) Artículo 505, Código civil de 1884.

Pero la designacion del juez no debe ser caprichosa y arbitraria, sino que han de regular esos gastos de manera que nada necesario le falte á aquel, segun su condicion y riqueza; y por tanto, se puede alterar segun el aumento ó disminucion del patrimonio y otras circunstancias, aunque la designacion se hubiere hecho por la persona que nombró al tutor. (Arts. 596 y 597, Cód. civ.) (1)

La mente del legislador que predominó en las legislaciones Romana y de las Partidas, es que no se emplee en los alimentos y educacion del menor más que los productos de su capital; pero como puede suceder que éstos no basten para cubrir los gastos que tales atenciones demandan, el tutor tiene que ocurrir en tal caso al juez, quien debe decidir, como expresamos en el artículo precedente, si ha de ponerse al menor en oficio ó adoptarse otro medio para evitarle la enajenacion de los bienes, sujetando á la renta de éstos los alimentos. (Art. 602, Cód. civ.) (2)

Antiguamente estaba establecido que el testador, especialmente si era el padre, pudiera conceder al tutor por alimentos del menor todos los frutos de sus bienes, siempre que no fueren excesivos segun la condicion de éste; y en tal caso aquel quedaba libre de la obligacion de rendir las cuentas de su manejo.

Esta práctica que debia su origen al derecho Romano, que mandaba respetar la voluntad del padre, y fué reproducida por la ley 19, tít. 16, Part. 6.^ª, dió lugar á la distincion del señalamiento de alimentos, mediante una cantidad competente designada por el juez, y de aquellos que se comprendian bajo la denominacion de frutos por pension ó por alimentos.

Si el juez señalaba la cantidad que debia emplearse en los alimentos y educacion del menor, tenía el tutor obligacion de rendir cuenta de su administracion y de acumular al capital las cantidades excedentes, satisfechas las necesidades de aquel.

Pero si el juez declaraba que el ejercicio de la tutela se entendiera *frutos por pension*, hacia suyos el tutor todos los frutos ó productos del caudal; pero con la obligacion de satisfacer todas las necesidades del menor, de procurarle una educacion adecuada á su origen y

(1) Arts. 499 y 500, Código civil de 1884.

(2) Artículo 505, Código civil de 1884.

posicion social, y los gastos ordinarios de administracion de los bienes.

Esta distincion ha sido proscrita por los preceptos del Código civil á los cuales nos hemos referido, y por los contenidos en los artículos 638 y 639, que imponen á los jueces la obligacion de señalar la cantidad que haya de invertirse en los alimentos y educacion de los menores, y á los tutores la de producir la cuenta de su administracion, cuyo deber no puede ser dispensado por nadie ni por ningun motivo. (1)

Puede acontecer que los bienes del menor sean de importancia, que se hallen situados á diversas distancias y que su administracion demande conocimientos especiales de que carece el tutor, como cuando se trata de establecimientos agrícolas, mercantiles ó industriales, y que tenga por lo mismo, necesidad del auxilio de otras personas.

En tal caso tiene obligacion de fijar, dentro del primer mes de ejercer su cargo, con aprobacion del juez, la cantidad que haya de invertirse en los gastos de administracion, y el número y sueldo de los dependientes necesarios para ella. Pero una vez fijados los sueldos y el número de los dependientes no puede aumentarlos sino con la aprobacion judicial. (Art. 598, Cód. civ.) (2)

Ya se comprende que esta designacion de la cantidad que debe emplearse en la administracion de los bienes del menor no es definitiva é inalterable, sino que es susceptible de aumentarse ó disminuirse, segun lo demandan las circunstancias, el estado de los bienes y la necesidad más ó ménos apremiante de su reparacion.

Pero la aprobacion judicial no liberta al tutor de justificar, al rendir sus cuentas, que realmente se han gastado las sumas aprobadas, en sus respectivos objetos. (Art. 599, Cód. civ.) (3)

Si el padre ó la madre del menor ejercian algún comercio ó industria, el juez con informe de dos peritos debe decidir si ha de continuar ó no la negociacion; á no ser que los padres hubieren dispuesto algo sobre este punto; en cuyo caso se respetará su voluntad, siem-

(1) Artículos 564 y 560, Código civil de 1884.

