

53. El riesgo para el menor es real, cuando el tutor no ofrece garantía suficiente por su fortuna en bienes raíces. Si no tiene inmuebles, ó si los que posee son insuficientes, será ilusoria la garantía del menor. La ley hipotecaria belga ha buscado un remedio al mal, pero hay que confesarlo, la modificación que ella ha introducido en el código no alcanza el fin que el legislador se ha propuesto. El art. 55 establece que: «si en el momento de la deliberación de que se habla en el art. 49 (1), se reconoce que el tutor no posee inmuebles, el consejo de familia después de que, en cumplimiento del art. 455 del código civil, haya fijado la suma en la cual comenzará para el tutor la obligación de emplear el excedente de las rentas sobre los gastos, podrá ordenar que en espera de dicho empleo, los capitales de los menores y de los incapacitados sean colocados por el tutor en la caja de depósitos y consignaciones, á instancia del subrogado tutor ó de un miembro del consejo de familia comisionado con tal efecto.» El art. 56 contiene una disposición análoga para el caso en que el tutor posea algunos inmuebles, pero que se reputen insuficientes para responder por la totalidad de su gestión. El consejo de familia podrá entonces determinar la suma más allá de la cual debe hacerse la colocación en la caja de depósitos. Se ve que la decisión del consejo es facultativa; ahora bien, las garantías facultativas en materia de tutela, casi siempre son ilusorias. Ya hemos hecho la observación (núm. 36). Una medida excepcional es una medida de desconfianza; por esto mismo, los consejos de familia retroceden ante la aplicación. Habría que hacer obligatoria la regla, porque sería la única manera de resguardar eficazmente los intereses de los menores (2).

1 La deliberación que tiene por objeto especializar la hipoteca legal del menor. (Véase, núm. 7).

2 Marton, Comentario de la ley de 16 de Diciembre de 1851, t. 2º, páginas 396 y siguientes.

54 El tutor tiene el derecho de promover el pago de los créditos del pupilo y de pagar las deudas de éste; y ¿de esto debe inferirse que tiene calidad para concurrir á un reglamento que tenga por objeto determinar aquello de lo cual el pupilo es acreedor y aquello de que es deudor? Se ha fallado la afirmativa (1), y en apoyo de dicha opinión puede decirse que el derecho de pujar las deudas implica el derecho de reconocer su legitimidad. La corte de casación ha resuelto que un arreglo de cuentas hecho por el tutor para su menor obliga á éste como si por él hubiese sido acordado, en la época de su mayor edad (2), de donde se seguiría que el menor no podría exigir una revisión. Esto nos parece demasiado absoluto. Sin duda que el tutor puede pagar las deudas de su pupilo, aunque la ley no lo exprese. Pero al resolverlo así, se supone que la deuda es cierta; si es dudosa, el tutor no tiene ya el derecho de pagar; por el contrario, debe discutir, y litigar si fuere necesario. Si es dudosa la regla, hay lugar á transacción; pero para transar, aun cuando sea acerca de derechos mobiliarios, se necesitan formalidades especiales que más adelante expondremos.

Se objeta que un arreglo de cuentas es un acto de administración. Esto es verdad, pero con una reserva; y es que dicho reglamento no contenga un reconocimiento de deuda á cargo del menor. El tutor no puede hacer tal reconocimiento, porque equivaldría á permitirle que indirectamente dispusiese de los bienes del pupilo, supuesto que toda deuda compromete los bienes del deudor. La ley prohíbe al tutor que transe, sin una autorización del consejo de familia homologada por el tribunal; ahora bien, reconocer la existencia de una deuda, es un acto más oneroso para el

1 Grenoble, 11 de Enero de 1864 (Daloz, 1865, 2, 57).

2 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 131).

menor que una transacción, porque ésta le conserva al menor una parte de su derecho. En vano se dice que el que puede pagar una deuda tiene por esto misma calidad para reconocer su legitimidad; nosotros contestamos, con la corte de Burdeos, que el pago es distinto al reconocimiento de una deuda. Pagar supone una deuda cierta, y al cubrirla, el tutor hace mejor la condición de su pupilo, mientras que el reconocimiento de una deuda implica que ésta no existe, en el sentido de que no hay prueba legal, lo que obligaría al menor á pagarla, cuando hubiera podido poner en duda su existencia (1).

Infiérese de aquí que el tutor no puede aceptar hechos extraños á su gestión, aceptación que tendría por efecto obligar al menor. La confesión es un acto de disposición, de aquí el refrán: el que no puede dar no puede reconocer. Ahora bien, el tutor no puede dar. Tampoco puede disponer de los derechos mobiliarios del menor.

