

que el interés del hijo en la patria potestad es el mismo que el hijo en tutela. Hay, además, un interés *a fortiori* para el padre. Hay, en general, poderes más extensos que el tutor. Si se permite al tutor la enagenación, debe permitirse al padre. Una sola dificultad se presenta, y es grande. La ley da garantía al menor que se halla en tutela: la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal. No las da en favor del hijo que se halla bajo la patria potestad, y sin embargo, las necesita. ¿Cuáles serán estas garantías?

314. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en admitir que el juez puede autorizar al padre para que enagene, hipoteque y pida prestado. Hay un motivo para dudar. ¿Pueden los tribunales, en ausencia de un texto autorizar á un administrador para que enagene? Nosotros no lo creemos. Sólo el propietario puede enagenar. Cuando es incapaz, á la ley corresponde determinar por quién, con qué condiciones, con qué garantías se hará la enagenación. No vemos con qué título había de intervenir el juez. La necesidad, ó en otros términos, el interés del hijo es lo que ha llevado á los intérpretes á reglamentar lo que el legislador habría debido decidir. Luego se admite que el padre puede ejecutar todo género de actos de disposición con la autorización del juez. Decimos autorización y no homologación, porque no puede tratarse aquí de la intervención del consejo de familia; luego no hay nada que homologar. Si el padre ejecuta un acto de disposición sin la autorización judicial, es nulo el acto. Esta es la consecuencia forzada del principio. Ella aumenta nuestra duda. ¿Puede haber nulidad sin la voluntad del legislador, nulidad por inobservancia de una formalidad que aquél no prescribe? Aquí se ve con toda claridad que los intérpretes hacen la ley.

La corte de casación ha hecho una aplicación notable del

principio aceptado generalmente. Un padre administrador legal compra algunos inmuebles á nombre de sus hijos, pero en lugar de pagar al contado con el dinero que poseía, estipula aplazamientos de pago. La corte de la Martinica decidió que la convención era un verdadero préstamo, disimulado bajo la forma de una adquisición á título de empleo; ahora bien, el padre simple administrador no puede tomar á préstamo, ó al menos no lo puede sino con autorización judicial. A recurso de casación, la sentencia fué confirmada (1). La decisión es muy lógica desde el momento en que se admite el principio.

La transacción está sometida á especiales formalidades cuando se trata de un menor en tutela. Se necesita, además de la autorización del consejo de familia, el dictamen de tres jurisconsultos, y en seguida la homologación del tribunal (art. 467). Se ha fallado que el padre debe observar todas estas formalidades (2).

Esto es extralimitarse del principio consagrado por la jurisprudencia. Si el código exige el dictamen de tres jurisconsultos, es por que puede ser posible que en el consejo de familia no halla ningún miembro que esté iniciado en la ciencia del derecho; esto equivale á un complemento de la autorización del consejo de familia; ahora bien, esta autorización jamás se exige para el padre administrador. Así, pues, debe resolverse que para la transacción así como para todo acto de disposición, es suficiente la intervención del tribunal.

315. ¿El padre tiene derecho de representar á su hijo en justicia, sea como actor sea como demandado? Si se parte del principio de que el padre no tiene más que un poder de administración, la cuestión estará en saber si el de-

1 Sentencia de 2 de Mayo de 1865, Dalloz, 1865, 1, 365.

2 Fallo del tribunal de Marsella, de 12 de Diciembre de 1864, Dalloz, 1867, 5, 347.



recho de intentar una acción ó de contestarla es un acto de administración ó un acto de disposición. El código civil tiene acerca de esto una teoría especial. Hace una distinción. Generalmente da á los administradores el derecho de formular acciones mobiliarias. El art. 464 reconoce implícitamente este derecho al tutor; el menor emancipado, aquél cuyo poder de administración es el más restricto, tiene el mismo derecho (art. 482); el art. 1428 lo da formalmente al marido que administra los bienes de su mujer. Así, pues, está fuera de duda que el padre puede ejercitar solo todas las acciones mobiliarias del hijo. En cuanto á las acciones inmobiliarias, el código las rehusa al tutor, al menor emancipado, é implícitamente al marido. Es, pues, preciso, decir, que el derecho de intentar las acciones inmobiliarias se considera por la ley como excedente del poder de administración. Esto resuelve la cuestión, á nuestro juicio. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia son contrarias.

El único argumento que se encuentra en los autores y en las sentencias, es que la administración legal no es una tutela, que por consiguiente el padre no está sometido á las formalidades y á las restricciones que el código impone al tutor. Por los términos del art. 464, el tutor no puede introducir en justicia una acción relativa á los derechos inmobiliarios del menor, sin la autorización del consejo de familia. Ahora bien, durante el matrimonio, no hay consejo de familia; luego no hay lugar para que el padre pida una autorización para litigar (1). De antemano hemos contestado á esta argumentación. De que la administración legal no es una tutela, debe concluirse que las disposiciones del título X no son aplicables al padre; luego debe hacerse abstracción de ellas y normar los poderes del padre por los

1 Bourges, 11 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1864, 5, 305) y Besançon, 29 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 195).

principios generales que rigen los derechos del administrador. Es razonar mal decir: el tutor no puede ejecutar tal acto sino con la autorización del consejo de familia; luego el padre puede ejecutarlo solo.

