

TITULO X

DE LA TUTELA.—(Continuación).

CAPITULO II.

ADMINISTRACION DE LA TUTELA.

SECCION I.—Administración de la persona.

1 ¿Quién dirige la educación del menor? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto en la doctrina y en la jurisprudencia. Tenemos dos disposiciones sobre la materia. Según los términos del art. 450, el tutor es el que toma á su cuidado la persona del menor; y el art. 454, establece que, al entrar en ejercicio cualquiera tutela que no sea la del padre y la madre, el consejo de familia determinará la suma á que puedan elevarse los gastos del menor. ¿Cuál de estos dos textos es el que debe seguirse? Unos se ajustan al art. 450, y deciden que el poder de educación corresponde al tutor (1). Otros, y es el mayor número, dicen que el consejo de familia es él que tiene la dirección de la educación. Nosotros creemos que las dos disposiciones pueden conciliarse. El art. 450 asienta el principio, confiando la

1 Magnin, t. 1º, núm. 607. Turín, 9 de Diciembre de 1838 (Daloz, en la palabra "minoría," núm. 396, 1º).

administración de la persona y de los bienes al tutor y no al consejo de familia. El tutor es, en efecto, el que administra la tutela, y no el consejo. El consejo únicamente tiene por misión la de inspeccionar la gestión tutelar. Así, pues, debe establecerse como regla que el tutor dirige la educación del pupilo. Esto se halla también en armonía con la misión del tutor. Este reemplaza al padre; y ¿no es acaso el primér deber del padre el de velar por la educación de sus hijos? Tal debe ser también el deber del tutor.

No obstante eso, el poder del tutor no es tan extenso como el del padre. Aquí interviene el art. 454. El consejo de familia reglamenta el gasto anual del menor, lo que comprende su sostenimiento y su educación. Ahora bien, los gastos de educación difieren en mucho según la carrera á que se prepara el menor. El consejo de familia, al fijar la cifra del gasto, será convocado naturalmente á examinar qué educación conviene dar al menor. ¿Se le destinará al comercio ó á la industria, al foro, á la medicina, á la administración? Esta intervención del consejo de familia en los gastos limita el poder de educación del tutor. Esto no origina duda alguna; queda por saber de qué manera se conciliarán los poderes del consejo y del tutor. Del art. 454 se ha inferido que al consejo de familia corresponde determinar el género de educación que debe darse al menor (1). Esto es demasiado absoluto, porque vendría á anular el poder que el art. 450 da al tutor. El art. 454 no hace intervenir al consejo de familia sino para reglamentar el *gasto* anual del menor. ¿Y conforme á qué base se fija la cifra del *gasto*? La ley contesta: según la importancia de los bienes regidos. Luego el consejo toma en consideración la fortuna del menor; esta es una cuestión de presupuesto más bien que de educación.

1 Demante, t. 2º, p. 281, núm. 212, bis 1. Demolombo, t. 7º, página 382, número 600.

Síguese de aquí una diferencia importante entre el poder del tutor, en cuanto á la educación, y el del padre. Al padre concierne decidir el género de educación que apetece dar á su hijo; siendo el padre millonario, puede ocurrírsele hacer de su hijo un artesano. El tutor no tiene semejante poder; si quisiere dar al menor una educación que no estuviese en relación con su fortuna, el consejo de familia podría usar del derecho de censura que implícitamente le confiere el art. 454. Pero puede presentarse el caso inverso. El tutor quiere dar al pupilo una educación que es superior á la fortuna de éste. En este caso la dificultad se complica.

La educación no es únicamente cuestión de dinero, es ante todo una cuestión de disposiciones, de facultades innatas. Si el menor tiene propensión manifiesta por la abogacía, se haría de él un pésimo industrial, y recíprocamente. Este es un elemento que debe tenerse en cuenta. Y acerca de este punto la opinión del tutor sería generalmente decisiva. Supongamos que los hijos se hallen en tierna edad cuando se abre la tutela. El tutor es el que los educa y el que conoce sus tendencias y sus aptitudes, cosas que no puede apreciar el consejo de familia. ¿Quién es entonces más competente para determinar el género de educación? Evidentemente el tutor. No obstante, deberá consultarse al consejo de familia respecto al gasto; el consejo podrá rechazar la cifra pedida por el tutor y no otorgar sino una cantidad menor. ¿Quién va á ser juez en el conflicto? El tribunal (1). Esto es el derecho común. De aquí una nueva diferencia entre las potestades paternal y tutelar. Los tribunales no tienen jamás el derecho de intervenir en la educación de los hijos, siendo el padre el que la dirige; mientras que el tutor, limitado por la revisión del consejo de familia, está por eso mismo sometido á la revisión judi-

1 Duranton, "Curso de derecho francés," t. 3°, p. 514, úm., 529.

cial. La intervención del juez es á un tiempo mismo una vigilancia y una garantía para el tutor; el tribunal podrá hacer ganar su causa al tutor, si el interés del menor exige que reciba la educación que el tutor quiere darle.

Hemos supuesto que la tutela se abría cuando los menores se hallaban en tierna edad y cuando nada se ha decidido en cuanto á la carrera que abrazarán. Si el padre hubiese comenzado la educación, el tutor debería, en general, continuarla; porque el padre es el mejor juez de las disposiciones de sus hijos, y ese es el elemento decisivo del debate. No obstanté, no es ésta una regla absoluta. En derecho, lo que el padre verifica no compromete al tutor, y de hecho puede acontecer que el padre se haga ilusiones acerca del talento de su hijo: el interés del menor exige, en esté caso, que el tutor se separe de la voluntad del padre, y el interés del menor el que domine.

2. En nuestra opinión, es, pues, el tutor el que dirige la educación, salvo la revisión del consejo de familia por lo que respecta á los gastos. No es tal la opinión generalmente adoptada. La doctrina y la jurisprudencia dan al consejo de familia el poder de dirigir la educación del menor; el consejo es el que decide qué género de educación se dará al pupilo, él quien resuelva en qué establecimiento de instrucción será colocado y en qué domicilio residirá (1). Hasta se ha fallado que el consejo puede quitar el pupilo al tutor y confiarlo á tercera persona (2). Creemos nosotros que tal doctrina es contraria al texto y al espíritu de la ley. Quitar al tutor la educación equivale á abolir el articu-

1 Demolombe, t. 7º, p. 325, núm. 537, y los autores que él cita. Lyon, 5 de Agosto de 1827, y Colmar, 29 de Agosto de 1822 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núms. 395, 2º, y 396).

2 Sentencia de la corte de casación, de 8 de Agosto de 1815 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 396); Demante, t. 2º, p. 270, número 203, bis; Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. 1º, p. 432, nota 3.

lo 450, que formalmente dice que el tutor tomará á su cargo la persona del menor. En vano la corte de casación dice que la tutela se ha instituido por interés del menor, y que á los tribunales corresponde decidir lo que sea más ventajoso para el pupilo, después de haber consultado al consejo de familia. Ya hemos contestado á semejante argumentación. Sin duda que la tutela se ha organizado por interés del menor ¿pero quién norma este interés? El legislador es el que ha encargado al tutor de velar por los intereses del menor, bajo la revisión del consejo, y si hay lugar, del tribunal. Esto no autoriza á los tribunales á que cambien la ley, invocando el interés del menor. Todo lo que puede decirse es que la ley debe siempre interpretarse en el interés del pupilo.

Hagamos á un lado la opinión extrema que permite quitar la educación al tutor, y véamos si es cierto que á la vez que deja al tutor el cuidado de la persona, el consejo de familia puede limitar su poder, decidir qué educación dará el tutor al pupilo, en qué domicilio será educado. Se invoca el antiguo derecho. Entonces, eran los parientes del menor los que deliberaban acerca de su educación, de su sostenimiento, de la profesión que convenía hacerle abrazar (1). Atribuimos mucha importancia al antiguo derecho, cuando se trata de interpretar el código civil; pero no podemos aceptar que se prevalgan del antiguo derecho contra un texto formal del código. Si la intención del legislador hubiese sido la de mantener la antigua jurisprudencia, habría debido decir que el consejo de familia norma todo lo que concierne á la persona del menor. ¿Y esto es lo que el código dice? Dice, por el contrario, que el tutor es el que toma á su cargo la persona del menor, y al consejo únicamente concede el derecho de arreglar los gastos. El artículo 454 que, según se dice, consagra el principio de la anti-

1 Dijon, "Institución al derecho francés," t. 1º, p. 61.

gua jurisprudencia, no pronuncia la misma palabra de educación. El art. 450 es el verdadero asiento de la materia, y lejos de reproducir el derecho antiguo, lo deroga.

Se pretende que la educación no es de la esencia de la tutela; de donde se seguiría que el consejo de familia y el tribunal tendrían un poder discrecional para regirla. Lo que prueba, dícese, que el tutor no está necesariamente investido del derecho de educación es que él no lo tiene, en el caso en que el superviviente de los padres se excuse ó rehuse la tutela; el padre ó la madre ejerce entonces el poder de educación, y el tutor tiene únicamente la administración de sus bienes (1). Esto es cierto ¿pero qué es lo que prueba? Que hay un poder superior al del tutor, la patria potestad. El padre ante todo es el que tiene almas á su cargo: la naturaleza le impone ese deber, y no puede declinarlo en el tutor. Pero si los padres han muerto ¿quién los reemplazará? La voz de la naturaleza y la doctrina contestan: El tutor. ¿No es un principio que se discierne la tutela para la persona? (2). Los bienes, después de todo, no son más que lo accesorio. Pothier dice que el tutor ocupa el lugar de padre para el menor (3). Su primer cuidado como su primer deber es la educación de la familia. Lo que es un deber para el tutor es también un derecho.

3. Cuando el que sobrevive de los padres ejerce la tutela, reúne dos poderes, el de padre y el de tutor; luego tiene la administración de la persona y la de los bienes. Hay, no obstante, una diferencia entre el derecho de educación y la gestión de bienes. Respecto á la administración de los bienes, el padre tutor está en general sometido al derecho común: el consejo de familia y los tribunales inspeccionan su conducta. No pasa lo mismo con la educación; él la

1 Véase el tomo 4º de mis "principios," núms. 264, 265.

2 Duranton, "Curso de derecho francés," t. 3º, p. 309, núm. 523.

3 Potier, "Tratado de las personas," núm. 162.

dirige como padre; y el padre es independiente del consejo de familia. Por esto el art. 454, que da al consejo el derecho de determinar la cifra del gasto, tiene una excepción respecto á la tutela del padre y de la madre. ¿Quiére decir esto que el superviviente de los padres, cuando es tutor, ejerza el mismo poder que corresponde al padre en el período del matrimonio? Nosotros hemos dicho que el poder del padre es ilimitado, en el sentido de que puede dar á sus hijos la educación que le acomode, sin estar coartado por su posición de fortuna. No pasa ya lo mismo con el padre tutor. Regularmente los menores tendrán una fortuna personal que el padre disfrutará; ahora bien, el padre usufructuario legal debe educar á sus hijos adecuadamente á la fortuna de éstos (art. 385, núm. 2). Y aun cuando el padre tutor no disfrutase de los bienes del hijo, debería no obstante darles una educación proporcionada á las rentas de aquellos bienes. En efecto, los gastos de educación se pagan sobre los bienes de los hijos; el gasto varia, pues, según la fortuna de éstos. De donde se sigue que el padre ya no tiene, como tutor, la latitud que tenía durante el matrimonio.

4. ¿El tutor tiene derecho á dirigir la educación religiosa del hijo? En otros términos ¿puede el tutor educar al menor en distinta religión de aquella en que éste ha nacido? La cuestión debe resolverse conforme á los principios que acabamos de dejar establecidos. Si se admite que el tutor tiene el poder de educación, debe decidirse sin vacilar que él tiene, en cuanto á la educación religiosa, el mismo poder que el padre. Aquí ni siquiera hay un texto que oponer al tutor. El art. 454 no da al consejo de familia el derecho de que intervenga sino para normar el gasto anual del menor; ahora bien, la educación religiosa no es una cuestión de dinero. Por tal motivo el consejo, concede derecho.

Queda en pie el principio general establecido por el artículo 450, que da al tutor la educación del pupilo, y ninguna disposición restringe este poder, en lo que concierne á la educación religiosa. Esto es decisivo bajo el punto de vista del derecho.

Se enseña, sin embargo, que el tutor no tiene el derecho que nosotros le reconocemos. El hijo, se dice, debe ser criado en la religión del padre (1). En vano hemos buscado el principio en que se funda esta opinión. ¿Tiene el padre derecho para educar al hijo en religión diferente á aquella en que nació? Esto no puede ponerse en duda. El tutor hace veces de padre, dice Pothier; luego tiene el mismo poder que el padre, á menos que la ley se lo restrinja. Ahora bien, no existe ninguna restricción. Todo lo que pudiera decirse es que el tutor está ligado por la voluntad del padre, si éste la ha manifestado con toda claridad. Esto así se ha fallado (2). Pero esto mismo es dudoso. La voluntad así como el poder del padre se suspende con su muerte. El no puede encadenar el porvenir de su hijo, y el derecho de éste es el motivo en causa. ¿Si el padre hubiese hecho un mormón de su hijo ¿quién se atrevería á decir que el tutor esté ligado? ¿Si el padre hubiese forzado la vocación de su hijo ó de su hija, poniéndolos en un convento ¿tendría el tutor la obligación de continuar una educación que, al hacer violencia á los sentimientos del hijo, compromete su suerte? Es llegado el caso de decir que la tutela se organiza por interés del menor y que la ley debe interpretarse en su favor.

5. Teniendo el tutor el derecho de educación, debe tener también el de guarda y el poder de corrección. En el título de la *Tutela*, nada se dice del derecho de guarda; el ar-

1 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 432, nota 1.

2 Colmar, 10 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, 2, 36). Véase el tomo 4º de mis "principios," núm. 294.

título 450 supone no obstante que el tutor lo tiene; ¿de que manera cuidaría la persona del menor, si el pupilo pudiese abandonar la casa del tutor ó aquella en que el tutor lo ha colocado? El art. 468 da al tutor el poder de corrección, pero con una restricción; establece que: «el tutor que tenga motivos graves de disgusto por la conducta del menor podrá llevar sus quejas á un consejo de familia, y si está autorizado por ese consejo, provocar la reclusión del menor, conforme á lo establecido á este respecto en el título de la *Patria potestad*.» Resultan de esto diferencias considerables entre el poder del tutor y el del padre: el tutor debe obtener la autorización del consejo de familia para ejercer el poder de corrección, mientras que el padre jamás está sometido á la autoridad del consejo. Además, el tutor no puede ordenar la retención del pupilo; la ley dice que él puede provocarla, lo que implica una demanda; luego debe obrar por vía de requerimiento. ¿Sucedería lo mismo si el padre fuese tutor? Nosotros no lo creemos. Es verdad que cuando el padre que sobrevive se hace excusar de la tutela conserva el ejercicio de la patria potestad en toda su plenitud. Si él maneja la tutela, su calidad de tutor no puede disminuir los derechos que como padre tiene; él tiene el poder de educación sin restricción, es decir, sin que se halle sometido á la autoridad de un consejo de familia. Luego debe tener también el poder de corrección sin restricciones. Ciertamente es que el art. 468 no distingue; prevee el caso general, aquel en que el tutor administre la persona del pupilo como tutor; pero la distinción resulta de los principios. El derecho del padre se halla escrito en el título de la *Potestad paternal* y el padre no pierde esta potestad cuando se vuelve tutor, salvo los límites que la ley establece por lo que respecta á la administración de los bienes.

SECCION II.—De la administración de los bienes.§ I.—DE LAS OBLIGACIONES DEL TUTOR CUANDO
ENTRA EN FUNCIONES.

6. El art. 418 dice: «El tutor, desde el día del nombramiento, obrará y administrará con aquella calidad, si dicho nombramiento tiene lugar en su presencia; si no, desde el día en que se le notifique el nombramiento.» La notificación se hace á diligencia de un miembro del consejo, designado á este efecto; debe hacerse dentro de los tres días de la deliberación, á más un día por tres miriámetros de distancia entre el lugar en donde se celebró la asamblea y el domicilio del tutor (Código de procedimientos, art. 882).

El código no habla del tutor legal; de esto se ha inferido que entra en funciones desde el día en que se abre la tutela: él no puede ignorar, dice Troplong, la ley que le discierne el cargo (1). Ciertamente que nó, pero muy bien puede ignorar que ha quedado abierta la tutela. ¿El tutor legítimo podrá entrar en funciones el día en que se abra la tutela, si se encuentra en los Estados Unidos y la tutela se abre en Francia? Administrar es un asunto de hecho, que supone antes que todo la posibilidad de hacerlo; hay, pues, que colocarse en la realidad de las cosas, y ver desde que momento el tutor puede administrar. Ahora bien, es claro que no puede hacerlo antes de que tenga conocimiento de la delación de la tutela. Lo mismo pasa con el tutor testamentario. Queda por saber si se necesita una notificación para ponerle en conocimiento de que se le ha discernido la tutela. La ley no lo exige y únicamente el legislador habría podido designar la autoridad que hiciese la notificación, determinar los plazos dentro de los cuales debe de hacerse. En el silencio de la ley, una sola causa puede exigirse, y es

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 432, pfo. 110, y los autores que él cita.

que el tutor legal ó testamentario haya sabido la apertura de la tutela y que se encuentre en aptitud de administrar (1).

La cuestión de saber cuál es el momento preciso en que el tutor entra en funciones era muy importante, bajo el imperio del código civil, supuesto que la hipoteca legal del menor se comenzaba á contar desde aquel momento (art. 2194.) Según la ley hipotecatoria belga, la hipoteca del menor debe inscribirse y no tiene rango, sino desde el momento de la inscripción.

Núm. 1. Especialización de la hipoteca legal del menor.

7. La ley hipotecaria belga, somete la hipoteca legal del menor á los principios de la especialidad y de la publicidad. La ley encarga al consejo de familia que especialice la hipoteca, fijando la suma por la cual se inscriba, y designando los inmuebles en que radique la hipoteca. Siendo esencial esta deliberación del consejo para la conservación de los derechos del menor, la ley quiere que el consejo se reuna antes de que el tutor entre en gestión (art. 49), luego debe ser lo más inmediatamente que sea posible, después de la apertura de la tutela. Nosotros no hacemos más que establecer el principio; el lugar de la materia está en el título de las hipotecas.

Núm. 2. Del inventario.

I

8. El artículo 451, establecé que: «Dentro de los diez días que sigan al de su nombramiento, debidamente -oo

¹ Aubry y Rau, t. 1°, p. 432, pfo. 110, y los autores que ellos citan.

municado, el tutor requerirá que se levanten los sellos, si se han fijado y hará que se proceda inmediatamente al inventario de los bienes del menor, en presencia del subrogado tutor.» Según los términos del art. 819, los sellos deben ponerse al abrirse una sucesión y cuando hay menores entre los herederos. Como la primera apertura de la tutela se verifica al morir uno de los padres, podría creerse que los sellos deben ponerse siempre. Pero el código de procedimientos ha venido á derogar el civil; el sello no debe fijarse sino cuando el menor se halla sin tutor; ahora bien, regularmente el menor tiene un tutor, supuesto que el superviviente de los padres es tutor legal. (Cód. de proc. arts. 910-911).

9. El inventario es un acto notariado que contiene la enumeración, la descripción y el avalúe de los bienes muebles del menor; las deudas están así legalmente relatadas. En cuanto á los inmuebles, la costumbre es mensionarlos; pero sin describirlos ni justipreciarlos. El código civil abarca á los inmuebles en la expresión general de bienes del menor. Pero el art. 943 del código de procedimientos que detalladamente enumera lo que debe contener el inventario, no habla de los inmuebles. El inventario es necesario sobre todo para los muebles, notablemente para los títulos; previene la desviación de éstos; este riesgo no es de temerse con los inmuebles, supuesto que el propietario puede siempre reivindicarlos, mientras que la reivindicación de los muebles, no se admite en derecho francés (art. 2279) (1.) El inventario es también la base de la cuenta que el tutor tiene que rendir al término de su gestión. Por último, desde el principio de la tutela, el consejo de familia debe conocer la fortuna del menor, en primer lugar para especializar la hipoteca legal que tiene sobre los bienes del

1 Demolombe, "Curso de código Napoleón," t. 7^o, p. 331, número 546.

tutor, y en segundo lugar para fijar la cifra de los gastos anuales del pupilo. (Ley hipotecaria, art. 49, y código civil, art. 454).

El artículo 454 parece que constituye una obligación éntodo tutor que proceda al inventario de los bienes del menor, dentro de los diez días que siguen al de su nombramiento. Es porque el código supone que la tutela acaba de abrirse, que el menor sucede á sus padres, y que, por consiguiente, deben constar sus bienes. Si el tutor es reemplazado por un nuevo tutor, en caso de excusa, destitución, ó en caso de muerte, no hay lugar á proceder á un inventario, supuesto que ya existe uno. La cuenta que debe presentarse al nuevo tutor hará las veces de inventario. No obstante, esto supone que existe un inventario hecho cuando se abre la tutela. Si el antiguo tutor hubiese desatendido el llenar esta formalidad esencial, el nuevo tutor debería proceder á llenarla; la cuenta no hace veces de inventario, porque no presenta las mismas garantías, se hace sin intervención de un oficial público y sin prestar juramento (1).

La disposición del art. 454 es general, en el sentido de que todo tutor que comienza la gestión de la tutela debe hacer inventario, hasta el superviviente de los padres. Para decirlo mejor, es á él, sobre todo, á quien incumbe tal obligación, porque regularmente él es el que administra en primer lugar la tutela. Ciertamente es que el código supone que el tutor es dativo, supuesto que dice que el inventario debe hacerse dentro de los diez días que se siguen al nombramiento del tutor; esta expresión no se emplea sino hablando del tutor elegido por el consejo de familia. Pero los principios no dejan duda alguna acerca del sentido de la ley. Las reglas de la tutela son todas generales por naturaleza, y por consiguiente, se aplican á todo tutor; cuando

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 433, y los autores que ellos citan.

el legislador quiere hacer una excepción respecto al padre ó la madre, lo expresa. Luego por el hecho solo de que no establece excepción en el art. 451, los padres están comprendidos en la ley (1).

10. ¿El testador puede dispensar al tutor de la obligación de hacer inventario? Creemos que la negativa es evidente. ¿Por qué la ley prescribe el inventario? Porque es una garantía para el menor; y todas las garantías que la ley establece por interés de los incapaces son de orden público, y por lo tanto, no es permitido derogarlas (art. 6). El inventario se refiere también á las buenas costumbres, porque su objeto es prevenir las desviaciones, es decir, un hecho inmoral; y no pueden derogarse las leyes que interesan á las buenas costumbres. Esto es suficiente para resolver la cuestión. Se objeta que el testador podría si no hay herederos reservatarios, dar todos sus bienes al tutor; con mayor razón, dicese, puede él dispensarlo de rendir cuentas; porque el que puede lo más, puede lo menos. Esta es una de esas máximas banales que se aplican á diestra y siniestra. Sin duda que el que puede lo más, puede lo menos, cuando no hay ninguna razón de diferencia entre lo más y lo menos, cuando lo menos está comprendido en el mismo orden de ideas que lo más; pero cuando lo menos pertenece á otro orden de principios, el adagio no es aplicable. El testador puede dar todos sus bienes al tutor, porque éste es el derecho del propietario. Pero nadie puede derogar leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, luego el testador no puede dispensar al tutor de hacer inventario. Aquí no se trata de un *menos*, sino de un orden de cosas totalmente diferente. En el legado que el testador hace al tutor, el orden público y las buenas costumbres están fuera de la cuestión; mientras

1 Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 357, nota 1. Demolombe, t. 7º, p. 332, núm. 547.

que en la dispensa de inventario, se violan el orden público y las buenas costumbres. Creemos inútil insistir en esta controversia; á nuestro juicio, es una de las que deberían desaparecer de la ciencia del derecho (1).

11 ¿Cuál es el efecto de la falta de inventario? Se contesta que el menor podrá probar la consistencia y el valor de los efectos no inventariados por todo género de prueba, principalmente por testigos y por la fama pública. En cuanto á la prueba testimonial, no hay duda alguna, porque es la aplicación del derecho común: según el art. 1348, el acreedor puede invocar la prueba por testigos toda vez que no le ha sido posible procurarse una prueba literal de la obligación que con él se contrajo. Tal es, en verdad, la posición del menor; no sólo no ha podido procurarse una prueba literal, sino que por culpa del tutor, por la violación de un deber que á éste impone la ley, el menor se halla en la imposibilidad de rendir prueba de la consistencia de sus bienes. Luego puede recurrir á los testimonios. ¿Puede también rendir prueba de sus bienes por la fama pública? Esto es dudoso. Esta prueba es totalmente exorbitante del derecho común; luego es una excepción en toda la fuerza de la palabra; y las excepciones ameritan un texto. Marcadé dice que la fama pública es de derecho común (2). Cuando la prueba testimonial, dice él, es admisible, el juez puede admitir ciertas presunciones; luego puede fundarse en un *se dice*. Esto es confundir dos pruebas esencialmente diferentes. Las presunciones son un razonamiento que hace el magistrado derivando una consecuencia de un hecho

1 Demolombe, t. 7º, p. 333, núms. 548 y 249; Demante, t. 2º, página 276, núm. 208, *bis* 5º; Masé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 437, nota 7; Aubry y Rau, t. 1º, p. 437, nota 15. En sentido contrario, Marcadé, t. 2º, p. 424, art. 451, núm. 5; Duranton, t. 3º, núm. 538; Toullier, t. 2º, núm. 1198.

2 Marcadé, t. 2º, p. 241, art. 451, núm. 711. Esta es la opinión común (Aubry y Rau, t. 1º, p. 436, y nota 6).

desconocido. Luego hay un hecho desconocido, cierto, en el cual se haya el juez. Mientras que cuando se recurre á la fama pública, todo es desconocido; y se prueban estos hechos desconocidos por la más vaga y peligrosa de todas las pruebas, por simples *diceres*, es decir, por rumores que las más de las veces no tienen fundamento alguno. El legislador admite la fama pública, cuando el que sobrevive de los cónyuges, común en bienes, no hace inventario (artículo 1442); por analogía, habría debido admitirla también en favor del menor; pero no lo ha hecho, y nos parece difícil que una excepción se extienda por vía de analogía.

Quando el superviviente de los padres es el que no ha hecho inventario, la ley establece otras sanciones muy rigurosas. Como estas son independientes de la tutela, las trataremos en el título del *contrato de matrimonio*, que es el verdadero lugar de la materia (art. 1442).

II.

12 El art. 451, segundo inciso, dice: «Si el menor debe algo al tutor, éste deberá declararlo en el inventario, bajo pena de prescripción, y esto, á requerimiento que el oficial público estará obligado á hacerle, y de que se hará mención en el acta.» Esta es una medida de desconfianza contra los tutores de mala fe. Se supone que el crédito está extinto y el finiquito existe en los papeles del menor. Si este saldo no estuviere inventariado, el tutor podría suprimirlo y reclamar nuevo pago de lo que ya ha recibido. La declaración exigida por el código previene este fraude: el tutor no se atreverá á llamarse acreedor, siendo así que el saldo de su cuenta podrá encontrarse en los papeles de los cuales va á hacerse inventario. Esta disposición que se dirige contra la mala fe podría comprometer á los tutores honrados que ignoran la ley. Por esto es que la ley quiere

que el notario les haga una interpelación. Este requerimiento es lo que justifica el rigor de la ley. Caduca el crédito del tutor si él no lo declara; ninguna excusa tiene si, interpelado por el oficial público, contesta que nada se le debe. El mismo pronuncia la caducidad; porque su respuesta es una confesión, y ésta, aunque hecha extrajudicialmente, tiene en este caso un carácter solemne que permite darle fe plena.

Infiérese que no se incurre en la caducidad si el notario no se hace el requerimiento prescripto por la ley. Precisamente para justificar la caducidad es por lo que los autores del código han exigido una interpelación del oficial público (1); no todos los tutores son legistas, y el adagio que debe subententarse que nadie ignora la ley no tiene aplicación sino respecto á las leyes de interés general. La doctrina (2) y la jurisprudencia (3) están de acuerdo en este punto. Si el notario no requiere al tutor, comete una falta, y es el responsable. Esto no quiere decir que si el tutor reclama contra el pupilo un crédito que no se declaró en el inventario, el menor tenga por sólo este hecho una acción de daños y perjuicios contra el notario. El crédito puede ser verdadero y no haberse nunca solventado; luego el tutor así lo habría declarado si á ello hubiese sido requerido. En este caso el menor no sufre ningún daño, y cuando no existe daño causado por una falta, no hay lugar á indemnización. Para que el menor pueda pedir al tutor indemnización al notario, precisa que pruebe que el crédito cuyo pag

1 Discurso de Huguet, orador del Tribunalado, núm. 25 (Loeré, t. 3^o, página 425).

2 Véanse los autores citados, en Aubry y Rau, t. 1^o, página 337, nota 14.

3 Pau, 6 de Agosto de 1834 (Daloz, en la palabra *leyes*, número 250, 4^o), y Nancy, 23 de Junio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 841).

ha exigido el tutor estaba extinto cuando se formó el inventario, y que el tutor es insolvente (1).

13. ¿Qué es lo que el tutor debe declarar? El art. 451 contesta á la pregunta: «Lo que el menor le debe.» Luego, en principio, se necesita que el tutor declare la cifra exacta del crédito que tiene contra su pupilo. Esto supone la liquidación del crédito. Si no está liquidado, si se trata de una cuenta que no está terminada ¿se inferirá que el tutor al no poder hacer declaración exacta, no está obligado á hacerla? La corte de Nimes ha resuelto, y con razón, que los créditos no liquidados deben declararse, porque la ley no distingue, y no había lugar á distinguir (2). Pero, en este caso, no se puede exigir que el tutor declare exactamente lo que se le debe. La corte de Rouen ha admitido la validéz de una declaración que decía que se le debían al tutor 808 francos, *poco más ó menos*. Más tarde el tutor reclama aún una suma de 2959 francos (3). Infundadamente se ha criticado tal desición (4); porque no sólo se funda en la equidad, sino que es muy jurídica. Nadie está obligado á lo imposible; mientras que no esté liquidada una cuenta, el tutor se halla en la imposibilidad absoluta de precisar el monto de su crédito, y no obstante, la ley lo obliga ha declararlo; desde ese momento hay que conformarse con un avalúo aproximativo. Cuando el crédito es líquido, el tutor debe hacer una declaración exacta y no podrá reclamar más allá de lo que ha declarado.

