

textualmente á los padres de la obligación que ella impone á todo tutor. ¿No es éste el caso de decir que las excepciones son de estricta interpretación, y que ninguna puede aceptarse sin texto? Lo que confirma esta argumentación, es que el código, cuando quiere establecer una excepción en favor de los padres, lo dice formalmente. Así lo hace en los arts. 453 y 454. No lo hace en los arts. 455 y 456: ¿acaso el silencio de la ley no resuelve la cuestión? Esta es nuestra opinión. No vemos una razón, por otra parte, para exceptuar á los padres de una obligación concerniente al buen empleo de los caudales públicos. ¿No deben emplear éstos caudales? El que sobrevive de los padres debe, como todo tutor, gestionar como buen padre de familia; luego debe imponer los caudales pupilares; luego debe seguir una regla para dicha imposición; si no se sigue la que trazan los arts. 455 y 456 ¿cuál será la que se siga? Esto equivaldría á lo arbitrario más absoluto, es decir, que se sacrificarán los intereses del pupilo. Cuando la ley exime á los padres de una obligación que á los demás tutores impone, hay una razón para tal exención, y no por esto se sacrifican los intereses de los menores. Por esto es que el padre debe justificar los gastos que eroga en el sostenimiento de sus hijos y en la gestión de sus bienes, aunque no esté subordinado al consejo de familia. Mientras que cuando se trata del empleo de los caudales pupilares, es fuerza absolutamente que se siga alguna regla; la ley traza una en los artículos 455 y 456; no hay razón para exceptuar al superviviente de los padres, á menos que se establezca otra menos rigurosa; pero el legislador es el único que puede hacerlo; no habiéndolo hecho, el silencio de la ley es decisivo (1).

Se objeta que el art. 454,\* que precede á los 455 y 456, establece una excepción en favor de los padres; después de

1 Demante, t. 2º, p. 284, núm. 213, bis 7.

estas disposiciones viene el art. 457, que dice: «El tutor, aun siendo el padre ó la madre, no puede pedir prestado para el menor.» ¿No quiere decir esto que los artículos que preceden no se aplican á los padres? (1).

Nosotros contestamos que tal argumento es una simple indicación que hace suponer que la intención del legislador ha sido la de dispensar el superviviente de la obligación que dichos artículos imponen á los tutores en general. ¿Puede crearse una excepción por vía de indicación y de suposición cuando dicha excepción no tiene razón de ser? Tan cierto es que la excepción no tiene razón de ser, que los tribunales podrían pronunciar contra los padres que no hubiesen impuesto los caudales pupilares, los daños y perjuicios equivalentes á los intereses y al interés de los intereses, que el tutor debe pagar según los arts. 455 y 456 (2).

¿De qué les serviría entonces la excepción? ¿Y puede concebirse una excepción que corresponda á los tribunales anular?

## § II.—DEL PODER DE ADMINISTRACION DEL TUTOR.

### Núm. 1. Principio general.

40. El art. 450 dice que: «el tutor administre los bienes como buen padre de familia.» Tal es el principio. El tutor tiene el poder de administración; pero ¿qué extensión tiene este poder? La cuestión es muy debatida. Nos parece que el texto que acabamos de transcribir la resuelve. El tutor es administrador del patrimonio de su pupilo, él no tiene ningún derecho personal; luego los poderes que ejerce no pueden pertenecerle sino en su calidad de adminis-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 444, nota 42. Demolombe, t. 7º, p. 402, número 627.

2 Bruselas, 19 de Mayo de 1841, (*Pasicrisia*, 1841, 2, 307). Compárese Potiers, 8 de Junio de 1859 (*Dalloz*, 1859, 2, 215).

trador. Esto equivale á decir que no puede verificar actos que se deriven del poder de administración, y que comunemente el código permite al que maneja intereses ajenos. Para otorgar al tutor derechos más extensos, se necesita un texto; porque esto es traspasar los límites del principio tal como lo establece el art. 450; luego esto es hacer una excepción á una regla, y las excepciones no existen sino en virtud de la ley. La corte de Gante ha formulado el principio en este sentido: «Fuera de los poderes expresamente determinados por la ley, el mandato ordinario del tutor se limita á la administración de los bienes de su pupilo; y por regla general, el derecho de administrar no abarca el derecho de disponer (1).

