

306. El padre administrador puede ser también usufructuario, y lo es por regla general. ¿Su calidad de usufructuario no viene á modificar los derechos y las obligaciones que tiene como administrador? La afirmativa es evidente, el mismo código lo expresa en lo concerniente á las cuentas (art. 389). Existe una diferencia radical entre el administrador y el usufructuario. El administrador tiene un cargo; tiene obligaciones más bien que derechos; si la ley le reconoce ciertos derechos, es porque los necesita para cumplir el deber que le incumbe. Mientras que el usufructuario tiene un derecho real sobre los bienes de que disfruta. Este derecho real le da un poder que no tiene el administrador.

El usufructuario puede intentar las acciones reales inmobiliarias, cuando para ello tiene un interés, en razón del goce. Luego este derecho corresponde al padre usufructuario; el padre simple administrador no lo tiene. ¿El usufructuario puede enagenar? En principio, puede ceder su derecho de usufructo; á nuestro juicio, el padre usufructuario tiene también este derecho. Respecto al padre administrador no puede ser cuestión de ceder la administración legal, porque no se enagena un cargo. El usufructuario puede aún disponer de las cosas consumibles de que disfruta. En nuestra opinión, el administrador jamás tiene el derecho de enagenar. Luego el padre usufructuario puede verificar actos que no le son permitidos en su calidad de administrador. Se debe, en consecuencia, distinguir con qué calidad promueve. Cuando el hijo tiene diez y ocho años, ya no hay duda alguna, el disfrute legal cesa, el padre no es ya más que un simple administrador. Hasta este momento, el padre es regularmente usufructuario y administrador. Se aplican en este caso los principios que acabamos de asentar: el padre tendrá más que un poder, ten-

drá todos los derechos de un usufructuario. Por excepción, el padre puede no tener el goce de los bienes de sus hijos; es entonces un simple administrador, y no puede llevar á cabo más que los actos de administración.

Núm. 2. De las garantías del menor.

307. ¿El padre administrador debe hacer inventario de los bienes que sus hijos adquieren durante el matrimonio? Si él tiene el usufructo, no hay duda alguna (arts. 600 y 601). Si no es usufructuario ¿debe hacerlo como simple administrador? Conforme á los principios que acabamos de establecer, debe contestarse negativamente. El padre no debe hacer inventario, porque la ley no le impone esta obligación ¿y puede haber obligación legal sin ley? Demolombe dice, que indudablemente el padre tiene que hacer inventario, cita los arts. 1414, 1415 y 1442, que obligan al marido á hacer inventario (1). Podrían citarse, además, los arts. 126 y 451, por cuyos términos los enviados en posesión de los bienes de un ausente, y el tutor, están obligados á hacer inventario. Podría aun citarse el art. 389, que declara responsable al padre. ¿No es el inventario la base de toda cuenta? ¿qué viene á ser una cuenta que no se apoya en un inventario fiel y exacto? Si se pudieran imponer obligaciones por vía de analogía, habría que resolver sin vacilaciones que el padre administrador debe hacer inventario. Pero precisamente porque se trata del padre, administrador privilegiado, es por lo que la argumentación por analogía debe hacerse á un lado. El silencio de la ley es, pues, suficiente para resolver la cuestión (2). Nosotros añadimos que es un vacío lamentable. Precisaba ó nó obli-

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 4º, p. 329, núm. 433.

2 Esta es la opinión de Aubry (*Revista de derecho francés*, 1844, p. 670).

gar al padre á rendir cuentas, ó cuidar dé que sean serias las que él rinde.

¿Si el padre no hace inventario y si se suscitan disputas acerca de la consistencia y el valor de los bienes adquiridos por el hijo ¿éste será admitido á rendir la prueba por medio de la pública fama? Los autores lo enseñan. No se comprendería, dice Demolombe, que la ley que admite esta prueba en los casos previstos por los arts. 1465, 1442 y 1504, no la hubiese igualmente en nuestro caso (1). Esto se comprende, al contrario, muy bien. Cuando la ley prescribe al marido y al cónyuge superviviente que hagan inventario, y cuando éstos no obedecen la ley, hay negligencia culpable y quizás dolo; el legislador castiga al padre ó al cónyuge, admitiendo contra él la más peligrosa de todas las pruebas. ¿Acaso ordena la ley al padre que haga inventario? Nó, pues entonces no había lugar para imponerle una pena.

