

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 no 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 vía 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. 7°, 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 público 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 diciterna 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 vía 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. 7°, p. 386 número 608 y 609.

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 discutíó 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 cuotidianamente. 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 (Dalloz, 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 entre 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 (Dalloz, 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, inútil 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 género 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 código, 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. Así 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 provienen del reembolso de deudas ó de rentas hecho en el curso de la tutela. Acerca de la necesidad

1 Besançon, 1º de Abril de 1863 (Daloz, 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 con tal objeto se había legado, debe los intereses de dicha suma. (Sentencia de casación de 23 de Abril de 1817, en Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 529, 4º).