(2) Artículo 501, Código civil de 1884.

(3) Artículo 502, Código civil de 1884.

pre que no ofrezca grave inconveniente á juicio del juez. (Art. 610 Cód. civ.) (1)

Segun la ley 58 tít. 7, lib. 26, D. el tutor estaba obligado á continuar la negociacion mercantil ó industrial que el padre ejercia, si éste lo ordenaba así en su testamento: pero los intérpretes sostenian que no tenía tal deber, considerando que esa negociacion demanda conocimientos de que tal vez carecia el tutor, y que no es conveniente dejar expuestos los intereses del menor á los contratiempos y peligros propios del comercio.

Sobre este punto advierten los autores del Código, que no pudieron llenar su objeto; porque no siendo posible obligar al tutor á pedir licencia al juez para la enajenacion de los objetos, había que escoger entre estos dos extremos: exigir la garantía por el importe total de la negociacion, lo cual haria imposible la tutela, ó realizar desde luego los bienes con grave peligro del incapacitado, á fin de que impuesto el importe quedara la garantía reducida únicamente al rédito. Pero creyeron más prudente que el juez con el informe de dos peritos decida si conviene que la negociacion continúe ó se realice; porque de este modo, teniéndose en consideracion las circunstancias particulares del caso, podrá dictarse una resolucion conveniente. (*Exposicion de motivos.*)

En general, los gastos que demandan los alimentos y educacion de un menor no son cuantiosos, y casi siempre los productos de sus bienes son superiores.

Una buena administracion demanda no solo que se conserven los excedentes, cubiertos que sean aquellos gastos, sino considerarlos como un capital que debe aumentar el patrimonio del menor y rendir nuevos productos.

Pero esta regla de buena administracion no debe tomarse de una manera rigurosa, exagerada y en tales términos que suponga necesariamente la obligacion en el tutor de capitalizar los excedentes de los productos cualquiera que sea su cuantía; porque ésto lejos de producir un buen resultado sería perjudicial al menor tratándose de cantidades pequeñas.

De aquí la necesidad de fijar una cantidad de algun valor, que pue-

(1) Artículo 513, Código civil de 1884.

da estimarse como un verdadero capital y que á la vez pueda servir de una base segura para evitar interpretaciones perjudiciales.

A esta necesidad ha ocurrido el artículo 611 del Código civil ordenando que, el dinero que resulte sobrante despues de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de las redenciones de los capitales de bienes, y el que se adquiera de cualquiera otro modo, se imponga por el tutor, prévia aprobacion judicial, bajo segura hipoteca, dentro de tres meses contados desde el dia en que se hayan reunido dos mil pesos. (1)

Pudiera ser que se presentara algun inconveniente grave para hacer tal imposicion dentro del plazo indicado; pero en tal caso debe ocurrir el tutor al juez, quein puede conceder una próroga por otros tres meses. (Art. 612, Cód. civ.) (2)

Esta prevencion del Código civil no es más que la sancion de los preceptos del derecho Romano, con la diferencia del plazo, pues segun éste, el tutor contaba con seis meses para imponer los excedentes de los productos de los bienes del menor. Sancion tanto más necesaria, cuanto que nuestra antigua legislacion habia sido omisa sobre este punto.

Si el tutor es negligente en el cumplimiento de este deber, se constituye responsable de los daños y perjuicios que sufre el menor, los cuales creemos que deben estimarse en el importe de los produc-

(1) Artículo 512, Código civil de 1884. Reformado este precepto en los términos siguientes, que suprimen la aprobacion judicial, y por consiguiente, la intervencion del Ministerio público:

“El dinero que resulte sobrante despues de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de las redenciones de capitales, y el que se adquiera de cualquiera otro modo, será impuesto por el tutor, dentro de tres meses contados desde que se hubieren reunido dos mil pesos, sobre segura hipoteca calificada bajo su responsabilidad, teniendo en cuenta el precio de la finca, sus productos y la depreciacion que pueda sobrevenir al realizarla.”

