

## SECCIÓN II.—*De la administración legal.*

### § I. PRINCIPIOS GENERALES.

296. El artículo 389 establece que “el padre, durante el matrimonio, es el administrador de los bienes propios de sus hijos menores.” Llámase este poder *administración legal*, por ser la ley quien le otorga al padre. Otórgale á él ese poder, porque sólo el padre tiene, durante el matrimonio, el ejercicio de la patria potestad; teniendo autoridad sobre la persona del hijo, y teniendo también, conforme al derecho común, la gestión de los intereses pecuniarios de la familia, natural era que se le confiara igualmente la administración de los bienes del hijo. La madre no puede tenerla por sí misma, pues, efectivamente, dicha administración es una dependencia de la autoridad paterna, autoridad que no ejerce la madre sino al disolverse el matrimonio, en el cual caso la ley organiza la tutela para la administración de los bienes del menor. La madre administra entonces los bienes del hijo como su tutora. Por vía de excepción, tiene la administración de los bienes durante el matrimonio cuando ejerce la patria potestad en nombre de su marido, que es lo que acontece en caso de ausencia (art. 141). Otro tanto se admite en el de interdicción del padre. En el título “De la Interdicción” volveremos á ocuparnos en este punto.

¿Por qué el padre es *administrador* de los bienes propios de sus hijos, más bien que *tutor*? Esto equivale á preguntar por qué no hay tutela durante el matrimonio, y ya hemos contestado á esta pregunta. El hijo tiene una garantía en la influencia que de hecho, si no de derecho,

---

<sup>1</sup> Véase la sentencia de la Corte de Casación, 5 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 341.)

ejerce su madre, amén de que, por otra parte, no necesita garantías tan sólidas, en vida de sus padres, por ser raro que surja un conflicto de intereses entre él y su padre (1).

297. ¿Es de orden público la administración legal del padre? ¿Puede revocarse esa administración por convenios y renunciaciones, en las cláusulas de una donación ó de un testamento? Esta cuestión está muy controvertida. Por nuestra parte, opinamos que la administración legal es de orden público y que, por lo mismo, no puede revocarse. Durante el matrimonio, al padre corresponde esa administración, y así, se debe á la patria potestad y al matrimonio, dos instituciones que son esencialmente de orden público. Si la ley otorga la administración al padre, es porque sólo él ejerce la patria potestad, y si no exige garantías á favor del hijo, es por encontrarlas suficientes en el matrimonio, quiere decir, en el afecto de sus padres. Por todos estos títulos, la administración legal es de orden público, y por ello es aplicable el artículo 6º, según el cual no pueden alterarse por medio de estipulaciones privadas las leyes en que se interesa el orden público.

Dícese que la administración de los bienes no es, como el gobierno de la persona, un atributo esencial de la paternidad (2); pero esta afirmación es de todo punto gratuita y sería menester probarla. Teóricamente, es indudable que podría sostenérsela; pero no estamos en el terreno de la teoría, sino en el de las leyes positivas; no se trata de lo que el legislador habría podido ó debido hacer, sino de lo que hizo. En esto, á nuestro juicio, estriba el error de M. Demolombe (3), y debemos insistir en el punto por ser el error muy común, siendo demasiado frecuente que se confunda la misión del intérprete con la del legislador. Ciertamente, la ley permite en algunos casos alterar por conve-

---

1 Valette, acerca de Proudhon, *Del estado de las personas*, t. II, p. 282, nota 1.

2 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 408, nota 17.

3 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VI, p. 343, núm. 458.