14. Se pregunta si el tutor sería admitido á probar que el crédito que él no ha declarado existía y que no ha sido pagado. Ordinariamente se contesta que la ley establece

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, "Comentario," t. 1^o, p. 407, número 651.

2 Nimes, 29 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852. 5, 547, núm. 4).

3 Rouen, 17 de Agosto de 1830 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 417).

4 Demolombe, "Curso de código Napoleón, t. 7^o, p. 345, núm. 564.

una presunción de fraude, y que sobre esta presunción deniega la acción judicial; que hay, pues, lugar á aplicar el artículo 1352 que no admite en este caso, prueba contraria, salvo el juramento y la confesión (1). Creemos que es más verdadero decir que la ley se funda en la confesión del tutor para decidir que jamás ha sido acreedor ó que ha cesado de serlo. Luego por analogía, deben aplicarse los principios que rigen la confesión judicial; el tutor ya no puede arrepentirse de su confesión, á ménos que pruebe que se hizo por un error de hecho (art. 1356). Así, pues, el crédito provenía de una sucesión á la que era llamado el tutor, y él ignoraba que estuviese abierta, ó ignoraba que hubiese tal crédito. El, en este caso, podrá retractarse de su confesión. Hay más, hay que decir que el tutor, ignorante del crédito que tiene contra su pupilo, está en la absoluta imposibilidad de hacer la declaración prescrita por el código; y á lo imposible nadie está obligado. En realidad, no estamos en la hipótesis prevista por la ley, porque no hay fraude ninguno que temer.

Núm. 5. De la venta de los muebles

15. El art. 452 dice que: «en el mes que siga á la clausura del inventario, el tutor mandará vender todos los muebles que no sean los que el consejo de familia lo haya autorizado á conservar en su propia naturaleza.» Resulta del texto que acabamos de transcribir, que la ley ordena la venta de todos los muebles que pertenecen al menor; luego no es un derecho lo que concede el tutor, sino una obligación la que le impone. El código quiere que se vendan los muebles, porque se deterioran y se deprecian por el transcurso sólo del tiempo, y porque son inútiles al menor durante el período de la minoría. Importa, pues, realizar in-

1]Aubry y Rau, t. 1º, p. 437, nota 13, y los autores que ellos citan.

mediatamente el valor de aquellos. De esta manera, el menor volverá á encontrar al término de la tutela el capital aumentado con los intereses; mientras que si los muebles se conservaran en su propia naturaleza, el menor tendría un mobiliario deteriorado, depreciado y fuera de uso. La ley admite, sin embargo, una excepción; ella permite al consejo de familia que autorice al tutor á conservar en su naturaleza ciertos muebles. Tales serían los muebles necesarios al pupilo, ó que vendrían á serle necesarios, una biblioteca, por ejemplo; tales serían también colecciones de arte que sólo pueden aumentar de valor. ¿Por qué el código hace intervenir al consejo de familia? Porque el tutor podría ser bastante falto de delicadeza para guardarse algunos objetos mobiliarios, á fin de utilizarlos. Aquí se presenta una oposición de intereses entre el tutor y el menor; desde ese momento no era posible atenerse á la decisión del tutor.

16. ¿A qué muebles se aplica la disposición del artículo 452? El art. 533 da una definición de la palabra *mueble*, cuando se emplea sola en las disposiciones de la ley. Esta definición no es aplicable, art. 452. No puede decirse que la palabra «muebles» esté empleada sola en este artículo; en él se halla tomada por oposición á los inmuebles del menor que no deben venderse. Basta, por otra parte, leer el art. 533, para convencerse de que no es posible aplicarlo á la tutela; «la palabra *muebles*, dice la ley, no comprende á los caballos y á los equipajes.» Luego habría que conservar estos objetos de lujo, enteramente inútiles para el menor, mientras que el buen sentido dice que esos muebles son precisamente los que deben venderse (1).

El art. 452 habla de muebles en general; ¿quiere esto decir que deba aplicarse á los muebles inmateriales, á los créditos, á las acciones ú obligaciones en las compañías mer-

1 Valette sobre Proudhon, t. 2º, p. 373, núm. 4.

cantiles ó industriales? No: porque si bien es cierto que cuando la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, también lo es que este principio, como la mayor parte de los adagios jurídicos, no es absoluto. Debe distinguirse cuando el mismo motivo en el cual se funda la ley implica la necesidad de una distinción (1). ¿Por qué el código prescribe la venta de los muebles? Porque se deterioran y se deprecian por efecto del tiempo. Esto supone bienes materiales, porque los títulos no se gastan con el tiempo y no pierden un átomo de su valor. El legislador lleva por objeto conservar al menor el capital de sus efectos muebles; cuando se venden los muebles, su valor queda impuesto. Ahora bien, los créditos constituyen una imposición. ¿No sería un absurdo vender capitales impuestos, para imponer de nuevo el precio proveniente de la venta? Ninguna duda hay acerca de este punto (2).

17. Se pregunta si el tutor necesita de la autorización del consejo de familia para vender los muebles del menor. La cuestión está mal planteada, porque implica que el tutor tiene derechos á vender, lo que vendría á parar en resolver que también tiene el derecho de no vender; la ley dice, al contrario, que el consejo de familia es el que autoriza al tutor para que conserve en su propia naturaleza ciertos muebles. Luego no debe decirse, como Demolombe, que al tutor corresponde vender todos los muebles, salvo que proponga el consejo de familia conservar algunos de ellos. Menos aún es cierto que el consejo no puede exigir la conservación de ciertos muebles. (3) El texto y el espíritu de la ley subordinan en esto el poder del tutor á la autoridad del consejo de familia. El consejo es el que decide cuáles muebles deben conservarse. Por lo tan-

1 Véase el tomo 1º, de mis "principios" núm. 278.

2 Valette acerca de Prodhon, t. 2º, p. 372, núm. 3.

3 Demolombe. t. 7º, p. 353, núm. 475, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 426.

to, antes de vender, el tutor debe consultar al consejo, porque de lo contrario podría acontecer que el tutor vendiese muebles que el consejo habría deseado conservar.

18. ¿El testador que lega algunos muebles al menor, puede dispensar al tutor de la obligación de vender los muebles? Creemos que la afirmativa es evidente. La venta ó la conservación de los muebles no es una cuestión de orden público; si se trata de muebles pertenecientes al menor cuando se abrió la tutela, el consejo de familia debe decidir; prueba de que ésta no es una cuestión de utilidad. Y si el testador quiere que los muebles se conserven en su naturaleza propia, tiene derecho á ello. Aquí sí es oportuno decir: quien puede lo más, puede lo menos, porque el objeto del debate es un interés pecuniario en lo *menos* como en lo *más*. Así, pues, no se nos puede oponer la opinión que hemos emitido acerca de la dispensa de la obligación de hacer inventario; en este último caso, el orden público y las buenas costumbres están interesadas, mientras que la conservación de los muebles es exclusivamente de interés privado. Supongamos que la dispensa de vender sea desventajosa al menor; de ello resultará que el legado le será menos provechoso; ahora bien, el que puede legar un valor de mil francos, puede también no legar más que quinientos (1).

19. El tutor debe vender los muebles en el mes que sigue á la clausura del inventario (art. 452); ¿De esto ha de inferirse que el tutor no puede vender cuando ha espirado el plazo? La obligación de vender los muebles subsiste siempre porque el interés del menor exige que se vendan los muebles. La tardanza que pone el tutor para vender no lo descarga, pues, de su obligación, al contrario lo remite

1 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 429, nota 23. En sentido contrario, Aubry y Ruau, t. 1º, p. 429, nota 26; Demolombe . 7º, p. 353, núm. 579.

á indemnización si la tardanza ha causado un perjuicio al menor. Pero la tardanza sola no prueba que el menor haya sido perjudicado. La tutela se abre en el mes de Marzo; hay terrenos que deben cultivarse en espera de la estación en que puedan arrendarse ¿se irán á vender los instrumentos de labranza y el ganado? La corte de Douai ha fallado, en justa razón, que en estas circunstancias el tutor procedía como buen padre de familia, aplazando la venta hasta la época en la cual aquellos objetos pueden venderse ventajosamente (1).

«La venta, dice el art. 452, debe hacerse, en presencia del subrogado tutor, en pujas recibidas por un oficial público, y en virtud de los anuncios ó de las publicaciones que mencionará el acta.» ¿Además de tales formalidades, deben seguirse las que el código de procedimientos prescribe para la venta judicial de los muebles? La cuestión es debatida conforme al rigor de los principios, debe resolverse que la disposición del art. 452, como es especial, no ha sido derogada por las leyes generales del procedimiento (2).

20. Si el tutor no vende los muebles, será responsable del perjuicio que por ello se siga al menor, porque falta á una obligación que le impone la ley en interés del pupilo. Pero, ¿cual será el derecho del menor? Se contesta que él es libre para escoger, entre recobrar los muebles en su propia naturaleza con indemnización, ó reclamar la justificación conforme á inventario (3). La ley no da esta libertad de escoger al menor; luego la cuestión debe resolverse según los principios. Ciertó es que el menor sigue siendo pro-

1 Sentencia de Douai, de 26 de Mayo de 1823, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 3 de Diciembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *minoría* núm. 427).

2 Véase los autores que han resuelto la cuestión en sentido diverso, en Demolombe, t. 7º, p. 356, núm. 581.

3 Demolombe, "Curso de código Napoleón," t. 7º, p. 338, número 584.

pietario, no habiendo tenido por objeto el ayalúo del inventario, ni por efecto, trasladar la propiedad de los muebles al tutor. Por lo tanto, debe decirse, no que el menor tiene derecho á reclamar sus muebles, sino que éstos son suyos, y, en consecuencia, no puede abandonarlos al tutor. Todo lo que contra éste puede pedir, es la separación del perjuicio que ha sufrido por la falta de venta. ¿En qué consiste dicho perjuicio? Hay que comparar el valor que tienen los muebles, al término de la tutela, con el valor que tenían cuando se formó el inventario; la diferencia al menos constituye un primer daño sufrido por el menor. Además, si se hubiese hecho la venta, el menor se habría aprovechado de los intereses, este es un segundo perjuicio que él sufre. No obstante, debe tenerse en cuenta el uso que el menor puede haber hecho de los muebles. Luego es posible que la conservación del mobiliario no haya causado ningún daño al menor, en este caso, no tiene derecho á indemnización; porque la cuestión se reduce á indemnización, puesto que la ley no ha resuelto á lo que se haya obligado el tutor que no vende los muebles; así es que no puede tratarse de intereses legales. Aun cuando el tribunal condenase al tutor al pago de intereses, no estaría obligado á condenarlo á los intereses legales, porque los intereses no son debidos sino á título de indemnización, y como la obligación tiene por objeto no una suma de dinero, sino algunos muebles, no hay lugar á aplicar las reglas sobre la tasa del interés legal; el juez fijará el monto de los intereses según el perjuicio ocasionado al menor (1).

21. El consejo de familia ha autorizado al tutor para que conserve ciertos muebles. ¿Puede venderlos luego sin nueva autorización? La cuestión es debatida. Nosotros creemos con Proudhon que el tutor carece de todo derecho.

1 Sentencia de la corte de casación, de 9 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866 1, 335).

El sistema del código es muy sencillo: impone al tutor una obligación, pero no le da ningún derecho. El tutor está obligado á vender todos los muebles, salvo aquellos que el consejo de familia le autorice á que guarde. Cuando ha vendido los muebles, salvo aquellos que está autorizado á conservar, su obligación está cumplida, y de derecho ya no tiene ninguna. Al consejo de familia es al que la ley da un derecho: él es el que autoriza á guardar ciertos muebles; cuando ha dado dicha autorización, el tutor no puede ya venderlos, á menos que el consejo corrija su deliberación (1).

II.

22. El padre y la madre que tienen el usufructo legal están dispensados de vender los muebles que pertenecen al menor y de que ellos disfrutan (art. 453). Esta es la aplicación del derecho común; el usufructuario que tiene el derecho de disfrutar no está forzado á vender. El que sobrevive de los padres podrá, pues, conservar los muebles, y restituirlos en su propia naturaleza al finalizar el usufructo. Si él no los entrega en especie, pagará su valor estimativo. A este efecto, la ley quiere que el padre usufructuario mande hacer á un perito una justipreciación, perito que será nombrado por el subrogado tutor y que prestará juramento ante el juez de paz. ¿Por qué el código prescribe esta nueva estimación, siendo así que los muebles han sido ya estimados en el inventario? El art. 453, al decir que el valúo se hará á *justo precio*, no indica el objeto de esta segunda estimación; la primera que se hace al formar el inventario, rara vez tiene una exactitud rigurosa, porque debiendo venderse los muebles al mejor postor, poco importa el precio en que se hayan valorizado. Mientras que el avalúo que el usufructuario debe hacer es de

1 Proudhon, t. 2º, p. 377, Demante, t. 2º, p. 290 núm. 220, bis 5. En sentido contrario, Valette sobre Proudhon, t. 2º, p. 379, núm. 1.

una importancia capital para el menor, supuesto que dicho avalúo será el que se le pague si no se restituyen los muebles en su propia naturaleza (1).

El usufructo legal cesa cuando los hijos han llegado á los diez y ocho años de edad (art. 318). ¿Quiére decir esto que, después de la extinción del usufructo, el que sobreviva de los padres queda dispensado de la obligación de vender los muebles del menor? El art. 453 contesta la pregunta, al decir que los padres están dispensados de vender los muebles, en *tanto que tengan* el goce propio y legal de los bienes. En consecuencia, el padre tutor deberá vender al finalizar el usufructo los muebles de los menores, salvo los que el consejo de familia autorice á que se conserven en su propia naturaleza.

Nosotros hemos supuesto que el art. 453 aplica al padre usufructuario los principios del derecho común. Esto es debatido. Nosotros citamos para el título de la *Patria potestad* (núm. 329, t. 4º).

Núm. 4. Reglamento del presupuesto de la tutela.

1. Gastos de sostenimiento y de educación.

23. «En el momento de abrirse la gestión de toda tutela, el consejo de familia normará por cálculo, y según la importancia de los bienes regidos, la suma á que podrá elevarse el gasto anual del menor (art. 454)». Regularmente, como lo indican estas palabras *según la importancia de los bienes regidos*, el gasto anual del pupilo debe proporcionarse á sus rentas, y el egreso debe ser menor que el ingreso. No obstante, si la educación del menor lo exige, el consejo puede autorizar al tutor para que tome algo del capital. Lo que sobre todo importa al pupilo, es

1 Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 373, núm. 4.

su educación, el mejor y más seguro de los capitulos. De este modo se decidía en el antiguo derecho. Un tutor, dice Pothier, puede ser autorizado, á un aviso de los parientes, á tomar de los fondos del menor con que enseñarle á aprender un oficio, ó señalarle un maestro, ó conseguirle un empleo militar, ó hacer que ascienda en grado. Tal es también la opinión unánime de los autores modernos (1). Lo que decimos de la educación se aplica también al sostenimiento, en el sentido de que si las rentas del menor no son suficientes para sostenerlo, el tutor podrá, y aún deberá tomar del capital, porque es preciso que el menor viva. Se ha fallado que el tutor podía emplear los capitales en el sostenimiento del menor, «sin que por ninguna ley esté obligado á recurrir á la prévia autorización del consejo de familia» (2). La sentencia está en oposición con el texto del art. 454, que exige que el consejo de familia determine el monto del gasto anual del menor. Tal es la marcha regular que el tutor, debe seguir, sobre todo cuando quiere tomar algo de los fondos del pupilo.

¿Quiere decir esto que, si el tutor no ha hecho que se norme la cifra del gasto por el consejo, no puede cargar en cuenta lo que ha gastado en el sostenimiento y en la educación del menor? Nó, porque el art. 47, dice que se obonarán al tutor todos los gastos cuyo objeto sea útil; y el gasto de que se trata es más que útil, es necesario.

¿Cuál es, pues, el objeto que prescribe el art. 454? El de prevenir toda dificultad acerca del monto de los gastos. Siempre hay un más ó un menos en los gastos útiles, y hasta en los necesarios; si el tutor no ha consultado al consejo, podrán suscitarse disputas sobre la cifra del gasto; la

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 183. Durantou, t. 3º, página 347, núm. 559. Toullier, t. 2º, p. 241, núm. 110. Demolombe, t. 7º, p. 332, núm. 601.

2 Douai, 5 de Junio de 1846 (Dalloz; en la palabra *minoría*, número 435.

ley previene estos pleitos haciendo que intervenga el consejo de familia desde que se inicia la tutela. De aquí no habría que inferir que el tutor está dispensado de rendir cuentas, cuando el consejo ha determinado el gasto anual. El tutor debe siempre rendir cuentas, porque debe justificar que realmente ha gastado lo que el consejo le ha autorizado a gastar. Por otra parte, el reglamento que se acuerda al abrirse la tutela, no se hace sino por simple cálculo, como lo expresa el art. 454.

Es imposible que el consejo prevea de antemano y por toda la duración de la tutela, el gasto que el tutor se halle en el caso de erogar. Si el tutor se ve en la necesidad de desviarse del reglamento adoptado por el consejo, obrará prudentemente dirigiéndose á éste. Aquí es el caso de decir con toda verdad que no hay texto alguno que á ello obligue al tutor; pero el espíritu de la ley exige ciertamente que el consejo llamado á fijar el presupuesto de los gastos sea también llamado á modificarlo.

24. Se admite que el consejo de familia puede contratar á destajo con el tutor los gastos para el sostenimiento del menor; quiere decir que el tutor alimentará, sostendrá al pupilo y le procurará educación por una suma alzada. Este pacto, dice Duranton, simplificará en mucho la rendición de cuentas (1). Tiene, pues, Duranton toda la traza de aconsejar esta especie de contrata. Es verdad que ningún texto la prohíbe, pero creemos evidente que es contraria al espíritu de la ley. El legislador evita escrupulosamente, y con razón, que los intereses del tutor se encuentren en conflicto con su deber; el legislador no quiere que el tutor compre los bienes de su pupilo, y tampoco que los tome en arrendamiento sin una investigación del consejo; desde el momento en que hay oposición de intereses entre el tutor

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. 3^o, p. 548, núm. 560.

y el menor, el legislador hace que intervenga el subrogado tutor. Pues bien, el destajo que se recomienda para el sostenimiento del pupilo pondrá constantemente al tutor entre su interés y su deber; la gestión de la tutela vendrá á ser para él asunto de aprovechamiento, él querrá ganar en su negocio, y si el tutor gana, el menor pierde.

Nosotros creemos que semejante contrato se sale de los poderes del tutor y del consejo. Se comprende que el propietario haga un contrato aleatorio, pero no se concibe que el administrador disponga de los bienes que gestiona.

La corte de Grenoble, á la vez que admite la validez de un contrato por el cual se abandonaban al tutor todas las rentas del menor, con la obligación de proveer al sostenimiento de éste, ha resuelto que el tratado debería sufrir modificaciones, en el caso en que las rentas del pupilo aumentasen en cierta importancia ó cuando el menor prestase algunos servicios al tutor (1). Por esta sentencia se vé cuáles son los peligros del destajo. Conforme al rigor de los principios, deberá ser irrevocable como toda convención; la fuerza de las cosas y la equidad han obligado á la corte á derogar este principio elemental. Pero si el contrato no lo liga al menor, ya no es un contrato; el tutor podrá también arrepentirse de lo pactado. Esto equivale á decir que ya no habrá destajo. La jurisprudencia retrocede ante las consecuencias del contrato aleatorio: ¿no es esto una prueba de que semejante contrato es inadmisibile?

II. De los gastos de gestión.

25 El consejo norma también, al comenzar la tutela, la suma á la que podrá elevarse el gasto por la administración de los bienes del menor. ¿Puede abonar honorarios al tutor? La negativa la enseñan todos los autores (2). Dicha negati-

1 Grenoble, 3 de Febrero de 1863. (Dalloz, 4867, 2, 71).

2 Demolombe, t. 7^o, núm. 610, p. 389, y los autores que cita.

tiva se funda en el silencio del código civil, que en ninguna parte dice que pueda abonarse una remuneración cualquiera al tutor. Los arts. 454 y 471 emplean, por el contrario, que su gestión es gratuita. Conforme al art. 454, el consejo reglamenta el gasto de administración, y los honorarios no son un gasto de esa naturaleza. La ley agrega que el consejo de familia puede autorizar al tutor para que se sirva de uno ó de varios administradores asalariados; luego únicamente los gerentes son los que reciben un salario, pero no el tutor. El art. 471 es decisivo; no permite al tutor que cargue en cuenta sino los *gastos útiles* que ha erogado, es decir los de gestión, pero nó los honorarios. Estamos haciendo constar la regla establecida por el código Napoleón, sin aprobarla. La administración gratuita raras veces es una buena administración.

Todo trabajo merece una recompensa. A veces hay demasiada indulgencia hacia el tutor, porque su gestión es gratuita; se tendría derecho á mayor severidad si el tutor recibiese una retribución. Los que desempeñan funciones políticas perciben un emolumento, conforme á nuestro derecho constitucional. ¿Por qué no ha de ser lo mismo con los tutores (1)?

La jurisprudencia tiene tendencia á otorgar honorarios al tutor. Por la deliberación de un consejo de familia, se adjudicó al tutor un emolumento anual de mil francos para gastos de gestión. La corte de casación falló que aunque sea gratuita la tutela, ninguna disposición legal impide que se abone al tutor un emolumento para gastos de gestión (2); lo que supone que el emolumento cubre únicamente los gastos del tutor. Regularmente dichos gastos deberían figurar en la cuenta y ser justificados. Si de an-

1 Véanse, en este sentido, las observaciones de Demolombe, tomo 7^o, p. 110, núm. 115.

2 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Abril de 1824 (Daloz 1854, 1, 387).

temano son otorgados á título de indemnización, esto es una contrata á destajo; á nuestro juicio, estas contratas extralimitan los poderes del consejo; nosotros las rechazamos sobre todo cuando se trata de la indemnización por gastos de gestión, porque este sería un medio fácil de eludir el principio de la gratuidad. Es evidente que el tutor que percibe una indemnización anual de mil francos y que únicamente gasta quinientos tiene indirectamente honorarios. Se dirá que ninguna ley prohíbe el que se abone una indemnización por gastos de gestión; pero ¿no se necesitará un texto que autorizara al consejo para hacer semejantes contratas? El silencio del código es suficiente para que el consejo no pueda ejercer tal derecho, porque sus atribuciones son estrictamente limitadas.

Una sentencia de la corte de Dijón, sostenida por el recurso de casación, viene en apoyo de las observaciones críticas que estamos exponiendo. Un consejo de familia nombró un tutor para los bienes y otro para la persona: al primero le otorgó una indemnización de 1,200 francos, y al segundo una pensión anual de 1,800 francos, hasta que el pupilo hubiese llegado á la edad de diez y ocho años. Es evidente que bajo el nombre de pensión se otorgaba al tutor de la persona un tratamiento, porque ¿acaso los gastos que un tutor de la persona se halle en el caso de erogar, pueden elevarse á 1,800 francos por año? La corte de Dijón confiesa que esta asignación era exagerada; luego implicaba honorarios; no obstante, la corte creyó que debía mantenerse la deliberación del consejo, y la corte de casación hizo lo mismo. (1) Si la jurisprudencia persiste en esta via dependerá de los consejos de familia que se otor-

1 Sentencia de Dijon, De 14 de Mayo de 1862 (Daloz, 1862, 2, 121); y de la corte de casación, de 14 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 63.)

que un tratamiento al tutor con el nombre de indemnización.

26. ¿De qué el consejo de familia tenga el derecho de reglamentar el gasto que el tutor está autorizado á hacer para la administración de los bienes, debe inferirse que pueda intervenir en la administración cotidiana de la tutela? (1) La ley no dice esto. Decir al iniciarse la tutela que el tutor podía gastar anualmente una suma de quinientos francos por gastos de gestión, es distinto que decir que el tutor hará ó no hará esta ó la otra reparación. Esto es confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas. Los gastos de administración que el consejo determina por cálculo, según la importancia de los bienes regidos, consisten en los gastos de viaje y otros que el administrador se ve en el caso de erogar; estos gastos tendrán que ser poco más ó menos iguales cada año, y dependen de la situación y de la importancia de los bienes. Pero el art. 454 no habla de los gastos que el tutor deberá hacer en reparaciones ordinarias ó en las trascendentales; imposible sería preverlas y determinar su cifra al iniciarse la tutela. El tutor hace estos gastos á medida que van ocurriendo, y ninguna disposición del código lo obliga á que haga estimar el importe por el consejo. Mucho menos aún es competente el consejo para decidir si debe hacerse el gasto. Esta es una cuestión de administración, y ésta corresponde al tutor, y no al consejo de familia.

27. ¿El tutor puede confiar á algunos mandatarios la gestión de esta tutela ó de una parte de ella? Conforme al derecho común, el mandatario puede hacerse reemplazar por alguno en gestión, salvo el responder de los actos del gerente (art. 1994). Nos parece evidente que esta regla no recibe aplicación á la tutela, en el sentido de que el tutor no puede delegar sus poderes á un mandatario general. La

1 Esta es la opinión de Demolombe, t. 7º, p. 385, núm. 605.

tutela es una especie de potestad análoga á la paternal; pues bién, la potestad no se delega, porque es de orden publico y, por tal título no puede ser objeto de una convención. El espíritu de la ley no deja duda alguna á este respecto. ¿Por qué confiere la tutela á los parientes más cercanos? ¿por qué permite que se la dicierna á un amigo? Porque quiere que el tutor tenga hacia el menor el cariño que dan los vínculos de la sangre ó de la amistad. Y ¿tiene que preguntarse si el cariño, si el celo, si la abnegación se delegan por via de mandato? Inútil es insistir, supuesto que podemos invocar un texto. El art. 454 permite al consejo que autorice al tutor para que se sirva de uno ó de varios administradores *particulares*, lo que implica que el mandato no puede abrazar toda la tutela.

¿Se necesita de un modo indispensable que el consejo de familia intervenga para la validez del mandado otorgado por el tutor? El art. 454 no dice tal cosa, únicamente habla del presupuesto de la tutela; quiere que el consejo de familia decida si hay motivo para que se nombren administradores asalariados. Luege esta es una cuestión de gasto. Para dar un mandato con salario, el tutor necesita la autorización del consejo, bien entendido que cuando el menor deba reportar el gasto. Si ningún gasto debe cargarse al menor, el tutor no necesita la autorización del consejo para servirse de administradores particulares. Aun en el caso en que el tutor obtiene la autorización del consejo, es responsable de la gestión de los administradores; el artículo 454 lo dice, y esto ni era necesario decirlo: el tutor es que administra la tutela, y en consecuencia, toda la responsabilidad pesa en él (1).

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 7º, p. 386 número 608 y 609. ^s

III. Capitalización de los intereses.

28. El tutor, dice el art. 450, administra los bienes del menor como buen padre de familia. Luego debe proceder de modo que haya siempre un excedente de las rentas sobre los gastos; debe, además, imponer dicho excedente, sea en adquisición de bienes raíces, que es lo más seguro, sea prestando el dinero ó comprando con él valores industriales ó mercantiles. Lo que para el padre de familia es un deber moral, se vuelve una obligación jurídica para el tutor. Por lo mismo la ley ha debido arreglar la manera como debe cumplirse dicha obligación. ¿El tutor debe hacer un empleo del mínimo excedente de las rentas sobre los gastos? Cuando se discutió y votó el código civil, las cajas de ahorros no existían; la imposición de las economías hechas por el tutor, era, pues, una cosa más ó menos difícil; no se hallaba en donde colocar con ventaja algunas sumas mínimas. Por esto es que el art. 455 dice que el consejo de familia determinará la suma en la cual comienza para el tutor, la obligación de emplear el excedente de las rentas sobre los gastos. Después de instituidas las cajas de ahorros, la imposición se ha hecho más fácil, en el sentido de que nada hay que impida al tutor que deposite en la caja hasta sumas mínimas, salvo que el consejo decida si los fondos deberían quedar ahí impuestos, ó si las economías, cuando estas hayan llegado á cierta cifra, deberán situarse á un tipo más elevado.

Cuando el consejo de familia ha fijado la suma en la cual comienza para el tutor la obligación de imponer el excedente de las rentas sobre el gasto ¿debe el tutor hacer la imposición desde el momento en que se haya cubierto la cifra? Esto sería imposible, salvo para la imposición en la caja de ahorros, que puede hacerse cotidianamente. El art. 455 establece que la imposición deberá hacerse dentro

del plazo de seis meses. Si el tutor no la ha hecho dentro de este plazo, debe de pleno derecho los intereses á contar desde la espiración del plazo, es decir, el interés legal de 5 por ciento. Este último punto es debatido. Se pretende que el tutor debe los intereses desde el día en que ha recibido el dinero y no desde el día de la espiración del plazo de seis meses; porque, dicese, hay presunción de que el tutor ha empleado el dinero en propio provecho (1). Desconfiemos de las pretendidas presunciones que no se hallan escritas en la ley. El código no dice ni una palabra de semejante presunción imaginada por Toullier; el texto la rechaza, por el contrario, formalmente. «Esta imposición, dice el art. 455, deberá hacerse en el plazo de seis meses, *pasado el cual* el tutor deberá los intereses á falta de imposición.»

29. Sin embargo, de hecho puede ser que el tutor haya empleado en su provecho los caudales correspondientes á su pupilo. Hay que aplicarle, en este caso, la regla establecida por el art. 1996, que dice: «El mandatario debe el interés de las sumas que ha empleado en su propio uso, desde la fecha de este empleo. Esta disposición es aplicable al tutor, porque es mandatario legal, y como tal, obligado más estrictamente de lo que lo está el mandatario ordinario. Esta es la opinión general (2) y está consagrada por la jurisprudencia (3); hay que cuidarse únicamente, como se hace, de establecer ningún género de presunción, supuesto que la ley no establece ninguna. Esta es, pues, una cuestión de hecho para el tutor, como para el mandatario: el que pretende que el tutor ha empleado los caudales en provecho propio, debe rendir la prueba de ello; cuando se rin-

1 Toullier, t. 2º, p. 243, núm. 1215. En sentido contrario, Demolombe, t. 7º, p. 394, núm. 615. Aubry y Rau, t. 1º, p. 443, nota 37.