308. ¿El padre administrador debe caución para la seguridad de la administración? No planteamos la cuestión, sino para hacer notar la regla diferente que sigue la ley para los diversos administradores. Los enviados en posesión de los bienes de un ausente deben dar caución (artículo 120); la ley no impone esta obligación al tutor ni al marido. En cuanto al padre administrador legal, no hay duda alguna. El código exime aun al padre usufructuario de la obligación de presentar caución por más que los usufructuarios en general estén obligados á ello (art. 601); con mayor razon no podría exigir caución del padre simple administrador. Basta, por otra parte, que la ley no imponga esta obligación al padre para que de ella esté exento. Luego se necesita un texto para que exista esta obligación. Por lo tanto, el silencio del código resuelve la cuestión.

1 Demolombe, t. 4º, p. 329, núm. 435. Aubry es de la misma opinión.

309. ¿El padre administrador está sometido á la hipoteca legal que el código otorga al menor sobre los bienes de su tutor? Esta cuestión era en otro tiempo controvertida, por más que casi no hubiese motivo de discusión. ¿Una hipoteca legal puede existir sin ley? El buen sentido como los principios de derecho dicen que la hipoteca legal es de estricta interpretación; el código civil la otorga al menor sobre los bienes de su tutor y no se la otorga sobre los bienes de su padre administrador (art. 2121): esto resuelve la cuestión; si la hemos planteado, ha sido para marcar la diferencia que la ley hace á cada paso entre la administración legal y la tutela.

Una sentencia de Riom expresa muy bien las razones por las cuales el legislador no ha creído conceder una hipoteca legal durante el matrimonio. «El hijo tiene como protectores no solamente al padre, en su vigilancia, sus cuidados y su experiencia, sino también á la madre, en su ternura asidua y previsorá. Mientras que, después de la disolución del matrimonio por la muerte de la madre, el hijo pierde un protector y una parte de sus garantías para la conservación de sus derechos. Esta diferencia de posición para los hijos ha debido determinar una diferencia en la precaución que el legislador toma para poner en salvo sus intereses pecuniarios (1). En Bélgica, la ley hipotecaria ha cortado implícitamente la cuestión en este sentido, como lo diremos en el título de las *Hipotecas*.

¿Lo que no ha hecho el legislador, pueden hacerlo las partes interesadas? Hay un caso que no presenta ninguna duda. Se hace un legado al menor. ¿El deudor puede exigir que el padre administrador consienta una hipoteca sobre sus bienes para la garantía del legatario ó del heredero? Es evidente que nó. El deudor del legado no necesita garan-

1 Riom, 30 de Agosto de 1852, Dalloz, 1854, 2. 227.

tias, él paga valederamente en las manos del padre administrador. En cuanto al hijo, no tiene derecho á una garantía hipotecaria. La corte de Tolosa así lo resolvió en un caso en que el padre había consentido á que se tomase una inscripción sobre sus bienes; ella ordenó la radiación de la inscripción. No puede haber inscripción sin hipoteca; y como el hijo no tiene hipoteca legal, la inscripción se había tomado sin causa (1). Hay más: creemos que el padre ni siquiera podría someterse á la hipoteca, porque esto equivaldría á abdicar de la potestad paternal. Es por motivos de orden público por lo que el legislador ha eximido al padre de la hipoteca legal; por tanto, las convenciones particulares que establecen una hipoteca están viciadas de nulidad.

La cuestión es más dudosa cuando el testador mismo, al hacer un legado al menor, exige que el padre administrador dé una garantía hipotecaria. Si ha fallado por la corte de casación que esta cláusula no violaba ninguna ley (2). Si se admite, que el testador puede privar al padre de la administración, entonces es evidente que con mayor razón puede imponerle garantías. En nuestra opinión, la cuestión debe decidirse en un sentido diferente. Si la administración legal es de orden público, y si por motivos de orden público, la ley no impone hipoteca legal sobre los bienes del padre, hay que inferir que el testador no puede establecer una garantía hipotecaria.

Hay una razón perentoria en favor de esta decisión. ¿De dónde tiene el hijo los bienes que su padre administra durante el matrimonio? De donaciones y legados. Si el donante y el testador pudieran forzar al padre á dar hipoteca, ¿qué vendría á ser la disposición de la ley que lo liber-

1 Tolosa, 25 de Febrero de 1845, Dalloz, 1845, 4, 438.

2 Sentencia, de 30 de Abril de 1833 (Dalloz, en la palabra, *disposiciones entre-vivos*, núm. 189).

ta de la hipoteca legal? El legislador encuentra una garantía suficiente para el hijo en el cariño de sus padres. Y el donante ó el testador diría: Este cariño no me inspira ninguna confianza, y quiero una seguridad real. Esto es inadmisibile en el sistema del código. No creemos que estamos justificando la ley, sino interpretándola.