La reforma produce, á nuestro juicio, la supresion de dos de las mejores garantías para el menor: la intervencion de la autoridad judicial y del Ministerio público, que prevenian y evitaban los perjuicios que pudieran causarle la imprevision y ligereza del tutor. Es cierto que éste queda personalmente responsable de las imposiciones que haga en virtud de la reforma, pero esta responsabilidad solo puede hacerse efectiva mediante un juicio para indemnizar los perjuicios causados al incapaz; es decir, que el remedio se procura despues de causado el mal, en tanto que, segun el Código de 1870, se evitaba, se precavia, por la intervencion del juez, del Ministerio público y la audiencia y el consentimiento necesarios del curador.

Siempre hemos creido mejores aquellas leyes preventivas, que precaven los perjuicios y los abusos, que aquellas que los corrigen y los castigan.

(2) Artículo 515, Código civil de 1884.

tos del capital que forman los excedentes, al tipo legal, esto es, al seis por ciento al año.

Si se examina detenidamente el sistema adoptado por el Código civil, relativamente á la administracion de los bienes del menor, se encontrará que ese sistema es racional y justo; porque á la vez que procura las seguridades necesarias para la conservacion del patrimonio de éste, impidiendo al tutor decidir por sí sólo las cuestiones más graves, ha huido de la exageracion, evitando el exceso de precauciones, que habrian sido el mayor inconveniente para la administracion de los bienes que trata de proteger.

Por tal razon, se distinguen, segun ese sistema, los actos del tutor no solo por su importancia, sino tambien por su carácter general, segun que constituyen actos de verdadera administracion ó de enajenacion.

De aquí proviene la distincion de los actos del tutor en las especies siguientes:

- 1.^ª Actos que el tutor puede ejecutar solo:
- 2.^ª Actos para los cuales necesita la intervencion del curador y la aprobacion judicial:
- 3.^ª Actos que le están absolutamente prohibidos, y que no puede ejecutar ni aun con el consentimiento del curador y la aprobacion judicial.

Por regla general se puede establecer, que el tutor puede ejecutar todos los actos de administracion que no le están prohibidos, de manera que la necesidad del consentimiento del curador y la aprobacion judicial se debe estimar como la excepcion de esa regla.

De aquí se infiere que no pueden conocerse con exactitud los actos de libre facultad del tutor, sino adoptando el sistema de exclusion; es decir, enumerando los actos que le son prohibidos y aquellos para los cuales necesita del consentimiento del curador y la aprobacion judicial.

Sin embargo, desde luego puede establecerse por regla general que el tutor puede ejecutar libremente los actos de simple administracion y de conservacion.

En consecuencia, puede ejecutar libremente los actos siguientes: percibir los productos de los bienes del menor, otorgar los recibos

correspondientes de las cantidades que se le entreguen, cobrar y pagar los capitales de que aquel es acreedor ó deudor, demandar y contestar la demanda en defensa de los intereses que están á su cargo, arrendar los inmuebles por un plazo que no exceda de nueve años, hacerles las reparaciones que su estado demande para su conservacion, y admitir las donaciones, legados y herencias dejadas al menor. (Art. 624, Cód. civ.) (1)

Si el tutor cumple mal con su deber en la ejecucion de esos actos, es sin duda responsable de los perjuicios que le resulten por su culpa al menor; sin embargo, son perfectamente válidos, y no puede objetárseles el vicio de nulidad.

Tiene el tutor necesidad del consentimiento del curador y de la autorizacion judicial para todos aquellos actos que importen enajenacion, y que pueden reducirse á las especies siguientes:

1.º Para imponer bajo segura hipoteca el dinero que resulte sobrante, despues de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de redenciones de capitales ó de la venta de bienes, y el que se adquiriera de cualquier otro modo, y cuyo monto ascienda á dos mil pesos. (Art. 611, Cód. civ.) (2)

2.º Para recibir dinero prestado en nombre del menor, ya sea que se constituya ó no hipoteca en el contrato. (Art. 623, Cód. civ.) (3)

3.º Para enajenar, gravar ó hipotecar los bienes inmuebles, los derechos anexos á ellos y los muebles preciosos. (Art. 613, Cód. civ.) (4)

Pero para que proceda el otorgamiento de la licencia judicial, el Código civil, siguiendo los preceptos de la ley 22, tít. 37, lib. 5, Cód. y de las leyes 60, tít. 18, Part. 3.ª, 8.ª, tít. 13, Part. 5.ª y 18, tít. 16, Part. 6.ª, exige la justificacion plena de la absoluta necesidad ó evidente utilidad del menor. (Art. 613 Cód. civ.) (5)

El legislador ha querido á toda costa la conservacion del patrimonio del menor, y para consentir en la enajenacion de una parte de

(1) Artículo 528, Código civil de 1884. Véase la nota 2.ª, página 379.