2 Duranton t. 3º, p. 549, núm. 563. Demolombe, t. 7º, p. 393, número 613.

3 Lyon, 19 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854 2, 165).

de esta prueba, el tutor debe los intereses legales y aun el interés de los intereses. Así fué resuelto por la corte de Lyon en un caso notable. El consejo de familia había impuesto al tutor la obligación de imponer en bonos hipotecarios ó en rentas del Estado, dentro del plazo de cuatro meses, todo género de sumas que excedan de mil francos, autorizándolo, no obstante, á imponerlos al 4 por ciento, en el caso en que no encontrase una imposición más ventajosa. En lugar de imponer los caudales del pupilo, el tutor los empleó en propio provecho. En el debate que se suscitó acerca de la cuenta de tutela, el tutor pretendió que no estaba obligado sino al interés del 4 por ciento. La corte lo sentenció á pagar el interés legal, y con razón. En efecto, el tutor había faltado á su deber empleando los caudales del pupilo en propios negocios; luego no podía invocar la deliberación del consejo de familia; él debía el interés legal, en virtud de los arts. 455 y 1996. En cuanto al interés de los intereses, el tutor oponía que no se debían sino en virtud de una demanda judicial ó de una convención expresa (art. 1154). La corte resolvió que el tutor estaba sometido á una regla especial por el art. 455: el tutor debe los intereses, después del plazo de seis meses, de las sumas no empleadas y que habría debido emplear, y por consiguiente, también de los intereses que perciba, ó lo que viene á ser lo mismo, de los intereses de que es deudor, si emplea los caudales en propio uso. Esto es riguroso, pero justo y jurídico.

30 Se pregunta si habría compensación éntre los intereses debidos por el tutor y la ventaja que él ha procurado á su pupilo haciéndole anticipos. La cuestión se ha resuelto á favor del tutor, por una sentencia de la corte de Burdeos que parece invocar la equidad antes que el derecho estricto. (1) Créemos nosotros que la equidad está fuera de

1 Burdeos 24 de Enero de 1835 (Daloz, en la palabra *minoría*, nú

discusión; hay un texto que obliga al tutor á que pague los intereses de las sumas que habría debido emplear; por lo tanto, los tribunales deben necesariamente condenarlo á ello. Pero el tutor, por su parte ¿no puede invocar el art. 2,001 que dice: que el interés de los anticipos hechos por el mandatario le es debido por el poderdante, contando desde el día de los anticipos comprobados. Más adelante insistiremos en esta cuestión (núm. 37.)

31. El art. 456 establece que: «Si el tutor no ha hecho que el consejo de familia determine la suma en la cual debe comenzar el empleo, deberá, después del plazo expresado en el artículo precedente, los intereses de toda suma no empleada *por módica que sea.*» La disposición es absoluta, y en consecuencia, no tolera excepción ninguna. Sin embargo, precisa que estas sumas módicas constituyan un excedente de las rentas sobre el gasto: el art. 435 obliga únicamente al tutor á que imponga dicho excedente, y el buen sentido también lo dice. Luego si la renta de los menores es de tal manera módica que no sea suficiente para su sostenimiento, no hay lugar para que el tutor provoque el reglamento prescrito por el art. 455, y en consecuencia, no hay lugar á imposición.

Hay, además, otra restricción que igualmente resulta del principio. Toda suma no empleada, dice la ley. Esto supone que el tutor ha percibido la suma; ahora bien, hay ciertas rentas, como los arriendos de fincas rústicas, que no siempre se perciben con regularidad; si el tutor no tuviere culpa por tal capítulo, incuo sería y hasta contrario al texto del código que los seis meses se contasen desde el vencimiento de las rentas, supuesto que el tutor no puede imponer capitales que no tiene. El plazo de seis meses trans-

mero 633.). En el mismo sentido Limoges, 25 de Enero de 1822, (Dalloz, *ibid.*, núm. 466).

currirá, en este caso, desde el día en que se ha podido hacer la percepción (1).

32. La aplicación de los arts. 455 y 456 suscita algunas dificultades. Se pregunta desde luego si se aplican á todo genero de caudales pupilares. El texto sólo habla de las rentas. ¿Quiere esto decir que el tutor no esté obligado á imponer los capitales del pupilo? Evidentemente que debe emplearlos, como lo hace todo buen padre de familia. Si la ley no lo dice, es porque generalmente los capitales están impuestos, y por tanto, no había motivo para ocuparse de su imposición. Además, el cóligo, al tratar de los gastos del menor, debía naturalmente ponerlos en relación con sus rentas, porque los gastos se pagan con las rentas y no con los capitales. Pero la ley, al prescribir que se impongan las rentas, en tanto que excedan á los gastos, implícitamente prescribe que se impongan los capitales, porque éstos sobrepujan siempre á los gastos, en atención á que los gastos no se toman de los capitales. Asi sucede, pues, que al abrirse la tutela, se encuentran sumas en la sucesión que corresponde al menor, estos son ciertamente capitales que el tutor deberá imponer. La ley obliga á vender los muebles del pupilo, con el objeto de conservarle ese capital y de hacerlo fructificar; luego el dinero que provenga de la venta debe ser impuesto. Si hubiese necesidad de un argumento de texto para justificar una proposición tan evidente, nosotros citaríamos el art. 1065, en el título de las substituciones permitidas; allí se dice que el tutor en substitución cuidará de que el gravado emplee dinero al contado y el que proviene del precio de los muebles y efectos que hayan sido vendidos (art. 1068). Sucede lo mismo con los capitales que provien del reembolso de deudas ó de rentas hecho en el curso de la tutela. Acerca de la necesidad

1 Besançon, 1^o de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 93).

del empleo, todos están de acuerdo; sólo hay dificultad en el plazo dentro del cual debe hacerse. Inmediatamente volveremos á tratar la cuestión. Lo mismo sucederá, por idénticas razones, respecto á los capitales que se encuentren en las sucesiones que corresponden al menor en el curso de la tutela, así como respecto á las donaciones ó legados que se le hayan hecho (1).

Ahora se presenta la cuestión de saber si se debe en todo aplicar á los capitales lo que los arts. 455 y 456 dicen respecto á las rentas. El consejo ha determinado la suma desde la cual comienza para el tutor la obligación de emplear el excedente de las rentas sobre el gasto. Si el tutor percibe un pequeño capital que no llegue á la cifra que el consejo fijó ¿deberá emplearlo, ó podrá esperarse á que haya otros caudales del pupilo que reunidos á dicha suma suban hasta la mencionada cifra? Nosotros creemos que el art. 455 es aplicable, porque existe la misma razón para decidir. El legislador no ha querido apremiar al tutor á que imponga sumas pequeñas, porque tal imposición sería difícil ó desventajosa; esta razón se aplica evidentemente á todos los caudales, sea cual fuere su naturaleza, rentas ó capitales. Y ahí en donde hay idéntica razón para decidir, debe haber la misma decisión.

33. ¿En qué época debe el tutor hacer la imposición de los capitales del pupilo? En este punto, creemos que debe distinguirse entre las rentas y los capitales. En cuanto á las primeras, no deben imponerse sino cuando exceden á los gastos. La ley no dice en qué época el tutor debe cerrar su cuenta para comprobar si hay un excedente de ventas. Los gastos se erogan á medida que ocurre su necesidad

1 Se ha fallado que el tutor que no ha empleado en la instrucción de los menores una suma que en tal objeto se había legado, debe los intereses de dicha suma. (Sentencia de casación de 23 de Abril de 1817, en Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 529, 4^o).

y se pagan con las rentas. Las rentas son pagaderas á épocas regulares, pero el pago no se hace siempre con regularidad. Luego hay que tener en cuenta ese hecho. Si-guese de aquí que la balanza de los ingresos y egresos ca-si no es posible establecerla mientras corre el año; luego, al fin de éste sería cuando el tutor haga la cuenta de los ingresos y egresos y cuando compruebe el excedente. Una vez conocido el excedente, se aplica el art. 455.

¿Debe procederse del mismo modo respecto á los capi-tales? Acerca de este punto hay controversia. La corte de Gante ha resuelto la dificultad en una excelente sentencia. No hay lugar á esperar, dice la corte, el arreglo anual que el tutor debe hacer para establecer el balance de ingresos y egresos, porque los capitales nada de común tienen con los gastos, en atención á que estos regularmente no se pa-gan de los capitales, Así, pues, debe imponerse todo capi-tal, mientras que no puede hacerse lo mismo con toda renta. Antes de que las rentas sean impuestas, precisa que excedan de los gastos y no se puede saber en el momento en que se perciben aquellas si excederán y en cuanto á los gastos. Mientras que si el tutor recibe un capital, como esta suma no ha de servir para los gastos, necesariamente los excede y en consecuencia debe ser impuesta. Nosotros creemos que la decisión más jurídica á la vez que la más equitativa es aplicar por analogía la disposición del art. 455; luego el tutor no estará obligado á hacer la imposición si-ne dentro de los seis meses, contando desde el día en que haya percibido los capitales. (1)

La corte de Bruselas falló en diverso sentido, tomó por punto de partida los estados de situación que el tutor debe entregar al subrogado, si lo exige el consejo de familia. Esta es una base arbitraria y que comprometería los inte-

1 Gante, 21 de Mayo de 1833 (Daloz, en la palabra *minoría* nú-mero 469, y *Pasicrisia*, 1833, 2, 153).

reses del menor. En primer lugar, dichos estados son facultativos y el consejo no puede prescribirlos. Si el consejo los prescribe, puede pedirlos nada más que cada dos ó tres años. Mientras que la imposición de las rentas y capitales es obligatoria, y debe hacerse anualmente, por lo menos, para los capitales, y cada seis meses para las rentas (1).

Se ha propuesto otra distinción que se halla establecida en el capítulo de las *Substituciones*. El gravado cuenta con seis meses para imponer los caudales que se encuentran en la herencia, mientras que la ley le concede únicamente tres meses para el empleo de los capitales reembolsados durante el curso de la substitución (arts. 1065 y 1066). Se dice que el gravado, así como el tutor, deben esperar el reembolso de los capitales y tomar medidas anticipadas para el empleo. La suposición no es siempre conforme con la realidad. Por otra parte, las substituciones son una materia excepcional; se concibe que el gravado esté más estrechamente obligado, porque la substitución se hace contra él. Es más jurídico buscar la analogía en el título de la *Tutela*. Esta es la opinión común (2).

34. ¿Debe el tutor el interés de los intereses cuando éstos forman un excedente de las rentas sobre los gastos? Sí, y sin duda alguna. En efecto, los intereses son rentas; luego cada año deben quedar comprendidos en la cuenta que establece el balance entre los ingresos y los egresos; el excedente, desde el momento en que llega á la cifra fijada por el consejo, debe imponerse dentro de los seis meses,

1 Bruselas, 20 de Julio de 1826 (Dalloz, en la palabra, *minoría* núm. 468, y *Pascrisia*, 1826, p. 235). La corte de Rennes resolvió, que el balance debería de tenerse cada semestre (7 de Febrero de 1842, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 632). Esto es arbitrario, únicamente la ley puede fijar los plazos.

2 Valette sobre Prudhon, t. 2º, p. 36; Demolombe, t. 6º, p. 396. número 619.

después de los cuales el tutor debe los intereses á falta de empleo. Luego debe los intereses de los intereses comprendidos en el excedente, si no los impone (1). Maleville ha hecho ya la observación de que esta disposición es muy severa y puede volverse ruinoso para el tutor, si no hace la imposición como la ley se lo prescribe, porque los intereses capitalizados producirán nuevos intereses, y así sucesivamente. Por rigurosa que sea la ley, los tribunales deben aplicarla y la aplican (2).

Corresponde al tutor estipular por su parte el interés de los intereses en nombre de su pupilo, y si el deudor los paga, emplearlos. No puede quejarse de haber sufrido lesión cuando por su culpa experimenta un perjuicio. No obstante, no debe salvarse el rigor de la ley. Esta habla de un excedente de rentas, luego supone que el tutor las ha percibido; si los intereses vencidos no han sido pagados sin que deba imputarse la falta al tutor, en tal caso dichos intereses no deben comprenderse en las rentas, y por tanto, el tutor no será deudor del interés.

35. ¿Los arts. 455 y 456 se aplican aún si el tutor continúa administrando después de la mayoría del pupilo? Troplong sostuvo la afirmativa ante la corte de Nancy; pero la corte falló contrariamente á sus conclusiones, y la jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido (3). Muy sencilla es la razón para decidir. Las disposiciones de los arts. 455 y 456 se salen de la órbita del derecho común; el tutor es responsable de los intereses y del interés de los intereses, de pleno derecho, en virtud de la ley, aunque no hubiese percibido el interés legal, aun cuando

1 Duranton, t. 3º, p. 550, núm. 564. Maleville, t. 1º, p. 461.

2 Lyon, 16 de Febrero de 1835 (Daloz, en la palabra *patria potestad*, núm. 151) y 19 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854, 2, 165).

3 Nancy, 19 de Mayo de 1830 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 471). Lyon, 19 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854, 2, 165). Besançon, 1º de Abril de 1863 (Daloz, 1863, 2, 93).

no hubiese empleado los intereses. Se conciben dichas garantías excepcionales durante el curso de la tutela, puesto que se trata de un menor que no puede por sí mismo manejar su patrimonio. Pero desde el momento en que es mayor, la ley no le debe ya ninguna protección excepcional, porque puede protegerse á sí mismo. ¿Qué es lo que se opone á estos principios elementales? Se pretende que la tutela continúa por más que el menor sea mayor, por todo el tiempo que el tutor no ha rendido la cuenta de su gestión. Mas adelante examinaremos esta cuestión (1).

IV. De los estados de situación.

36 Según los términos del artr. 370, «todo tutor que no sea el padre y la madre, puede ser obligado aun durante la tutela, á entregar al subrogado tutor estados de situación de su gestión, en las épocas que el consejo de familia haya juzgado oportuno fijar, sin que por esto el tutor sea apremiado á ministrarlos más allá de uno á otro año.»

La ley hipotecaria belga de 16 de Diciembre de 1851 ha agregado la disposición siguiente al art. 470: «El consejo de familia podrá exigir que se le rinda la misma cuenta en las épocas que él fije al abrirse la tutela.» Esta innovación es importante. Bajo el imperio del código Napoleón, el consejo de familia intervenía en la tutela en el momento en que se abría, para fijar el presupuesto aproximado de los gastos. Durante el curso de la tutela no se reunía sino para deliberar acerca de la autorización que el tutor le exigía en los casos previstos por la ley, estos casos son poco frecuentes. Podía acontecer que el consejo quedase extraño á la administración del tutor, mientras durase la tutela. En virtud de la disposición nueva de la ley hipotecaria, el consejo puede ejercitar una revisión permanente en la gestión del tutor. Esta es una garantía más para el menor. Habría

1 Véanse, núms. 120 y 121.

sido preferible, según creemos, prescribirla como una regla general en toda tutela, y sin deliberación del consejo de familia. Cuando es facultativa y lo exige el consejo de familia, se asemeja á una medida de desconfianza, y es de temerse que el consejo no la aplique por no lesionar al tutor; si fuere general nadie tendría derecho á quejarse.

*V. De las excepciones admitidas en favor
del padre y de la madre.*

37. El código civil exceptúa á los padres de la obligación que el consejo de familia puede imponer al tutor de presentar estados de situación al subrogado tutor, y la misma excepción se admite implícitamente respecto á los estados de situación que el consejo puede exigir al tutor. Hay una segunda excepción en favor de los padres en el art. 454. El que sobrevive no está obligado á hacer que se reglamente por el consejo la suma á la cual podría elevarse el gasto anual del menor, así como el de administración de sus bienes. Estas excepciones son generales, en el sentido de que se aplican al padre y á la madre, sea que tengan el usufructo legal, sea que no lo tengan; y no había lugar á distinguir, porque tales excepciones nada de común tienen con el goce de los bienes: el legislador los ha admitido en razón de la confianza que tiene en el amor de los padres hacia sus hijos (1).

Hay otra excepción á favor de los padres, y la cual ya hemos mencionado: ellos no están obligados á vender los muebles. Aquí la ley agrega la condición que es también la razón de la excepción, «en tanto que ellos disfruten legalmente de los bienes del menor.» Síguese de aquí, como lo hemos dicho, que la excepción es temporal; cesa con el usufructo, luego también cuando el menor ha llegado á la edad de diez y ocho años.

1 Demolombe, t. 7º, p. 403, núm 628.

38. El art. 454 contiene un segundo inciso, que dice: *La misma acta* especificara si el tutor está autorizado á auxiliarse en su gestión, de uno ó de varios administradores particulares y con sueldo.» Se pregunta si el que sobrevive de los padres está obligado a obtener la autorización del consejo de familia cuando quiere servirse de un administrador asalariado. La cuestión es debatida. Cuando los padres tienen el goce legal, sin decirlo se entiende que puedan servirse de un administrador asalariado, sin autorización del consejo, pero también á su cargo será el salario, supuesto que por su interés se hace la gestión, siendo usufructuarios universales, deben naturalmente reportar los gastos que origine el usufructo. Así, pues, la dificultad sólo se presenta cuando el superviviente no tiene el usufructo legal. Nosotros creemos que no está obligado á dirigirse al consejo para servirse de un administrador asalariado. En efecto, el segundo inciso del art. 454 es una consecuencia del primero. *La misma acta*, dice la ley; ahora bien, esta *acta* no es aplicable al padre y la madre. Esto se comprende. La ley no quiere subordinar al superviviente al consejo, en lo concerniente á los gastos de sostenimiento y de gestión; por tanto, fuerza es que la excepción sea completa. Esto no dispensará al padre tutor de la obligación de rendir cuentas; en consecuencia, deberá justificar la utilidad de dicho gasto.

39. ¿Están los padres sometidos á las disposiciones de los arts. 455 y 456 sobre la imposición de los caudales pupilares y sobre la capitalización de los intereses? Cuando los padres tienen el usufructo legal, no puede ser cuestión de las rentas, supuesto que tienen el uso libre de ellas. Así, pues, únicamente puede tratarse de los capitales y de las rentas de los cuales no disfruta el superviviente, cosa que es la regla, cuando los hijos han llegado á los diez y ocho años. Es dudosa la cuestión. En efecto, la ley no exceptúa

textualmente á los padres de la obligación que ella impone á todo tutor. ¿No es éste el caso de decir que las excepciones son de estricta interpretación, y que ninguna puede aceptarse sin texto? Lo que confirma esta argumentación, es que el código, cuando quiere establecer una excepción en favor de los padres, lo dice formalmente. Así lo hace en los arts. 453 y 454. No lo hace en los arts. 455 y 456: ¿acaso el silencio de la ley no resuelve la cuestión? Esta es nuestra opinión. No vemos una razón, por otra parte, para exceptuar á los padres de una obligación concerniente al buen empleo de los caudales públicos. ¿No deben emplear éstos caudales? El que sobrevive de los padres debe, como todo tutor, gestionar como buen padre de familia; luego debe imponer los caudales pupilares; luego debe seguir una regla para dicha imposición; si no se sigue la que trazan los arts. 455 y 456 ¿cuál será la que se siga? Esto equivaldría á lo arbitrario más absoluto, es decir, que se sacrificarán los intereses del pupilo. Cuando la ley exime á los padres de una obligación que á los demás tutores impone, hay una razón para tal exención, y no por esto se sacrifican los intereses de los menores. Por esto es que el padre debe justificar los gastos que eroga en el sostenimiento de sus hijos y en la gestión de sus bienes, aunque no esté subordinado al consejo de familia. Mientras que cuando se trata del empleo de los caudales pupilares, es fuerza absolutamente que se siga alguna regla; la ley traza una en los artículos 455 y 456; no hay razón para exceptuar al superviviente de los padres, á menos que se establezca otra menos rigurosa; pero el legislador es el único que puede hacerlo; no habiéndolo hecho, el silencio de la ley es decisivo (1).

Se objeta que el art. 454, que precede á los 455 y 456, establece una excepción en favor de los padres; después de

1 Demante, t. 2º, p. 284, núm. 213, bis 7.

estas disposiciones viene el art. 457, que dice: «El tutor, aun siendo el padre ó la madre, no puede pedir prestado para el menor.» ¿No quiere decir esto que los artículos que preceden no se aplican á los padres? (1).

Nosotros contestamos que tal argumento es una simple indicación que hace suponer que la intención del legislador ha sido la de dispensar el superviviente de la obligación que dichos artículos imponen á los tutores en general. ¿Puede crearse una excepción por vía de indicación y de suposición cuando dicha excepción no tiene razón de ser? Tan cierto es que la excepción no tiene razón de ser, que los tribunales podrían pronunciar contra los padres que no hubiesen impuesto los caudales pupilares, los daños y perjuicios equivalentes á los intereses y al interés de los intereses, que el tutor debe pagar según los arts, 455 y 456 (2).

¿De qué les serviría entónces la excepción? ¿Y puede concebirse una excepción que corresponda á los tribunales anular?

§ II.—DEL PODER DE ADMINISTRACION DEL TUTOR.

Núm. 1. Principio general.

40. El art. 450 dice que: «el tutor administre los bienes como buen padre de familia.» Tal es el principio. El tutor tiene el poder de administración; pero ¿qué extensión tiene este poder? La cuestión es muy debatida. Nos parece que el texto que acabamos de transcribir la resuelve. El tutor es administrador del patrimonio de su pupilo, él no tiene ningún derecho personal; luego los poderes que ejerce no pueden pertenecerle sino en su calidad de adminis-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 444, nota 42. Demolombe, t. 7º, p. 402, número 627.

2 Bruselas, 19 de Mayo de 1841, (*Pasicrisia*, 1841, 2, 307). Compárese Potiers, 8 de Junio de 1859 (*Daloz*, 1859, 2, 215).

trador. Esto equivale á decir que no puede verificar actos que se deriven del poder de administración, y que comunemente el código permite al que maneja intereses ajenos. Para otorgar al tutor derechos más extensos, se necesita un texto; porque esto es traspasar los límites del principio tal como lo establece el art. 450; luego esto es hacer una excepción á una regla, y las excepciones no existen sino en virtud de la ley. La corte de Gante ha formulado el principio en este sentido: «Fuera de los poderes expresamente determinados por la ley, el mandato ordinario del tutor se limita á la administración de los bienes de su pupilo; y por regla general, el derecho de administrar no abarca el derecho de disponer (1).

41. Este principio no está generalmente admitido. La mayor parte de los autores no siguen una regla segura, de lo que se origina grande incertidumbre y un arbitrario inevitable en las cuestiones de aplicación. Hay un sistema diametralmente opuesto al que acabamos de profesar. Aubry y Rau se ciñen á estas frases del art. 450: «el tutor representa al menor en todos los actos civiles,» y de aquí inferen que el tutor tiene, en ausencia de disposiciones contrarias, el poder de hacer solo, sin formalidades especiales, todos los actos necesarios ó útiles á la conservación y al aumento del patrimonio de su pupilo. Las disposiciones contrarias que la ley contiene conciernen á ciertos actos jurídicos para los cuales, en razón de los riesgos que acarrear, exige, sea la autorización del consejo de familia, sea además de esta autorización, la homologación; y á veces hasta prohíbe ciertos actos al tutor. En apoyo de esta doctrina se invoca el derecho antiguo.

El derecho romano decide que el tutor se considera co-

1 Gante, 5 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 3, 312). Compárese Valette, «Explicación sumaria del libro I del código civil, p. 272.

mo el arbitro, supuesto que ocupa el lugar del dueño (1). Respecto á la palabra *administrar* de que se sirve el código, es sinónimo de *gestionar*, y comprende todos los actos necesarios ó útiles á la gestión de un patrimonio (2).

Nosotros rechazamos semejante opinión como contraria al texto y al espíritu de la ley. La palabra *administrar* tiene un sentido claro y preciso en el lenguaje del código; marca que el administrador difiere esencialmente del dueño, en que no puede verificar sino actos de administración mientras que el dueño en virtud de su derecho de propiedad, puede disponer de la cosa que le pertenece. Cuando el art. 125, dice que los agentes en posesión provisional tienen la *administración* de los bienes del ausente, esto quiere decir, por dictamen universal, que no pueden ejecutar acto ninguno de disposición. El art. 389, prescribe que el padre, durante el matrimonio es *administrador* de los bienes personales de sus hijos menores; luego no tiene más que un poder de administración y no puede disponer de los bienes que está encargado de administrar. En el mismo sentido es como el art. 1428, dice que el marido tiene la *administración* de los bienes de la mujer; cierto es que el art. 1428, se sirve de la misma expresión para calificar el poder del marido como jefe de la comunidad; pero inmediatamente agrega que puede vender los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer; luego es dueño y señor, mientras que sólo es administrador de los bienes de la mujer. Por último, por los términos del art. 1988, el mandato concebido en términos generales no abraza más que los actos de administración; si se trata de *enagenar*, dice á continuación el artículo, ó de *hipotecar* ó de *otro acto cualquiera de propiedad* el mandato debe

1 L. 27, D. "de admittit (XXVI 7): "Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam tutelarem, domini loco habere debet.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 445, nota 1.

ser expreso. ¿No equivale esto á decir con claridad que el administrador no puede, en principio, ejecutar un acto de propiedad? La ley aplica este principio hasta á los asociados, aunque sean propietarios de los bienes que componen el activo social; á falta de estipulaciones especiales, tienen ellos el poder de administrar, pero este poder no les da el derecho de enagenar las cosas aun las mobiliarias que dependen de la sociedad (arts. 1859 y 1860). Un solo caso hay en el cual la ley da á un propietario que no tiene más que un poder de administración el derecho de enagenar el mobiliario, y es cuando la mujer se haya separada en bienes (art. 1449). Esta única excepción confirma la regla (1).

Cierto es que en el antiguo derecho romano se seguía el principio cuya expresión se encuentra aún en el Digesto: el tutor se reputaba en cierto modo como propietario, en tanto que se trataba de proteger al impuber, es decir, de conservar y de aumentar su patrimonio; se le permitía enagenar los bienes pupilares á título oneroso. Pero, cosa notable, ese poder del tutor ha ido siempre disminuyendo; la facultad de enagenar que en otro tiempo se le reconocía fué sucesivamente restringida, y los emperadores acabaron por prohibir al tutor que enagenase (2). En el antiguo derecho francés se citaba también la máxima de que el tutor sea considerado como dueño. Existía otra máxima que parecía dar al tutor un poder ilimitado: «los hechos del tutor son los del menor.» Pero cuando se hacen á un lado dichas reglas banales, y se examina cuáles eran los derechos del tutor, se ve que la jurisprudencia se separaba cada vez más del principio romano. Pothier lo limita positivamente á los actos de administración. «El poder del tutor, dice él,

1 Compárese lo que he dicho en el tomo 2º de mis *principios*, número 179.

2 Namur, "Curso de institutas y de historia del derecho romano," t. 1º, p. 123.

sobre los bienes del menor es tal, que todo lo que él hace *con relación á su administración* tiene la misma eficacia que si dichos bienes le perteneciesen.» Y esta administración estaba encerrada en límites bastante estrechos. Ciertamente que el arrendamiento es un acto de administración; sin embargo, el menor no estaba abligado, dice Pothier, á mantener un arrendamiento que pasase de nueve años. ¿Por qué? Porque, contesta Pothier, semejantes arrendamientos exceden los *límites de la administración* (1). Así es que el tal pretendido *dueño* ni siquiera podrá alquilar una casa ó un pedazo de tierra por más de nueve años. Bourjon formula netamente el principio del antiguo derecho: «En tésis general, dice, los hechos del tutor se consideran como del pupilo.» En seguida explica el sentido de esta máxima. «El poder del tutor de obrar por el menor y de representarlo se limita á los actos de administración, porque los de enagenación no están dentro de esta potestad.» Esto no es más que nuestro art. 450. Al decir que el tutor administra los bienes del menor como buen padre de familia, la ley no dice lo que se le hace decir, que el tutor tiene poder para hacer todo lo que puede aumentar el patrimonio del menor; ella dice, como se enseñaba en el antiguo derecho, que «todo acto de enagenación está fuera de la potestad del tutor» (2).

Todavía en el antiguo derecho quedaban vestigios de la omnipotencia primitiva del tutor. Por esto es que se juzgó que en los países de derecho escrito, el tutor podía hipote-

1 Pothier, "Tratado de las personas," núms. 165, 166, 167.

2 Bourjon, "El Derecho común de la Francia," libro 1º, tit. 6º, sección 2ª, arts. 38, 41, 55 (t. 1º, ps. 42, 43). Domat se expresa en el mismo sentido. El poder y la autoridad del tutor se extiende á todo lo que puede ser necesario para el buen uso de su administración; las leyes lo consideran como un buen padre de familia, y hasta le dan el nombre de dueño y señor. "Pero únicamente para administrar como buen padre de familia" *las leyes civiles*, libro 2º, tit. 1º, sección 2ª, art. 2).

car los bienes del pupilo sin autorización de jústicia (1), y que podía, aún sin estar autorizado por el consejo de familia, transar con los derechos mobiliarios del menor (2). El código civil es más lógico, porque no da al tutor más que un poder de administración; desde el momento en que se trate de un acto que se salga de la administración, la ley hace intervenir al consejo de familia.

Esto nos indica el principio que debe seguirse en los casos no previstos por el código. Se trata de un acto de administración, el tutor tiene facultad para verificarlo, en virtud del poder general de administración que le otorga el art. 450. Se trata de un acto de disposición, entonces el tutor no tiene derecho á ejecutarlo, porque ningún acto de enagenación está en sus facultades; se necesitará aplicar por analogía las disposiciones del código concernientes á los actos de disposición.

