

liberación; la aspiración de la ley no quedaría satisfecha si el consejo que ella considera como incompetente procediese una deliberación sin tener á la vista la opinión de los abogados; ésta sería una deliberación ridícula y por lo tanto, nula (1).

La transacción, dice el art. 467, debe ser homologada por el tribunal. Luego no homologa la deliberación del consejo de familia. A decir verdad, esta deliberación no es más que una formalidad; lo que constituye el acto esencial que el tribunal debe aprobar, es la transacción como la hayan formulado los tres abogados.

§ V.—DE LOS ACTOS PROHIBIDOS AL TUTOR.

97. El art. 1596 dice que los tutores no pueden hacerse adjudicatarios de los bienes cuya tutela tienen. Esta prohibición se halla en el art. 450, el cual agrega que ellos no pueden aceptar la cesión de ningún derecho ó crédito contra sus pupilos. Remitimos para esta materia al título de la *Venta*.

98. El tutor no puede disponer de los bienes de su pupilo á título gratuito. Ninguna ley establece dicha prohibición; el legislador no necesitaba consagrarla de una manera expresa, porque es una consecuencia natural y evidente del principio que establece los poderes del tutor. El no es más que administrador, y como tal no puede enagenar. El código le permite que venda los bienes del menor, con las condiciones que aquél determina; no le permite que haga donación de ellos; luego el principio que le prohíbe enagenar subsiste para las liberalidades. Esto estaba admitido también en el antiguo derecho, aunque los poderes del tutor fuesen más extensos de lo que lo son en nuestros días.

1 Los autores no admiten la nulidad (Demolombe, t. 7º, núm. 746' y los autores que él cita.

Se admita una excepción para las gratificaciones y regalos que es costumbre dar á los domésticos; éstas no son verdaderas liberalidades, porque no es uno libre para no hacerlas; las conveniencias exigen que se hagan; luego más bien son unos gastos obligatorios (1).

99. El menor que ha llegado á la edad de diez y ocho años puede disponer, en cierta medida, de sus bienes. Hay excepción respecto á las liberalidades que quisiera hacer á su tutor (907). Insistiremos acerca de esta incapacidad en el título de las *donaciones*.

100. El tutor no puede comprometer, es decir, someter á árbitros los pleitos del menor. Esta prohibición resulta del principio establecido por el art. 1004 del código de procedimientos, que da á conocer el motivo: no puede celebrarse compromiso con contiendas sujetas á la comunicación del ministerio público. Por más que el arbitraje sea favorable, la ley no podía admitirlo para los menores, porque no tendrán ante los árbitros una de las más preciosas garantías que el legislador establece en su favor: el ministerio público es su defensor nato; y si importa al menor economizar los gastos, más le interesa que lo defiendan. (código de procedimientos, art. 63, 6º). Hay, además, otro beneficio de que se vería privado ante los árbitros, y es el de poder volver por pedimento civil contra los fallos pronunciados en su perjuicio en causas en que no ha sido defendido, ó no lo ha sido válidamente (código de procedimientos, art. 418).

¿Hay excepciones á esta prohibición? Se ha pretendido que sí: se dice que en materia mobiliaria, el tutor podía comprometer. Este es un error. La prohibición es absoluta, y no tolera excepción; el espíritu de la ley es tan evi-

1 Potier, Indicación al tit. 1º de la costumbre de Orleans, número 225.

dente como el texto: ¿acaso interesa menos al menor ser defendido por el ministerio público y tener el pedimento civil, cuando se trata de derechos mobiliarios que cuando se trata de inmobiliarios? (1).

§ VI.—DEL EFECTO DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR EL TUTOR.

Núm. 1. *Relaciones entre el tutor y el menor.*

101. El código no habla, en el título de la *Tutela*, del efecto de los actos celebrados por el tutor; el sitio de esta materia está en el título de las *Obligaciones*, y á él remitimos al lector. Por el momento, nos limitamos á establecer los principios. Cuando el tutor obra en el límite de sus poderes, se aplica el adagio de que el hecho del tutor es el hecho del menor. Luego el menor está ligado por los actos del tutor, como si él mismo los hubiese celebrado. No puede atacarlos por vicio de formas, supuesto que éstas han sido observadas; no puede atacarlas por causa de lesión, porque el tutor ha hecho lo que tenía derecho á hacer; si él ha manejado mal los negocios, será responsable de su gestión y estará obligado á indemnizar. La ley asegura este recurso del menor, dándole una hipoteca sobre los bienes del tutor.

Si el tutor se ha salido de los límites de su poder, es decir, si no ha llenado las formas prescritas por la ley para ciertos actos, los celebrados por el tutor son nulos. Hay nulidad por el hecho solo de no haberse observado las formas; el menor no está obligado á probar una lesión sea cual fuere. O por mejor decir, hay lesión por el hecho solo de que las formas destinadas á protegerlo no se han cumplido, porque no ha gozado de la protección que la ley quiere asignarle.