(2) Artículo 514, Código civil de 1884. Véase la nota 1.ª, página 384.

(3) Artículo 527, Código civil de 1884.

(4) Artículo 516, Código civil de 1884.

(5) Artículo 516, Código civil de 1884.

los inmuebles que lo forman, necesita la justificación de una causa poderosa que haga indispensable ese sacrificio.

Esta es la razón por la cual exige el consentimiento del curador y los siguientes requisitos que señala el artículo 2,119 del Código de Procedimientos, complementario en esta parte del civil. (1)

1.º Que el tutor pida por escrito autorización para la venta:

2.º Que exprese el motivo de la enajenación y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga.

Es decir, que se expresen con claridad y precisión las causas y las razones que justifiquen la necesidad ó la utilidad que le resulte al menor de la venta que se pretende.

Los preceptos de los Códigos á que nos referimos no expresan, ni es posible que expresaran, las causas que pueden considerarse como motivos suficientes para procurar la venta ó la constitución del gravámen en los bienes inmuebles; y solo establecen dos reglas, á saber; la *absoluta necesidad* y la *evidente utilidad* del menor.

De aquí es, que siempre que sea necesaria la venta para satisfacer una obligación de plazo cumplido, ó que resulte una notoria utilidad al menor, porque aumente, mejore ó conserve su patrimonio ó sus productos, habrá una causa que justifique la necesidad de la venta ó la constitución del gravámen.

3.º Que se justifique la necesidad ó la utilidad de la enajenación.

Si la ley permite ésta, no es sino á condición de que exista una causa poderosa que la haga necesaria, y por lo mismo, es preciso acreditar la existencia de esa causa para que pueda tener lugar la excepción de la regla general que prohíbe la enajenación de los bienes del incapaz.

Pero como la ley no impone restricciones de ninguna especie, se infiere que para la justificación de esa causa se pueden emplear todos los medios probatorios que establece el derecho.

Segun la práctica antigua, autorizada por el Código de Procedimientos de 1872, se oía la opinión de dos abogados en ejercicio de su profesión, para justificar la necesidad ó utilidad de la venta. Pero el Código de 1880 suprimió esa formalidad por estimarla insuficiente para su objeto, y gravosa para el incapaz.

(1) Artículo 1,453, Código de Procedimientos de 1884.

4.º Que se oiga al curador y al Ministerio público.

Fácil es comprender que esa exigencia tiene por objeto procurar la mayor garantía posible al incapaz, para evitar todo género de perjuicio en sus intereses; pues como hemos dicho en la lección 16ª, artículo I, el legislador ha creado en el curador y en el Ministerio público la garantía del mismo menor contra el tutor.

La autorizacion judicial en el caso que nos ocupa, solo puede concederse bajo la condicion de que se haga en subasta pública y judicial y previo avaluo, si se trata de bienes inmuebles, bajo la pena de nulidad de la venta. En cuanto á la enajenacion de alhajas y bienes muebles preciosos, el juez debe decidir si conviene ó no la almoneda, y puede dispensarla acreditada la utilidad del menor. (Arts. 615, Cód. civ. y 2,125 y 2,126, Cód. Proced.) (1)

Este requisito fué establecido por las leyes 60, tít. 18, Part. 3ª, y 18, tít. 16, Part. 6ª, de las cuales, ésta mandó que la venta de bienes raíces de menores, se hiciera "andando la cosa públicamente en almoneda treinta dias;" y es como la justificacion de la necesidad y utilidad y la autorizacion ó licencia judicial, indispensable para la validez de la venta; de manera que si falta alguno de esos requisitos es nula; pues al exigirlos la ley ha querido establecer no una formalidad extrínseca, sino medios de defensa para la conservacion del patrimonio del menor y para evitar los fraudes, una formalidad intrínseca que constituye la esencia de los actos á que se refiere.