41. Este principio no está generalmente admitido. La mayor parte de los autores no siguen una regla segura, de lo que se origina grande incertidumbre y un arbitrario inevitable en las cuestiones de aplicación. Hay un sistema diametralmente opuesto al que acabamos de profesar. Aubry y Rau se ciñen á estas frases del art. 450: «el tutor representa al menor en todos los actos civiles,» y de aquí infieren que el tutor tiene, en ausencia de disposiciones contrarias, el poder de hacer solo, sin formalidades especiales, todos los actos necesarios ó útiles á la conservación y al aumento del patrimonio de su pupilo. Las disposiciones contrarias que la ley contiene conciernen á ciertos actos jurídicos para los cuales, en razón de los riesgos que acarrear, exige, sea la autorización del consejo de familia, sea además de esta autorización, la homologación; y á veces hasta prohíbe ciertos actos al tutor. En apoyo de esta doctrina se invoca el derecho antiguo.

El derecho romano decide que el tutor se considera co-

1 Gante, 5 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 312). Compárese Valette, «Explicación sumaria del libro I del código civil, p. 272.

mo el arbitro, supuesto que ocupa el lugar del dueño (1). Respecto á la palabra *administrar* de que se sirve el código, es sinónimo de *gestionar*, y comprende todos los actos necesarios ó útiles á la gestión de un patrimonio (2).

Nosotros rechazamos semejante opinión como contraria al texto y al espíritu de la ley. La palabra *administrar* tiene un sentido claro y preciso en el lenguaje del código; marca que el administrador difiere esencialmente del dueño, en que no puede verificar sino actos de administración mientras que el dueño en virtud de su derecho de propiedad, puede disponer de la cosa que le pertenece. Cuando el art. 125, dice que los agentes en posesión provisional tienen la *administración* de los bienes del ausente, esto quiere decir, por dictamen universal, que no pueden ejecutar acto ninguno de disposición. El art. 389, prescribe que el padre, durante el matrimonio es *administrador* de los bienes personales de sus hijos menores; luego no tiene más que un poder de administración y no puede disponer de los bienes que está encargado de administrar. En el mismo sentido es como el art. 1428, dice que el marido tiene la *administración* de los bienes de la mujer; cierto es que el art. 1428, se sirve de la misma expresión para calificar el poder del marido como jefe de la comunidad; pero inmediatamente agrega que puede vender los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer; luego es dueño y señor, mientras que sólo es administrador de los bienes de la mujer. Por último, por los términos del art. 1988, el mandato concebido en términos generales no abraza más que los actos de administración; si se trata de *enagenar*, dice á continuación el artículo, ó de *hipotecar* ó de *otro acto cualquiera de propiedad* el mandato debe

1 L. 27, D. «de admittit (XXVI, 7): «Tutor, qui tutelam gerit quantum ad providentiam tutelarem, domini loco habere debet.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 445, nota 1.

ser expreso. ¿No equivale esto á decir con claridad que el administrador no puede, en principio, ejecutar un acto de propiedad? La ley aplica este principio hasta á los asociados, aunque sean propietarios de los bienes que componen el activo social; á falta de estipulaciones especiales, tienen ellos el poder de administrar, pero este poder no les da el derecho de enagenar las cosas aun las mobiliarias que dependen de la sociedad (arts. 1859 y 1860). Un solo caso hay en el cual la ley da á un propietario que no tiene más que un poder de administración el derecho de enagenar el mobiliario, y es cuando la mujer se haya separada en bienes (art. 1449). Esta única excepción confirma la regla (1)

Cierto es que en el antiguo derecho romano se seguía el principio cuya expresión se encuentra aún en el Digesto: el tutor se reputaba en cierto modo como propietario, en tanto que se trataba de proteger al impuber, es decir, de conservar y de aumentar su patrimonio; se le permitía enagenar los bienes pupilares á título oneroso. Pero, cosa notable, ese poder del tutor ha ido siempre disminuyendo; la facultad de enagenar que en otro tiempo se le reconocía fué sucesivamente restringida, y los emperadores acabaron por prohibir al tutor que enagenase (2). En el antiguo derecho francés se citaba también la máxima de que el tutor sea considerado como dueño. Existía otra máxima que parecía dar al tutor un poder ilimitado: «los hechos del tutor son los del menor.» Pero cuando se hacen á un lado dichas reglas banales, y se examina cuáles eran los derechos del tutor, se ve que la jurisprudencia se separaba cada vez más del principio romano. Pothier lo limita positivamente á los actos de administración. «El poder del tutor, dice él,

