

gado, hay que mantener la cláusula en todos los casos, sin entrar en el examen de las intenciones del que la ha escrito; si él usa de un derecho, nadie tiene que pedirle cuenta del uso que de ese derecho hizo. La corte de París falló que dicha cláusula no lastimaba los derechos esenciales de la potestad paternal (1).

Esta distinción entre los derechos esenciales y los no esenciales se funda en teoría; el legislador hubiera podido, y aun hubiera debido hacerlo; pero no habiéndola hecho ¿puede el juez distinguir ahí en donde la ley no distingue? Se declara válida la cláusula por interés del hijo; pero si éste se halla interesado en que un padre disipador no gestione sus bienes, ¿acaso no tiene mayor interés en que este padre sea privado del derecho de educación? Lógicamente habría que llegar hasta este punto, y ciertamente que si el legislador hiciese una ley nueva, debería, pues, ocuparse de la educación intelectual y moral del hijo mucho más que de la administración de su fortuna. ¿No prueba esto que toda esta materia pertenece al poder del legislador?

La corte de casación se pronunció en el mismo sentido, apoyándose, como Proudhon en el art. 387 (2). De antemano hemos contestado al argumento. Se podría admitirlo si no se tratase de un derecho, ó por mejor decir, de un deber que es de orden público. Además, si se supone que el testador, á la vez que abandona el goce al padre, confía la administración á un tercero ¿qué será lo que se decida? Ya no se podría, en esta hipótesis, invocar el art. 387. Desde luego esta disposición no puede legitimar la cláusula, considerada en sí misma.

La corte de Besançon se ha afiliado á esta jurisprudencia,

1 París, 5 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 5, 103, núm. 6).

2 Sentencia de la corte de casación, de 26 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 320).

cia, abandonando la doctrina que un principio había consagrado. Ella se funda, como la corte de París, en la naturaleza de los intereses que entran en juego. La administración de la persona del hijo, dice la corte, no puede ser objeto de ninguna disposición ni de ningún pacto de naturaleza que modifique ó restrinja su ejercicio. Otra cosa es de la administración de los bienes, que sólo concierne á los intereses pecuniarios (1). El legislador podría adoptar esta distinción, prescribiendo garantías diferentes para la persona y para los bienes del menor. Pero ciertamente que el legislador no asentaría como principio absoluto que los intereses pecuniarios jamás son de orden público. El código civil dice lo contrario; el art. 1388 no permite á los futuros esposos que deroguen los derechos que al marido pertenecen, como jefe, sobre los bienes; ellos no podrían estipular que la mujer tuviese la administración de la comunidad; tampoco podrían convenir que tercera persona administrase los bienes de los hijos. Habría, pues, que hacer distinciones. ¿No es esto una prueba de que el legislador solo es competente para normar esta materia? En resumen, los tribunales hacen lo que el legislador ha descuidado hacer.

§ II. DE LOS PODERES DEL PADRE ADMINISTRADOR.

Núm. 1.—¿Las leyes de la tutela rigen la administración legal?

301. «El padre, durante el matrimonio, es el administrador de los bienes personales de sus hijos menores» (artículo 389). Después de la disolución del matrimonio por

1 Besançon, 14 de Julio de 1864, Dalloz, 1864, 2, 165. Véase la nota en donde se encuentran citadas todas las sentencias y todos los autores que han tratado esta difícil cuestión.

la muerte del padre ó de la madre, la tutela se abre, y el tutor, lo mismo que el padre, administra los bienes del menor (art. 450). Así, pues, la administración legal y la tutela tienen el mismo objeto, son poderes de la misma naturaleza. ¿De aquí debe inferirse que la administración legal se halle regida por las leyes de la naturaleza? La cuestión se presenta desde luego en cuanto á la persona del administrador legal y del tutor. Se pregunta si las disposiciones de las secciones VI y VII del título de la *Tutela*, concernientes á las causas de excusa, de incapacidad, de exclusión y de destitución, son aplicables á la administración legal del padre.