42. Así, pues, no aceptamos que el tutor pueda ejecutar él solo, sin ninguna autorización, los actos para los cuales la ley no exige formalidad especial. Desde que el acto excede los límites del poder de administración, el tutor ya no tiene derecho para ejecutarlo. No hay lugar á distinguir, como Demolombe lo propone, entre los terceros y el menor (3). ¿Cómo un mismo y solo acto había de ser válido respecto á terceros y nulo respecto al pupilo? ¿Qué importa la buena fe de los terceros? ¿Acaso la buena fe de los terceros es la que determina los derechos del tutor? Los límites de su poder están trazados por la ley; desde el momento en que los excede, lo que el tutor hace no es de la responsabilidad del menor; luego el menor puede pedir la nulidad contra terceros. Que no se invoque el interés de los que con-

1 Sentencia de la corte de casación, de 14 de Octubre de 1806 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 535).

2 Sentencia de la corte de casación, de 10 de Mayo de 1813 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 557).

3 Demolombe, "Curso de código Napoleón," t. 3º, p. 361, número 587.

tratan con el tutor, porque saben que tratan con un administrador, y pueden, en consecuencia, tomar sus medidas.

Núm. 2 de los actos conservatorios.

43 Es de principio que los incapaces pueden verificar actos de conservación. Hemos dado la razón de esto en otro lugar (1). Con mayor razón el tutor puede llevarlos á cabo. Lejos de ser un incapaz, tiene la misión de representar y de proteger á un incapaz. El tutor, dice el art. 450, administra los bienes del menor como buen padre de familia. Ahora bien, el primer deber del buen padre de familia es el de conservar los bienes. El tutor tiene la misma obligación, y por lo tanto, tiene el derecho de ejecutar todos los actos de conservación. Al hablar de los poderes del marido, administrador de los bienes de la mujer, el código dice que aquél es responsable de todo detrimento de dichos bienes, causado por falta de actos de conservación (artículo 1428). Esto, sin duda alguna, se aplica al tutor.

Interrumpir la prescripción es un acto conservatorio; así pues, el tutor tiene derecho á ejecutar todos los actos que constituyen la interrupción de la prescripción. Uno de estos actos origina una objeción. La cita judicial es el modo regular con el cual se interrumpe la prescripción; pero la ley agrega que se considera la interrupción como no acaecida si la asignación es nula en la forma (art. 2247). ¿Puede decirse que la acción es nula en la forma cuando el tutor intenta una acción inmobiliaria sin autorización del consejo de familia? Se está de acuerdo en decidir que no hay lugar á aplicar el art. 2247. Todo lo que el demandado puede hacer, es exigir que el tutor presente la autorización, lo que válidamente puede hacerse durante el curso de la instancia. Si el litigio se prosigue sin que el demandado haya opuesto al tutor la excepción de falta de autorización,

1 Véase el tomo 2º de mis "principios," núm. 98.

el menor sólo puede prevalerse de dicha irregularidad; no es posible redargüir contra él una formalidad que sólo por favorecerlo se ha introducido (1).

¿Puede intentar el tutor las acciones posesorias? Hay un motivo para dudar, el cual ha preocupado á todos los tutores. El art. 464 establece que ningún tutor pueda introducir en justicia una acción relativa á los derechos inmobiliarios del menor, sin la autorización del consejo de familia. Ahora bien, la acción posesoria es una acción inmobiliaria, lo que parece que resuelve la cuestión en contra del tutor.

Se contesta, y se presentaría en la contestación, que el principio en virtud del cual los incapaces, y con mayor razón, los administradores pueden ejecutar todos los actos conservatorios, domina al principio especial establecido por el art. 464; en otros términos, las acciones posesorias no están comprendidas entre las acciones inmobiliarias que el tutor no puede intentar. El espíritu de la ley no deja duda alguna acerca de este punto ¿Por qué prohíbe la ley al tutor que introduzca en justicia acciones relativas á los derechos inmobiliarios del menor? Porque teme que el tutor comprometa sus derechos. Ahora bien, las acciones posesorias, lejos de que comprometan los derechos del menor, los resguardan. El mismo legislador aplica estos principios al marido administrador de los bienes de la mujer, no le permite que formule demandas concernientes á los inmuebles, mientras que le impone un deber para intentar las acciones posesorias (art. 1428). Esto hace desaparecer todo género de duda (2).

44. ¿Puede el tutor hacer las reparaciones? Hay grande incertidumbre acerca de este punto en la doctrina. Distin-

1 Durantón, t. 3º, p. 558, núm. 572. Demolombe, t. 7º, p. 463, número 687.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 464, y los autores que citan, nota 8.

guense las reparaciones ordinarias de las de mucha importancia; en cuanto á las primeras, todos están de acuerdo en decir que el tutor tiene derecho para hacerlo; en cuanto á las demás, se hace una nueva distinción, entre si las rentas son suficientes ó si debe tocarse el capital del menor; se rehúsa al tutor el derecho de emplear los capitales sin autorización del consejo de familia. Nosotros creemos que no hay lugar á distinguir. Toda reparación es un acto de conservación, aun cuando no sea de una necesidad urgente; porque si no se hacen oportunamente las reparaciones, las cosas vienen á menos. Por lo mismo el tutor puede y debe hacerlas. Sin duda alguna que, de hecho, las reparaciones pueden ser un acto de mala gestión, si cuestan más de lo que el inmueble vale. El tutor será responsable, porque no habrá administrado como buen padre de familia. Pero esto no impide que haya tenido el derecho de hacer las reparaciones; luego las obligaciones que haya contraído contra obreros y contratistas son válidas, y el menor debe ejecutarlas; en caso necesario, el acreedor puede ejecutarlas por la vía de embargo y venta forzosa de los bienes del menor; es llegado el caso de aplicar el antiguo adagio: todo acto del tutor obliga al menor; ahora bien, el que obliga su persona, obliga sus bienes. Esto decide la cuestión (1).

Las distinciones que se hacen se fundan en una interpretación errónea de los textos. No debe hacerse distinción ninguna entre las reparaciones ordinarias y las de mucha importancia; porque toda reparación es un acto de administración y aun de conservación; luego debe aplicarse el art. 450, que da al tutor un poder absoluto para administrar, salvo su reponsabilidad cuando causa un daño al menor

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 450 y nota 50. En sentido contrario, Duranton, t. 3º, p. 347, núm. 339. Demolombe, t. 7º, p. 425, núms. 649 y 630, y una sentencia de París, de 12 ventoso, año XI (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 484, 1º).

por su mala gestión. ¿En qué se basaría uno para exigir la autorización del consejo de familia? Se invoca el art. 454, que da al consejo el derecho de fijar la suma á que puede elevarse el *gasto anual* de administración de sus bienes. Pero los mismos términos de la ley prueban que se tratá de gastos de gestión, y no de gastos accidentales que ocasionan las reparaciones. Se dice que el tutor no puede disponer de los bienes del menor sin autorización judicial (artículo 457), y que, comprometer los bienes, equivale á disponer de ellos. El argumento es especioso, pero falso. El que puede administrar puede también obligarse dentro de los límites y para las necesidades de su administración. Luego el tutor se obliga válidamente por las reparaciones que manda ejecutar; y toda obligación válida del tutor debe cumplirla el menor, lo que implica que sus bienes están comprometidos. En esto sin duda que hay un riesgo para el menor. Quizás la ley habría debido exigir la intervención del consejo desde el momento en que el tutor toca los capitales del menor; pero no lo ha hecho la ley, y por lo tanto, debe aplicarse el principio de que el tutor administra libremente, bajo su responsabilidad.

Núm. 5. De los arrendamientos.

45. ¿El tutor puede dar en arrendamiento, según su elección, ó administrar él mismo los bienes del menor? En el derecho antiguo se debatía la cuestión. Pothier objetaba que si el tutor cultivaba él mismo, la cuenta de explotación sería de larguísima discusión (1). Esta objeción no tiene ya valor bajo el imperio de nuestro código. No se trata de saber si un acto jurídico puede originar de hecho dificultades y contiendas. Bajo el imperio del derecho consuetudinario, en el período en que los jurisconsultos hacen la ley, pue-

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 180.

den éstos promover semejantes cuestiones. En nuestros días el intérprete no tiene que examinar más que una cosa: ¿el acto es acto de administración? En este caso el tutor puede ejecutarlo, á menos que la ley exija la autorización del consejo. Es evidente que cultivar un fondo, es un acto de administración; y la ley no prescribe autorización, luego la cuestión queda resuelta. Tal es también la opinión común, salvo algunas contradicciones que en nada se fundan (1). Decir, como Durantón, que el consejo de familia decidirá si el tutor mismo administrará ó si arrendará, y en segundo, agregar que en el silencio del consejo, el tutor puede administrar como le parezca, equivale á no decir nada. ¿Tiene el tutor derecho para cultivar, sí ó nó? Si se dice que sí, el consejo de familia no tiene derecho para inmiscuirse en su gestión. Si se dice que nó, el tutor no tiene derecho para administrar á su antojo. Dalloz se pronuncia contra el tutor, porque semejante manera de administración favorecía el fraude. Estas consideraciones se dirigen al legislador, el intérprete no puede tenerlas en cuenta.

46. El arrendamiento, en principio, es un acto de administración, supuesto que el que es propietario puede verificarlo; el mismo inquilino puede subarrendar. ¿Quiere decir esto que el tutor tenga un poder ilimitado para hacer arrendamientos? El art. 1718 restringe su derecho, porque establece que: «los artículos del contrato de matrimonio relativos á los arrendamientos de las mujeres casadas son aplicables á los arriendos de los bienes de los menores.» Los artículos que el código cita son concernientes á la duración de los arrendamientos y á la época de su renovación. Según los términos del art. 1429, los arrendamientos que el marido sólo ha hecho de los bienes de su mujer por un tiempo que exceda de nueve años no son, en caso

1 Véase, las diversas opiniones en Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 482, y Demolombe, t. 7º, p. 419, núm. 644.

de disolución de la comunidad, obligatorios respecto á la mujer ó á sus herederos sino por el tiempo que queda por transcurrir, sea del primer periodo de nueve años, si las partes se hallan todavía dentro de él, sea del segundo, y así sucesivamente, de modo que el arrendatario no tenga más que completár el goce del período de nueve años en que se encuentra. El poder del tutor, en cuanto á los arrendamientos, no está restringido sino en razón de lo que éstos duren. Si el arrendamiento no se excede de la duración ordinaria de nueve años, la ley lo considera como un acto de simple administración, de donde se infiere que el tutor puede ejecutarlo sin condición alguna de forma ni de autorización. Así pues, puede arrendar los bienes sin remate ni anuncios. En derecho, esto no da margen á duda alguna, supuesto que la ley no exige dicha forma. Como Proudhon lo expresa, no siempre debe ser preferido el arrendatario que paga más, y que es el más laborioso y el más solvente (1). Por el mismo motivo, puede hacer los arrendamientos bajo firma privada, y no está obligado á exigir una caución ni una garantía hipotecaria; la mejor seguridad, es la probidad y la indulgencia del arrendatario (2). No es necesario decir que el tutor es responsable; esto no es más que el derecho común para todos los actos de administración que él ejecuta (art. 450). El menor no podría demandar la nulidad del arrendamiento por vileza de precio. Esto es, aún, el derecho común; el menor no puede pedir la rescisión, á causa de lesión, de los actos que el tutor ha ejecutado dentro del límite de los poderes. Habría excepción en caso de fraude, siendo siempre el dolo excepción (3).

47. ¿Si el tutor arregla un arrendamiento de más de

1 Proudhon, "Del estado de las personas," t. 2°, p. 366. Sentencia de casación, de 11 de Agosto de 1818 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 205).

2 Duranton, t. 3°, p. 538, núm. 546.

3 Sentencia precipitada de la corte de casación, de 11 de Agosto de 1818.

nueve años. el arrendamiento es nulo? Ciertamente es que el inquilino no puede pedir la nulidad del contrato, si es que hay nulidad, porque no es por su interés por lo que la ley limita la duración de los arrendamientos, sino únicamente por interés de los incapaces. Acerca de este punto, todos están de acuerdo. ¿Pero al menos respecto al menor, no es nulo al arrendamiento? ¿Y si es nulo, el tutor puede pedir su nulidad? Casi todos los autores sostienen que el arrendamiento es nulo, y, admitida la nulidad, debe reconocerse al tutor el derecho de pedirla en nombre y por interés del pupilo. (1) Aubry y Rau se han pronunciado por la opinión contraria y la corte de casación la ha consagrado (2). No vacilamos en colocarnos del lado de este parecer. ¿Que es lo que el texto dice? ¿Acaso el código prohíbe al tutor que haga un arrendamiento de más de nueve años? No; si el código hubiese querido prohibirlo, habría debido determinar bajo cuáles condiciones, con cuál autorización el tutor puede hacer un arrendamiento que excede de esta duración. Pues bien, la ley no dice una sola palabra acerca de esto, sino que nos remite al título del *Contrato del Matrimonio*, y ¿qué es lo que leemos en el art. 1429? ¿Dice éste que el marido no puede celebrar un arrendamiento de más de nueve años? No, otra vez más, el artículo dice que si el marido ha celebrado un arrendamiento de más de nueve años, la mujer puede pedir su reducción á dichos términos. Luego el arrendamiento es válido, y el marido no puede ciertamente atacarlo, únicamente al disolverse la comunidad es cuando la mujer podrá promover. Y la razón de esto es sencilla. El arrendamiento es, por propia naturaleza, un acto de administración; pero como un arrendamiento á largo plazo puede comprometer los intereses de la mujer,

1 Valette sobre Prudhon (t. 2º, p. 371) defiende muy bien la opinión generalmente seguida.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 458, y nota 62. Sentencia de la corte de casación, de 7 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865 1, 219).

la ley le permite que promueva la reducción. Ahora bien, el art. 1718 asemeja absolutamente los arrendamientos de los bienes del menor á los emolumentos de los bienes de las mujeres casadas. La conclusión es evidente. Dichos arrendamientos son válidos, aún cuando se excedan de nueve años; salvo que el menor, llegado á la mayor edad, pida su reducción.

48. ¿Cuándo el tutor puede renovar el mandamiento? El art. 1430 contesta á nuestra pregunta: «Los arrendamientos de nueve años ó menos que el marido sólo ha celebrado ó revocado sobre los bienes de su mujer, más de tres años antes de la espiración del arrendamiento en curso si es que se trata de bienes rústicos, y más de dos años antes de la misma época si se trata de casas, quedan sin efecto, á menos que su ejecución haya comenzado antes de la disolución de la comunidad.» Esta disposición es una sanción de la limitación establecida por el art. 1429. Si el marido tuviese el derecho de celebrar un nuevo arrendamiento ó de renovar el antiguo, en la época que se le ocurriese, él podría eludir el art. 1429 renovando un arrendamiento hecho por nueve años en el primer año del arrendamiento, porque realmente él celebraría un arrendamiento de diez y ocho años. La ley no le permite que renueve los arrendamientos sino en las épocas acostumbradas para los arrendamientos de fincas urbanas y rústicas: el plazo es más largo para las últimas, porque los arrendatarios deben saber mucho tiempo de antemano cuál sea la duración de su arrendamiento, con objeto de arreglar en consecuencia sus trabajos de cultivos y de mejoramiento. ¿Si el tutor hubiese revocado el arrendamiento ante los dos ó tres años determinados por la ley, el nuevo arrendamiento sería nulo? La ley parece decirlo al disponer que el arrendamiento *quedará sin efecto*, pero agrega inmediatamente, «á menos que la ejecución haya comenzado antes de la disolución

de la comunidad,» de modo que ella aplica al arrendamiento revocado el mismo principio que al arrendamiento primitivo. Si la ejecución del nuevo arrendamiento no ha comenzado, el menor no debe ejecutarlo, pero él puede mantenerlo, si así lo quiere, no habiéndose establecido las restricciones sino en su favor.

Pregúntase si el tutor puede revocar los arrendamientos dentro del plazo de dos ó de tres años, si la ejecución no debe comenzar sino después de la mayor edad del pupilo. La cuestión es debatida, y sorprende que sea debatida, puesto que está resuelta por los términos generales de la ley. En vano dícese que hay una diferencia entre la tutela y la comunidad, sien lo incierta la duración de ésta, mientras que la conclusión de la primera es conocida de antemano. El legislador no ha tenido en cuenta esta diferencia, y el intérprete no puede introducir en la ley una distinción que en ella no está y que la exigen los principios. El tutor, por el hecho sólo de estar obligado á administrar como buen padre de familia, debe convocar los arrendamientos, en las épocas acostumbradas, con objeto de evitar que los bienes queden más ó menos tiempo sin ser cimentados. Tal es también la opinión adoptada por la mayor parte de los autores (1).

49. ¿El tutor puede estipular que los alquileres sean pagados anticipadamente? Según los principios que hemos dejado establecidos acerca del poder del tutor, hay que decidir la cuestión afirmativamente. El pago anticipado de los alquileres es un acto de administración y puede ser una excelente medida. El menor quedará al abrigo de la probabilidad de insolvencia del inquilino; dicha venta, formando necesariamente un excedente de los ingresos, debe-

1 Véase, Aubry y Rau, t. 1.^o, p. 463, nota 6, y los autores que ellos citan.

rá imponerse dentro de seis meses, por lo que el menor se aprovechará de la capitalización de los intereses (1).

Sin embargo, la opinión contraria es la que generalmente se adopta. Dicese que semejante estipulación es una verdadera enagenación de usufructo, y de ahí se infiere que el tutor no puede consentirla sino con una autorización del consejo de familia homologado por el tribunal (2). Esto no es exacto. ¿Acaso todo arrendamiento no es una enagenación de usufructo? ¿Por qué había de haber venta más bien que arrendamiento, cuando los alquileres se pagan el 1º de Enero en lugar de pagarse el 31 de Diciembre? La corte de Poitiers ve en esto algo de ilícito, porque esto es contrario á las constumbres aceptadas, y porque puede resultar un perjuicio para el menor, si el tutor es insolvente. Ciertamente es que el pago anticipado en más de un término es una estipulación poco acostumbrada, pero esto no prueba que se salga de los límites del poder de administración. En cuanto al riesgo que corre el menor, no resulta del pago anticipativo, como tal, sino de la insolvencia del tutor; pero el inquilino ¿acaso no puede volverse insolvente? Estas consideraciones de hecho no pueden resolver una cuestión de derecho; el legislador es el único que podría tomarlas en cuenta para limitar el poder del tutor.

Núm. 4. Pago de las deudas, recobro de los créditos activos.

1.—Principios generales.

50. El tutor puede y debe cubrir las deudas del menor. Se conoce el antiguo proverbio: el que paga sus deudas se

1 Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 480.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 452, y nota 29. Demolombe, t. 7º, p. 418, núm. 642. En este sentido, Limoges, 28 de Enero de 1824 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 480), y Poitiers, 2 de Julio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 128).

enriquece. ¿Puede renunciar al beneficio del plazo? Si la deuda no causare réditos, no podría hacerlo, puesto que pagando antes del vencimiento, pagaría el descuento, es decir el rédito que no debe: lo que equivaldría á una verdadera liberalidad bajo la forma de pago, y el tutor no puede hacer donativos. Pero si la deuda causa rédito, siempre hay ventaja en solventarla; esta es la mejor imposición que puede encontrar el tutor para los caudales de que dispone. Para esto no necesita, como lo dice Demolombe, de un bill de indemnidad porque él hace lo que tiene derecho á hacer, y obra como buen padre de familia (1).

51. ¿Si el tutor paga una deuda del menor con su propio dinero, tiene derecho á los réditos de sus anticipos? La ley otorga los réditos de pleno derecho al mandatario ordinario por los anticipos que hace. ¿Debe aplicarse el artículo 2001 al tutor? Dicese que nó, porque el código norma en un título aparte todo lo concerniente á los derechos y á las obligaciones del tutor, y no le otorga el rédito de sus anticipos (2). Creemos que en esta opinión se confunden dos especies de anticipos. Los anticipos propiamente dichos son las sumas que el tutor gasta para el sostenimiento del pupilo. Concíbese que tales anticipos no causen interés, porque generalmente el tutor se pagará con las rentas del menor. Más adelante insistiremos acerca de este punto (núm. 58). La posición del tutor es diametralmente diferente cuando paga una deuda del menor. En dicho caso puede comparársele á un mandatario ó á un agente de negocios que hace anticipos por el poderdante ó por el dueño del negocio. Es menos como tutor como hace dicho pago que con motivo de la tutela.

El tutor debe hacer los gastos necesarios al sostenimiento

1 Demolombe, t. 7º, p. 431, núms. 633, y 636. Dalloz, en la palabra *moria*, núm. 446.

2 Demolombe, t. 7º, p. 436, núm. 659.

del menor ó la administración de sus bienes; pero no está obligado á pagar los derechos del pupilo, cuando éste no tiene caudales suficientes; corresponde al acreedor, en este caso, perseguir al menor, y al tutor proponer al consejo la venta de los bienes del pupilo para prevenir los gastos de embargo. Si el tutor paga de sus propios dineros, llegado es el caso de aplicar los principios sobre el mandato ó la agencia de negocios. A nuestro juicio, él es más bien mandatario que agente de negocios cuando pague una deuda de su propio peculio, porque él tiene el encargo de pagar las deudas; si él lo hace de su propio peculio, está absolutamente en la posición de un mandatario que hace anticipos en la ejecución de su mandato. Así, pues, puede aplicarse al tutor el art. 2001. Nada, por otra parte, tan equitativo como esta disposición. Hay más, es provechosa al menor. Si no se otorgan los réditos al tutor, estará poco dispuesto á hacer anticipos por el pupilo; éste, sin embargo, está muy interesado en que sean cubiertas las deudas onerosas y en que las diligencias que se le promueven se suspendan. A esto se contesta que el tutor debe dirigirse al consejo de familia, como si el consejo tuviese un poder omnipotente en materia de tutela. ¿Puede el consejo otorgar al tutor réditos que la ley no le otorga? Mucho lo dudamos. El tutor es el que administra y no el consejo: las atribuciones del consejo son limitadas, y él no puede excederse de dichos límites.

52. El tutor tiene el derecho de percibir todos los réditos del menor, capitales y rentas. Esto es un acto de administración. El código lo dice implícitamente al dar al tutor el derecho de intentar él sólo las acciones mobiliarias (art. 464). El ejercicio de dicho poder puede ser peligroso para el menor si el tutor es insolvente. De aquí la cuestión de saber si el consejo de familia puede restringir el derecho del tutor. La solución depende del principio que se adopte sobre la naturaleza de la tutela y de los poderes del tutor.

Hemos enseñado que la tutela es de orden público y que la ley la organiza de modo que resguarde los intereses de los menores; así pues no pertenece ni al consejo de familia ni el tribunal, modificar las disposiciones de la ley, imponiendo al poder del tutor restricciones en interés del pupilo. Si las garantías que el código establece en interés de los incapaces son insuficientes, al legislador atañe corregir la ley, y no al juez. En esta opinión, debe resolverse que el consejo de familia no tiene el derecho de restringir el poder del tutor en lo que concierne al recobro de los créditos del menor. Hay sentencias en este sentido (1). La corte de casación ha fallado en sentido contrario, partiendo del principio de que las tutelas no se basan en el orden público sino en lo que concierne al interés del menor (2). Hemos contestado de antemano á dicha argumentación; á nada menos conduce que á abandonar á los consejos de familia y á los tribunales la reglamentación de una materia que los autores del código creyeron que deberían reglamentar hasta en los últimos detalles, precisamente porque es de orden público. La corte de Limoges, al aplicar el principio establecido por la corte de casación, dedujo la consecuencia lógica de que los tribunales tienen el derecho de vigilar la administración del tutor tanto como el empleo de los capitales del pupilo (3). Esta consecuencia depone en contra del principio. Ella está en oposición con el texto del código; en éste no se dice una sola palabra por la que puede inferirse el derecho de vigilancia que la corte reivindica para los tribunales. Esto se llama literalmente, hacer la ley.

1 Rion, 15 de Abril de 1809 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 402, 1°), Tolosa, 20 de Julio de 1821 (Daloz, *ibid.*, núm. 402, 2°). Compárese, Bruselas, 2 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 8).

2 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Julio de 1842 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 403, 1°).

3 Limoges, 28 de Febrero de 1846 (Daloz, 1846, 2, 153).

53. El riesgo para el menor es real, cuando el tutor no ofrece garantía suficiente por su fortuna en bienes raíces. Si no tiene inmuebles, ó si los que posee son insuficientes, será ilusoria la garantía del menor. La ley hipotecaria belga ha buscado un remedio al mal, pero hay que confesarlo, la modificación que ella ha introducido en el código no alcanza el fin que el legislador se ha propuesto. El art. 55 establece que: «si en el momento de la deliberación de que se habla en el art. 49 (1), se reconoce que el tutor no posee inmuebles, el consejo de familia después de que, en cumplimiento del art. 455 del código civil, haya fijado la suma en la cual comenzará para el tutor la obligación de emplear el excedente de las rentas sobre los gastos, podrá ordenar que en espera de dicho empleo, los capitales de los menores y de los incapacitados sean colocados por el tutor en la caja de depósitos y consignaciones, á instancia del subrogado tutor ó de un miembro del consejo de familia comisionado con tal efecto.» El art. 56 contiene una disposición análoga para el caso en que el tutor posea algunos inmuebles, pero que se reputen insuficientes para responder por la totalidad de su gestión. El consejo de familia podrá entonces determinar la suma más allá de la cual debe hacerse la colocación en la caja de depósitos. Se ve que la decisión del consejo es facultativa; ahora bien, las garantías facultativas en materia de tutela, casi siempre son ilusorias. Ya hemos hecho la observación (núm. 36). Una medida excepcional es una medida de desconfianza; por esto mismo, los consejos de familia retroceden ante la aplicación. Habría que hacer obligatoria la regla, porque sería la única manera de resguardar eficazmente los intereses de los menores (2).

1 La deliberación que tiene por objeto especializar la hipoteca legal del menor. (Véase, núm. 7).

2 Marton, Comentario de la ley de 16 de Diciembre de 1851, t. 2º, páginas 396 y siguientes.

54 El tutor tiene el derecho de promover el pago de los créditos del pupilo y de pagar las deudas de éste; y ¿de esto debe inferirse que tiene calidad para concurrir á un reglamento que tenga por objeto determinar aquello de lo cual el pupilo es acreedor y aquello de que es deudor? Se ha fallado la afirmativa (1), y en apoyo de dicha opinión puede decirse que el derecho de pagar las deudas implica el derecho de reconocer su legitimidad. La corte de casación ha resuelto que un arreglo de cuentas hecho por el tutor para su menor obliga á éste como si por él hubiese sido acordado, en la época de su mayor edad (2), de donde se seguiría que el menor no podría exigir una revisión. Esto nos parece demasiado absoluto. Sin duda que el tutor puede pagar las deudas de su pupilo, aunque la ley no lo exprese. Pero al resolverlo así, se supone que la deuda es cierta; si es dudosa, el tutor no tiene ya el derecho de pagar; por el contrario, debe discutir, y litigar si fuere necesario. Si es dudosa la regla, hay lugar á transacción; pero para transar, aun cuando sea acerca de derechos mobiliarios, se necesitan formalidades especiales que más adelante exponaremos.

Se objeta que un arreglo de cuentas es un acto de administración. Esto es verdad, pero con una reserva; y es que dicho reglamento no contenga un reconocimiento de deuda á cargo del menor. El tutor no puede hacer tal reconocimiento, porque equivaldría á permitirle que indirectamente dispusiese de los bienes del pupilo, supuesto que toda deuda compromete los bienes del deudor. La ley prohíbe al tutor que transe, sin una autorización del consejo de familia homologada por el tribunal; ahora bien, reconocer la existencia de una deuda, es un acto más oneroso para el

1 Grenoble, 11 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 57).

2 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 131).

menor que una transacción, porque ésta le conserva al menor una parte de su derecho. En vano se dice que el que puede pagar una deuda tiene por esto mismo calidad para reconocer su legitimidad; nosotros contestamos, con la corte de Burdeos, que el pago es distinto al reconocimiento de una deuda. Pagar supone una deuda cierta, y al cubrirla, el tutor hace mejor la condición de su pupilo, mientras que el reconocimiento de una deuda implica que ésta no existe, en el sentido de que no hay prueba legal, lo que obligaría al menor á pagarla, cuando hubiera podido poner en duda su existencia (1).

Infiérese de aquí que el tutor no puede aceptar hechos extraños á su gestión, aceptación que tendría por efecto obligar al menor. La confesión es un acto de disposición, de aquí el refrán: el que no puede dar no puede reconocer. Ahora bien, el tutor no puede dar. Tampoco puede disponer de los derechos mobiliarios del menor.

Que no se objete que el tutor puede intentar las acciones mobiliarias pertenecientes á su pupilo, porque nada de común existe entre el consentimiento y persecución judicial de un derecho; el tutor que intenta una acción no dispone del derecho de reivindicar sino que, al contrario, el derecho está bajo la garantía de la justicia, y si el menor está mal defendido, tiene todavía á su disposición las diligencias civiles. Mientras que la confesión es la disposición pura y sencilla del derecho que es el objeto. La doctrina y la jurisprudencia se hallan en este sentido (2). ¿Puede el tutor conferir el juramento decisorio, y este juramento puede serle referido? Nosotros contestamos que nó, sin vacilar. En efecto, es de principio que el juramento implica una transacción; ahora bien, no puede hacer transacciones.

1 Burdeos, 24 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 2, 198).

2 Daloz, en la palabra *obligaciones*, núm. 5085. Sentencia de Lyon, de 18 de Julio de 1861 (Daloz, 1863 2, 166).

No hay que distinguir entre los derechos mobiliarios y los derechos inmobiliarios del menor, porque el tutor no puede transar ni con unos ni con otros. ¿Hay que establecer una excepción si el juramento estriba en un acto personal al tutor? Nosotros no lo creemos. Desde el momento en que el acto es concerniente á la tutela, debe aplicarse el principio de que el tutor no puede celebrar transacciones, luego no puede otorgar el juramento, que se le otorga, porque entonces transará sobre un hecho de tutela (1).