Cuando la enajenacion se haya permitido para cubrir con sus productos algun objeto determinado, el juez debe señalar al tutor un plazo dentro del cual ha de acreditar que el producto de la enajenacion se ha invertido en su objeto. Pero como seria inútil este señalamiento si no se hiciera efectiva la obligacion del tutor, el juez tiene el deber de cuidar bajo su responsabilidad, que se dé al precio de la venta la aplicacion indicada al solicitar la autorizacion; y en el caso de que pasen tres meses sin que se le dé esa aplicacion, se impondrá sobre segura hipoteca, en los términos que establece el Código civil respecto de los excedentes de los gastos y cargas de la tutela (Arts. 614, Cód. civ., y 2,131 y 2,134, Cód. Proced.) (2)

(1) Artículos 518, Código civil, y 1,458 y 1,459, Código de Procedimientos de 1884.

(2) Artículos 517, Código civil, y 1,464 y 1,467, Código de Procedimientos de 1884.

Los requisitos esenciales para la venta de los bienes de los menores, á los cuales nos hemos referido, no son necesarios cuando la enajenacion se hace en virtud de expropiacion forzosa por causa de utilidad pública, pues el interes social y los requisitos legales que preceden á la expropiacion, producen los mismos efectos que tienen aquellos.

(Art. 631, Cód. civ.) (1)

5.º Para hacerse pago de sus créditos contra el menor. (Art. 618, Cód. civ.) (2)

Nuestra legislacion antigua nada establecia sobre este particular, y la Romana (ley 9, § 5, tít. 14, lib. 26 D.), no solo autorizaba al tutor para pagarse sus créditos á cargo del menor, sin requisito alguno, sino que le imponia la pena de perder los intereses, si no se pagaba habiendo sobrante.

Ya se comprende cuán peligrosa era esta facultad para el menor, que podia dar lugar cuando ménos al abuso del tutor, pagándose con preferencia á otros acreedores de créditos más onerosos para aquel; y la justicia de la restriccion impuesta por el Código, que conduce al exámen de la verdad del crédito y á su pago en la debida oportunidad, sin sacrificio y gravámen de los bienes del incapaz.

6.º Para dar en arrendamiento los bienes del menor por más de nueve años. (Art. 621, Cód. civ.) (3)

(1) Artículo 535, Código civil de 1884. Reformado este precepto en cuanto á la redaccion, quedó en estos términos:

«La expropiacion por causa de utilidad pública, de bienes de incapacitados, no se sujetará á las reglas ántes establecidas, sino á lo que dispongan las leyes de la materia.»

(2) Artículo 522, Código civil de 1884.

(3) Artículo 525, Código civil de 1884. Puesto en relacion con el artículo 519 que es enteramente nuevo, y fué redactado para evitar las dificultades que se presentaban en la práctica, siempre que tenia un incapacitado alguna porcion en un inmueble en comun con otras personas; y se hizo prevalecer el derecho del principal en caso de conflicto, sobre el de los que representan un interes menor, á semejanza de lo que pasa en casos idénticos en los concursos y los juicios de sucesion.

El artículo á que nos referimos dice así:

«Cuando se trate de enajenar, gravar ó hipotecar á título oneroso bienes que pertenezcan al incapacitado como copropietario, la operacion se practicará, si así lo determina la mayoría de los coparticipes calculada por cantidades, no sujetándose á las reglas establecidas para bienes de incapacitados, sino cuando dicha mayoría estuviera por una ó más personas sujetas á tutela.»

Nunca hemos creído que el mayor interes de los copropietarios, fuera un título justo para sacrificar los intereses de menor importancia de alguno ó algunos de ellos.

Por este motivo se ha juzgado la concesion de las esperas por la mayoría de los acreedores como un ataque al derecho de propiedad de la minoría, y ha sido proscrito de nuestras leyes.

Esta restriccion impuesta al tutor, tiene por objeto impedir el abuso y que el goce del propietario no se comprometa por un tiempo demasiado largo; pues la jurisprudencia moderna considera los arrendamientos de más de nueve años, como actos de enajenacion más bien que como actos administrativos, porque alteran notablemente el derecho de disponer de la cosa arrendada, atributo de la propiedad; por ser difícil que haya quien compre una finca arrendada por más largo plazo.

Refiriéndose Troplong á la duracion del contrato de arrendamiento, dice: "La perpetuidad es opuesta á nuestras ideas; es incompatible con los principios de libertad que las leyes modernas han establecido, así para las cosas como para las personas."