1 Compárese lo que he dicho en el tomo 2º de mis *principios*, número 179.

2 Namur, «Curso de institutas y de historia del derecho romano,» t. 1º, p. 123.

sobre los bienes del menor es tal, que todo lo que él hace *con relación á su administración* tiene la misma eficacia que si dichos bienes le perteneciesen.» Y esta administración estaba encerrada en límites bastante estrechos. Ciertamente que el arrendamiento es un acto de administración; sin embargo, el menor no estaba abligado, dice Pothier, á mantener un arrendamiento que pasase de nueve años. ¿Por qué? Porque, contesta Pothier, semejantes arrendamientos exceden los *límites de la administración* (1). Así es que el tal pretendido *dueño* ni siquiera podrá alquilar una casa ó un pedazo de tierra por más de nueve años. Bourjon formula netamente el principio del antiguo derecho: «En tésis general, dice, los hechos del tutor se consideran como del pupilo.» En seguida explica el sentido de esta máxima. «El poder del tutor de obrar por el menor y de representarlo se limita á los actos de administración, porque los de enagenación no están dentro de esta potestad.» Esto no es más que nuestro art. 450. Al decir que el tutor administra los bienes del menor como buen padre de familia, la ley no dice lo que se le hace decir, que el tutor tiene poder para hacer todo lo que puede aumentar el patrimonio del menor; ella dice, como se enseñaba en el antiguo derecho, que «todo acto de enagenación está fuera de la potestad del tutor» (2).

Todavía en el antiguo derecho quedaban vestigios de la omnipotencia primitiva del tutor. Por esto es que se juzgó que en los países de derecho escrito, el tutor podía hipote-

1 Pothier, «Tratado de las personas,» núms. 165, 166, 167.

2 Bourjon, «El Derecho común de la Francia,» libro 1º, tit. 6º, sección 2ª, arts. 38, 41, 55 (t. 1º, ps. 42, 43). Domat se expresa en el mismo sentido. El poder y la autoridad del tutor se extiende á todo lo que puede ser necesario para el buen uso de su administración; las leyes lo consideran como un buen padre de familia, y hasta le dan el nombre de dueño y señor. «Pero únicamente para administrar como buen padre de familia» *las leyes civiles*, libro 2º, tit. 1º, sección 2ª, art. 2).

car los bienes del pupilo sin autorización de justicia (1), y que podía, aún sin estar autorizado por el consejo de familia, transar con los derechos mobiliarios del menor (2). El código civil es más lógico, porque no da al tutor más que un poder de administración; desde el momento en que se trate de un acto que se salga de la administración, la ley hace intervenir al consejo de familia.

Esto nos indica el principio que debe seguirse en los casos no previstos por el código. Se trata de un acto de administración, el tutor tiene facultad para verificarlo, en virtud del poder general de administración que le otorga el art. 450. Se trata de un acto de disposición, entonces el tutor no tiene derecho á ejecutarlo, porque ningún acto de enagenación está en sus facultades; se necesitará aplicar por analogía las disposiciones del código concernientes á los actos de disposición.

42. Así, pues, no aceptamos que el tutor pueda ejecutar él solo, sin ninguna autorización, los actos para los cuales la ley no exige formalidad especial. Desde que el acto excede los límites del poder de administración, el tutor ya no tiene derecho para ejecutarlo. No hay lugar á distinguir, como Demolombe lo propone, entre los terceros y el menor (3). ¿Cómo un mismo y solo acto había de ser válido respecto á terceros y nulo respecto al pupilo? ¿Qué importa la buena fe de los terceros? ¿Acaso la buena fe de los terceros es la que determina los derechos del tutor? Los límites de su poder están trazados por la ley; desde el momento en que los excede, lo que el tutor hace no es de la responsabilidad del menor; luego el menor puede pedir la nulidad contra terceros. Que no se invoque el interés de los que con-

1 Sentencia de la corte de casación, de 14 de Octubre de 1806 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 535).

2 Sentencia de la corte de casación, de 10 de Mayo de 1813 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 557).

3 Demolombe, "Curso de código Napoleón," t. 3º, p. 361, número 587.

tratan con el tutor, porque saben que tratan con un administrador, y pueden, en consecuencia, tomar sus medidas.

### *Núm. 2 de los actos conservatorios.*

43 Es de principio que los incapaces pueden verificar actos de conservación. Hemos dado la razón de esto en otro lugar (1). Con mayor razón el tutor puede llevarlos á cabo. Lejos de ser un incapaz, tiene la misión de representar y de proteger á un incapaz. El tutor, dice el art. 450, administra los bienes del menor como buen padre de familia. Ahora bien, el primer deber del buen padre de familia es el de conservar los bienes. El tutor tiene la misma obligación, y por lo tanto, tiene el derecho de ejecutar todos los actos de conservación. Al hablar de los poderes del marido, administrador de los bienes de la mujer, el código dice que aquél es responsable de todo detrimento de dichos bienes, causado por falta de actos de conservación (artículo 1428). Esto, sin duda alguna, se aplica al tutor.