*II. De los créditos del tutor contra el menor,
y de éste contra aquél.*

55. El tutor debe pagar al menor lo que le debe, supuesto que debe exigir el pago de los terceros deudores. Con mayor razón debe exigirlo de sí mismo. Se pregunta cuál es el punto de computación de los réditos que él debe. La respuesta es muy sencilla: la ley no contiene disposición especial en cuanto á las deudas del tutor respecto al menor; por lo tanto, seguimos bajo el imperio de los principios generales: ahora bien, conforme á las reglas establecidas por los arts. 455 y 456, el tutor no debe los réditos de los caudales pupilares sino seis meses después de haber percibido éstos, suponiendo que tales caudales constituyan un excedente de las rentas sobre los gastos. La suma que el tutor debe, forma parte de los caudales pupilares: luego deben aplicarse las reglas que acabamos de recordar. Sin duda alguna que la ley habría debido tratarlo con mayor severidad; él sabe que es deudor y sabe cuando se vence la deuda; ninguna cosa le impide, pues, que de antemano busque una imposición como lo habria hecho con su propio dinero (2).

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 465, Demolombe, t. 7º, p. 469, núm. 693.

2 Esta es la opinión de Delvincourt, t. 1º, p. 293, y de Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 362, núm. 4. En sentido contrario, Demolombe, t. 7º, p. 391, núm. 616; Aubry y Rau, t. 1º, p. 443, nota 40.

Pero la ley no muestra este rigor, y en verdad que el intérprete no puede manifestarse más riguroso que el legislador. Se dirá en vano que al tutor que no impone inmediatamente las sumas que debe á su pupilo, se le presume emplearlas en provecho propio; la ley no establece semejante presunción, y no puede haber presunción legal sin ley. Se ha propuesto otra distinción: si el tutor, se dice, no pone en caja lo que debe, es porque habrá empleado los caudales en propio provecho, y por lo mismo deberá los réditos (1). Creemos que esto es crear siempre una presunción. ¿Qué importa que la suma permanezca en la caja del tutor si éste no la emplea? Luego tiene que probarse el empleo, y tal prueba no puede hacerse por presunciones sino en virtud de un texto.

Cuándo el tutor es deudor por deuda para lo cual corre la prescripción contra el menor ¿podrá invocar la prescripción? se resuelve que nó, porque el tutor debía exigir el pago de sí mismo (2). Siguiendo el rigor de los principios, debe decirse que la prescripción ha corrido su término, en efecto, la prescripción corre en contra y á favor de toda clase de personas, á menos que no estén comprendidas en alguna excepción establecida por alguna ley (art. 2251); ahora bien, ley ninguna dice que las prescripciones que corren contra el menor no corran á favor del tutor. Pero si de derecho, el tutor puede invocar la prescripción, de hecho, no tiene ningún interés en ello. En efecto, él habría debido exigir el pago de sí mismo; y no habiéndolo hecho, ha obrado como mal padre de familia, ha faltado á su deber y es responsable; luego debe indemnización al pupilo, es decir, que deberia á título de daño y perjuicio, pagar al

1. Marcadé, t. 2º, p. 247, núm. 3, seguido por Demolombe, t. 7º, página 394, núm. 616, y Zaobariae, edición de Massé y Vergé, t. 1º, página 431, nota 32.

2. Aubry y Rau, t. 1º, p. 472 y nota 4. Marcadé, t. 2º, p. 347 número 3.

menor el importe de la deuda cuya prescripción impondría incluso los intereses.

56. Cuando el tutor es acreedor, puede pagarse á sí mismo; pagar las deudas es un acto de administración, y poco importa que él sea acreedor. Se ha fallado, y con razón, que el subrogado tutor no debe intervenir, porque los intereses del tutor no están, en este caso, opuestos á los del menor: si el tutor tiene interés en recibir lo que se le debe, el menor, por su parte, tiene interés en pagar lo que debe. Se pregunta si hay lugar á compensación cuando el tutor es deudor. Si el tutor es realmente deudor del menor, independientemente de la tutela, no hay duda alguna, la compensación se opera de pleno derecho (art. 1290). Pero ¿qué debe resolverse si el tutor ha recibido por el menor rentas ó capitales; es él deudor de dichas sumas, y hay lugar á compensación? El es deudor, en el sentido de que debe rendir cuentas; de lo que se sigue que dicha deuda no es compensable, porque no es líquida. Así, pues, es en vano que los autores hablen de compensación: el tutor se pagará con los bienes pupilares; pero no habrá extinción de su crédito en pleno derecho, sino á medida que perciba una suma que al menor se le deba (1). Si no hay caudales pupilares suficientes para pagar al tutor ¿podrá éste tramitar la venta de los bienes del menor y pagarse con ese valor? Si el crédito es extraño á la tutela, no hay duda alguna, porque el tutor es un acreedor ordinario y tiene los derechos que á todo acreedor corresponden, su puesto que la ley no establece ninguna excepción (2). Si se trata de un anticipo

1 Hay mucha incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia de esta cuestión. Véase Toullier, t. 2º, núm. 1219, Duranton, tomo 3º, núm. 500. Demolombe, t. 7º, p. 432, núm. 637. Sentencia de Tolosa, de 21 de Junio de 1832, y de Rennes, de 28 de Abril de 1830 (Daloz, en la palabra *minorio*, núm. 486).

2 Grenoble, 9 de Agosto de 1823 (Daloz, en la palabra *minorio*, número 486).

que el tutor haya hecho por el pupilo, la cuestión es debatida. En el antiguo derecho, se decidía que el tutor no tenía acción sino al término de la tutela, y esta opinión está todavía sostenida bajo el imperio del código civil. Nosotros creemos con Demolombe que el tutor puede promover in mediatemente (1). El es acreedor, y todo acreedor tiene acción judicial á menos que la ley se la rehuse. Se objeta que el tutor no puede ser acreedor sino en virtud de una cuenta, y que ésta no se rinde sino al término de la tutela. La objeción reposa en una confusión de ideas. La cuenta se compone de los ingresos que el tutor ha hecho para el menor y de los gastos. Estos gastos se toman sobre las rentas ó los capitales del menor; el tutor no debe, como tal, hacer anticipos, luego estos no son un gasto de la tutela, y en consecuencia, son una deuda del menor, que debe ser solventada como toda deuda.

57. ¿El tutor tiene derecho á los réditos de lo que le es debido por el pupilo? En el derecho antiguo, la cuestión dividía á las naciones de derecho consuetudinario de las naciones de derecho escrito. El Parlamento de París no concedía al tutor el interés de sus anticipos sino desde el día de la demanda formulada por él después de cerrada la cuenta. Esta regla era generalmente seguida en las naciones de derecho consuetudinario (2). En las naciones de derecho escrito, por el contrario, el tutor tenía derecho á los réditos como otro mandatario cualquiera (3). Resulta del art. 474 que los autores del código Napoleón han dado la preferencia á la jurisprudencia de las naciones de derecho consuetudinario (4). En efecto, el segundo inciso dice: «Los ré-

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 7º, p. 52; núm. 49.

2 Ferrière, *Diccionario de derecho*, en la palabra *réditos*; Merlin, *Repertorio*, en la palabra *intereses*, pto. 2, núm. 5.

3 Domat, *leyes civiles*, libro 2º, tit. 1º, sección 4ª, núm. 5.

4 La cuestión ha sido resuelta implícitamente en tal sentido por la corte de casación, sentencia de denegada apelación, de 11 de Noviembre de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 317, y la nota 3).

ditos de lo que el menor deba al tutor no se contarán sino desde el día de la intimación de pago que haya seguido á la clausura de la cuenta.» Luego el art. 474 deroga la regla general establecida por el art. 2004, por cuyos términos el rédito de los anticipos hechos por el mandatario se le debe por el mandante á contar desde el día en que se comprueben los anticipos. ¿Cuál es la razón de esta excepción? Se dice que la cuenta sola comprobará si el tutor es acreedor ó deudor, y que aquél no puede tener derecho á los réditos sino en tanto que su crédito no es cierto. La razón es mala, ella no ha detenido al legislador respecto al mandatario ordinario y tampoco habría debido detenerlo respecto al tutor. Generalmente el tutor no hace anticipos, sino que paga los gastos con las rentas del pupilo; puede suceder que las rentas no sean suficientes para cubrir un gasto extraordinario; por este hecho mismo el anticipo deberá constar, y la equidad exigiría ciertamente que el tutor fuese tratado con tanto favor como un mandatario ordinario.

La equidad está evidentemente tan á favor del tutor, que á pesar del art. 474, se ha sostenido que habia lugar á aplicar el art. 2001 (1). Greemos que el art. 474 ha puesto un término á la división que existía en el antiguo derecho, en el sentido de que admite el sistema del derecho consuetudinario en cuanto á los intereses de los anticipos hechos por el tutor, lo que excluye los intereses, salvo que el tutor demande en justicia los réditos conforme al derecho común. ¿Pero se concibe á un tutor demandando á su pupilo para obtener el interés de un anticipo? Esto es tan chocante, que se ha propuesto abandonar el arreglo de los intereses al consejo de familia (2). Pero esto es inadmissi-

1 Dalloz, en la palabra *minoría* núm. 487, Delvincourt; t. 1º, página 411, nota 7.

2 Durantón, t. 3º, p. 531, núm. 566. En sentido contrario, de

ble. Desde el momento en que los réditos no corren de pleno derecho, no pueden correr sino en virtud de una demanda judicial (1).

58. ¿La prescripción corre contra el tutor en beneficio del menor? Se pretende que nó, porque está en el interés del menor que el tutor no lo persiga; luego no puede prevalecerse contra el tutor de que éste no haya promovido (2). Esto es muy cierto bajo el punto de vista de la equidad. Pero las cuestiones de derecho se resuelven no por la equidad, sino por los textos y los principios; ahora bien, el artículo 2251 es formal: la prescripción corre, salvo en los casos en que la ley la suspende, y la ley no suspende la prescripción en provecho del tutor. No obstante, el menor no tendría interés ninguno en invocar la prescripción. En efecto, el tutor ejecuta una cosa útil para el menor al no promover; tiene acción contra él, en razón de esa utilidad; luego el menor debe indemnizarlo del perjuicio que sufra, es decir, que debe reembolsarle el crédito prescrito.

Núm. 5. Imposición de los capitales y rentas.

59. Imponer las rentas y los capitales disponibles es un acto de administración y un acto de buena gestión, pero con una condición, que la imposición sea segura y ventajosa. De aquí nace la cuestión de saber si el administrador es libre para hacer el empleo que juzgue conveniente. El código no tiene sistema general y uniforme acerca de este punto. Cuando se trata de una substitución permitida, la ley quiere que el gravado haga el empleo en inmueble, ó con privilegio sobre inmuebles (arts. 1067). Cuando por excepción, el código permite enagenar ó permutar los in-

Fremenville, t. 1º, núm. 234, y sentencia de Lyon, de 16 de Febrerº de 1835 (Daloz, en la palabra "patria potestad," núm. 151).

1 Duranton, t. 3º, núm. 604, Demolombe, t. 8º, p. 50, núm. 47.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 474, y nota 13.

muebles dotales, permite que se emplee el excedente del valor ó del saldo en inmuebles (arts. 1558, 1559). En el título de la *Tutela*, la ley nada dice del empleo, este silencio es decisivo, supuesto que la imposición de los caudales pupilares es un acto de administración y que el código no limita el poder del tutor en este punto, debe resolverse que el tutor puede hacer la imposición como se le ocurra, sin autorización del consejo de familia ni intervención del subrogado tutor (1). Esto no carece de riesgos. Puede suceder que la responsabilidad del tutor no sea una garantía, si no tiene inmuebles ó si el valor de éstos es insuficiente para garantizar los intereses del pupilo. La ley hipotecaria belga ha puesto remedio al riesgo, ordenando al tutor que haga el empleo que haya sido determinado por el consejo de familia, y el legislador ha tenido cuidado de indicar cuál será el mejor empleo: esto equivale á cubrir las deudas de los menores, ó á comprar sea inmuebles, sea rentas sobre el Estado, ó hacer préstamos con privilegio inmobiliario ó con hipoteca en primer lugar (Ley de 16 de Diciembre de 1851, art. 57). Desgraciadamente el legislador no aplica esta disposición sino al caso en que el consejo de familia haya prescrito depositar en la caja de consignaciones las rentas y capitales de los menores; no siendo tal depósito obligatorio para todos los tutores, la garantía concerniente al empleo las más de las veces será ilusoria. Así, pues, hay que hacer a un lado esta disposición que será una rara excepción, y volver al derecho común, según el cual el tutor es libre para hacer la imposición que apetezca.

Las imposiciones indicadas en la ley hipotecaria belga son por lo menos una recomendación para los tutores. Con

1 Véanse los autores y las sentencias citadas por Aubry y Rau t. 1º, p. 459, nota 64. Compárese, sentencia de Burdeos, de 2 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 8).

cuerdan en un punto con el art. 1064 del código civil. La imposición ordinaria se hace en préstamos hipotecarios ó privilegiados. En ninguna parte exige la ley que el tipo del interés sea el tipo legal de 5 por ciento. Desde el momento en que la estipulación del interés se abandona á las partes contrayentes, el tipo del interés varía según la abundancia ó la escasez de numerario; luego no puede exigirse que el tutor imponga siempre los caudales pupilares al 5 por ciento (1).

60. El tutor puede también comprar inmuebles. En Francia, la cuestión se ha decidido generalmente en este sentido, salvo algunas disidencias que ninguna autoridad tienen, supuesto que comprar inmuebles evidentemente no es más que una imposición segura y hasta ventajosa, en donde los inmuebles aumentan de valor, lo que es una ley general. Pero se pregunta si el tutor puede también comprar inmuebles á crédito. En este caso, no se trata ya de imponer los caudales del pupilo, supuesto que ya no los tiene. La cuestión es debatida. Se reduce á saber si la compra de inmuebles á crédito es un acto de administración. A nuestro juicio, esto equivale á especular y no á administrar. Cierto es que en general dicha operación es problemática; en más de una ocasión ha sido desastrosa para los que la han llevado á cabo. El comprador retira á lo sumo el 3 por ciento de los fondos que explota ó que da en arrendamiento, mientras que debe pagar un 5 por ciento de su valor. ¿Se dirá que la ley recomienda la compra de los inmuebles como empleo? Sí, en razón de la seguridad de la imposición, estando el capital garantido, así como la venta, cuya pequeñez está generalmente compensada por el crecimiento progresivo del valor de los fondos. Pero imponer los caudales pupilares es cosa bien diferente de comprar á crédito. La compra á crédito implica un préstamo; ¿qué importa que el

1 Bruselas, 13 de Agosto de 1860 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 34).

comprador pida prestado al vendedor ó á tercera persona; De todos modos, es cierto que no teniendo caudales suficientes para pagar su valor, debe pedirlos prestados; debe pagar los intereses entretanto que reembolsa el capital. Ahora bien, el tutor no tiene derecho á pedir prestado, aun cuando sea para una operación ventajosa para el menor. Esto es decisivo (1). La corte de casación falló en sentido contrario. Ella parte del principio de que todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe pueden comprar ó vender (artículo 1594); ahora bien, ninguna ley prohíbe al tutor que compre. Este principio es muy cierto para el mayor capaz de sus derechos, y no lo es para los incapaces. El tutor no compra por su propia cuenta, sino en nombre del menor, y con tal calidad no puede ejecutar actos de administración. A esto la corte contesta que pueden presentarse circunstancias en las cuales la adquisición de un inmueble, aun cuando el tutor no pudiese pagar inmediatamente el precio, constituirá un acto de prudente administración (2). Podría haberse hecho el mismo razonamiento para el préstamo, para la venta de un inmueble perteneciente al menor y para la hipoteca. Si tales actos pueden á veces ser muy ventajosos al pupilo, en cambio pueden serle muy perjudiciales; por esto la ley quiere que el consejo de familia y el tribunal intervengan. Identidad de razones hay para la compra de inmuebles. Nuestra conclusión es que el tutor no puede comprar á crédito sino con la autorización del consejo y la homologación del tribunal (3). Volvemos á la imposición de los fondos pupilares. Si el tutor compra un inmueble á título de imposición, sin decirlo se comprende que el me-

1 Demolombe, t. 7º, p. 463 núm. 677. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 59, nota 65. Durantou, t. 3º, núm. 570.

2 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 77).

3 Chardon, "De la potestad tutelar," t. 3º, núm. 493. Demolombe se contenta con la autorización del consejo. Esto es arbitrario.

nor está ligado por el contrato, puesto que el tutor tenía el derecho de hacerlo bajo su responsabilidad. El tutor también está ligado, en el sentido de que habiendo comprado en nombre del pupilo, éste se ha vuelto propietario, y en consecuencia, el tutor, aun cuando sea el padre, no podría recobrar el inmueble por cuenta propia restituyendo el precio. Para esto se necesitaría una nueva venta, supuesto que el menor se ha hecho propietario (1).

61. La ley hipotecaria belga recomienda, además, al tutor que imponga los bienes del pupilo en rentas sobre el Estado. ¿Cuál de las dos imposiciones es más ventajosa, comprar inmuebles ó cupones de rentas? Esta es una cuestión de hecho. La corte de Gante se ha pronunciado por las rentas del Estado en un caso en que se quería abandonar el precio de un inmueble vendido en manos de los compradores, con hipoteca. Los bienes eran numerosos é importantes, y en consecuencia, habrían debido estar en su mayor parte gravados. De aquí numerosos créditos hipotecarios, y por consecuencia dificultades para la percepción de los réditos, lo que habría exigido una verdadera administración y gastos para cada desembargo de inscripción. Por último, la renta habría sido menor (2).

62. ¿El tutor puede emplear los caudales pupilares en construcciones nuevas ó en mejoramientos? A nuestro juicio, construir y mejorar es un acto de propietario más que de administrador; raro es que el aumento de valor que de ello resulta equivalga al gasto que se eroga; el empleo, considerado como imposición, es, pues, las más de las veces desventajoso. Ahora bien, el administrador no tiene derecho á sacrificar una parte de los caudales pupilares; debe, por el contrario, conservar el capital é imponerlo de una ma

1 Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 29 de Octubre de 1837, ("Pasierisia," 1837, 1, 423).

2 Gante, 20 de Mayo de 1867 (*Pasierisia*, 1765, 2, 12).

nerá segura y provechosa. Desde el momento en que la operación es problemática, hay que asimilarla con el préstamo y con la venta, y en consecuencia, exigir la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal, á fin de que la utilidad ó la necesidad de las construcciones quede comprobada (1).

Núm. 6. Venta de los derechos mobiliarios del menor.

63. ¿Puede el tutor disponer de los derechos mobiliarios del pupilo? Carecemos de texto acerca de esta importante cuestión. El art. 452 que prescribe la venta de los muebles no es aplicable sino á los muebles corporales, y el art. 457 que prohíbe al tutor enagenar no habla sino de los inmuebles. Luego hay vacío. Este se comprende si se considera que únicamente en el curso del siglo diez y nueve es cuando la industria ha tomado el inmenso impulso que trastornó las ideas tradicionales de los legistas. Estos decían en otro tiempo: *Vitis mobilium possessio*, y el código está todavía concebido en este espíritu; mientras que en nuestros días la riqueza mobiliaria domina á la inmobiliaria. Así, pues, puede suceder que la fortuna del menor consista en derechos mobiliarios de un valor considerable, establecimientos de industria y de comercio, rentas sobre el Estado, acciones y obligaciones en las compañías, crédito sobre particulares. ¿Tiene el tutor la disposición libre de tales valores que constituyen frecuentemente todo el patrimonio del pupilo? Esta es cuestión de un interés capital; desgraciadamente es siempre objeto de un vivo debate (2). Según el

1 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 434, nota 5. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 459, Demolombe hace distinciones que en nada se basan (t. 7º, p. 433, núm. 652).

2 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 457, y en Aubry y Rau, t. 1º, ps. 459 y siguientes, y notas 67-69.

principio que hemos expuesto acerca del poder del tutor, hay que resolver sin vacilar que el tutor, simple administrador, no tiene el poder de enagenar. Si el principio se admitiese, no habría ya duda alguna; pero el mismo principio es debatido.

En el silencio del texto, hay que consultar el espíritu de la ley y proceder por vía de analogía. El código restringe al poder del tutor en estrechos límites; desde el momento en que se trata de disponer de los bienes del menor, el código ya no le permite que obre solo. El art. 452 no le da, como se pretende, el derecho de enagenar los muebles corporales del pupilo; le impone una obligación, y á la vez que le obliga á vender, limita su acción; hace intervenir el consejo de familia para decidir qué muebles se conservarán: quiere que la venta se haga en presencia del subrogado tutor, en subasta pública por un oficial público.

En cuanto á los inmuebles, la ley no permite que se vendan sino con autorización del consejo de familia, homologada por el tribunal, y esto sin tener en cuenta el valor de los inmuebles, aun cuando el fundo vendido no valiese más que cien francos. Luego el espíritu de la ley es, pues, que nada se abandone á la voluntad sola del tutor cuando se trata de enagenar un bien del pupilo; por una parte ella manda, y por la otra prohíbe. Esto es decisivo. El espíritu de la ley no conduce á la misma conclusión que el principio que hemos fundado en el art. 450: el tutor no tiene el poder de enagenar.

Si, no obstante, fué útil ó necesario enagenar un derecho mobiliario del menor ¿qué formalidades deberían seguirse? En el silencio de la ley, debe procederse por vía de analogía; ahora bien, de los dos artículos que tratan de la enagenación, sólo el art. 457 es el que puede invocarse. En efecto, el art. 452, lo repetimos, no concede ningún derecho al tutor; no dice que éste pueda enagenar los mue-

bles ni tampoco dice que el consejo de familia pueda autorizar la venta; la ley es la que lo ordena, y el art. 452, tiene únicamente por objeto reglamentar las formas en virtud de las cuales debe hacerse la venta. Ahora bien, nosotros preguntamos, nó dentro de qué formas debe vender el tutor los derechos mobiliarios, sino si tiene el poder de venderlos ó á quién corresponde dicho poder. El art. 457, es el único que contesta á nuestra pregunta, porque es el único que se ocupa del derecho de vender. Luego debe resolverse que el tutor no puede vender los derechos mobiliarios del menor sino con autorización del consejo de familia, homologada por el tribunal.

64. Una ley de 24 de Marzo de 1806, contiene disposiciones especiales concernientes á las rentas sobre el Estado. Dicha ley permite al tutor que venda solo, sin autorización y sin formalidades, siguiendo la corriente del día, las inscripciones de renta al 5 por ciento que no excedan de cincuenta francos; cuando excedan de esta cifra, el tutor debe conseguir la autorización del consejo de familia, la venta tiene lugar sin más formalidad que el certificado comprobante del curso de las inscripciones en el día de la venta. Y no hay renta al 5 por ciento. ¿Debe inferirse de esto, como lo hace Demolombe, que treinta francos de renta al 3 por ciento y cuarenta y cinco francos de renta al 4 y medio por ciento, ó cuarenta de renta al 4 por ciento equivalgan á los cincuenta francos de que habla la ley de 1806?

Esto es inadmisibile. La ley no habla más que de la renta y no del capital; luego el tutor puede disponer de cincuenta francos de renta, sea cual fuere el tipo de la renta y sea cual fuere el valor del capital, que todos los días varía según las fluctuaciones de la bolsa (1).

Un decreto de 25 de Septiembre de 1813 aplica las dis-

1 Demolombe, t. 7º, núm. 592. En sentido contrario, Valette, *Explicación del libro I*, p. 276.

posiciones de la ley de 14 de Marzo de 1806 á las acciones ó dividendos del Banco de Francia, siempre que los menores no tengan más que una acción ó un derecho en varias acciones, que no exceda de una acción entera.

El objeto de la ley de 1806 y del decreto de 1813 fué evitar los gastos que ocasionarían las formalidades prescritas por el art. 452, si se aplicasen á la venta de rentas sobre el Estado; tales formalidades no tienen, por otra parte, razón de ser cuando se trata de valores cuyo precio está fijado por el movimiento de la bolsa; los avisos ó las subastas son inútiles en este caso. Por la exposición de motivos se ve, así como por el discurso del orador del Tribunado, que los autores de la ley de 1806 consideraban el art. 452 como aplicable á los derechos mobiliarios, tanto como á los muebles corporales; así, pues, dichos autores han querido derogar una ley general respecto de ciertos valores. Cierto es que esta interpretación del art. 452 es errónea, porque se halla en oposición con el texto mismo del código. Desde luego el art. 452 no se ocupa de la cuestión de saber si el tutor tiene ó no tiene derecho para vender los muebles del pupilo sino que respecto á ello le impone una obligación; pero ésta no estriba sino sobre los muebles corporales, muebles que no conviene que se conserven en *especie*, como lo expresa el texto. Una interpretación, ó por mejor decir, una opinión que está en oposición con la letra clara y evidente de la ley ¿puede invocarse para fijar el sentido de la ley? Ciertamente que nó. Esto, sin embargo, es lo que hacen la doctrina y la jurisprudencia francesas.

65. Esto no quiere decir que la doctrina y la jurisprudencia hayan alcanzado una resolución; siempre reina en ellas una grande incertidumbre. Desde luego hacemos á un lado la opinión que permite al tutor vender sin formalidad ninguna los derechos mobiliarios del menor: dicha opinión procede de un principio que hemos rechazado y

y que no ha encontrado favor, y es que el tutor puede ejecutar actos de enajenación (1). Generalmente se acepta que el tutor no tiene más que el poder de administrar y que este poder no comprende el de enajenar. Pero se sostiene que el artículo 452, es aplicable á los derechos mobiliarios del menor, en el sentido de que el tutor puede disponer de ellos según las formalidades que el código prescribe. Se invoca la interpretación que el legislador ha dado al artículo 452 al expedir la ley de 1806 (2).

Si se tratara de una interpretación legislativa, habría que aceptarla, aunque errónea; pero una exposición de motivos y un discurso no constituyen una ley. Así, pues, en el texto y en el espíritu del código civil es donde debe buscarse la razón de decidir. Ahora bien, ¿qué es lo que dice el artículo 452? Que el tutor debe vender los muebles corporales. Y ¿acaso la *obligación* de vender los muebles *corporales* implica que el tutor tenga el derecho de vender los muebles *incorporeos*? ¡Singular lógica es esta!

En la opinión que estamos combatiendo, la ley de 1806 y el decreto de 1813 son excepciones; con este carácter, se debería restringirlas á las rentas sobre el Estado y á las acciones del Banco de Francia. No obstante, se extienden estas disposiciones á todos los valores cotizados en la Bolsa, porque la razón es la misma. Esta es una nueva derogación de los principios: las excepciones no se extienden sino por vía de analogía, sobre todo cuando la regla que derogan se refiere á los incapaces, es decir, cuando concierne al orden público. Quedan los demás derechos mobiliarios; se aplica aún el art 452. Esto es desconocer igualmente los principios que rigen la interpretación de las leyes, porque el artículo 452 no habla más que de una obligación; luego se transforma en derecho una obligación.

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 459, nota 67.

2 Douai, 28 de Junio de 1843 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 454).

¿Puede el tutor vender los derechos mobiliarios del menor sin autorización del consejo de familia? Acerca de este punto los autores no están de acuerdo. La mayor parte exigen la autorización del consejo. ¿Con qué derecho? El consejo no puede intervenir sino en los casos previstos por la ley. ¿En dónde está la ley que exija la autorización del consejo de familia cuando se trata de la venta de derechos mobiliarios? Ciertamente que no es el art. 452, porque no habla de la autorización del consejo. Tampoco es el art. 457, porque éste exige más que la autorización, quiere además la homologación del tribunal. Conformarse con una simple autorización del consejo cuando se trata de un acto de enagenación, equivale á hacer la ley. Otros autores aplican por vía de analogía la ley de 1806. Acabamos de decir que esta ley es excepcional, y todos lo reconocen. ¿Acaso pueden extenderse las leyes excepcionales? Nuestra conclusión es la de la corte de Gante: y es que para ejecutar actos de enagenación, el tutor tiene necesidad regularmente de una autorización del consejo de familia, homologada por el tribunal.

La jurisprudencia así como la doctrina vacilan acerca de este punto. Vamos á citar algunas decisiones, cercanas las unas á nuestra opinión, y las otras bien distantes. Una sentencia de la corte de Nîmes había resuelto que el tutor podía ceder los créditos del menor exigibles ó nó; la sentencia fué casada, por motivo de «que tal cesión excede los poderes del tutor, los cuales consisten en la administración de los bienes pupilares y en los actos relativos á dicha administración» (1). La corte de París, al contrario, asienta como principio, que el tutor puede enagenar los objetos mobiliarios pertenecientes á su pupilo, sin autorización del consejo de familia ó de justicia; la sentencia no da ningún motivo,

1 Sentencia de casación de 12 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 1 18):

diríase que se trata de un axioma (1). Se ha fallado por la corte de Bruselas, siempre sin motivo alguno, que el tutor puede enagenar las porciones ó dividendos que poseyese en una compañía de explotación de ulla (2).

Núm. 7. De las acciones judiciales.

66. El art. 464 establece que ningún tutor puede introducir en justicia una acción relativa á los derechos inmobiliarios del menor, ni dar su aquiescencia á una demanda relativa á los mismos derechos, sin la autorización del consejo de familia. Infiérese de ahí que puede formular demandas mobiliarias sin tal autorización. Esta es una consecuencia que se saca del silencio de la ley, y ya se sabe que tales argumentos no tienen mucha fuerza. En el caso de que se trata, el argumento á *contrario* está en armonía con el silencio general del código civil. Ya hemos hecho la observación: el código da á los administradores el derecho de intentar las acciones mobiliarias. Es, pues, un acto de administración, y con este título es de la competencia del tutor. Hay una excepción respecto á la acción de partición de una sucesión mobiliaria; el art. 465 dispone, en términos generales, que la autorización del consejo de familia es necesaria al tutor para provocar una partición, sin distinguir entre las sucesiones mobiliarias y las inmobiliarias; más adelante daremos la razón.