Esa restriccion ha venido también á llenar un vacío que existia en nuestra antigua legislacion, que daba lugar á que los intérpretes fundados en algunos preceptos del derecho Romano, opinaran en pro de la duracion del contrato de arrendamiento por un tiempo largo.

Entre otros, Antonio Gómez—var. tomo 2.º, cap. 3, n. 8—sostiene que los arrendamientos hechos por el tutor ó curador deben subsistir, concluida su administracion, y son obligatorios para los propietarios como si ellos mismos los hubieran celebrado, pues aquellos contrataron en su nombre y representacion.

Fundados en los principios que dominan en la actual jurisprudencia, sostienen los jurisconsultos modernos, que el arrendamiento por más de nueve años hechos por el tutor sin el consentimiento del curador y sin licencia judicial, otorgada previa la demostracion de la utilidad ó de la necesidad que motiven el contrato, es nulo solo en cuanto al excedente del término legal.

De este principio infieren que solo se puede reducir el plazo otorgado por el tutor al de nueve años, para el cual le autoriza la ley; y por tanto, que el menor que llega á la mayor edad, ó sus herederos, si muere, pueden pedir la nulidad del arrendamiento celebrado por el tutor, por el tiempo que excede del término de nueve años.

En otros términos, segun la opinion á que nos referimos, el arrendamiento por mayor tiempo del plazo legal, celebrado por el tutor, es obligatorio al menor y sus herederos solo por nueve años, y nulo en cuanto al exceso.

Nosotros no tenemos una disposición expresa como los códigos europeos y los de los Estados de México y Veracruz que funde esa teoría; pero creemos que importando el arrendamiento celebrado por el tutor por más de nueve años, sin los requisitos legales, la violación de un precepto prohibitivo, es nulo y de ningún valor en cuanto al exceso, según el artículo 7.º del Código civil; y por tanto, que tal teoría puede tener perfecta aplicación entre nosotros.

Pero también creemos que la nulidad de que está afectado el arrendamiento en el caso propuesto es relativa y no absoluta; es decir, que solo la pueden proponer el menor y sus herederos, quienes pueden renunciar la acción de una manera expresa ó tácita.

Si el tutor llena todos los requisitos legales, el contrato es válido y subsiste por el tiempo convenido, aun cuando concluya la tutela; pero es nula toda anticipación de rentas ó alquileres por más de tres años, pues sería enteramente ineficaz la previsión de la ley, si el tutor pudiera recibir anticipadamente los productos de los bienes arrendados, porque el incapaz quedaría privado de ellos y tal vez expuesto á la miseria y al sacrificio de una parte de esos mismos bienes. (Art. 622, Cód. civ.) (1)

La nulidad de la anticipación de las rentas ó alquileres por más de tres años, nos conduce á esta conclusión: luego el menor ó sus herederos pueden exigir del inquilino ó del arrendatario el pago de las rentas anticipadas por más de tres años, y estos están obligados á ese pago.

6.º Para todos los gastos que no sean de reparación ó conservación. (Art. 625, Cód. civ.) (2)

Cuando los gastos que se propone erogar el tutor no son de la calidad indicada, no se pueden estimar como necesarios, y por lo mismo, tampoco pueden reputarse como de mera administración, cuyas circunstancias hacen necesario que aprueben el juez con audiencia del curador y conocimiento de la utilidad que pueda resultar al incapaz, la erogación de esos gastos.

(1) Artículo 526, Código civil de 1884.

(2) Artículo 529, Código civil de 1884.

7.º Para que pueda transigir ó comprometer en árbitros los negocios del menor. (Art. 727, Cód. civ.) (1)

La legislacion de las Partidas fué tambien omisa sobre este punto, y la Romana que no era bastante clara daba lugar á opiniones y controversias, ménos respecto de la transaccion de cosa inmueble que poseía el pupilo y que tenía que ceder, pues la ley 4, tít. 71, lib. 5 del Código exigió para su validez el decreto judicial.