310. Se pregunta si hay lugar para nombrar un subrogado tutor. No se debería preguntarlo. ¿Puede ser cuestión de una tutela subrogada en donde no hay tutela? El Tribunalado, que propuso el art. 389 ¿acaso no dijo con todas sus letras que no habría subrogado tutor? Puede ser, no obstante, que hay, un conflicto de interés entre el padre y el hijo. En tal caso, se necesita que éste tenga un representante que lo defienda. Los autores están de acuerdo con decir que se le nombrará un tutor *ad hoc*. De esto hallamos un ejemplo en el código civil. Cuando el marido intenta acción de desconocimiento contra el hijo, el art. 318 quiere que á éste se le dé un tutor *ad hoc*. Según la opinión común, este tutor es nombrado por el consejo de familia. A nuestro modo de ver, el tribunal es el que debe hacer el nombramiento (1).

Núm. 3. De los actos de administración.

311. Sin decirlo, se comprende que el padre puede ejecutar todos los actos de administración que el tutor puede hacer solo. En la teoría del código, los arrendamientos son actos de administración cuando no exceden de la duración ordinaria de nueve años (arts. 1429, 1430, 1718). Cuando exceden, se consideran como actos de disposición. Siguese de aquí que el padre administrador está sometido, en esta materia, á las restricciones que se imponen al tutor, no por

1 Demolombe, t. 6º ps. 317 y siguientes, núms. 421, 422. Véase el tomo 3º de mis *Principios*, p. 569, núm. 453.

motivo de analogía, sino por aplicación de un principio general.

El art. 352 obliga al tutor á que venda los muebles del menor, con excepción de aquellos que el consejo de familia lo autoriza para que los conserve en su naturaleza intacta. Hay acuerdo unánime en decir que esta disposición no es aplicable al padre. Esto es evidente, según el principio que hemos dejado establecido, apoyándose en la autoridad del Tribunalado (núm. 302). ¿Ha de inferirse que el padre tiene pleno poder para vender como se le ocurra? Los autores lo enseñan. Pero nosotros buscamos en vano el principio jurídico que permita al padre enagenar como simple administrador. ¿Será esto debido á que la venta de los muebles es un acto de administración? Demolombe contesta que no querría admitir esta proposición con tal generalidad. Nosotros la hemos combatido formalmente, apoyándonos en los textos del código. Nuestra cuestión vuelve á presentarse. Enagenar es un acto de disposición. Ahora bien, el padre no es más que un simple administrador. ¿Con qué derecho enagenaría? «La ley, se dice, parece que se atiene á la sabiduría y al afecto del padre, en lo que se refiere al cuidado de hacer la venta según lo que mejor le parezca, y, por consiguiente, evitar las costas judiciales, si lo cree útil para sus hijos» (1). Este no es lenguaje de un juriconsulto: él no resuelve las cuestiones fundándose en lo que parece que la ley dice, sino en lo que realmente dice; y cuando no dice que el administrador puede enagenar, es porque le niega este derecho, supuesto que es contrario á todo principio que el no propietario puede verificar un acto de propiedad. Por otra parte, ¿en dónde está la ley que parece dar este poder discrecional al padre? Un sólo artí-

1 Demolombe, t. 6º, p. 230, núm. 437, y t. 2º de mis *Principios*, núm. 279.

culo tenemos sobre la administración legal; y todo lo que dice el art. 389, es que el padre es *administrador*. ¿Quié- re decir esto que tenga un poder ilimitado para disponer del mobiliario?

312. Hay actos que el tutor no puede ejecutar sino con la autorización del consejo de familia. ¿El padre administrador puede ejecutarlos él solo? Esta cuestión es controvertida. Desde luego hacemos á un lado la opinión que asimila la administración legal con la tutela (1). No existe consejo de familia que inspeccione los actos del padre administrador, lo mismo que no existe un subrogado tutor. Tampoco puede decirse que se necesita proceder por vía de analogía, porque las disposiciones de la ley concernientes á la tutela son especiales á ésta, y ya lo hemos hecho notar (núm. 302). ¿Debe inferirse de aquí, con otros autores, que el padre puede hacer solo todos los actos para los cuales el tutor tiene que pedir la autorización del consejo de familia? (2). Esto nos parece demasiado absoluto. Debe considerarse la naturaleza de los diversos actos; si no son actos de disposición, el padre puede hacerlos solo. Esta es la aplicación de nuestro principio (núms. 302-305); pero si el acto implica una enagenación, el padre no puede ejecutarlo, porque no tiene más que un poder de administración.