La ley no exige que el tutor esté autorizado para contestar á una acción inmobiliaria (art. 464), y expresamente dice que puede sin autorización contestar á una demanda de partición dirigida contra el menor (art. 465). Respecto á la partición, existe una razón perentoria. Nadie puede ser forzado á permanecer en la indivisión; luego desde el mo-

1 París, 24 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 5, 513).

2 Bruselas, 16 de Abril de 1853 (*Pasicrisia*, 1854 2, 90).

mento en que se pide la partición debe verificarse, por lo tanto es inútil exigir una autorización. Análoga razón se da para las acciones inmobiliarias: la denegación del consejo, dice Duranton, no podría impedir que tercera persona reclamase cosa que le es propia; puesto que no puede impedir el ejercicio del derecho ¿para qué entónces exigir su consentimiento? (1). La razón es mala; sin duda que no puede impedirse al propietario que reivindique lo que le pertenece, pero cuando se promueve, nace la cuestión de saber si conviene contestar la demanda ó consentir; puede suceder que el tutor no deba contestar la demanda, á fin de evitar gastos inútiles; así, pues, el menor estaría interesado en que no prosiguiese el litigio. En una palabra, habrá igual motivo para exigir la intervención del consejo en la defensa como en el ataque. Como el código no dice de una manera formal que el tutor puede contestar á una acción inmobiliaria, se ha llevado la cuestión ante los tribunales, y siempre se ha resuelto de conformidad con la doctrina unánime de los autores.

67. ¿Puede el tutor consentir en una demanda mobiliaria formulada contra el menor? Como el art. 464 veda al tutor intentar una acción inmobiliaria, le prohíbe también que consienta en una acción semejante, debe inferirse que el derecho de consentir y el derecho de iniciar la acción están regidos por el mismo principio. Teniendo el tutor el derecho de intentar una acción mobiliaria, hay que reconocerle también el derecho de consentir en la acción concerniente á los mismos derechos. Cierto es que tal doctrina reposa en un argumento sacado del silencio de la ley; pero supuesto que se acepta el argumento *á contrario* cuando se trata del derecho de formular la demanda, no es posible rechazarlo cuando se trata del consentimiento, porque es una sola y misma disposición la que trata del consenti-

1 Duranton, "Curso de derecho francés," t. 3°, p. 360, núm. 373.

miento y de la acción (1). Esto no quiere decir que nosotros queramos aprobar esta asimilación: el consentimiento es un acto más peligroso para el pupilo que la prosecución del derecho en justicia. Cuando el tutor consiente, renuncia á sostener las pretensiones que puede abrigar el menor; cuando el tutor promueve judicialmente, el menor tiene en su favor la garantía de la instancia judicial y de la intervención del ministerio público. Decimos más, toda la teoría del código en materia de acciones judiciales no tiene más fundamento que la preocupación que dominaba en el antiguo derecho acerca del valor de los muebles; los pleitos son siempre asunto grave, sea que se trate de derechos mobiliarios ó de inmobiliarios; aun bajo el punto de vista pecuniario, las acciones mobiliarias tienen á menudo mayor importancia que las acciones inmobiliarias. Luego habría sido más razonable exigir la intervención del consejo desde el momento en que el menor se haya implicado en un litigio y sea cual fuere el partido que quiera seguir el tutor.

La distinción implícita que la ley hace para el consentimiento puede comprometer los intereses del menor. Como esa distinción no está formulada de una manera expresa en nuestros textos, los tribunales la han rechazado algunas veces. Existen sentencias que asemejan el consentimiento con la transacción, y que, en consecuencia, rehusan al tutor el derecho de consentir, por más que se trate de derechos mobiliarios. La corte de Tolosa llega hasta decir que el consentimiento es una verdadera transacción (2).

Basta abrir el código para convencerse de que esto no está allí. Aun tratándose de derechos inmobiliarios del menor, la ley permite que el tutor consienta con la autoriza-

1 Pau, 20 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1853, 2, 87).

2 Tolosa, 29 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1854, 2, 68). Compárese Pau, 9 de Mayo de 1834 (Daloz, en la palabra *consentimiento*, número 143.

ción del consejo de familia, mientras que para transigir, aun cuando sea sobre derechos inmobiliarios, se necesita, además, de la autorización del consejo de familia, el dictámen de tres jurisconsultos y la homologación del tribunal (art. 467). Lo que prueba que es grande la diferencia entre el consentimiento y la transacción. El que transige sacrifica una parte de los derechos del pupilo; mientras que el consentimiento implica que el menor jamás ha tenido ese derecho. Sin duda que el tutor puede consentir infundadamente, así como transigir de la misma manera. De todos modos es cierto que existe una diferencia entre esos dos actos, diferencia que explica las disposiciones diversas del código. Existe una sentencia en tal sentido de la corte de Pau que ha vuelto á su primitiva resolución (1).

68. ¿Puede el tutor desistirse de una demanda que haya instaurado en materia mobiliaria? También acerca de este punto reina alguna incertidumbre en la doctrina. Existe alguna diferencia entre desistirse de una demanda y consentir. El consentimiento se dirige siempre á la acción, es decir, al fondo del derecho; mientras que el desistimiento puede tener diversos objetos; uno puede desistirse sencillamente del procedimiento sin renunciar á los derechos reclamados judicialmente. En tal sentido, el tutor puede desistirse de una acción mobiliaria que haya intentado. Tal desistimiento en nada daña al menor, supuesto que sus derechos permanecen íntegros y puede siempre reclamarlos, tanto como el tutor en nombre de aquél (2). Iniciado sin la autorización del consejo de familia, el procedimiento puede también suspenderse sin dicha autorización (3). Si el

1 Pau, 20 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 87). Compárese Dalloz, en la palabra *consentimiento*. núm. 143).

2 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 15).

3 Aubry y Rau, t. 1º, p. 467, nota 22, y los autores que allí se citan.

desistimiento estriba en los derechos del menor, en este caso el tutor no tiene calidad para hacerlo. En efecto, la acción que él ha intentado prueba que el menor tiene un derecho, aun cuando fuese contencioso, poco importa; el tutor no puede renunciarlo, luego no puede desistirse; y no lo podría ni aun con autorización del consejo de familia, porque la ley no da ese poder al consejo; todo lo que permite, es la transacción y todavía rodeándola de garantías especiales que impidan al tutor que sacrifique los derechos de su pupilo. Se ve que hay una diferencia entre el consentimiento y el desistimiento. El consentimiento supone que el menor no tiene ningún derecho, y el desistimiento es la renuncia á los derechos del pupilo.

¿Puede el tutor desistirse de una apelación por él interpuesta? Hay que distinguir si el menor figura en la instancia como demandante ó como demandado. Si es como demandante, el tutor no puede desistirse de la apelación. El menor, en este caso, tiene derechos; estos derechos han sido objeto de un juicio; si el tutor se desiste de la apelación, implícitamente renuncia los derechos que él reclama; y no puede hacerlo, según acabamos de decir, ni aun con autorización del consejo de familia. Si la acción se ha intentado contra el menor, el desistimiento de la apelación equivale á un consentimiento. Luego hay que distinguir: si la acción es mobiliaria, el tutor podrá desistirse, y no podrá si la acción es inmobiliaria (1).

§ III.—DE LOS ACTOS PARA LOS CUALES EL TUTOR NECESITA DE LA AUTORIZACION DEL CONSEJO DE FAMILIA.

Núm. 1. Del arrendamiento de los bienes del menor.

69. El art. 450 dice que el tutor no puede tomar en

1 Aubry y Rau, t. 1^o, p. 467, nota 25, y los autorès que allí se citan. Sentencia de Pau, de 20 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1853, 2, 87).

arrendamiento los bienes del menor, á menos que el consejo de familia haya autorizado al subrogado tutor á celebrar con él arrendamiento. La expresión «en arrendamiento» ne debe tomarse al pie de la letra. La ley se sirve á veces de tal expresión en un sentido general para indicar todo género de arrendamiento (arts. 593, 602, 1429). Cierto es que la misma razón hay para prohibir al tutor que alquile los bienes del menor, sean casas ó fundos de tierra. Aunque el arrendamiento no sea más que un acto de administración, los intereses del tutor están en colisión con sus deberes; esto es suficiente para justificar la prohibición establecida por la ley. Pero ella permite que se derogue. Si el tutor es un hombre honrado y un buen padre de familia, el menor no podrá tener mejor inquilino ni mejor colono. Entiéndase bien que en todos los casos en que los intereses del tutor estén en oposición con los de su pupilo, el subrogado tutor intervendrá: él es el que consiente el arrendamiento. Es de regla que no se puede hacer indirectamente lo que está prohibido hacer directamente. Por aplicación de este principio, se ha fallado que si después de haber alquilado á tercera persona inmuebles pertenecientes al menor, el tutor se hace retroceder una parte mediante una disminución en el juicio del inquilinato, no solamente es nula la acción, sino también el arrendamiento principal, si la convención tuvo por objeto defraudar la ley (1). Duranton dice que deberían considerarse legalmente interpuestos los descendientes, los ascendientes y el cónyuge del tutor (2) ¿Puede tratarse de una presunción *legal* sin ley? La cuestión implica una herejía. Si nosotros la señalamos, es para poner en guardia á nuestros jóvenes lectores contra las presunciones que los autores gustan de imaginarse

1 Bourges, 29 de Diciembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 571).

2 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. 3º, p. 575, núm. 588.

Núm. 2. Aceptación ó repudiación de una sucesión.

70. El art. 461 dice: «El tutor no podrá aceptar ni repudiar una sucesión que haya tocado en suerte al menor, sin una previa autorización del consejo de familia. La aceptación no tendrá lugar sino bajo beneficio de inventario.» Como la sucesión que toca al menor debe aceptarse bajo beneficio de inventario, no se comprende, á primera vista, por qué la ley hace intervenir al consejo de familia para que autorice la aceptación ó la renuncia. ¿Qué es lo que el menor arriesga, supuesto que jamás está obligado en calidad de heredero beneficiario, sino hasta la concurrencia de su emolumento? Puede estar interesado en renunciar más que en aceptar, si es que ha recibido una liberalidad del difunto sin manda especial. En efecto, debe mencionarla si acepta; si renuncia, la guarda; ahora bien, la liberalidad puede ser superior á la parte que él toma en la herencia. Supongamos que sea de 50,000 francos, siendo la herencia de 200,000, y que hay cinco hijos llamados á la sucesión; si el hijo donatario acepta, tendrá 40,000 francos; si renuncia, guardará para sí 50,000, ganando entonces 10,000. Aun cuando el pupilo no fuese donatario, el tutor puede tener interés en renunciar si la sucesión es evidentemente mala. ¿Para qué entónces aceptar? Esto equivaldría á inmiscuir al tutor en las dificultades de una liquidación que el menor no puede aprovechar. Vale más renunciar.

Más difícil es justificar el sistema del código en lo que concierne á la renuncia. El heredero está apoderado de pleno derecho de la propiedad de la herencia, luego cuando renuncia, enajena. Ahora bien, la enagenación, por lo menos cuando se trata de derechos inmobiliarios del menor, no puede ser autorizada por el consejo de familia, sino que se necesita la homologación del tribunal. Dicese en vano que hay una diferencia entre enagenar un inmueble y re-

nunciar á una sucesión inmobiliaria; que la enagenación estriba en un derecho claro, mientras que la sucesión á la que se renuncia no es más que un derecho normal, cuando le pasivo excede al activo. Nosotros contestaremos que de hecho esto puede ser, pero también no puede ser; puede engañarse el consejo acerca de la consistencia y el valor de los bienes y sobre el monto de las deudas. Por otra parte, la consideración de hecho es extraña al derecho. En derecho, la renuncia es siempre una enagenación, luego debería estar regida por los principios que norman la enagenación (1). Esto es tan evidente que se ha sostenido que la deliberación del consejo que otorga al tutor facultad para que renuncie, debería ser homologada (2).

La jurisprudencia ha rechazado esta doctrina: fundada en teoría, es contraria al texto. Como lo expresa la corte de Tolosa, no corresponde á los intérpretes crear condiciones y nulidades; luego no pueden exigir la homologación, siendo así que el código se conforma con la autorización del consejo.

¿La autorización del consejo de familia podría reemplazarse por la del tribunal? Ciertamente que nó. La corte de Grenoble dice muy bien que las jurisdicciones son de orden público, y que por lo tanto no pueden ser derogadas. En materia de tutela, los tribunales no intervienen sino en los casos en que la ley juzga necesaria su intervención. El legislador encarga al consejo de familia que revise la tutela, y no da esta misión al juez, y con justa razón. La familia conoce mejor los hechos y aprecia mejor el interés del menor que el tribunal. Únicamente cuando hay reclamación contra la deliberación del consejo es cuando el juez

1 Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 380, núm. 3. Demolombe, t. 7º, p. 476, núm. 696.

2 Delvincourt, t. 1º, p. 450, nota 2. En sentido contrario, dos sentencias de Tolosa, del 5 y del 11 de Junio de 1829 (Daloz, en la palabra *minoría*, 498).

interviene para juzgar la contienda. Hay casos, poco numerosos, en los cuales el juez es llamado á homologar las deliberaciones acordadas por la familia, pero siempre á la familia corresponde la iniciativa. Para la aceptación y la repudiación de las sucesiones, la ley no prescribe la homologación; el legislador ha pensado sin duda que los miembros de la familia serian más competentes que los magistrados para apreciar el activo y el pasivo de la herencia (1).

71. La aceptación á beneficio de inventario es un acto solemne; se necesita una declaración ante el actuario y un inventario. Cuando la sucesión ha tocado en suerte á un menor, hay una solemnidad más, la autorización del consejo de familia. Infiérese de aquí que no puede tratarse de una aceptación tácita. El caso se ha presentado ante la corte de Bruselas. La madre tutora pide al consejo la autorización para vender un inmueble en el cual tiene una parte el menor; es concedida la autorización. ¿Implica ella la autorización de aceptar la herencia? No, porque no se había consultado al consejo acerca de esta cuestión, y siendo la autorización un acto solemne, no puede tratarse de un consentimiento tácito. En cuanto á los actos del tutor, jamás pueden invocarse como actos de herederos que acarreen aceptación, supuesto que el tutor no puede aceptar la herencia pura y sencillamente. Luego sin deliberación formal que autorice al tutor á aceptar, no hay aceptación (2).

Todo acto de inmixción del tutor sería radicalmente nulo; sería un acto inexistente, supuesto que es de principio que en los actos solemnes, la solemnidad es un requisito para que existan (3). Siguese de aquí que á pesar de la inmix-

1 Grenoble, 6 de Diciembre de 1842 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 839).

2 Bruselas, 13 de Abril de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 85). Rennes, 30 de Noviembre de 1813 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm 495).

3 Véase el tomo 1º, de mis *principios*, núm. 71, y el tomo 2º, número 273.

ción, el tutor ó el menor que ha llegado á la mayor edad pueden renunciar á la sucesión, el tutor ya se entiende que con deliberación del consejo (1).

72. Cuando el tutor ha aceptado ó repudiado una herencia en las formas prescritas por la ley, la aceptación y la renuncia son, en general, irrevocables. Puede haber un recurso contra la deliberación, según los principios que acabamos de expresar; pero si no hay recurso, el menor no puede atacar, por causa de lesión, el acto verificado por el tutor. Esta es la aplicación del derecho común, en lo que concierne á los actos que el tutor ejecuta dentro de sus atribuciones (2). En el título de las *Obligaciones* expon-dremos el principio. La ley permite, no obstante arrepentirse de la renuncia que el tutor haya hecho con autorización del consejo, en el caso en que la sucesión no ha sido aceptada por otra persona. El art. 461 es igualmente la aplicación de un principio general en el cual insistiremos en el título de las *Sucesiones* (art. 190).

73. ¿Tiene el tutor necesidad de la autorización del consejo de familia para aceptar los legados hechos al menor? Distinguese entre los legados universales ó á título universal, y los legados á título particular; se exige la autorización para los primeros, y no se la exige para los últimos, á menos que hayan sido hechos con algún cargo inherente. Esta disposición se funda en el interés del menor: si es legatario universal ó á título universal, debe contribuir al pago de las deudas, por lo menos hasta la concurrencia de su emolumento, mientras que el legatario particular no está obligado á eso (3). Nos parece que la cuestión está mal planteada. Si se tratase de una cuestión de interés, podría ponerse en

1 En sentido contrario, Bruselas, 5 de Noviembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1857. 2, 16).

2 Bruselas, 5 de Julio de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 366).

3 Duranton, t. 3º, p. 369, núms. 581 y 582, Aubry y Rau, t. 1º, página 447. Demolombe, t. 7º, p. 486, núm. 703, y p. 489, núm. 708.

tela de juicio la necesidad de la autorización, aun cuando el legado fuese universal; porque el legatario no está obligado al rendimiento, y este es el único interés que el menor tiene en que el consejo intervenga. A nuestro juicio, esta no es una cuestión de interés, sino una cuestión de texto. Para que el consejo tenga que intervenir, se necesita una ley, y no basta que el menor esté interesado. Pues bien, no tenemos más texto que el art. 461: éste habla de una sucesión que toca al menor. La palabra *sucesión* se aplica á las sucesiones testamentarias tanto como á las sucesiones *ab intestato*; por lo tanto hay que entenderla de todo género de sucesión testamentaria, aun del legado á título particular.

Núm. 5. Partición.

74. Por los terminos del art. 465, el tutor necesita la autorización del consejo de familia para provocar una partición. Ya hemos dicho que el tutor puede sin autorización contestar una demanda de partición dirigida contra el menor. Se da como razón que la partición es un acto de enagenación; esto es verdad en teoría, pero el código no considera la partición como un acto translativo de propiedad, y no es más que declarativo de los derechos de los co-participes (1). La verdadera razón por la cual la ley exige la intervención del consejo de familia es que á veces ciertos motivos de conveniencia ó de interés exigen que se mantenga la indivisión á pesar de los inconvenientes que origina; pero el interés del menor puede tambien exigir que se proceda á la partición. El legislador no ha querido dejar al tutor como único árbitro para apreciar estos diversos intereses (2).

1 Duranton, t. 3º, p. 572, núm. 585. Demolombe, t. 7º, p. 498, número 720.

2 Mourlon, *Répetitions*, t. 1º, p. 565.

La ley habla de la partición en términos generales, y los motivos se aplican también á todo género de partición que pone fin á la indivisión, partición de sucesión, de comunidad, de compañía. Resulta, además, de la generalidad de la ley, que el tutor necesita una autorización para las particiones mobiliarias tanto como para las inmobiliarias; la ley no distingue, y no hay motivo para distinguir. La jurisprudencia y la doctrina están unánimes en este punto, que no puede originar duda alguna (1). Síguese de aquí que aun admitiendo que el tutor pueda enagenar los derechos inmobiliarios del pupilo, no puede ceder los derechos de éste en una sucesión mobiliaria, ni en una comunidad ó una sociedad mobiliaria (2). Esto es una anomalía en la opinión que hemos combatido, mientras que en el sistema que hemos enseñado, las diversas disposiciones de la ley se armonizan. Si el tutor puede enagenar todos los derechos mobiliarios del pupilo, casi no se concibe por qué la ley le prohíbe dividirlos; mientras que si se admite que el tutor no tiene más que un poder de administración, es muy lógico que no puede hacer partición, porque ésta no es un simple acto de administración.

75. El código no exige que la autorización del consejo de familia sea homologada. Luego no hay lugar á homologación. Poco importa que deba procederse á la licitación de los inmuebles, porque la licitación está regida por los principios que rigen la partición. Hay una sentencia en sentido contrario (3). La corte se funda en el interés del incapaz que, en el caso al debate, exigía que la indivisión continuase. Pero no es esta la cuestión. Se trata de saber quién está encargado de velar por los intereses del menor

1 Dalloz, en la palabra *minoría* núm. 518. Hay que agregar Duranton, t. 3º, núm. 585, y Demolombe, t. 7º, núm. 720.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 461, y nota 73.

3 Angers, 19 de Junio de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 163).

en materia de partición. ¿Es el tribunal? El silencio de la ley responde á nuestra pregunta; del tribunal no puede intervenir sino en los casos expresamente previstos por la ley, como acabamos de decirlo. Luego jamás hay motivo para homologar una partición. Unicamente los miembros del consejo que hayan sido de opinión de mantener la indivisión pueden atacar la deliberación, y el tribunal que conoce de la reclamación, puede reformar lo que el consejo haya decidido; pero este recurso no es una homologación. Esto es elemental.

76. Si el tutor procede á la partición sin estar autorizado, aquél contra el cual se provoca la partición puede oponer la prueba de autorización, porque el tutor no autorizado no tiene ninguna calidad. Según el código Napoleón, la partición se hace judicialmente cuando están interesados menores. En este caso se aplica el derecho común en lo que concierne á la autorización. El demandado puede además, oponer la falta de autorización en apelación, porque ésta es una excepción de orden público, en el sentido de que resulta de ella una nulidad en favor del menor, y el demandado está interesado en prevenir una partición nula (1).

Pero también es suficiente que la autorización se dé en la apelación para dar validez á la partición (2). Desde el momento en que hay autorización, el interés del menor queda amparado, y este interés es decisivo en materia de tutela.

77. El art. 466, dice: «La partición se hará judicialmente para conseguir respecto al menor todo el efecto que aquella tendría entre mayores.» Esta es una derogación del antiguo derecho y la derogación explica la redacción de la ley. Conforme á la antigua jurisprudencia, la partición con

1 Bruselas, 23 de Febrero de 1826 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 516.

2 Bruselas, 4 de Julio de 1811 (Daloz, *ibid*).

un menor, cualquiera que sea la forma en que tuviese lugar, aun hecha judicialmente, no era más que provisional; el menor llegado á la mayor edad, dentro de diez años, podía pedir otra partición (1). De esto resultaba que la indivisión jamás podía cesar cuando se trataba de un menor. Esto era sacrificar el interés público al del menor. Todo lo que puede pedirse en interés de éste, es que se sigan formas que lo garanticen contra cualquier lesión. Los autores del código han creído que debían someter la partición á las formalidades de la partición judicial. Esto equivalía á vulnerar al menor á fuerza de protegerlo, á causa de los gastos considerables que ocasiona la partición hecha judicialmente. La ley de 12 de Junio de 1816, ha puesto remedio al mal, prescribiendo formas muy sencillas para la partición cuando en ella toman parte menores; la partición se hace por ministerio de un notario, ante el juez de paz del cantón en donde se ha abierto la sucesión, en presencia del tutor y del subrogado tutor (art. 9). En Francia también, una ley especial del 2 de Junio de 1841 ha simplificado las formas de la partición. Volveremos á tratar esta materia en el título de las *Sucesiones*.

78. Después de haber reglamentado las formas de la partición, el art. 466 agrega: «Cualquiera otra partición sólo se considerará como provisional.» Se entiende por partición provisional la que no se basa sino en el usufructo, quedando indivisa la propiedad. El lugar de esta materia se halla en el título de las *Sucesiones*. Unicamente un punto tenemos que examinar aquí, y es si el tutor tiene capacidad para verificar una partición provisional. Ciertamente es que el código dice que si el tutor, autorizado por el consejo de familia, verifica una partición sin observar las formas prescritas por la ley, la partición será provisional; pero no dice si el tutor puede, sin tomar parecer al consejo proceder

1 Lebrun, *De las sucesiones* libro IV, cap. I.

á una partición provisional. Los autores le reconocen este derecho (1). Esto nos parece muy dudoso. El menor puede estar interesado en que haya una partición definitiva más bien que una partición de usufructo. ¿Quién decidirá? ¿El tutor sólo? Nos parece que se necesitaría un texto para otorgarle semejante derecho. Ahora bien, los textos que se invocan hablan en contra del tutor. El consejo de familia es el llamado á deliberar sobre la demanda de participación formulada por el tutor; luego él será el que decida si habrá partición ó si se permanecerá en la indivisión. Lógicamente es él también el que debe decidir si, durante dicha indivisión, el usufructo será común ó dividido. El art. 840, que se cita, no dice que el tutor tiene el derecho de verificar una partición provisional; dicho artículo supone que los co-participes han querido hacer una partición de propiedad, pero que no habiéndose observado las formas prescritas por interés del menor, la ley transforma esa partición irregular en partición provisional. Esto no quiere decir que el tutor tenga el derecho de hacer una partición de usufructo; en efecto, el art. 840 supone que el tutor está autorizado por el consejo de familia para proceder á una partición definitiva. Se cita, además, el art. 818, que permite que el marido pida una partición provisional, si tiene derecho á disfrutar de los bienes. Luego, si no tiene tal derecho, aun cuando tuviese la administración, no puede provocar una partición provisional. Este texto decide la cuestión contra el tutor, que nunca tiene derecho á disfrutar de los bienes. En vano se dirá que el menor tiene el derecho á disfrutar de los bienes; contestaremos que el menor también es propietario, y que se trata de resolver lo que le es más ventajoso, si una partición de propiedad, ó una de usufructo, ó un usufructo indiviso. El consejo de familia es el que debe

1. Aubry y Rau, t. 1º, p. 462, Demolombe, t. 7º, p. 509, números 723, 724.

autorizar la partición de la propiedad, luego el también es el que tiene que decidir las demás cuestiones que se relacionan con la partición,

Núm. 4. Aceptación de una donación.

79. «El tutor no podrá aceptar la donación hecha al menor, sino con la autorización del consejo de familia. La donación tendrá, respecto al menor, el mismo efecto que respecto al mayor» (art. 463). ¿Por qué exige la ley una autorización, siendo que se trata de un acto que no puede menos que ser provechoso al menor, supuesto que aumenta su capital á título gratuito? La razón está en que el consejo de familia debe examinar los motivos que existen para que al pupilo se le haga la donación. Así, pues, por un interés moral, que es el más poderoso de todos los intereses, es por lo que la ley prescribe la autorización. Se agrega que el menor tiene también un interés pecuniario, supuesto que, como donatario, deberá alimentos al donante. En teoría, sí; ¿pero acaso de hecho se ven acciones de alimentos dirigidas contra los donatarios? Los que se hallan en el caso de tener necesidad de alimentos no hacen ninguna liberalidad. Por último, se dice que la donación puede llevar inherente algún cargo (1). Si tal hubiese sido el motivo determinante, el legislador lo habría expresado, y, por otra parte ¿no es suficiente la intención del legislador? El tutor que tiene sus cinco sentidos expeditos no irá á aceptar una donación cuando las responsabilidades sobrepasen los beneficios.

80. El art. 935 completa el 463, y con cierto sentido lo deroga. «No obstante, dice la ley, el padre y la madre del menor, ó los demás ascendientes, aun viviendo los padres, y no siendo tutores del menor, podrían aceptar á nombre de éste.» Esta es una disposición tomada de la ordenanza de 1735. Supuesto que por un interés moral la ley exige

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 7º, p. 486, núm. 701

la intervención del consejo de familia, debía referirse, ante todo, á los padres y á los ascendientes, sin exigir de ellos el concurso de la familia. Unicamente puede llamar la atención una cosa, y es que los ascendientes tengan el derecho de aceptar, cuando los padres guardan silencio. El legislador ha querido favorecer las liberalidades facilitando la aceptación: algunas disensiones de familia podrían ser obstáculo para que el padre aceptase, y el abuelo podrá hacerlo. ¿Si el ascendiente es tutor, puede prevalerse del artículo 935? La afirmativa no permite duda alguna: el ascendiente tiene su derecho acerca de los vínculos de la sangre que lo ligan con el menor, y ¿cómo había de perder semejante derecho al volverse tutor? (1).

Se pregunta si la aceptación de los ascendientes tiene el mismo efecto que la del tutor. Parece que los textos establecen una diferencia. Por los términos del art. 463, la donación aceptada por el tutor con la autorización del consejo de familia, tendrá, respecto al menor, el mismo efecto que respecto al mayor. Lo que equivale á decir que es invocable. El art. 935 nada dice del efecto que produzca la aceptación de los ascendientes. Conclúyese de aquí que esa aceptación no es definitiva, que los tribunales tienen el derecho de declararle como no acaecida (2). Tal interpretación nos parece contraria al texto y al espíritu de la ley. En el título de las *donaciones*, la ley establece el principio de que la donación no obliga al donador y no produce efecto sino desde el día en que es aceptada expresamente (art. 932); en seguida determina quién es el que puede hacer la aceptación. Conforme á esto, ella agrega que la donación *debidamente aceptada* es perfecta por el solo consentimiento de las partes (art. 938). Luego es per-

1 La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo (Demolombe t. 7º, p. 488, núm. 705. Sentencia de denegada apelación, de 25 de Junio de 1812, en Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 502.

2 Valette, *Explicación del libro I del código Napoleón*, p. 263.

fecta la donación aceptada por el ascendiente, y por lo tanto, irrevocable. Lejos de ser menos eficaz que la aceptación del tutor, lo es más. A ésta pueden anularla los tribunales, si hay un recurso contra la deliberación del consejo de familia que la autorizada; mientras la ley no permite que se ataque la aceptación del ascendiente, á menos que sea nula por vicio de consentimiento. Esto está también fundado en la razón. ¿Por qué la ley da á los ascendientes el derecho para que acepten las donaciones otorgadas al menor? Porque ellos merecen más confianza que el consejo de familia, cuando se trata de los intereses morales de sus descendientes, porque este interés es el de ellos. Luego su aceptación no puede someterse al de los tribunales.

Núm. 3. Acciones inmobiliarias.

81. El tutor no puede iniciar judicialmente una demanda relativa á los derechos de inmobiliarios del menor, sin autorización del consejo (art. 464). Lo que implica que puede intentar una acción mobiliaria. ¿Cuál es la razón de la diferencia? Motivo jurídico no lo hay. Dícese que los derechos inmobiliarios son muy importantes; qué importa que no se hallen sometidos á las fluctuaciones de un litigio sino cuando el tutor haya reunido los medios de prueba de que dispone (1). Nosotros preguntamos si los derechos mobiliarios de un valor de mil francos son menos importantes que un pedazo de terreno que vale cien. Es inútil; ya hemos dicho que esta es una disposición tradicional.

El art. 464 implica también que el tutor puede contestar sin autorización inmobiliaria. Se dice que cuando el tutor se ve atacado, es muy puesto en razón que se defienda. A pesar de todo esto, puede ser más ventajoso para el me-

1 Demolombe, t. 7º, p. 492, núm. 711. Valette, *Explicación del libro I del código Napoleón*, p. 266, núm. 43.

nor que aquél no se defienda. Se agrega que la autorización es inútil, porque los derechos del menor se debaten á los ojos de la justicia y en presencia del ministerio público (1). ¿No sucede lo mismo cuando el tutor es demandante?