De aquí provino la distincion segun la cual, el tutor no podía celebrar transaccion, sin licencia judicial, sobre bienes inmuebles poseidos por el menor de los cuales tenía que desprenderse; pero si podía celebrarla sin ese requisito cuando en virtud de ella continuaba la cosa litigiosa en poder del menor, pues entonces no habia enajenacion, ó continuaba en poder del colitigante, porque teniendo este la presuncion legal de dueño que engendra la posesion, no parecia que se ejecutara acto alguno de enajenacion.

El Código civil ha ocurrido á una imperiosa necesidad, llenando el vacio de nuestra antigua legislacion, cerrando la puerta á distinciones más ó ménos sutiles é ingeniosas, y haciendo necesaria la licencia judicial para que el tutor pueda transigir ó comprometer en árbitros los negocios del menor.

Además de que la transaccion es una especie de enajenacion, y por lo mismo, militan respecto de ella las razones que existen relativamente á la venta de bienes inmuebles de los incapaces, se debe tener presente que recae siempre sobre una cosa dudosa, que hay peligro de incurrir en error, ó de ser víctima de fraudes punibles, que deben evitarse mediante la intervencion de la autoridad judicial y la necesaria del curador y del Ministerio público.

A este fin, declara el artículo 635 del Código civil, que en todos los casos en que el tutor necesite licencia del juez ó su aprobacion, se requiere la prévia audiencia del curador, con el cual, en caso de oposicion, se sustanciará un juicio sumario; en el que se decidirá solamente la diferencia entre el tutor y el curador sin que se admita apelacion de las sentencias interlocutorias y definitivas ni más recursos que el de responsabilidad. Y el artículo 636 declara, que de

(1) Artículo 629, Código civil de 1884.

la denegacion de la licencia que haya pedido el tutor con aprobacion del curador, se admiten los recursos que corresponden segun derecho á los negocios de mayor interes. (1)

Como una consecuencia de la prohibicion impuesta al tutor de enajenar los bienes raices y muebles preciosos sin autorizacion judicial, le está prohibido tambien transigir sin ese requisito sobre la propiedad de bienes inmuebles ú otro derecho real, ó sobre bienes muebles cuyo valor exceda de quinientos pesos, ó que son inestimables; porque esa cantidad ya es de cierta importancia y porque la transaccion es una especie de enajenacion, como ántes hemos dicho. (Art. 629, Cód. civ.) (2)

El compromiso en árbitros tiene grande semejanza con la transaccion, y por tanto, le es aplicable lo expuesto.

Pero no basta la licencia judicial para que el tutor pueda comprometer en árbitros los negocios del menor, sino que es preciso además, que el nombramiento de los árbitros hecho por aquel se sujete á la aprobacion del juez; porque tratándose de someter á la decision de ellos el patrimonio del menor ó parte de él, deben tomarse todas las medidas de precaucion que alejen todo temor de peligro. (Art. 628, Cód. civ.) (3)

8º Para conformarse con la demanda entablada contra el menor, sobre propiedad de bienes muebles preciosos, bienes raices ú otro derecho real, cualquiera que sea su cuantía. (Art. 630, Cód. civ.) (4)

Esta prohibicion es tambien consecuencia de la impuesta para la

(1) Los artículos 635 y 636 del Código civil de 1870, fueron suprimidos en el de 1884 y trasladados al Código de Procedimientos del mismo año, bajo el número 1,450

(2) Artículo 533, Código civil de 1884.

(3) Artículo 532, Código civil de 1884.

(4) Artículo 534, Código civil de 1884. Este precepto fué adicionado en los términos siguientes:

“Para conformarse el tutor con la demanda establecida contra el menor sobre propiedad de bienes muebles preciosos, bienes raices ú otro derecho real, cualquiera que sea su cuantía, necesita el consentimiento del curador y la aprobacion judicial otorgada con audiencia del curador.”

Esta adicion, introducida á pretexto de procurar mayor garantía al incapaz, era innecesaria, supuesto que el artículo 1,450 del Código de Procedimientos de 1884 exige la previa audiencia del curador, en todos los casos en que el tutor necesite para algun acto de la licencia del juez.