Apenas puede plantearse seriamente la cuestión. Con excepción del disentiendo de Valette, todos están de acuerdo en enseñar que el padre administrador no siendo tutor, no se puede tratar de aplicarle las leyes sobre la tutela (1). Hay causas que dispensan de la tutela, y son estas causas legales de excusa, y ¿puede tratarse de excusas legales, cuando no hay ley? Hay causas de incapacidad, y ¿no es de principio elemental que las incapacidades son de estricta interpretación, que el intérprete jamás puede extenderlas, por la excelente razón de que el legislador sólo tiene el derecho de establecer incapacidades? Con mayor razón sucede así con las causas de exclusión y de destitución, las cuales son infamantes. Hemos dicho que todos están de acuerdo. Esto es verdad en cuanto al principio. No pasa lo mismo con la aplicación. Se admite que el art. 444 es aplicable al padre administrador, que éste puede ser destituido de la administración legal por las mismas causas que permiten destituir al tutor. Insistiremos acerca de este punto (número 321). Agreguemos que Demolombe concede un po-

1 Valette sobre Proudhon, *Del estado de las personas*, t. 1^o, p. 283. En sentido contrario, Demolombe, t. 6^o, p. 325. núm. 340.

der discrecional al juez para la administración de la persona, según él, los tribunales podrían dispensar al padre de la administración legal, si éste tuviera una enfermedad grave y debidamente justificada. Esto nos parece enteramente inadmisibile. ¡Cómo! la ley impone al padre un deber; éste, se le reconoce, es una consecuencia natural de la autoridad del padre sobre la persona de sus hijos; luego es un atributo de la potestad paternal ¡Y tendrá el juez el derecho de descargar al padre de un deber, sin ningún texto! ¡Los tribunales deferirían, pues, á lo que ha hecho el legislador! ¡Podrían, con tan buen derecho, dispensar el padre de su deber de educación! Desde el momento en que se aparta uno del rigor de los principios, ya no existen límites para la inconsecuencia.*

302. ¿Que debe resolverse en cuanto á la administración de los bienes? En este punto la analogía entre el padre y el tutor es evidente, uno y otro administran los bienes del menor ¿quiere decir esto que deban aplicarse á la administración legal las reglas que la ley establece sobre la gestión de los bienes confiada al tutor? Esta es la opinión que se acepta generalmente. A primera vista, se vería uno tentado á creer que tal es la voluntad del legislador. En efecto, éste no trata de la administración legal en el título de la *Potestad paternal*; el art. 389 es el primero del capítulo de la *Tutela*, ¿no es esto marcar muy claramente la intención de asimilar la administración del padre con la del tutor? Así se ha dicho, pero los trabajos preparatorios prueban de la manera más positiva una voluntad diametralmente contraria.

La disposición del art. 389 no existía en el proyecto del código civil, fué propuesta por el Tribunado; los autores mismos de la ley van á decirnos en qué sentido hay que interpretarla. Se lee en las observaciones de la sección de

legislación del Tribunado: «Jamás, hasta hoy, fué calificado el padre de tutor de sus hijos antes de la disolución del matrimonio. Si, mientras existe el matrimonio, la ley no admitiese ninguna diferencia entre el padre y el tutor, propiamente dicho, sería necesario que el padre estuviese, con relación á los bienes personales de sus hijos, sujeto á todas las condiciones y cargos que la ley impone al tutor. Sería preciso que el padre estuviese bajo la vigilancia de un tutor subrogado, bajo la dependencia de un consejo de familia, etc., lo que repugna á todos los principios constantemente aceptados. Parece evidente que hasta la disolución del matrimonio, el verdadero título del padre y el único que pueda tener, es el de administrador» (1).

Se ve que en el ánimo de los autores de la ley, el diferente título que el padre lleva implica un poder diferente del tutor. Pronto veremos en qué consiste la diferencia; por el momento, nos limitamos á hacer constar como un punto cierto, que la voluntad del legislador ha sido la de desechar toda asimilación entre el padre administrador y el tutor. El consejo de Estado, habiendo admitido el artículo 389, sancionó naturalmente la opinión emitida por el Tribunado. Así, en efecto, es como el orador del gobierno explica la ley: «Todo menor, dice Berlier, no se halla necesariamente en tutela. Aquél cuyos padres viven halla en ellos protectores naturales, y si posee algunos bienes personales, la administración corresponde al padre. La tutela empieza con el fallecimiento del padre ó de la madre, porque entorces al perder á uno de sus protectores naturales, el menor reclama una protección especial de la ley» (2). La disposición propuesta por el Tribunado no era una innovación, no hacía más que consagrar un principio tradicional.