Resulta además del art. 464 que la autorización del consejo no debe ser homologada por el tribunal. La ley exige esta autorización cuando se trata de enagenar los inmuebles del menor. Aquí hay una razón de diferencia. Desde luego promover judicialmente no es enagenar, supuesto que el fallo, suponiendo que sea contrario al menor, no le arrebatara ningún derecho; únicamente declara que nunca lo ha tenido. Verdad es que el tutor puede comprometer los intereses del menor exponiéndolos á las alternativas de un debate judicial, pero el menor tiene una poderosa garantía en la intervención de la justicia y en el apoyo del ministerio público.

Por último, los términos del art. 464 son generales. «Ningún tutor,» dice la ley. Luego el superviviente de los padres, lo mismo que otro tutor cualquiera, necesita de la autorización del consejo de familia para iniciar una acción inmobiliaria (2). Este, por otra parte, es el sistema general del código: cuando se trata de actos para los cuales la ley exige particulares formalidades en razón de su importancia, no hace ninguna distinción entre el padre tutor y los demás tutores, y ni motivos había para hacer una distinción: el interés del menor domina otra consideración, cualquiera que ella sea.

82. ¿Qué acciones son inmobiliarias? ¿y cuáles mobiliarias? Es importante precisar los caracteres que las distin-

1 Domolombe, "Curso de código Napoleón, t. 7º, p. 495, número 711.

2 Angers, 3 de Abril de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*; número 507.

guen, supuesto que el tutor puede intentar unas, mientras que otras no las puede pretender. El asunto de esta materia se halla en el libro segundo y á él enviamos al lector. Necesitamos, sin embargo, tocar algunos puntos concernientes en particular á la tutela. El tutor no puede aceptar los legados, á nuestro juicio, sino con la autorización del consejo de familia. ¿Puede sin dicha autorización pedir la redención de las cosas legadas? Hay que distinguir. Si se trata de muebles, no hay duda alguna, supuesto que el tutor puede intentar las acciones inmobiliarias. Si se trata de inmuebles, el tutor no puede pedir la liberación, supuesto que no puede intentar acciones inmobiliarias. Tal es la opinión generalmente aceptada (1). ¿No es esto confundir la acción de liberación con la acción de reivindicación? Cuando el legado es aceptado y no se debate, la liberación no es más que una tradición; ahora bien, una acción que tiende á ser puesta en posesión de la cosa legada, vendida ó donada, no es una acción inmobiliaria, porque no tiene por objeto un derecho inmobiliario. Más adelante insistiremos en esto.

¿Necesita el tutor de la autorización del consejo de familia para embargar los bienes de los deudores de su pupilo? Nó, porque la acción, aunque tenga por objeto la venta forzosa de un inmueble, no es inmobiliaria; no tiende á poner un inmueble en el dominio del tutor, sino á recobrar un crédito, es decir una cosa mobiliaria; luego la acción es mobiliaria (2).

Hay acciones que no son mobiliarias ni inmobiliarias, las concernientes al estado del menor. ¿Puede el tutor intentarlas? Hay controversia acerca de este punto. Unos dicen que el tutor, en su calidad de representante legal del menor, puede intentar todas las acciones que á éste concier-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 448, nota 2.

2 Bruselas, 12 de Noviembre de 1806 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 524), y 5 de Enero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, p. 10).

nen, y que no necesita estar autorizado sino en los casos en que la ley lo exija expresamente (1). Otros asimilan las acciones inmobiliarias con las acciones relativas al estado, y exigen que el tutor esté autorizado por el consejo de familia (2). Nosotros creemos que el tutor no tiene calidad ninguna para intentar tales acciones, las cuales son de tal modo inherentes á la persona, que no se concibe que las formule otro individuo que el que tiene derecho de iniciarlas judicialmente. Nosotros hemos decidido la dificultad en tal sentido, al examinar la cuestión de saber si el tutor puede intentar la acción de divorcio á nombre del incapacitado (3). Los mismos principios deben recibir aplicación á las acciones concernientes al estado del menor.

83. ¿Puede el tutor interponer apelación sin autorización? Hay grande incertidumbre acerca de este punto en la doctrina y en la jurisprudencia. La opinión más general es que, siendo la apelación una continuación de la primera instancia, no hay lugar á autorización: si el tutor ha sido demandado, continúa su defensa: si ha sido actor, la autorización que ha recibido le da poder para seguir el pleito en todas sus fases, á menos que el consejo de familia le haya dado una autorización restringida (4). Esta doctrina se funda en que la apelación no es una nueva acción. Esto lo hemos combatido ya al tratar de la autorización de la mujer casada (5). ¿Por qué se da á la apelación el nombre de

1 Demolombe, t. 7^o, p. 471, núm. 694, Dalloz, en la palabra *minoría* núm. 506.

2 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1^o, p. 442.

5 Véase el tomo 3^o de mis *principios*, núm. 216.

4 Demolombe, t. 7^o, p. 493, núm. 713, y los autores que él cita; en sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1^o, p. 461, y nota 9. Dalloz, en la palabra *minoría*, núms. 527 y 528. Sentencia de Potiers, de 28 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 161), y de Argelia, de 26 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1868 1, 110).

5 Véase el tomo 3^o de mis *principios*, núm. 149.

segunda instancia? Porque realmente hay nuevo debate, habiendo sido reducido á la nada el fallo expedido en primera instancia. ¿Por lo mismo no se necesita de un nuevo examen cuando se trata de un incapaz? El tutor puede defender en primera instancia; pierde y entabla apelación, y ¿acaso no es esto una acción que él intenta contra el que ha ganado la causa? ¿no se vuelve actor? Cierto es que su posición no es ya la misma, supuesto que hay una decisión judicial en su contra, y ¿no es bueno que una autoridad imparcial intervenga y examine si el menor tiene interés en que se prosiga el litigio? Si el tutor ha sido primitivamente actor, deben verse los términos de la autorización que él ha obtenido. El consejo puede otorgar una autorización general para todas las instancias, porque no hay texto alguno ni principio que limite su poder: todo lo que puede decirse es que, en el espíritu de la ley, el consejo no debería dar al tutor sino una autorización restringida á la primera instancia. ¿Puede saber de antemano cuál será el interés del menor, si pierde el pleito? ¿Acaso el debate no puede ilustrarlo difundiendo nuevas luces en el litigio? Nuestra conclusión es que si la autorización no se ha dado expresamente para todas las instancias, el tutor necesita una nueva autorización para entablar apelación. La gran diversidad de opiniones que reina en esta cuestión prueba que por lo menos hay duda. Ahora bien, en la duda, el interés del menor es el que debe decidir, y el interés del menor es ciertamente que antes de envolverlo en los gastos de la instancia de apelación, se examinen de nuevo sus pretensiones.

84. Si el tutor intenta una acción inmobiliaria sin autorización, el demandado puede oponerle una excepción dilatoria, es decir, que puede rehusarse á proceder con él hasta que esté autorizado. Pero ésta no es más que una

excepción dilatoria, y no una nulidad, en el sentido de que el demandado no puede pedir que se anule ó que vuelva á comenzarse el procedimiento. La autorización no se exige sino por interés del menor, y sería esgrimirla contra él obligando á recomenzar un procedimiento con nuevos gastos (1). Siguese de aquí que puede darse la autorización válidamente en toda la secuela de la instancia hasta el fallo definitivo; ella borra en toda época, el vicio originario del procedimiento (2).

Si el demandado no opone la falta de autorización, el fallo que intervenga será plenamente válido á su respecto, y no puede atacarlo. Esta es la aplicación de un principio elemental: las personas capaces de contratar, dice el art. 1125, no pueden oponer la incapacidad del menor con el cual han contratado. Lo que la ley dice de los contratos se aplica á los fallos, que también se consideran como contratos. La razón para decidir es idéntica, siendo la nulidad relativa por su esencia (3). Hay, sin embargo, un caso en el cual los terceros pueden prevalerse de la falta de autorización. Este caso es cuando el demandado ha opuesto la excepción dilatoria y el tribunal no la ha tenido en cuenta para nada. El tiene derecho é interés en que el tutor proceda regularmente; porque si el pleito continúa con el tutor no autorizado, y si el demandado gana, el menor podrá pedir la nulidad del juicio. Así, pues, el tribunal debe suspender el procedimiento si el demandado lo pide, y si no lo hace, éste tiene la acción de nulidad respecto al procedimiento.

1 Bruselas, 5 de Agosto de 1837 (*Pasicrisia*, 1837 2, 207).

2 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 257). Esta es la opinión general (Dalloz, en la palabra *sección*, núm. 167, y en la palabra *minoría*, núm. 529. Hay que agregar: sentencia de Lyon, de 3 de Mayo de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 434), y de Gante, de 27 de Febrero de 1846 (*Pasicrisia*, 1846 2, 93).

3 Aubry y Rau, t. 1º, p. 465, y nota 2, y los autores y sentencias que allí se citan, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 529.

El menor puede pedir la nulidad del fallo y del procedimiento, sea por la vía de apelación, sea por recurso de casación. Esta es la aplicación del derecho común. La autorización se prescribe por interés del menor; si el tutor procede sin estar autorizado, el menor no ha gozado de la garantía que la ley ha pretendido asegurarle. Desde este momento tiene el derecho de promover la nulidad. ¿No debe irse más lejos y decir que el fallo no puede oponerse al menor supuesto que en él no ha sido parte? Más adelante volveremos á tratar la cuestión.

85. El mismo artículo que prohíbe al tutor que inicie judicialmente una acción inmobiliaria, le prohíbe también que consienta en una demanda relativa á los derechos inmobiliarios del menor, sin la autorización del consejo de familia (art. 464). Más antes hemos dicho (núm. 67), la razón por la cual el código pone en la misma línea el consentimiento y la demanda, y por qué establece una diferencia entre el consentimiento y la transacción. Del principio establecido por el art. 464, se desprende que si el tutor ha consentido en una acción inmobiliaria sin autorización, el fallo que interviene no encadena al menor, y que puede pedir su nulidad, así como puede hacerlo cuando el tutor ha intentado una acción inmobiliaria, sin estar autorizado para ello.

86. El código no habla del desistimiento. Hay que aplicar á los derechos inmobiliarios la distinción que hemos hecho para los derechos mobiliarios, si el desistimiento se refiere únicamente al procedimiento, ó si se refiere á los derechos mismos que constituyen el objeto de la acción. En el último caso, el desistimiento es una renuncia, y en consecuencia, una enagenación; de donde se sigue que el tutor, aun autorizado por el consejo de familia para intentar la acción, no puede desistirse de ella; se necesita que observe las reglas prescritas para la enagenación, es decir,

que el desistimiento debe estar autorizado por el consejo de familia y homologado por el tribunal (1).

Si el desistimiento se dirige únicamente al procedimiento, debe hacerse una nueva distinción. El tutor intenta una acción inmobiliaria con autorización del consejo; ¿puede desistirse del procedimiento sin autorización? Este desistimiento no causa ningún perjuicio al menor, y sus derechos quedan incólumes; puede intentar una nueva demanda; por lo tanto, el desistimiento debe considerarse como un simple acto de administración. Hay, no obstante, un motivo para dudar; puede decirse que el tutor ha sido autorizado para litigar y no para desistirse, y debe pedir una nueva autorización. Tal sería, en efecto, nuestra opinión, si se tratase de decidir la cuestión teóricamente. ¿Pero el código ha consagrado semejante teoría? El no habla del desistimiento; por lo tanto, debe considerarse la naturaleza de este hecho, que no es un consentimiento, y menos todavía, una renuncia ó una enagenación; es decir, que el desistimiento entra en la categoría de los actos que el tutor puede hacer por sí sólo, por aplicación del principio general que hemos establecido (núms. 40 y 42), (2).

Queda una última hipótesis ¿el tutor puede desistirse de una apelación que ha interpuesto? Si el menor figura como demandante en la instancia, no hay duda alguna; el tutor ni siquiera puede desistirse, en este caso, cuando se trata de derechos mobiliarios (núm. 68), con mayor razón no puede hacerlo si los derechos son inmobiliarios. Si el menor es demandado, el desistimiento de la apelación es un consentimiento, de donde se sigue que el tutor no puede desistirse sino con la autorización del consejo de familia:

1 Douai, 17 de Enero de 1829 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 90).

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 467, nota 22, y los autores y sentencias que allí se citan.

La doctrina y la jurisprudencia casi están de acuerdo en este punto (1).

§ IV.—DE LOS ACTOS PARA LOS CUALES EL TUTOR NECESITA
DE LA HOMOLOGACION DEL TRIBUNAL.

Núm. 1. Enagenación de los inmuebles.

87. El art. 457 indica las condiciones bajo las cuales el tutor puede enagenar los bienes inmuebles del menor. Se necesita desde luego una autorización del consejo de familia. En general, la ley se atiene á la prudencia del consejo para resguardar los intereses del pupilo. Cuando se trata de vender los inmuebles del menor, el mismo legislador cuida de determinar los casos en los cuales se permite la enagenación. «Esta autorización, dice el art. 457, no deberá otorgarse sino á causa de una necesidad absoluta ó de una ventaja evidente.» El proyecto de código enumeraba algunas causas de necesidad absoluta, «el pago de una deuda onerosa ó exigible, algunas reparaciones de una necesidad urgente, la necesidad de procurar al menor una profesión ó un establecimiento ventajoso.»

Se ha suprimido esta enumeración porque parecía inútil limitar los casos en que podía hacerse la enagenación por causa de necesidad absoluta, mientras que el interés mismo del menor exige que no se limiten; más habría valido dejar al consejo de familia el cuidado de apreciar si hay necesidad absoluta ó ventaja evidente. Habría ventaja evidente si el menor tuviese una deuda por la cual debiera pagar un interés de 6 por ciento, siendo así que los inmuebles

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. 1^o, p. 467, nota 25, y en Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 512. La corte de Agen ha decidido en términos absolutos, que, teniendo el tutor el derecho de interponer apelación, por esto mismo tiene el de desistirse de la apelación (15 de Diciembre de 1844, Dalloz, 1845, 2, 111).

no producen más que 2 y medio ó 3 por ciento. La ley agrega que si el tutor propone que se enagene un inmueble por causa de necesidad absoluta, debe comprobar por cuenta sumaria que el numerario, efectos muebles y rentas del menor son insuficientes. Si el menor posee varios inmuebles, el consejo indicará los que preferentemente deban venderse. Por último, dice el art. 457, el consejo prescribirá «las condiciones que juzgue útiles.» Cuáles son estas condiciones? No son concernientes á las formas, según las cuales la venta debe hacerse; el mismo legislador las determina. La principal condición de la venta, es el precio. ¿El consejo podría indicar un precio por abajo del cual la venta no sería permitida? Ciertamente que se podría cuando la venta se hiciese para procurar una ventaja al menor, porque no sería ya ventajosa si se hiciese por un precio que fuese inferior al valor del inmueble. Si la venta se hace por causa de necesidad absoluta, sin decirlo se comprende que á toda costa debe venderse.

¿Puede también el consejo prescribir la manera de emplear el precio? Cuando la venta ha tenido lugar por necesidad absoluta, la misma causa por la cual se autorizó, indicará el empleo. Si es por ventaja evidente, se necesita, además, que el tutor que propone vender indique la colocación que se propone hacer, y el consejo puede, y aun debe hacer del modo de empleo, una condición de la venta. Hay en esto una derogación de los principios generales sobre el poder del tutor. En general, él es quien coloca los caudales pupilares, y la ley no da al consejo de familia el derecho de limitar su libertad de acción. Cuando se trata del dinero que provendrá de la enagenación de un inmueble, la ley da al consejo el derecho de indicar las condiciones de la venta y entre ellas se halla la colocación del pre-

100. Se ha fallado, y con razón, que la venta no puede ser provechosa al menor sino cuando el precio se pone al abrigo de todo riesgo; luego si el tutor no presenta garantía hipotecaria, si es insolvente, el consejo puede y debe decidir, no solamente qué empleo va hacerse del dinero, sino también cómo se conservará en espera de que se haga la imposición. Lo más sencillo es dejarlo en manos del adquirente, puesto que el menor gozará de un privilegio. Si se vende el inmueble para imponer más ventajosamente el capital, el consejo prescribirá todas las garantías que juzgue necesarias (1).

88. El art. 458 exige una segunda condición, la homologación del tribunal: «Las deliberaciones del consejo de familia relativas á este objeto no se ejecutarán sino después de que el tutor haya pedido y obtenido su homologación ante el tribunal de primera instancia, que estatuirá en la sala del consejo, y después de audiencia del procurador imperial.» ¿Por qué se otorga la homologación en la sala del consejo? Para resguardar los intereses del menor. Si la venta se hace por necesidad absoluta, importa no hacer público el mal estado de los negocios. Si es por ventaja evidente, puede serle ventajoso al menor que no se hagan públicas las condiciones con las cuales el tutor está autorizado para vender. Por la misma razón, el juez encargado por el presidente rinde su informe en la cámara del consejo, y el oficial del ministerio público rinde sus conclusiones por escrito (código de procedimientos, arts. 885 y 886).

¿Cuáles son los poderes del tribunal que debe homologar las deliberaciones del consejo de familia? El juez llamado á examinar las condiciones de la venta puede modificarlas, si le parece útil. La intervención no es una simple forma-

1 Tolosa, 5 Mayo de 1838, y sentencia de denegada apelación, de 20 de Junio de 1843 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 103, 2º y 3º),

lidad; tiene por misión velar por los intereses del menor. Esto no tiene duda¹ en cuanto á las condiciones bajo las cuales se autoriza la venta. Así es, que él puede ordenar que el precio quede en manos del adquirente, ó que el tutor haga de él una imposición determinada. Si el cuaderno de¹ cargos prescribe otras condiciones que las que han sido establecidas por el consejo y homologadas por el tribunal, sin necesidad de decirlo se comprende que son nulas. Se ha fallado que la cláusula que establecía que el pago se hiciese al tutor, es nula, porque limita los poderes del tutor, y porque da al subrogado tutor un poder que la ley no le reconoce. La corte de Bruselas anuló por la misma sentencia la cláusula que ordenaba que se dejasen los fondos en manos del notario entretanto que el empleo prescrito por el tribunal se hiciese, no teniendo los notarios ninguna calidad para tener en depósito los fondos de los menores (1).

¿Puede el tribunal ordenar la venta de¹ otros inmuebles que los que el consejo de familia ha indicado? Esta cuestión se ha presentado ante la corte de casación en el siguiente caso. El consejo de familia había sido de unánime parecer para que se vendiesen ciertos inmuebles, á fin de saldar las deudas, pero estaba dividido acerca de la designación de los inmuebles que habían de venderse; la mayoría había resuelto vender entre otros, el castillo paterno. El tribunal homologó la deliberación del consejo; pero fué interpuesta apelación por el subrogado tutor y por el consejo de tutela de los dos hijos menores; ellos pidieron que se conservase el castillo y que se vendiesen otras tierras. Esta demanda fué admitida por la corte de Angers. La sentencia dijo que la justicia debe determinarse por los intereses morales y materiales de los menores; que el más respetable de dichos intereses es el de conservar las tradiciones

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*)

paternales, respetando un patrimonio secular; que con ello se fijarán los hijos en el centro de sus propiedades, y que se les inspirará ideas de conservación, que por desgracia se han hecho raras en las familias. La sentencia invoca, además, la voluntad del padre difunto. A demanda interpuesta, la sentencia fué casada. La corte de casación asienta como principio, sin más motivos, que el tribunal, al homologar el dictamen de los parientes, determina que se pongan á precio los muebles que se van á vender y las condiciones de la venta, pero que dicho poder dado á los jueces no los autoriza á que se pongan en lugar del consejo de familia, y á que de oficio ordenen la venta de inmuebles, sino á propuesta del tutor, el consejo había juzgado oportuno que se conservasen (1). Nos parece que tal decisión es contraria al texto y al espíritu de la ley. El artículo 457 dice que el consejo de familia indica los inmuebles que deben venderse preferentemente, y todas las condiciones que juzgue útiles. En cuanto á las condiciones de la venta, se admite que el tribunal puede modificarlas; si puede reformar la deliberación referente á las condiciones ¿por qué no había de poder reformar la deliberación concerniente á los inmuebles que se tienen que vender? En vano buscamos una razón para esta diferencia. ¿Acaso el tribunal no tiene como misión la de amparar los intereses del menor? Si el consejo ha perjudicado estos intereses, ¿el tribunal no tiene derecho á reformar su deliberación? Hay que reconocerle este poder, á menos que se decida que la homologación consiste en decir que sí ó que nó.

89. Según el código Napoleón, la venta debía verificarse judicialmente lo que ocasionaría gastos considerables,

1. Sentencia de casación, de 17 de Diciembre de 1867 (Daloz' 1867, 1, 482). Véase en el mismo sentido, una sentencia de 7 de Febrero de 1863 (Daloz, 1863, 1, 35), aprobada por Aubry y Rau, tomo 1º, página 449.

con grave perjuicio de los menores. La ley de 12 de Junio de 1816, ha prescrito formas mucho más sencillas: la venta se hace por el ministerio de un notario, en subasta pública, la presencia del juez de paz y del tutor ó del subrogado tutor.

No entramos nosotros en el detalle de esta materia que corresponde al procedimiento. Únicamente hacemos notar que la ley de 1816, no es concerniente sino á las formas de la venta; luego no ha derogado el código civil en lo que concierne á las condiciones según las cuales debe verificarse la venta (1). El art. 7 de la ley contiene una disposición importante, destinada á resguardar los intereses de los menores; dicha disposición encarga al juez de paz que vigile en que no se haga nada, en el momento de la venta, que dañe á los menores; si él descubre algo de esto, hará que la venta se sobresea, después de haber oído al tutor ó al subrogado tutor, y en seguida rendirá su informe al tribunal, el cual dispondrá lo que juzgue conveniente. La ley está concebida en los términos los más generales; se aplica desde luego al caso en que hubiese fraude ó una colusión cualquiera en perjuicio de los menores, pero no es necesario que haya fraude, la ley no lo exige; desde el momento en que los intereses de los menores están comprometidos, el juez de paz puede sobreseer la venta; y lo puede hacer cuando las ofertas de los codicisos no llegan al valor del bien (2).

90. Las condiciones y las formas prescritas para la venta de los inmuebles pertenecientes á los menores deben observarse en toda venta voluntaria. Esto supone que los menores son realmente vendedores; luego si la venta hubiese sido consentida por su autor, por más que la cosa

1 Bruselas, 21 de Enero de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, p. 274).

2 Bruselas, 1º de Junio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 149).

fuese discutida, no habría lugar á seguir el código Napoleón y la ley de 1816; en efecto, en este caso, la venta es realmente perfecta, el fallo que así lo declara no constituye el contrato, sino que únicamente declara su existencia; ya no se trata más que de realizar de paso el acta de venta (1). Pero desde el momento en que los menores son vendedores, aun cuando la venta se haga en virtud de una donación debidamente aceptada por el tutor, hay que llenar las formalidades establecidas por el código y la ley de 1816. Se hace una donación al menor con la condición de que consienta en un usufructo sobre sus bienes en provecho del donante: la constitución del usufructo inmobiliario es una enagenación de un inmueble, luego está sujeto á las reglas concernientes á la venta de los inmuebles (2).

La corte de casación ha hecho una aplicación muy notable de estos principios. Se hace una venta con pacto de retroventa; el tutor de los compradores consiente en una prórroga del plazo estipulado para la redención. ¿Es esto una enagenación de un derecho inmobiliario? Cuando la prórroga se otorga después de la espiración del plazo, no hay duda alguna, supuesto que en tal caso la prórroga es una verdadera reventa. Parece dudosa la cuestión cuando el plazo se prorroga antes de que haya espirado. Sin embargo, hay que decidir, como lo hace la corte de casación, que esta prórroga constituye una enagenación inmobiliaria. En efecto, el comprador con pacto de retroventa es propietario con condición resolutoria; su propiedad se vuelve definitiva si el vendedor no usa del derecho de retroventa. Luego el comprador tiene adquirido un derecho para volverse propietario irrevocable, si en el plazo que el contrato fija, el vendedor

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 73).

2 Sentencia de casación, de 25 de Marzo de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 202).

no ejercita el rescate; prorrogar el plazo, equivale á renunciar ese derecho, luego equivale á enagenar un derecho inmobiliario (1).

¿Las disposiciones del código y de la ley de 1816 se aplican á la permuta? La cuestión es dudosa, porque las formalidades de una venta pública no tienen aplicación en la permuta; luego sería necesario que ésta se hiciese con la única condición de una autorización del consejo de familia homologada por el tribunal; y ¿no es esto hacer la ley para un caso que ella no prevee? Además ¿no habría que fijar el valor del inmueble, que el menor recibiría en cambio, á fin de no perjudicarlo y de evitar que se operase una venta con apariencia de permuta? Esto es lo que el código ha prescrito para la permuta de un inmueble dotal (art. 1559). Para fijar dicho valor, se necesitaría, además, un texto. Por último, las causas por las cuales la ley permite la venta, casi no son aplicables á la permuta. Aquí no es cuestión de necesidad; apenas se puede hablar de una ventaja evidente; se trata más bien de una conveniencia; ahora bien ¿no debe dejarse al propietario el cuidado de que aprecie lo que le conviene? Este es el dictámen de Zachariæ, y creemos nosotros que es el bueno. La opinión contraria es la que más generalmente se adopta (2).

91. El art. 460 establece: «Las formalidades que exigen los arts. 457 y 458 para la enagenación de los bienes del menor no se aplican al caso en que un fallo hubiese ordenado el remate á provocación de un co-propietario por indiviso.» Entiéndese por remate la venta en subasta de una cosa que pertenece *pro indiviso* á varios propietarios. Hay

1 Sentencia de casación, de 18 de Mayo de 1813 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 549, 30).

2 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1.º, p. 437. Véase en sentido contrario, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 545. Demolombe, p. 513, núm. 737; Aubry y Rau, t. 1.º, p. 450, y nota 18.

lugar á remate cuando la partición es imposible (art. 1686). Como nadie puede ser forzado á quedarse en la indivisión (art. 815), el remate debe verificarse desde el momento en que se solicita la partición. Síguese de aquí que es inútil que se haga intervenir al consejo para autorizar el remate. La ley quiere, no obstante, para garantizar los intereses de los menores, que se sigan las formas prescritas por los artículos 457 y 658; el art. 460 agrega que los extraños serán necesariamente admitidos al remate; esta es la aplicación del derecho común, cuando el remate se hace judicialmente (art. 1686).

La ley de 12 de Junio de 1816 ha derogado el art. 460; ella establece (art. 2, pfo. 3) que los co-propietarios mayores que deseen proceder á la venta pública, podrán sin autorización previa del consejo de familia dirigirse al tribunal, á fin de que los autorice á proceder á la venta. El tribunal pronunciará después de haber oído al tutor, y por las conclusiones del ministerio público. Si él autoriza la venta, designará un notario por cuyo ministerio la venta se verificará y se hará ante el juez de paz y en presencia del tutor.

92. Cuando los acreedores del menor pretenden la expropiación de los bienes de éste, no hay lugar á la autorización del consejo de familia, supuesto que la venta es necesaria. La ley busca en este caso, que se prevenga la expropiación disponiendo que los acreedores no puedan perseguirla sino después de haber discutido el mobiliario (art. 2206). Pero tal favor aprovechará muy rara vez al menor, supuesto que por regla general no posee mobiliarios, estando obligado el tutor á venderlo en el momento en que entra en gestión (núm. 15). Hay dos casos en los cuales la discusión del mobiliario no es necesaria: cuando la deuda es común á un menor y á un mayor co-propietario del inmueble, y cuando las diligencias de expropiación han

comenzado contra un mayor al que ha sucedido el menor (art. 2207).

¿Qué debe decidirse en caso de expropiación por causa de utilidad pública? La ley francesa de 3 de Mayo de 1841 (art. 25) ha previsto la dificultad. No puede ser cuestión de un consejo de familia para autorizar la expropiación, supuesto que ésta es forzada. Pero se pregunta si el tutor puede aceptar la indemnización que el gobierno le ofrece. La ley dispone que necesita una autorización del tribunal; y la jurisprudencia decide que no necesita ninguna autorización para rechazar tales ofertas y para proceder en la demanda que norme la indemnización (1). La legislación belga no decide la cuestión. Luego tiene que aplicarse el derecho común. El que es expropiado debe vender, pero interviene para normar el precio de la venta. ¿Este reglamento entra en los poderes del tutor? Nó, porque la ley misma le permite que fije el precio; cuando se venden algunos bienes del menor, aun cuando sean muebles, la venta se hace en subasta pública. Nosotros creemos que el tutor necesita una autorización del consejo, homologada por el tribunal para proceder al arreglo de la indemnización, sea por convención voluntaria, sea por fallo judicial, porque la indemnización hace veces de precio, y el precio, es un elemento esencial de la venta (2).

Núm. 2. De la hipoteca.

93. El tutor no puede hipotecar los inmuebles del menor sino con la autorización del consejo de familia, y no puede concederse dicha autorización sino por causa de una necesidad absoluta ó de una ventaja evidente. Si hipotecar

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 451 y nota 22.

2 La jurisprudencia está dividida (Arntz, *Curso de derecho civil*, t. 1º, p. 371, núm. 747).

no es enagenar, la hipoteca puede, no obstante, conducir á la enagenación; por esto es de principio que no puede consentirse la hipoteca sino por aquellos que tienen capacidad para enagenar los inmuebles que someten á dicha hipoteca (art. 2124, y ley hipotecaria belga, art. 73). No pudiendo el tutor hipotecar el consejo de familia debía intervenir, y como la hipoteca, conduce á la enagenación, el menor necesitará las mismas garantías que para la venta. Por esto es que las condiciones son idénticas. Se necesita también que la deliberación del consejo de familia sea homologada por el tribunal. Hay una ligera dificultad de texto. El art. 458 dice: Las deliberaciones del consejo *relativas á este objeto* no se ejecutarán sino después que el tutor haya obtenido su homologación. Las palabras *este objeto* parecen referirse á la venta de los inmuebles, de lo que se trata en el último inciso del art. 457. Esta duda está resuelta por el art. 483, que somete el préstamo á la homologación cuando se trata del menor emancipado; luego el menor en tutela debe observar la misma formalidad cuando pide prestado ó cuando hipoteca, porque los menores emancipados y los menores no emancipados están colocados por la ley en la misma línea para todos los actos que son de pura administración (art. 484). Según los principios y el espíritu de la ley, la cuestión no permite la menor duda. Esta es también la opinión general con excepción del disentiimiento de Locré (1).