Esta misma reforma demuestra de una manera evidente, la innecesaria refundicion y traslacion de los artículos 635 y 636 del Código de 1870 al Código de Procedimientos.

enajenacion de los bienes de las indicadas especies, porque la conformidad del tutor con la demanda promovida sobre ellos importa el reconocimiento del derecho del demandante, y por consiguiente, la pérdida de los bienes disputados, lo que constituye una verdadera enajenacion

Antes de ocuparnos de los actos que el tutor no puede ejecutar ni aun con licencia ó autorizacion judicial, conviene advertir que para obtener esa autorizacion para transigir sobre los bienes del menor, para imponerles un gravámen ó para arrendarlos por más de nueve años, se necesitan los mismos requisitos que para la venta de bienes raíces, ménos los que se refieren á la ejecucion del acto en pública subasta. (Arts. 2,140 á 2,142, Cód. Proced.) (1)

No puede el tutor ejecutar ni aun con el consentimiento del curador y la licencia ó aprobacion judicial, los actos siguientes:

1.º Comprar ó arrendar en almoneda ó fuera de ella, los bienes del menor, ó hacer algun contrato respecto de ellos para sí, para su mujer hijos ó hermanos por consanguinidad ó afinidad. (Art. 616, Cód. civ.) (2)

Esta prohibicion, como todas las impuestas al tutor, tiene por objeto el beneficio del incapaz, pues colocado aquel entre sus intereses y su deber, seria muy posible que prefiriera el primero con perjuicio del mismo incapaz.

Su carácter de tutor le obliga á procurar el mayor aumento posible á los bienes del menor; y si se le permitiera adquirirlos su interés le impulsaria á hacer porque hubiera ménos número de licitantes para obtener los bienes á más bajo precio, ó á ejecutar otros actos perjudiciales á los intereses cuya guarda se le confi6.

Esta prohibicion no tiene lugar respecto de la venta de los bienes, cuando el tutor, su mujer, sus hijos ó hermanos son coherederos, partícipes del menor, porque no es justo que á aquel que es propietario en parte de los bienes puestos en venta, se le prive del derecho del tanto concedido á todo copropietario, por el hecho de ser tutor ó pariente de éste en los grados indicados. (Art. 617, Cód. civ.) (3)

(1) Artículos 1,472 á 1,474, Código de Procedimientos de 1884.

(2) Artículo 520, Código civil de 1884.

(3) Artículo 521, Código civil de 1884.

Por lo demás, esta prohibicion no es más que la reproduccion de la contenida en la ley 1.^ª, tít. 12, lib. 10 de la N. R., que bajo la pena de nulidad y del pago del cuádruplo, vedaba al tutor la compra de los bienes del menor, pública ó secretamente.

2.º Aceptar para sí mismo á título gratuito ú oneroso, la cesion de algun derecho ó crédito contra el menor, pues sólo puede adquirir esos derechos por herencia. (Art. 619, Cód. civ.) (1)

Esta prohibicion tiene el mismo fundamento que la anterior, y es tanto más justa cuanto que esta clase de cesiones se hace generalmente á ménos precio que el valor representativo del crédito, y es inmoral autorizar al guardian del menor, aquella persona que debe velar por sus intereses, que especule, obteniendo para sí las ventajas que debieran ser para aquel.

A esta consideracion hay que agregar otra igualmente poderosa. Si se permitiera al tutor aceptar la cesion de derechos á cargo del menor, sería posible que teniendo en su poder los papeles y documentos de éste, sustrajera los justificantes de la solucion de los créditos.

3.º Hacer donaciones en nombre del menor. (Art. 626, Cód. civ.) (2)

El tutor no puede hacer donaciones á nombre del menor ni aun con licencia judicial y consentimiento del curador, porque es simple administrador de los bienes de aquel, y los actos de liberalidad son enteramente extraños á los administrativos, que suponen el cuidado y conservacion de los bienes sobre que recaen, á diferencia de aquellos que producen la pérdida y menoscabo de los bienes.

El tutor administra á semejanza de un mandatario, porque no obra en nombre propio, y así como aquel no podría ejercer actos de liberalidad, por amplias que fueran sus facultades, así tampoco puede ejercerlos el tutor, pues exceden de los límites de la administración y se convierten en una verdadera enajenacion.

Además, los actos de liberalidad, tienen por origen sentimientos de piedad y beneficencia, esencialmente personales, para los que no pueden ser representados el incapaz por el tutor y el curador con la licencia judicial.

(1) Artículo 523, Código civil de 1884.

(2) Artículo 530, Código civil de 1884.