Que no se objete que el tutor puede intentar las acciones mobiliarias pertenecientes á su pupilo, porque nada de común existe entre el consentimiento y persecución judicial de un derecho; el tutor que intenta una acción no dispone del derecho de reivindicar sino que, al contrario, el derecho está bajo la garantía de la justicia, y si el menor está mal defendido, tiene todavía á su disposición las diligencias civiles. Mientras que la confesión es la disposición pura y sencilla del derecho que es el objeto. La doctrina y la jurisprudencia se hallan en este sentido (2). ¿Puede el tutor conferir el juramento decisorio, y este juramento puede serle referido? Nosotros contestamos que nó, sin vacilar. En efecto, es de principio que el juramento implica una transacción; ahora bien, no puede hacer transacciones.

1 Burdeos, 24 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 198).

2 Dalloz, en la palabra *obligaciones*, núm. 5085. Sentencia de Lyon, de 18 de Julio de 1861 (Dalloz, 1863 2, 166).

No hay que distinguir entre los derechos mobiliarios y los derechos inmobiliarios del menor, porque el tutor no puede transar ni con unos ni con otros. ¿Hay que establecer una excepción si el juramento estriba en un acto personal al tutor? Nosotros no lo creemos. Desde el momento en que el acto es concerniente á la tutela, debe aplicarse el principio de que el tutor no puede celebrar transacciones, luego no puede otorgar el juramento, que se le otorga, porque entonces transará sobre un hecho de tutela (1).

*II. De los créditos del tutor contra el menor, y de éste contra aquél.*

55. El tutor debe pagar al menor lo que le debe, supuesto que debe exigir el pago de los terceros deudores. Con mayor razón debe exigirlo de sí mismo. Se pregunta cuál es el punto de computación de los réditos que él debe. La respuesta es muy sencilla: la ley no contiene disposición especial en cuanto á las deudas del tutor respecto al menor; por lo tanto, seguimos bajo el imperio de los principios generales: ahora bien, conforme á las reglas establecidas por los arts. 455 y 456, el tutor no debe los réditos de los caudales pupilares sino seis meses después de haber percibido éstos, suponiendo que tales caudales constituyan un excedente de las rentas sobre los gastos. La suma que el tutor debe, forma parte de los caudales pupilares: luego deben aplicarse las reglas que acabamos de recordar. Sin duda alguna que la ley habría debido tratarlo con mayor severidad; él sabe que es deudor y sabe cuando se vence la deuda; ninguna cosa le impide, pues, que de antemano busque una imposición como lo habría hecho con su propio dinero (2).

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 465, Demolombe, t. 7º, p. 469, núm. 693.

2 Esta es la opinión de Delvincourt, t. 1º, p. 293, y de Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 362, núm. 4. En sentido contrario, Demolombe, t. 7º, p. 394, núm. 616; Aubry y Rau, t. 1º, p. 443, nota 40.

Pero la ley no muestra este rigor, y en verdad que el intérprete no puede manifestarse más riguroso que el legislador. Se dirá en vano que al tutor que no impone inmediatamente las sumas que debe á su pupilo, se le presume emplearlas en provecho propio; la ley no establece semejante presunción, y no puede haber presunción legal sin ley. Se ha propuesto otra distinción: si el tutor, se dice, no pone en caja lo que debe, es porque habrá empleado los caudales en propio provecho, y por lo mismo deberá los réditos (1). Creemos que esto es crear siempre una presunción. ¿Qué importa que la suma permanezca en la caja del tutor si éste no la emplea? Luego tiene que probarse el empleo, y tal prueba no puede hacerse por presunciones sino en virtud de un texto.

Cuándo el tutor es deudor por deuda para lo cual corre la prescripción contra el menor ¿podrá invocar la prescripción? se resuelve que nó, porque el tutor debía exigir el pago de sí mismo (2). Siguiendo el rigor de los principios, debe decirse que la prescripción ha corrido su término, en efecto, la prescripción corre en contra y á favor de toda clase de personas, á menos que no estén comprendidas en alguna excepción establecida por alguna ley (art. 2251); ahora bien, ley ninguna dice que las prescripciones que corren contra el menor no corran á favor del tutor. Pero si de derecho, el tutor puede invocar la prescripción, de hecho, no tiene ningún interés en ello. En efecto, él habría debido exigir el pago de sí mismo; y no habiéndolo hecho, ha obrado como mal padre de familia, ha faltado á su deber y es responsable; luego debe indemnización al pupilo, es decir, que debería á título de daño y perjuicio, pagar al

1 Marcadé, t. 2º, p. 247, núm. 3, seguido por Demolombe, t. 7º, página 394, núm. 616, y Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 1º, página 431, nota 32.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 472 y nota 4. Marcadé, t. 2º, p. 347 número 3.

menor el importe de la deuda cuya prescripción impondría incluso los intereses.