1 Observaciones del Tribunado, núm. 2 (Loché, t. 3º, p. 404).

2 Berlier, Exposición de los motivos del título de la *Tutela*, número 3 (Loché, t. 3º, p. 412).

En nuestras antiguas costumbres jamás se separaba la administración de la persona y la de los bienes, prueba clara de que ambas pertenecían al padre, en virtud de la potestad paternal y no como tutor. La costumbre de Nivernais establece (art. 6, cap. XXX): «Los padres y madres son legítimos administradores de los *cuerpos* y *bienes* de sus hijos pupilos» (1).

La diferencia entre la tutela y la administración legal ha sido consagrada por la corte de casación. Por los términos del art. 444 del código de procedimientos, el plazo de la apelación no corre contra el menor no emancipado, sino desde el día en que se notifica el fallo tanto al tutor como al subrogado. La corte de Tolosa resolvió que esta disposición, concebida en términos generales, tenía por objeto proteger á todo menor, al que se halla bajo la patria potestad como al que está bajo tutela. En el caso al debate, el padre mismo había hecho que se nombrase á un tutor subrogado. No obstante, la sentencia fué casada por el motivo perentorio de «que la administración legal es *esencialmente distinta de la tutela*; que la tutela no se inicia sino con la disolución del matrimonio; que hasta entonces los hijos menores están *únicamente* colocados bajo la potestad del padre, administrador legal» (2).

303. Este principio no es suficiente para resolver las grandes dificultades que se encuentran en la administración legal. Este es un principio negativo, que nos permite aplicar al padre administrador las reglas que el código civil establece sobre la gestión del tutor. Hay, pues, que apartar sin vacilaciones la opinión según la cual debería extenderse á la potestad paternal todo lo que la ley dice de la

1 Véase acerca del antiguo derecho, á Merlin, *Repertorio*, en la frase «legítima administración» (t. XVIII, ps. 312 y siguientes).

2 Sentencia de casación, de 4 de Julio de 1842 (Daloz, en la *pábr* *apelación*, núm. 980).

tutela (1). Si este sistema es inadmisibile ¿cuál debe sustituirlo?

Nosotros creemos que hay que atenerse al texto del código. Este dice que el padre es *administrador* de los bienes de sus hijos. El padre administra el patrimonio ageno, luego tiene los derechos y las obligaciones de todo administrador. El que administra bienes que corresponden á un tercero no puede verificar más que actos de administración, y nó puede hacerlos de disposición. Este principio está fundado en la naturaleza misma de las cosas. El propietario sólo tiene derecho á disponer de sus bienes, porque el derecho de disposición es uno de los atributos de la propiedad. No siendo propietario el administrador, no puede disponer de los bienes que administra. Esto es lo que el mismo código indica en el segundo inciso del art. 389. «El padre es responsable, en cuanto á la propiedad y á las rentas de los bienes de los cuales no tienen el goce, y, en cuanto á la propiedad únicamente, de los bienes cuyo usufruto le da la ley.» Si es siempre responsable de la propiedad, es porque no es más que administrador, y que, como tal, él no puede disponer, que debe, al contrario, conservar los bienes para devolverlos, cuando termina su gestión, al hijo que es propietario de ellos. El art. 389 confirma, además, en otro punto nuestro principio. Toda administración debe rendir cuentas de su gestión, porque la administración impone la obligación de gestionar con la solicitud de un buen padre de familia, y por consiguiente de rendir cuentas. Se habría podido creer que el padre, aunque administrador, no debe estar obligado á rendir cuentas á su hijo, la ley resuelve esta duda resolviendo que el padre es responsable. Luego el texto asienta el principios que

1 Este es el sistema de Persil, "del Régimen hipotecario," t. 1.º art. 2121, núm. 36.

estamos buscando: el padre puede verificar los actos de administración, y no puede verificar los actos de disposición (1).

304. Este principio es todavía demasiado vago. Preciso es que sepamos qué cosa es un acto de administración. El tutor es también administrador. Aquí vuelve á presentarse la cuestión de la asimilación entre la tutela y la administración legal. Después de haber dicho que el tutor administra los bienes del menor como buen padre de familia, el código distingue los diversos actos que el tutor está en el caso de verificar: los hay para los cuales exige la autorización del consejo de familia, á veces con la intervención del tutor subrogado; los hay para los cuales, además, de esta autorización, prescribe la homologación del tribunal, añadiendo condiciones particulares, según la importancia de los actos. ¿Deben aplicarse estas disposiciones al padre administrador? Nó, porque ellas suponen la intervención del tutor subrogado y de un consejo de familia, llamados á investigar la gestión del tutor. Ahora bien, el Tribunalado, al proponer el art. 389, ha rechazado formalmente esa inquisición. Acerca de este punto, no puede haber duda alguna (2).