1 Véanse, las diversas opiniones en Demolombe, t. 7º, p. 551, número 779.

Núm. 2. *Relaciones entre el tutor y los terceros.*

102. El tutor que, bajo tal calidad, trate con tercera-personas, no está personalmente obligado, porque el menor es el que contrata por intermedio de aquél. Esto resulta de los principios elementales que rigen el mandato. El poderdante, dice el art. 1998, está obligado á ejecutar los compromisos contraídos por el mandatario, conforme al poder que éste le ha dado. Ahora bien, el tutor representa al menor en todos los actos civiles, luego es el mandatario general de su pupilo; por lo tanto, los terceros que contraen con el tutor, contratan con el menor.

Si el tutor trata en su nombre personal con terceras personas, no hay que decir que está personalmente obligado, y que el menor no lo está: salvo el arreglar las relaciones entre el tutor y el menor, si el acto llevado á cabo por el tutor concierne al menor (1).

Se pregunta si el menor está también obligado respecto á terceros por las faltas que el tutor haya cometido en la ejecución de los compromisos por él contraídos. La afirmativa no permite duda alguna, se desprende del principio establecido por el art. 450; el tutor representa al menor, luego todo acto lícito del tutor es el del menor. Agregamos *lícito*, porque resulta de la misma naturaleza de la tutela que el tutor no tiene ninguna calidad para cometer un delito ó un cuasi-delito á nombre del menor. Podría objetarse todavía que siendo personales las faltas del tutor en los contratos, el tutor es el único que debe responder. Las faltas son, en efecto, personales, en el sentido de que la responsabilidad pesa sobre su autor, pero ¿quién es el autor en este caso? El menor, porque él obra por el intermedio

1 Nîmes, 8 frimario, año XIII, y Metz, 1º de Junio de 1821 (Dañoz, en la palabra *venta*, núm. 875, 3º, y 978).

de su tutor, luego él comete la falta. Esto no impide que la responsabilidad definitiva no esté á cargo del tutor, porque al cometer una falta, ejecuta un acto de mala gestión, y responde de él respecto al menor (1).

103. ¿El menor está ligado por los fallos en que ha figurado su tutor? Si el tutor ha sido autorizado, ó si no tuviese necesidad de autorización, entónces ni cuestión puede haber; el fallo se pronuncia realmente con el menor. Pero ¿qué debe resolverse si el tutor no ha sido autorizado cuando debería haberlo sido? Se resuelve que el fallo no por esto deja de adquirir fuerza de cosa juzgada contra el menor, si éste no ha usado de las vías de recurso que le ofrece la ley (2).

Hay un motivo para dudar. El tutor que intenta una acción sin autorización no tiene calidad para obrar, no representa al menor en la instancia en que figura, luego el menor no es parte en ella (3). Se contesta que el tutor representa siempre al menor, aun cuando no cumpla con las formalidades que la ley prescribe. En efecto, por los términos del art. 450, el tutor representa al menor en todos los actos civiles; luego es su representante legal y universal, y jamás puede despojarse de dicha calidad. Si ejecuta un acto jurídico sin estar autorizado para ello, siendo que la ley exija la autorización, no por esto deja de representar al menor; hé aquí por qué el acto es únicamente nulo, es decir, anulable, mientras que sería inexistente si el tutor no tuviese ninguna calidad para representar á su pupilo. Por la misma razón, debe resolverse que en los fallos en que al tutor figura sin autorización, sigue siendo el re-

1 Aubry y Rau, t. 1º, ps. 468, y 469. Demolombe, t. 8º, p. 116, números 126, 127.

2 Véase, núm. 84, y Aubry y Rau, t. 1º, p. 409.

3 Fallado en sentido contrario por la corte de Bruselas, 23 de Julio de 1845 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 120).

presentante del pupilo, pero lo representa mal; síguese de aquí que el menor debe tener un recurso: tiene en primer lugar la apelación y el recurso de casación. En segundo lugar, tiene el recurso extraordinario del pedimento civil, que se le abre cuando no ha sido defendido ó cuando no lo ha sido válidamente (código de procedimientos, art. 481).

SECCION III.—Funciones del subrogado tutor.

§ I. VIGILANCIA.

104. Ya hemos dicho que el subrogado tutor está encargado de vigilar la gestión del tutor (1). Este derecho de vigilancia no implica el de obrar, sino que al contrario, no lo implica. Es preciso que la administración de la tutela esté siempre vigilada, y por lo mismo, es imposible que el vigilante obre, porque no puede vigilarse á sí mismo. La ley no le da el derecho de obrar sino cuando los intereses del tutor se hayan en oposición con los de su pupilo; pero, en tal caso, se necesita que el subrogado tutor esté reemplazado por un subrogado tutor *ad hoc* (2). Síguese de aquí que el subrogado tutor ni siquiera puede ejecutar los actos conservatorios (3), salvo cuando la ley le encarga que verifique uno de ellos. Por esto la ley hipotecaria belga (art 52) dice, que el subrogado tutor está obligado á cuidar que se tome la inscripción de la hipoteca legal del menor, ó á tomarla él mismo. Esta es una excepción, y con tan título, no se puede extenderla para hacer de ella una regla general.

¿Debe aplicarse este principio á la apelación de los fallos pronunciados contra el menor? La cuestión es debatida. Conforme al rigor del derecho, no hay duda alguna: el su-

1 Véase el tomo 4º, núm. 427.

2 Véase el tomo 4º de mis *principios*, p. 531, núm. 419.

3 Demolombe, t. 7º, p. 226, núm. 373.