Núm. 5. Del préstamo.

94. El código aplica los mismos principios al préstamo (art. 457), porque el préstamo puede llevar á la enagenación forzada de los bienes del menor. Solamente en caso de necesidad absoluta ó de ventaja evidente es cuando se

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 451, nota 23, y los autores que ellos citan

permite el préstamo. El consejo de familia, llamado á autorizarlo, puede determinar las condiciones que juzgue útiles; lo que la ley dice de la venta se aplica por analogía al préstamo, porque hay identidad de razón. ¿Cuáles son estas condiciones? Se ha juzgado que el consejo de familia podía agregar la condición de que el prestamista vigile sobre el empleo de los fondos; en caso de insolvencia del tutor, ésta es una garantía indispensable. Si se estipula dicha condición, resulta una consecuencia muy grave: y es que el prestamista que la acepte esté ligado por la deliberación y que, por lo tanto, sea responsable si no se lleva á cabo (1). Se requiere también la homologación del tribunal por los motivos que acabamos de decir para la hipoteca (núm. 93).

¿Se necesita también una cuenta sumaria comprobante de que los caudales del menor, efectos mobiliarios y rentas, son insuficientes? El texto del código es formal y se aplica al préstamo tanto como á la enagenación, y son idénticos los motivos. Hay una sentencia contraria de la corte de Burdeos (2) para el caso en que se haga el préstamo para evitar la expropiación de un inmueble del menor; pero esta decisión es tan evidentemente contraria á la letra y al espíritu de la ley, que no puede atribuírsele ninguna autoridad. Precisamente en el caso de necesidad absoluta, y para cubrirla, es por lo que el código exige la cuenta sumaria; esto es, pues, una garantía para el menor, y no corresponde á los tribunales quitársela. Todo lo que puede sostenerse, es que la autorización dada por el consejo y homologada por el tribunal, hace presumir que tal cuenta sumaria se ha rendido. Esto así se ha fallado: la corte de Gante dice que hay presunción legal de que se han llenado las formalida-

1 Gante, 27 de Marzo de 1857 (*Pasicrisia*, 1858. 2, 200).

2 Burdeos, 17 de Marzo de 1843 (*Dalloz*, en la palabra *minoría*, número 533).

des (1). Nosotros no comprendemos que haya una presunción legal sin ley. No obstante, la decisión de la corte puede justificarse en el sentido de que no exigiendo el código que la deliberación del consejo compruebe que se ha rendido una cuenta sumaria, corresponde probarlo al que pretende que tal formalidad no se ha cumplido.

95. ¿Hay casos en que el tutor puede pedir prestado sin autorización del consejo y sin homologación del tribunal? Esto equivale á preguntar si hay excepciones á la regla establecida por el art. 457. No hay excepciones á una ley sino en virtud de un texto, y no hay texto en el presente caso. Dícese en vano que el menor no puede ser perjudicado, si el tutor pide prestado para pagar una deuda cierta y exigible, ó para reembolsar una deuda hipotecaria con subrogación á favor del prestador. El argumento se dirige al legislador; á él, y á él solo, corresponde saber si hay lugar á excepciones (2). Hay, sin embargo, una reserva que resulta de los principios generales; si el menor se aprovecha de un acto irregular del tutor, está obligado por él en tanto que se ha enriquecido; luego si el préstamo íntegro lo ha aprovechado, no tendrá ningún interés en pedir su nulidad. En derecho estricto, debería obtener la anulación, supuesto que el acto es nulo por vicio de forma; pero debiendo restituir inmediatamente, realmente no tendría interés en promover.

Núm. 4. De la transacción.

96. «El tutor no podrá transigir á nombre del menor sino después de haber sido autorizado por el consejo de familia, y á dictamen de tres jurisperitos designados por el pro-

1 Véase la sentencia precitada (p. 107, nota 2), y la requisitoria del abogado general Donny (*Pasicrisia*, 1858, 2, 201, nota 2).

2 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 7^o, p. 505, número 729, y Aubry y Rau, t. 1^o, p. 452, nota 28.

DE LA TUTELA

curador imperial. La transacción no será válida sino en tanto que haya sido homologada por el tribunal de primera instancia, después de haber oído al procurador imperial» (artículo 467). ¿Por qué la ley exige condiciones tan rigurosas para la transacción? Porque el que transige abandona una parte de sus pretensiones, á veces derechos claros, á fin de comprar su tranquilidad ó de prevenir los gastos enormes de los pleitos judiciales. Tales concesiones no se permiten sino al que tiene la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción (art. 2045); luego el tutor no puede transigir. Y no puede hacerlo, aun cuando se tratase de derechos mobiliarios; la ley no distingue y no tenía para qué distinguir, porque el tutor no puede hacer el abandono de los derechos mobiliarios como tampoco de los inmobiliarios pertenecientes al menor (1).

La ley exige una formalidad más para la transacción que para la enagenación de los inmuebles, el dictamen de tres jurisconsultos; quiere que los nombre el procurador imperial, como garantía de imparcialidad. Las transacciones se verifican con motivo de procesos nacidos ó por nacer, por lo que provocan algunas cuestiones de derecho; y como es raro que haya legistas en el consejo de familia, por esto ha sido preciso ilustrar al consejo. ¿Es esta una consulta simple? Nó, el código dice: *á dictamen* lo que significa *conforme al dictamen*. Si los abogados son de parecer que no deba transigirse, el consejo no podrá autorizar la transacción propuesta por el tutor. Se necesita también que los tres jurisconsultos sean de la misma opinión, por que éste no es un cuerpo que delibera y que decide por mayoría; la ley quiere para garantía de los intereses del menor que tres hombres competentes aprueben la transacción. Infiérese de aquí, que su dictamen debe proceder á la de-

1. Esto lo admiten todos (Demolombe, t. 7º, p. 520, núm. 747).

liberación; la aspiración de la ley no quedaría satisfecha si el consejo que ella considera como incompetente procediese una deliberación sin tener á la vista la opinión de los abogados; ésta sería una deliberación ridícula y por lo tanto, nula (1).

La transacción, dice el art. 467, debe ser homologada por el tribunal. Luego no homologa la deliberación del consejo de familia. A decir verdad, esta deliberación no es más que una formalidad; lo que constituye el acto esencial que el tribunal debe aprobar, es la transacción como la hayan formulado los tres abogados.

§ V.—DE LOS ACTOS PROHIBIDOS AL TUTOR.

97. El art. 1596 dice que los tutores no pueden hacerse adjudicatarios de los bienes cuya tutela tienen. Esta prohibición se halla en el art. 450, el cual agrega que ellos no pueden aceptar la cesión de ningún derecho ó crédito contra sus pupilos. Remitimos para esta materia al título de la *Venta*.

98. El tutor no puede disponer de los bienes de su pupilo á título gratuito. Ninguna ley establece dicha prohibición; el legislador no necesitaba consagrarla de una manera expresa, porque es una consecuencia natural y evidente del principio que establece los poderes del tutor. El no es más que administrador, y como tal no puede enagenar. El código le permite que venda los bienes del menor, con las condiciones que aquél determina; no le permite que haga donación de ellos; luego el principio que le prohíbe enagenar subsiste para las liberalidades. Esto estaba admitido también en el antiguo derecho, aunque los poderes del tutor fuesen más extensos de lo que lo son en nuestros días.

1 Los autores no admiten la nulidad (Domolombe, t. 7º, núm. 746' y los autores que él cita.

Se admita una excepción para las gratificaciones y regalos que es costumbre dar á los domésticos; éstas no son verdaderas liberalidades, porque no es uno libre para no hacerlas; las conveniencias exigen que se hagan; luego más bien son unos gastos obligatorios (1).

99. El menor que ha llegado á la edad de diez y ocho años puede disponer, en cierta medida, de sus bienes. Hay excepción respecto á las liberalidades que quisiera hacer á su tutor (907). Insistiremos acerca de esta incapacidad en el título de las *donaciones*.

100. El tutor no puede comprometer, es decir, someter á árbitros los pleitos del menor. Esta prohibición resulta del principio establecido por el art. 1004 del código de procedimientos, que da á conocer el motivo: no puede celebrarse compromiso con contiendas sujetas á la comunicación del ministerio público. Por más que el arbitraje sea favorable, la ley no podía admitirlo para los menores, porque no tendrán ante los árbitros una de las más preciosas garantías que el legislador establece en su favor: el ministerio público es su defensor nato; y si importa al menor economizar los gastos, más le interesa que lo defiendan. (código de procedimientos, art. 63, 6º). Hay, además, otro beneficio de que se vería privado ante los árbitros, y es el de poder volver por pedimento civil contra los fallos pronunciados en su perjuicio en causas en que no ha sido defendido, ó no lo ha sido válidamente (código de procedimientos, art. 418).

¿Hay excepciones á esta prohibición? Se ha pretendido que sí: se dice que en materia mobiliaria, el tutor podía comprometer. Este es un error. La prohibición es absoluta, y no tolera excepción; el espíritu de la ley es tan evi-

1 Potier, Indicación al tít. 1º de la costumbre de Orleans, número 225.

dente como el texto: ¿acaso interesa menos al menor ser defendido por el ministerio público y tener el pedimento* civil, cuando se trata de derechos mobiliarios que cuando se trata de inmobiliarios? (1).

§ VI.—DEL EFECTO DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR EL TUTOR.

Núm. 1. Relaciones entre el tutor y el menor.

101. El código no habla, en el título de la *Tutela*, del efecto de los actos celebrados por el tutor; el sitio de esta materia está en el título de las *Obligaciones*, y á él remitimos al lector. Por el momento, nos limitamos á establecer los principios. Cuando el tutor obra en el límite de sus poderes, se aplica el adagio de que el hecho del tutor es el hecho del menor. Luego el menor está ligado por los actos del tutor, como si él mismo los hubiese celebrado. No puede atacarlos por vicio de formas, supuesto que éstas han sido observadas; no puede atacarlas por causa de lesión, porque el tutor ha hecho lo que tenía derecho á hacer; si él ha manejado mal los negocios, será responsable de su gestión y estará obligado á indemnizar. La ley asegura este recurso del menor, dándole una hipoteca sobre los bienes del tutor.

Si el tutor se ha salido de los límites de su poder, es decir; si no ha llenado las formas prescritas por la ley para ciertos actos, los celebrados por el tutor son nulos. Hay nulidad por el hecho solo de no haberse observado las formas; el menor no está obligado á probar una lesión sea cual fuere. O por mejor decir, hay lesión por el hecho solo de que las formas destinadas á protegerlo no se han cumplido, porque no ha gozado de la protección que la ley quiere asignarle.

1 Véanse, las diversas opiniones en Demolombe, t. 7º, p. 551, número 779.

Núm. 2. Relaciones entre el tutor y los terceros.

102. El tutor que, bajo tal calidad, trate con tercera-personas, no está personalmente obligado, porque el menos es el que contrata por intermedio de aquél. Esto resulta de los principios elementales que rigen el mandato. El poderdante, dice el art. 1998, está obligado á ejecutar los compromisos contraídos por el mandatario, conforme al poder que éste le ha dado. Ahora bien, el tutor representa al menor en todos los actos civiles, luego es el mandatario general de su pupilo; por lo tanto, los terceros que contraen con el tutor, contratan con el menor.

Si el tutor trata en su nombre personal con terceras personas, no hay que decir que está personalmente obligado, y que el menor no lo está: salvo el arreglar las relaciones entre el tutor y el menor, si el acto llevado á cabo por el tutor concierne al menor (1).

Se pregunta si el menor está también obligado respecto á terceros por las faltas que el tutor haya cometido en la ejecución de los compromisos por él contraídos. La afirmativa no permite duda alguna, se desprende del principio establecido por el art. 450; el tutor representa al menor, luego todo acto lícito del tutor es el del menor. Agregamos *lícito*, porque resulta de la misma naturaleza de la tutela que el tutor no tiene ninguna calidad para cometer un delito ó un cuasi-delito á nombre del menor. Podría objetarse todavía que siendo personales las faltas del tutor en los contratos, el tutor es el único que debe responder. Las faltas son, en efecto, personales, en el sentido de que la responsabilidad pesa sobre su autor, pero ¿quién es el autor en este caso? El menor, porque él obra por el intermedio

1 Nîmes, 8 frimario, año XIII, y Metz, 1º de Junio de 1821 (Da loz, en la palabra *venta*, núm. 875, 3º, y 978).

de su tutor, luego él comete la falta. Esto no impide que la responsabilidad definitiva no esté á cargo del tutor, porque al cometer una falta, ejecuta un acto de mala gestión, y responde de él respecto al menor (1).

103. ¿El menor está ligado por los fallos en que ha figurado su tutor? Si el tutor ha sido autorizado, ó si no tuviese necesidad de autorización, entónces ni cuestión puede haber; el fallo se pronuncia realmente con el menor. Pero ¿qué debe resolverse si el tutor no ha sido autorizado cuando debería haberlo sido? Se resuelve que el fallo no por esto deja de adquirir fuerza de cosa juzgada contra el menor, si éste no ha usado de las vías de recurso que le ofrece la ley (2).

Hay un motivo para dudar. El tutor que intenta una acción sin autorización no tiene calidad para obras, no representa al menor en la instancia en que figura, luego el menor no es parte en ella (3). Se contesta que el tutor representa siempre al menor, aun cuando no cumpla con las formalidades que la ley prescribe. En efecto, por los términos del art. 450, el tutor representa al menor en todos los actos civiles; luego es su representante legal y universal, y jamás puede despojarse de dicha calidad. Si ejecuta un acto jurídico sin estar autorizado para ello, siendo que la ley exija la autorización, no por esto deja de representar al menor; hé aquí por qué el acto es únicamente nulo, es decir, anulable, mientras que sería inexistente si el tutor no tuviese ninguna calidad para representar á su pupilo. Por la misma razón, debe resolverse que en los fallos en que al tutor figura sin autorización, sigue siendo el re-

1 Aubry y Rau, t. 1º, ps. 468 y 469. Demolombe, t. 8º, p. 116, números 126, 127.

2 Véase, núm. 84, y Aubry y Rau, t. 1º, p. 409.

3 Fallado en sentido contrario por la corte de Bruselas, 23 de Julio de 1845 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 120).

presentante del pupilo, pero lo representa mal; siguese de aquí que el menor debe tener un recurso: tiene en primer lugar la apelación y el recurso de casación. En segundo lugar, tiene el recurso extraordinario del pedimento civil, que se le abre cuando no ha sido defendido ó cuando no lo ha sido válidamente (código de procedimientos, art. 481).

SECCION III.—*Funciones del subrogado tutor.*

§ I. VIGILANCIA.

104. Ya hemos dicho que el subrogado tutor está encargado de vigilar la gestión del tutor (1). Este derecho de vigilancia no implica el de obrar, sino que al contrario, no lo implica. Es preciso que la administración de la tutela esté siempre vigilada, y por lo mismo, es imposible que el vigilante obre, porque no puede vigilarse á sí mismo. La ley no le da el derecho de obrar sino cuando los intereses del tutor se hayan en oposición con los de su pupilo; pero, en tal caso, se necesita que el subrogado tutor esté reemplazado por un subrogado tutor *ad hoc* (2). Siguese de aquí que el subrogado tutor ni siquiera puede ejecutar los actos conservatorios (3), salvo cuando la ley le encarga que verifique uno de ellos. Por esto la ley hipotecaria belga (art 52) dice, que el subrogado tutor está obligado á cuidar que se tome la inscripción de la hipoteca legal del menor, ó á tomarla él mismo. Esta es una excepción, y con tan título, no se puede extenderla para hacer de ella una regla general.

¿Debe aplicarse este principio á la apelación de los fallos pronunciados contra el menor? La cuestión es debatida. Conforme al rigor del derecho, no hay duda alguna: el su-

1 Véase el tomo 4º, núm. 427.

2 Véase el tomo 4º de mis *principios*, p. 531, núm. 419.

3 Demolombe, t. 7º, p. 226, núm. 373.

brogado tutor no puede ni interponer apelación ni hacer otro acto cualquiera de gestión. ¿Pero acaso el código de procedimientos no ha derogado esos principios? Según los términos del art. 444, el término de la apelación no corre contra el menor sino desde el día en que se haya notificado el fallo tanto al tutor, como al subrogado tutor, aunque este no sea parte en la causa.

Hay en esto un motivo para dudar, el cual ha conducido á algunos autores á dar el derecho de apelación al subrogado tutor; existen sentencias á favor de esta opinión. Nosotros preferimos la opinión contraria, que es la generalmente adoptada (1). Las excepciones no se establecen por vía de inducción, sino que necesitan una disposición formal; ahora bien, el art. 444 del código de procedimientos quiere únicamente que se notifique el fallo al subrogado tutor, y ¿con qué objeto? El orador del gobierno nos lo dice: á fin de que tome las medidas prescritas por la ley para saber si la apelación debe interponerse. Esto equivale á decir que debe remitirse al consejo de familia. El consejo puede resolver que haya apelación, y encargar al tutor que la formule. Dudamos que el consejo pueda encargar al subrogado tutor que entable apelación; el consejo no puede darle una misión que no tiene, la de intervenir en la gestión de la tutela. No es el subrogado tutor, sino el tutor el que debe obrar (2).

105. Se pregunta si el subrogado tutor puede recibir una procuración del tutor, para manejar la tutela en todo ó en parte. Rolando de Villargues dice que de ello se ven frecuentes ejemplos, y no encuentra para ello ningún impedimento. Cierto es que no hay texto que lo prohíba, pe-

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 1º, página 477, nota 19.

2 En sentido contrario Aubry y Ran, t. 1º, p. 477, y siguientes, y nota 20.

ro la prohibición resulta de los principios que acabamos de exponer, principios que están extraídos de la esencia misma de la subrogada tutela. Si el subrogado tutor obra como mandatario ¿quién lo vigilará, y ¿puede tener una gestión tutelar sin vigilancia? Si así se hace, es porque los tutores y sus subrogados no se dan cuenta de la misión que desempeñan; esto es un abuso, que debe combatirse en vez de estimularse (1).

106. ¿Si el subrogado tutor ejercita un acto de gestión, el menor quedará ligado por este acto? Respecto á los terceros nó, supuesto que el subrogado tutor no tiene ninguna entidad para representar al menor; los terceros no tendrán acción sino contra el subrogado tutor. ¿Puede éste promover contra el menor? Sí, en tanto que el menor se ha enriquecido. Esta es la aplicación del derecho común. Como lo expone muy bien la corte de casación, los menores, lo mismo que otra persona cualquiera, no pueden enriquecerse á expensas de otro; luego están obligados hacia los autores de un hecho que les ha aprovechado, al pago de la ventaja que para ello ha resultado (2).

107. La ley pronuncia ciertas incapacidades ó caducidades contra el tutor. Se pregunta si el subrogado tutor está sometido á ellas. Sin vacilar contestaremos que nó. En efecto, tales incapacidades y prescripciones tienen su origen en los deberes que al tutor incumben, como administrador de la tutela; luego ninguna razón de ser tienen respecto al subrogado tutor. Este podrá comprar los bienes del menor ó tomarlos en arrendamiento; si la ley prohíbe dichos actos al tutor (art. 450), es porque estando obligado á administrar con el mayor provecho del menor, estaría co-

1 Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 306, combate la opinión de Rolando de Villarques.

2 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Junio de 1831 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 314).

locado entre su interés y su deber, y el legislador teme que sacrifique el deber al interés; el subrogado tutor no obra, de modo que ni el texto, ni el espíritu de la ley pueden aplicársele. Lo mismo sucede con la cesión de créditos contra el menor (art. 450); el tutor no puede aceptarla, porque es administrador; luego el subrogado tutor puede hacerlo, por que no administra. El tutor no puede recibir una liberalidad del menor (art. 907), porque se teme que éste abuse de la influencia que la acción diaria de la tutela le da sobre su pupilo; esto no puede decirse del subrogado tutor, porque el menor no es su pupilo. El mismo principio lo aplicamos á la prescripción que el art. 451 pronuncia contra el tutor que no declara, al hacerse el inventario, lo que le debe el menor; el legislador ha querido impedir á un tutor de mala fe que se haga pagar dos veces, suprimiendo los finiquitos que se hallasen en los papeles del menor: esto no concierne al subrogado tutor, el cual, al no administrar, no está en posesión de los títulos. La mayor parte de estas cuestiones son controvertidas; basta, para decidir las de la manera que acabamos de hacerlo, con el principio de que las incapacidades y las caducidades son de estricta interpretación: no se las puede extender, aun cuando hubiese analogía; con mayor razón, no se puede cuando falta la analogía (1).

§ II.—DE LA ACCIÓN DEL SUBROGADO TUTOR CUANDO LOS INTERESES DEL TUTOR ESTAN EN OPOSICION CON LOS DEL MENOR.

108. El art. 420 dice que «las funciones del subrogado tutor consisten en obrar, pór los intereses del menor, cuando estén en oposición con los del tutor.» Este principio es general y recibe su aplicación á todos los actos sean extra-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 378, y los autores que citan. Compárese, sentencia de París, de 14 de Febrero de 1817 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 422), y de Lieja, de 4 de Junio de 1845 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 134).

judiciales, sean judiciales. La ley misma lo aplica al arrendamiento; si el tutor quiere tomar en arrendamiento los bienes del menor, el subrogado tutor, autorizado por el consejo de familia, es el que contrata (art. 450). El principio debe también aplicarse al préstamo que el tutor contrajese para pagar lo que se le debe; si el tutor es el que pide prestado, en lugar del subrogado tutor, los menores pueden oponer la nulidad (1). Se ha fallado que la transacción es nula, por más que se haya celebrado dentro de las formas requeridas por la ley, si el tutor tuviese intereses opuestos á los del menor; pero no sería suficiente que los intereses fuesen distintos; el tutor podría muy bien, en tal caso, sostener á la vez sus intereses propios y los de su pupilo (2). La corte de casación ha hecho la aplicación de este principio á una demanda de alimentos intentada contra el padre tutor, en su calidad de yerno, y contra el hijo menor, en su calidad de ascendiente. ¿Los intereses eran únicamente distintos ú opuestos? El tutor sostenía que la obligación pesaba, ante todo, sobre los descendientes; concluía que el hijo menor fuese el único sentenciado.

La corte de París resolvió que los intereses del tutor y de su pupilo no estaban opuestos, supuesto que no se trataba sino de repartir entre ellos una deuda que pesaba sobre ambos. Esto tiene más de artificioso que de verdadero. Cuando el tutor sostiene que el menor sólo debe pagar una pensión de 4,000 francos, y el menor pretende que la pensión debe soportarse por mitad por el padre tutor, ciertamente que hay conflicto de intereses. En la opinión consagrada por la corte, la oposición desaparecerá, en verdad; pero para juzgar si hay conflicto ¿no deben considerarse las

1 Montpellier, 17 de Mayo de 1831 (Dalloz, en la palabra *minoría* número 301, 5°).

2 Amiens, 25 de Febrero de 1837 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 301, 5°).

pretensiones de las partes? La corte de casación rechazó la demanda, pero tuvo cuidado de agregar otro motivo. En el caso al debate, el padre tutor era usufructuario legal, luego debía soportar todas las cargas del usufructo; ahora bien; la pensión alimenticia es una carga que pesa sobre las rentas; luego suponiendo que la deuda hubiese sido imputada al hijo, el padre habría debido solventarla sobre las rentas del menor (1). En este sentido, no había oposición de intereses. No obstante, esto no es cierto sino mientras dura el usufructo legal; extinguiéndose éste, la oposición de intereses reaparece; luego habría sido más jurídico hacer que interviniese el subrogado tutor.

109. El art. 420 se aplica también á las instancias judiciales; distinguiéndose, como acabamos de decirlo, entre los intereses separados y los intereses contrarios. Difícil es asentár una regla que sirva para hacer esta distinción; esta es cuestión de hecho más que de derecho. Antes hemos dicho que el subrogado tutor no puede interponer apelación, y que el consejo de familia ni siquiera podría autorizarlo, porque el subrogado tutor no puede funcionar sino en los casos previstos por la ley. Otra cosa sería si hubiese oposición de intereses entre el tutor y su pupilo; en tal caso, la ley impone un deber de obrar al subrogado tutor: éstas son sus funciones, dice el art. 450. Este principio es absoluto; da al subrogado tutor el derecho de obrar como lo haría el tutor, y en lugar y representación de él; luego también puede entablar apelación, salvo pedir la autorización del consejo de familia en los casos en que el tutor debe ser autorizado (2).

Una mujer es perseguida de expropiación á causa de una obligación que contrajo con su marido; ella fallece; ¿los in-

1 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 251).

2 Bruselas, 8 de Abril de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 277).

tereses de los hijos menores que ella deja y los del padre tutor están opuestos? La corte de Paris falló afirmativamente (1). No presentamos otro ejemplo, porque la solución de la cuestión depende de los hechos y de las circunstancias de cada causa.

110. Cuando no hay oposición de intereses entre el tutor y el menor, el subrogado tutor carece de facultad para funcionar. La ley le encarga que provoque la destitución del tutor, y ¿él también debe exigir la rendición de la cuenta? No, ni debe, ni puede. La cuenta se rinde al que toma la administración de los bienes; en el caso de que se trata, al nuevo tutor; luego éste es el que tiene derecho á exigir la cuenta (2).

Hay excepción de este principio en los casos en que la ley exige la intervención del subrogado tutor, por más que no haya ninguna oposición de intereses entre el tutor y el menor. El art. 452 quiere que la venta de los muebles se haga en presencia del subrogado tutor, y el art. 459 exige su presencia para la venta de los inmuebles (3). Se ha fallado que en éstos casos la presencia del subrogado tutor no es necesaria, cuando los intereses del menor no estén en oposición con los del tutor (4). Esta decisión es contraria á los textos que acabamos de citar. La ley no dice que el subrogado tutor no debe asistir sino cuando los intereses del tutor y del menor están opuestos; y aun habría sido inútil decirlo, supuesto que la disposición general del art. 420

1 Paris, 19 de Abril de 1839 (Daloz, en la palabra *venta pública de inmuebles*, núm. 283).

2 Lyon, 12 de Abril de 1848 (Daloz, 1848 2, 144). Compárese, Turín, 7 de Enero de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 302, 29).

3 La ley Belga de 12 de Junio de 1816, dice que la venta se hará en presencia de los tutores ó de los subrogados tutores (art. 2, pfo. 4).

4 Paris, 28 de Abr de 1849 (Daloz, 1850, 1. 169).

es suficiente para que su presencia sea necesaria en caso de conflicto (1).

111. ¿Cuáles son los poderes del subrogado tutor cuando tiene misión de funcionar? Parécenos que debe distinguirse. Cuando el subrogado tutor interviene en virtud del art. 420, toma el lugar del tutor, y en consecuencia, tiene para el acto especial que celebra, el mismo poder que el tutor. En realidad, él es, como lo expresa la corte de Rion, tutor *ad hoc* (2), lo que determina la extensión de sus atribuciones. Cuando la ley exige sencillamente la presencia del subrogado tutor, sin que haya oposición de intereses, entonces es más vigilante que actor; el tutor es el que obra, y no se puede aceptar que á la vez haya dos personas que óbren en nombre del menor. El subrogado tutor no tiene, en este caso, más función que velar en que lós intereses del menor queden amparados; si halla que estos intereses están amenazados, debe remitirse al consejo de familia; de su propio motivo no puede obrar, supuesto que en principio no obra; sin embargo, se ha fallado que cuando una demanda de remate se prosigue contra el tutor, el subrogado, que debe estar presente, puede estipular en el cuaderno de los cargos, que la porción del precio aferente al menor se quedará en manos de los adquiridores hasta la mayor edad del pupilo (3). Esto nos parece muy dudoso. En el caso no había oposición de intereses entre el tutor y el menor; la venta no era voluntaria, el mismo consejo de familia no habría podido determinar las condiciones de la venta forzada, y ¿con qué título habría intervenido el subrogado tutor? En definitiva, se trataba de percibir el precio y de colocarlo,

1 Carré Chauveau, *Leyes del procedimiento*, núm. 2501, *bis*.

2 Rion, 10 de Julio de 1846 (Daloz, 1846, 2, 180).

3 Nancy, 13 de Diciembre de 1838 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 303, 1^o). Paris, 20 de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *venta pública de muebles*, núms. 20 25)

lo que entra en las atribuciones del tutor. Su poder, en este particular, no está limitado sino en las ventas voluntarias, cuyas condiciones rige el consejo. Ningún texto, ningún principio da al consejo ni al subrogado tutor el derecho de restringir los poderes del tutor cuando es forzada la venta. Hay en esto una anomalía, pero que resulta de la ley.

112. Si el subrogado tutor no asiste al acto en el cual debía intervenir, sea en virtud del art. 420, sea en virtud de una disposición especial del código, dicho acto es nulo. Esto es la aplicación de un principio general. Cuando un acto concerniente al menor no se ha hecho en las formas prescritas por la ley, es nulo en la forma; pero no puede pedirse la nulidad sino por el menor, porque sólo se ha introducido en su favor (1125). Así fué fallado por la corte de casación (1), y esto no da lugar á dudas.

Mayor dificultad existe para los juicios en los cuales el menor ha sido representado por su tutor, cuando hubiera debido serlo por su subrogado tutor, en razón de la oposición de intereses entre el tutor y su pupilo. A primera vista, podría creerse que estos juicios no pueden oponerse al menor, supuesto que no ha estado legalmente representado. Es de doctrina, en verdad, que el menor está representado por su tutor, bien que éste no haya sido autorizado por el consejo de familia; pero hay un ligero matiz, y por consiguiente una diferencia. Cuando el tutor obra sin estar autorizado, representa á su pupilo, porque tiene facultad para obrar; cuando obra en un caso en que el subrogado debería hacerlo, ya no representa al menor, el subrogado tutor es el que representa á éste. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia mantienen, aun dentro de esta hipótesis,

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Febrero de 1850 (Dallaz, 1, 169).

el principio del art. 450, en virtud del cual el tutor representa al menor en todos los actos civiles, de donde se sigue que el menor no puede atacar el juicio sino por apelación, el recurso de casación ó el pedimento civil.