Queda por ver si el padre puede verificar sólo los actos que el tutor no puede sino con la autorización del consejo de familia. La cuestión equivale á saber si estos actos exceden los límites del poder de un administrador ordinario. Creemos que deben hacerse á un lado las distinciones que el código hace en el título de la *Tutela*, para ajustarse al principio que acabamos de asentar. En otros términos, la ley

1 Este es, sobre poco más ó menos, el sistema de Valette, "Explicación sumaria del libro I;" ps. 220 y siguientes, y de Masse y vergé, traducción de Zachariæ, t. 1.º p. 406, nota 12.

2 Fallado en sentido contrario, por la corte de Lieja, que aplica por analogía al padre administrador lo que la ley dice del tutor (sentencia de 8 de Diciembre de 1836, en la *Pasicrisia*, 1836, 2, 260).

no sigue rigurosamente la distinción de los actos en actos de administración y en actos de disposición, ella se decide por consideraciones peculiares de la tutela. La prueba de ello la hallamos en nuestros textos. Acéptate una donación, no es ciertamente un acto de disposición, sino un simple acto de administración; á este título, el tutor debería tener el derecho de aceptar las donaciones hechas á su pupilo; no obstante, por motivos de moralidad, el art. 463 exige la autorización del consejo de familia. Así, pues, no se puede asentar como principio que todo acto para el cual el código prescribe la autorización del consejo de familia, es un acto que excede del poder del administrador. Tan cierto es que la ley da á los padres y demás ascendientes, aun cuando no sean tutores, el derecho de aceptar las donaciones otorgadas al menor (art. 935). Por otra parte, la ley sigue principios diferentes en las diversas administraciones. Así es que á la vez que asimila al menor emancipado con el tutor (artículo 484), no les da idénticos poderes. El menor emancipado no puede recibir ni dar descargo de un capital mobiliario sin la asistencia de su curador (art. 482), mientras que el tutor puede recibir los capitales que se deben á su pupilo, sin formalidad de ninguna especie. Nuestra ley hipotecaria ha impuesto á este respecto nuevas restricciones al poder del tutor (arts. 55 y 57 de la ley de 16 de Diciembre de 1851). Estas restricciones son evidentemente extrañas á la administración del padre; si el legislador belga las ha establecido para la tutela, es porque la hipoteca legal del menor puede no asegurar suficientemente sus intereses; ahora bien, el padre administrador no está sujeto á la hipoteca legal.

Se ve que la argumentación por analogía sería muy problemática en esta materia, porque para las diversas administraciones hay diferentes motivos para decidir. Llegamos

á la conclusión de que la naturaleza misma de los actos es lo que se debe considerar para determinar si son actos de administración. Todo acto concerniente á los bienes es un acto de administración, ó un acto de disposición. Los actos de disposición son aquellos que implican una enagenación total ó parcial de un bien cualquiera. Todo acto que no acarrea una enagenación es, por esto mismo, un acto de administración.

305. ¿Qué cosa es un acto de disposición? Se ofrece una primera dificultad. ¿La enagenación de los muebles es un acto de disposición ó un acto de administración? Nosotros hemos examinado la cuestión en el título de la *ausencia* (1). En cuanto á los inmuebles, no hay duda alguna, cuando la enagenación es directa; es igualmente claro que las concesiones de derechos reales son enagenaciones, y que por consiguiente, la administración no puede establecer ni servidumbre ni hipoteca. La cuestión es más difícil cuando se trata de actos que pueden traer indirectamente la disposición de un inmueble. Tales son las acciones inmobiliarias. En principio, el código no da estas acciones al administrador, porque podría comprometer los derechos inmobiliarios que debe conservar obedeciendo á su misión. ¿Debe aplicarse este principio al padre administrador? La cuestión es controvertida; más adelante volveremos á tratarla.

Los actos de disposición suscitan otra dificultad. En su calidad de administrador, el padre no puede verificarlos. Pero si el interés del menor exige que uno de sus bienes sea enagenado, hipotecado, ¿el padre tendrá derecho de ejecutar este acto de disposición? ¿y qué formalidades deberá cumplir para que sean válidos los actos? Más adelante examinaremos esta cuestión.

1 Véase el tomo 2º de mis *Principios*, núm. 279.