56. Cuando el tutor es acreedor, puede pagarse á sí mismo; pagar las deudas es un acto de administración, y poco importa que él sea acreedor. Se ha fallado, y con razón, que el subrogado tutor no debe intervenir, porque los intereses del tutor no están, en este caso, opuestos á los del menor: si el tutor tiene interés en recibir lo que se le debe, el menor, por su parte, tiene interés en pagar lo que debe. Se pregunta si hay lugar á compensación cuando el tutor es deudor. Si el tutor es realmente deudor del menor, independientemente de la tutela, no hay duda alguna, la compensación se opera de pleno derecho (art. 1290). Pero ¿qué debe resolverse si el tutor ha recibido por el menor rentas ó capitales; es él deudor de dichas sumas, y hay lugar á compensación? El es deudor, en el sentido de que debe rendir cuentas; de lo que se sigue que dicha deuda no es compensable, porque no es líquida. Así, pues, es en vano que los autores hablen de compensación: el tutor se pagará con los bienes pupilares; pero no habrá extinción de su crédito en pleno derecho, sino á medida que perciba una suma que al menor se le deba (1). Si no hay caudales pupilares suficientes para pagar al tutor ¿podrá éste tramitar la venta de los bienes del menor y pagarse con ese valor? Si el crédito es extraño á la tutela, no hay duda alguna, porque el tutor es un acreedor ordinario y tiene los derechos que á todo acreedor corresponden, su puesto que la ley no establece ninguna excepción (2). Si se trata de un anticipo

1 Hay mucha incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia de esta cuestión. Véase Toullier, t. 2º, núm. 1219, Duranton, tomo 3º, núm. 500. Demolombe, t. 7º, p. 432, núm. 637. Sentencia de Tolosa, de 21 de Junio de 1832, y de Rennes, de 28 de Abril de 1830 (Daloz, en la palabra *minorio*, núm. 486).

2 Grenoble, 9 de Agosto de 1823 (Daloz, en la palabra *minorio*, número 486).

que el tutor haya hecho por el pupilo, la cuestión es debatida. En el antiguo derecho, se decidía que el tutor no tenía acción sino al término de la tutela, y esta opinión está todavía sostenida bajo el imperio del código civil. Nosotros creemos con Demolombe que el tutor puede promover inmediatamente (1). El es acreedor, y todo acreedor tiene acción judicial á menos que la ley se la rehuse. Se objeta que el tutor no puede ser acreedor sino en virtud de una cuenta, y que ésta no se rinde sino al término de la tutela. La objeción reposa en una confusión de ideas. La cuenta se compone de los ingresos que el tutor ha hecho para el menor y de los gastos. Estos gastos se toman sobre las rentas ó los capitales del menor; el tutor no debe, como tal, hacer anticipos, luego estos no son un gasto de la tutela, y en consecuencia, son una deuda del menor, que debe ser solventada como toda deuda.

57. ¿El tutor tiene derecho á los réditos de lo que le es debido por el pupilo? En el derecho antiguo, la cuestión dividía á las naciones de derecho consuetudinario de las naciones de derecho escrito. El Parlamento de París no concedía al tutor el interés de sus anticipos sino desde el día de la demanda formulada por él después de cerrada la cuenta. Esta regla era generalmente seguida en las naciones de derecho consuetudinario (2). En las naciones de derecho escrito, por el contrario, el tutor tenía derecho á los réditos como otro mandatario cualquiera (3). Resulta del art. 474 que los autores del código Napoleón han dado la preferencia á la jurisprudencia de las naciones de derecho consuetudinario (4). En efecto, el segundo inciso dice: «Los ré-

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 7º, p. 52, núm. 49.

2 Ferrière, *Diccionario de derecho*, en la palabra *réditos*; Merlin, *Repertorio*, en la palabra *intereses*, pío. 2, núm. 5.

3 Domat, *leyes civiles*, libro 2º, tit. 1º, sección 4ª, núm. 5.

4 La cuestión ha sido resuelta implícitamente en tal sentido por la corte de casación, sentencia de denegada apelación, de 11 de Noviembre de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 317, y la nota 3).

ditos de lo que el menor deba al tutor no se contarán sino desde el día de la intimación de pago que haya seguido á la clausura de la cuenta.» Luego el art. 474 deroga la regla general establecida por el art. 2004, por cuyos términos el rédito de los anticipos hechos por el mandatario se le debe por el mandante á contar desde el día en que se comprueben los anticipos. ¿Cuál es la razón de esta excepción? Se dice que la cuenta sola comprobará si el tutor es acreedor ó deudor, y que aquél no puede tener derecho á los réditos sino en tanto que su crédito no es cierto. La razón es mala, ella no ha detenido al legislador respecto al mandatario ordinario y tampoco habría debido detenerlo respecto al tutor. Generalmente el tutor no hace anticipos, sino que paga los gastos con las rentas del pupilo; puede suceder que las rentas no sean suficientes para cubrir un gasto extraordinario; por este hecho mismo el anticipo deberá constar, y la equidad exigiría ciertamente que el tutor fuese tratado con tanto favor como un mandatario ordinario.