Ahora bien, en la teoría del código, no se conceden las acciones inmobiliarias á ningún administrador, y en consecuencia deben rehusarse al padre. Con razón considera la ley las acciones inmobiliarias como excedentes del poder de un administrador. En efecto, el que intenta una acción mal fundada es sentenciado á costas, y estas pueden ser enormes. El administrador, litigando á costa de aquél cuyos intereses maneja, podría verse tentado á litigar á la ligera; es, pues, bueno que haya una inspección. Y aun pueden asimilarse las acciones judiciales con actos de disposición; porque el acto que pierde dispone indirectamente de la clase que es objeto del litigio.

El art. 464 pone el consentimiento en la misma línea que la acción. Si se le concede al padre el derecho de promover, por este mismo hecho se le reconoce el derecho de consentir sin autorización del consejo de familia. En nuestra opinión, sería necesario para consentir, así como para promover una autorización judicial.

316. Del principio de que el padre no puede ejecutar un acto de disposición, se sigue que no puede dar los bienes del hijo. El administrador jamás tiene ese poder, y no puede ejecutar sino actos útiles á aquel cuyo patrimonio administra. Hay un acto que en general es muy ventajoso, y es el arbitraje. Es, sin embargo, de principio que el tutor no puede comprometer, porque el menor no tiene ante los arbitros la garantía de la intervención del ministerio público (C. de proc. art. 1004 y 83, núm. 6). Los textos del código de procedimientos en los cuales se funda



este principio se aplican al hijo bajo la patria potestad tanto como al hijo bajo tutela.

Hay un acto que está vedado al tutor, por más que sea un acto de administración: no puede comprar los bienes del menor, ni aceptar la cesión de un crédito contra su pupilo. (art. 450). Se pregunta si esta prohibición se aplica al padre administrador. Toda prohibición es de derecho estrecho. Luego no puede extenderse al padre administrador lo que la ley dice del tutor. Se objeta que el art. 1596 reproduce la prohibición; pero esta disposición también es de estricta interpretación, y no habla del padre administrador. Esto nos parece decisivo (1).

§ III.—OBLIGACIONES DEL PADRE ADMINISTRADOR.

317. El padre es deudor, dice el art. 389. Hay que agregar que es responsable. Esto no es más que el derecho común. Bajo este respecto, hay completa analogía entre el padre administrador y el tutor; porque la responsabilidad no es más que la aplicación del principio general asentado en el art. 1137. El padre, así como el tutor, debe administrar como buen padre de familia. Está dispensado de todas las garantías que la ley exige al tutor. Razón de más para que maneje los intereses del hijo con toda la solicitud que el legislador esperó de sus afectos.

El padre rinde cuenta de la propiedad y de las réntas de los bienes cuyo goce no tiene, y de la propiedad únicamente en cuanto á los bienes cuyo usufructo tiene. ¿En qué época debe rendirse esta cuenta? En la época en que termina la administración legal, es decir, en la mayoría ó en la emancipación. El usufructo cesa, es cierto, desde el momento en que el hijo llega á los diez y ocho años; pero la administración continúa.

1 Aubry, en la *Revista de derecho francés*, 1844, p. 681. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra *Potestad paternal*, núm. 83.

318. Por los términos del art. 472, «todo tratado que puede pasar entre el tutor y el menor ya mayor, será nulo, si no está precedido de la rendición de una cuenta detallada y de la entrega de comprobantes diez días antes al menos del tratado» (1). Se pregunta si esta disposición es aplicable á la administración legal del padre. La negativa ha sido fallada, y con razón. Ciertamente es que el padre es contable tanto como el tutor, y el art. 472 tiene por objeto asegurar la rendición de cuentas; luego podría decirse que hay analogía y que donde existe el mismo motivo para decidir, debe haber la misma decisión; pero como el art. 472 es una disposición enteramente excepcional, no se la puede extender por vía de analogía. Las excepciones y las nulidades son siempre de derecho estricto.

319. El tutor debe, de pleno derecho, el interés de la suma de la cual es deudor (art. 474). Sin decirlo se entiende que no sucede lo mismo con el padre administrador; el interés legal no es debido sino en virtud de la ley; por esto mismo, los textos que lo establecen son de estricta interpretación.

Otro tanto debe decirse, y por la misma razón, del artículo 475 que limita á diez años las acciones que el menor tiene contra su tutor, relativamente á los hechos de la tutela; esto es también una excepción. Podría invocarse aquí un argumento *á fortiori*. La administración legal es más favorable que la tutela; luego si el menor ya no puede promover contra su tutor después de diez años, con mayor razón ya no debe tener acción contra su padre. Es verdad que el legislador habría debido aplicar esta disposición al padre administrador, pero no lo ha hecho, y el intérprete

1 Sentencias de Agen, de 11 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 294), y de la corte de casación, de 30 de Enero de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 172).