Interrumpir la prescripción es un acto conservatorio; así pues, el tutor tiene derecho á ejecutar todos los actos que constituyen la interrupción de la prescripción. Uno de estos actos origina una objeción. La cita judicial es el modo regular con el cual se interrumpe la prescripción; pero la ley agrega que se considera la interrupción como no acaecida si la asignación es nula en la forma (art. 2247). ¿Puede decirse que la acción es nula en la forma cuando el tutor intenta una acción inmobiliaria sin autorización del consejo de familia? Se está de acuerdo en decidir que no hay lugar á aplicar el art. 2247. Todo lo que el demandado puede hacer, es exigir que el tutor presente la autorización, lo que válidamente puede hacerse durante el curso de la instancia. Si el litigio se prosigue sin que el demandado haya opuesto al tutor la excepción de falta de autorización,

1 Véase el tomo 2º de mis "principios," núm. 98.

el menor sólo puede prevalecerse de dicha irregularidad; no es posible redargüir contra él una formalidad que sólo por favorecerlo se ha introducido (1).

¿Puede intentar el tutor las acciones posesorias? Hay un motivo para dudar, el cual ha preocupado á todos los tutores. El art. 464 establece que ningún tutor pueda introducir en justicia una acción relativa á los derechos inmobiliarios del menor, sin la autorización del consejo de familia. Ahora bien, la acción posesoria es una acción inmobiliaria, lo que parece que resuelve la cuestión en contra del tutor.

Se contesta, y se presentaría en la contestación, que el principio en virtud del cual los incapaces, y con mayor razón, los administradores pueden ejecutar todos los actos conservatorios, domina al principio especial establecido por el art. 464; en otros términos, las acciones posesorias no están comprendidas entre las acciones inmobiliarias que el tutor no puede intentar. El espíritu de la ley no deja duda alguna acerca de este punto ¿Por qué prohíbe la ley al tutor que introduzca en justicia acciones relativas á los derechos inmobiliarios del menor? Porque teme que el tutor comprometa sus derechos. Ahora bien, las acciones posesorias, lejos de que comprometan los derechos del menor, los resguardan. El mismo legislador aplica estos principios al marido administrador de los bienes de la mujer, no le permite que formule demandas concernientes á los inmuebles, mientras que le impone un deber para intentar las acciones posesorias (art. 1428). Esto hace desaparecer todo género de duda (2):

44. ¿Puede el tutor hacer las reparaciones? Hay grande incertidumbre acerca de este punto en la doctrina. Distin-

1 Duranton, t. 3º, p. 558, núm. 572. Demolombe, t. 7º, p. 463, número 687.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 464, y los autores que citan, nota 8.

guense las reparaciones ordinarias de las de mucha importancia; en cuanto á las primeras, todos están de acuerdo en decir que el tutor tiene derecho para hacerlo; en cuanto á las demás, se hace una nueva distinción, entre si las rentas son suficientes ó si debe tocarse el capital del menor; se rehusa al tutor el derecho de emplear los capitales sin autorización del consejo de familia. Nosotros creemos que no hay lugar á distinguir. Toda reparación es un acto de conservación, aun cuando no sea de una necesidad urgente; porque si no se hacen oportunamente las reparaciones, las cosas vienen á menos. Por lo mismo el tutor puede y debe hacerlas. Sin duda alguna que, de hecho, las reparaciones pueden ser un acto de mala gestión, si cuestan más de lo que el inmueble vale. El tutor será responsable, porque no habrá administrado como buen padre de familia. Pero esto no impide que haya tenido el derecho de hacer las reparaciones; luego las obligaciones que haya contraído contra obreros y contratistas son válidas, y el menor debe ejecutarlas; en caso necesario, el acreedor puede ejecutarlas por la vía de embargo y venta forzosa de los bienes del menor; es llegado el caso de aplicar el antiguo adagio: todo acto del tutor obliga al menor; ahora bien, el que obliga su persona, obliga sus bienes. Esto decide la cuestión (1).

Las distinciones que se hacen se fundan en una interpretación errónea de los textos. No debe hacerse distinción ninguna entre las reparaciones ordinarias y las de mucha importancia; porque toda reparación es un acto de administración y aun de conservación; luego debe aplicarse el art. 450, que da al tutor un poder absoluto para administrar á su reponsabilidad cuando causa un daño al menor

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 450 y nota 50. En sentido contrario, Duranton, t. 3º, p. 347, núm. 339. Demolombe, t. 7º, p. 425, núms. 649 y 630, y una sentencia de París, de 12 ventoso, año XI (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 484, 1º).