La equidad está evidentemente tan á favor del tutor, que á pesar del art. 474, se ha sostenido que había lugar á aplicar el art. 2001 (1). Greemos que el art. 474 ha puesto un término á la división que existía en el antiguo derecho, en el sentido de que admite el sistema del derecho consuetudinario en cuanto á los intereses de los anticipos hechos por el tutor, lo que excluye los intereses, salvo que el tutor demande en justicia los réditos conforme al derecho común. ¿Pero se concibe á un tutor demandando á su pupilo para obtener el interés de un anticipo? Esto es tan chocante, que se ha propuesto abandonar el arreglo de los intereses al consejo de familia (2). Pero esto es inadmi-

1 Dalloz, en la palabra *minoría* núm. 487, Delvincourt; t. 1º, página 411, nota 7.

2 Duranton, t. 3º, p. 531, núm. 566. En sentido contrario, de

ble. Desde el momento en que los réditos no corren de pleno derecho, no pueden correr sino en virtud de una demanda judicial (1).

58. ¿La prescripción corre contra el tutor en beneficio del menor? Se pretende que nó, porque está en el interés del menor que el tutor no lo persiga; luego no puede prevalecerse contra el tutor de que éste no haya promovido (2). Esto es muy cierto bajo el punto de vista de la equidad. Pero las cuestiones de derecho se resuelven no por la equidad, sino por los textos y los principios; ahora bien, el artículo 2251 es formal: la prescripción corre, salvo en los casos en que la ley la suspende, y la ley no suspende la prescripción en provecho del tutor. No obstante, el menor no tendría interés ninguno en invocar la prescripción. En efecto, el tutor ejecuta una cosa útil para el menor al no promover; tiene acción contra él, en razón de esa utilidad; luego el menor debe indemnizarlo del perjuicio que sufra, es decir, que debe reembolsarle el crédito prescrito.

*Núm. 5. Imposición de los capitales y rentas.*

59. Imponer las rentas y los capitales disponibles es un acto de administración y un acto de buena gestión, pero con una condición, que la imposición sea segura y ventajosa. De aquí nace la cuestión de saber si el administrador es libre para hacer el empleo que juzgue conveniente. El código no tiene sistema general y uniforme acerca de este punto. Cuando se trata de una substitución permitida, la ley quiere que el gravado haga el empleo en inmueble, ó con privilegio sobre inmuebles (arts. 1067). Cuando por excepción, el código permite enagenar ó permutar los in-

Fremenville, t. 1º, núm. 234, y sentencia de Lyon, de 16 de Febrero de 1835 (Daloz, en la palabra "patria potestad," núm. 151).

1 Durantón, t. 3º, núm. 604, Demolombe, t. 8º, p. 50, núm. 47.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 474, y nota 13.

muebles dotales, permite que se emplee el excedente del valor ó del saldo en inmuebles (arts. 1558, 1559). En el título de la *Tutela*, la ley nada dice del empleo, este silencio es decisivo, supuesto que la imposición de los caudales pupilares es un acto de administración y que el código no limita el poder del tutor en este punto, debe resolverse que el tutor puede hacer la imposición como se le ocurra, sin autorización del consejo de familia ni intervención del subrogado tutor (1). Esto no carece de riesgos. Puede suceder que la responsabilidad del tutor no sea una garantía, si no tiene inmuebles ó si el valor de éstos es insuficiente para garantizar los intereses del pupilo. La ley hipotecaria belga ha puesto remedio al riesgo, ordenando al tutor que haga el empleo que haya sido determinado por el consejo de familia, y el legislador ha tenido cuidado de indicar cuál será el mejor empleo: esto equivale á cubrir las deudas de los menores, ó á comprar sea inmuebles, sea rentas sobre el Estado, ó hacer préstamos con privilegio inmobiliario ó con hipoteca en primer lugar (Ley de 16 de Diciembre de 1851, art. 57). Desgraciadamente el legislador no aplica esta disposición sino al caso en que el consejo de familia haya prescrito depositar en la caja de consignaciones las rentas y capitales de los menores; no siendo tal depósito obligatorio para todos los tutores, la garantía concerniente al empleo las más de las veces será ilusoria. Así, pues, hay que hacer a un lado esta disposición que será una rara excepción, y volver al derecho común, según el cual el tutor es libre para hacer la imposición que apetezca.

Las imposiciones indicadas en la ley hipotecaria belga son por lo menos una recomendación para los tutores. Con

1 Véanse los autores y las sentencias citadas por Aubry y Rau t. 1º, p. 459, nota 64. Compárese, sentencia de Burdeos, de 2 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 8).