No hay duda alguna respecto á la aceptación de las donaciones (art. 463); el código mismo autoriza al padre para que acepte las donaciones que se hacen al hijo (art. 935). El padre puede también aceptar las sucesiones que tocan en suerte al menor; éste no enagena, sino que adquiere, y debiendo hacerse la aceptación por beneficio de inventario, ningún riesgo resulta de ello para el hijo (arts. 461 y 776).

1 Esta es la opinión de Demolombe, t. 6º, p. 334, núm. 446.

2 Massé y Bergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 406, nota 12. Marcadé, t. 2º, p. 155, núm. 4.

¿Pasa lo mismo con el repudio? Nó, porque renunciar es enagenar, supuesto que el derecho á la herencia es adquirido para el hijo, de derecho pleno, desde la muerte del difunto. Diríase en vano que la ley establece una diferencia entre la renuncia y la enagenación, supuesto que el tutor puede renunciar con la autorización del consejo de familia, mientras que para enagenar necesita la homologación del tribunal. Nosotros contestamos que tales distinciones, especiales á la tutela, no se pueden extender sino por vía de analogía. Luego debe aplicarse á la renuncia el principio que vamos á establecer sobre los actos de disposición.

El padre puede contestar una demanda de petición dirigida contra el hijo, supuesto que el tutor mismo puede hacerlo (art. 465). El puede provocar una partición sin la autorización del consejo de familia, porque distribuir no es enagenar; esto es, pues, un acto de administración, bajo el punto de vista de los principios que rigen la administración legal (1).

Quedan las acciones inmobiliarias y el consentimiento. Siendo dudosa la cuestión, la trataremos separadamente.

Núm. 4. De los actos de disposición.

313. El tutor no puede enagenar directa ni indirectamente los bienes del menor sino con la autorización del consejo de familia homologada por el tribunal, y la autorización no debe concederse sino por causa de una necesidad absoluta ó de una ventaja evidente (art. 457). Se pregunta si el padre administrador se halla sujeto á las mis-

1 Bruselas, 9 de Marzo de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 128). La corte de casación de Francia resolvió que el padre administrador no está sometido, en principio, á la intervención ó inspección de un consejo de familia. Esto resulta hasta la evidencia, dice la sentencia, de las circunstancias y de las declaraciones que han acompañado la introducción en el código, del art. 489 (sentencia de 3 de Junio de 1867, *Dalloz*, 1868, 1, 27).

mas formalidades. Como nosotros hacemos á un lado la asimilación entre la tutela y la administración legal, y aún la argumentación por analogía, debe resolverse que el padre no ha de ser autorizado por el consejo de familia, no existe consejo de familia para el padre administrador. Por lo tanto, no es cuestión de homologación propiamente dicha. Esta es la opinión general, salvo el disentimiento de Demolombe. Pueden citarse en apoyo, además de las consideraciones que hemos hecho valer, lo que ocurrió durante la discusión. El art. 389, según el proyecto, terminaba de este modo: «Todo lo que interese la propiedad de los bienes estará regido por la sección VIII,» es decir, por las disposiciones que imponen al tutor la obligación de pedir la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal. Esta parte final del art. 389 ha sido suprimida. Esto es la confirmación de la teoría del código civil en esta materia. Hay que hacer á un lado los principios de la tutela, que no reciben aplicación á la administración del padre.

Esto no quiere decir que el padre pueda ejecutar, como administrador, actos de disposición, esto no puede ser. ¿Quiere decir esto que los bienes del hijo no pueden enagenarse mientras dure la administración legal? Tal sería, según el rigor de los principios, la consecuencia del silencio de la ley. El padre no puede enagenar y el hijo no tiene más representante que el padre. De aquí resultaría que los bienes del hijo estarían colocados fuera del comercio, lo que es contrario al interés general y á un tiempo mismo al interés de los propietarios. Si hay necesidad absoluta ó ventaja evidente para el hijo en que sus bienes se vendan ó se hipotequen ¿por qué razón el padre no había de poder hacerlo, siendo así que la ley lo permite al tutor?

Aquí hay un argumento por analogía, en el sentido de