

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

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

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

## V.

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

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

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

(1) Artículo 505, Código civil de 1884.

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

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

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

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

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

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

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

(2) Artículo 505, Código civil de 1884.

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Artículo 501, Código civil de 1884.

(3) Artículo 502, Código civil de 1884.

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

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

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

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

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

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

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

(1) Artículo 513, Código civil de 1884.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Artículo 515, Código civil de 1884.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Artículo 527, Código civil de 1884.

(4) Artículo 516, Código civil de 1884.

(5) Artículo 516, Código civil de 1884.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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