nios particulares principios de orden público, y lo hace precisamente en lo que concierne á la administración de los bienes. Así, en general, atribuye á la mujer incapacidad jurídica, y, sin embargo, consiente en la derogación de esta regla. Después de haber dicho que la mujer, aun sin estar en sociedad de bienes, ó bien en estado de separación de los mismos, no puede donar, enajenar, hipotecar ni adquirir á título oneroso ó gratuito, si no es concurriendo el marido á la celebración del contrato, ó dando su consentimiento por escrito (art. 217), agrega: "Ninguna autorización general, aun estipulada por contrato de matrimonio, es válida sino en cuanto á la administración de los bienes de la mujer" (art. 223). Luego la mujer puede estipular la libre administración de sus bienes. La ley no se conforma con asentar este principio vago, sino que entra en los detalles de lo que la mujer puede hacer en virtud de tal estipulación. Es un régimen distinto que organiza la ley, con el nombre de separación de bienes (arts. 1536-1539). ¿Habrían sido permitidas tales modificaciones de la incapacidad jurídica de la mujer, faltando una disposición legal expresa? No, por cierto. En vano se habría dicho que no es de esencia de la potestad marital el que la mujer esté sujeta á una incapacidad absoluta y que no pueda ejecutar acto alguno, ni siquiera de administración, sin autorización de su marido. A esto se habría contestado que es muy cierto; pero que siendo de orden público la incapacidad de la mujer, solamente el legislador puede suprimirla ó permitir que se suprima, y que sólo él puede fijar los límites de esas modificaciones. Pues bien, el mismo razonamiento, absolutamente, se puede hacer respecto de la administración legal. Esta es de orden público, por ser inherente á la patria potestad y al matrimonio; pero concíbese que la ley pueda suprimirla. ¿En qué sentido y con qué límites? Esto es lo que la ley debió haber determinado, ya que sólo ella puede hacerlo; mas faltando

un texto que autorice la derogación, no puede el intérprete admitirla, porque al admitir una excepción de un principio de orden público, él mismo formaría la ley, como la formaría también al decidir que no podía tener lugar la supresión sino con ciertas condiciones ó restricciones; ¿y corresponde al intérprete establecer esas condiciones y restricciones, ó es incumbencia del legislador?

298. ¿Hasta dónde llega el principio, y dónde comienza la excepción? Este es un punto que sólo el legislador puede resolver. Vamos á ver los apuros é incertidumbres de los autores y la jurisprudencia, frente á frente de esas dificultades que el intérprete no está facultado para resolver, y que, no obstante, necesita zanzar, si se admite que es permitida la revocación ó supresión. Se pregunta si el que otorga una donación ó un legado á favor de un hijo menor puede prohibir al padre ó á la madre del donatario la administración de los bienes donados. En tales términos propone Proudhon la cuestión, comenzando por citar una sentencia de la Corte de Besanzón que resolvió negativamente, de acuerdo con los principios que acabamos de exponer. El padre desempeña la administración de los bienes de sus hijos, como cargo inherente á la patria potestad: ¿cómo un testador podría prohibirle que cumpliera con su deber? Para esto sería necesaria una disposición terminante de la ley. ¿Permite el Código que sea alterada la administración legal? Por el contrario, hay una disposición que da á entender que esa alteración está prohibida. Los padres tienen el usufructo legal de los bienes de sus hijos, y, no obstante, el artículo 387 permite que se donen ó leguen bienes á los hijos con la condición de que los padres no disfruten de tales bienes. ¿Por qué el legislador creyó necesario autorizar formalmente esa cláusula? Porque siendo el usufructo legal un beneficio inherente al ejercicio de la patria potestad, se habría podido decir que es de orden público y que, por consiguiente, está prohibido alterarle. ¿No será

necesario decir otro tanto, y con mayor razón, de la administración legal? En efecto: esa administración es un deber; y una obligación impuesta al padre en su calidad de tal, ¿no es esencialmente un atributo, una dependencia de la potestad, y por tanto, de orden público? Esto es decisivo. No permitiendo la ley que se altere la administración legal, cualquier alteración estará viciada de nulidad (1).

Proudhon contesta retorciendo el artículo 387 contra la doctrina aceptada por la Corte de Besanzón. Es permitido, dice, prohibir el usufructo al padre; mas tal prohibición sólo sería una ventaja ilusoria para el hijo, si necesariamente debiera dejarse la administración al padre, por más que éste fuese disipador ó insolvente. Luego el permiso de prohibir el usufructo, trae consigo virtualmente el de prohibir también la administración, siempre que esta medida haya de favorecer los intereses del menor (2). Nos asombra que Proudhon, tan buen lógico, haya confundido dos derechos esencialmente distintos, el usufructo y la administración. El usufructo es un beneficio que la ley habría podido no conceder á los padres, y que, en concepto de muy buenas inteligencias, no debería habérselo concedido; luego es un derecho que no se debe á la esencia de la autoridad paterna. Esta es la razón por la cual permite el Código que se le modifique. En cambio, la administración de bienes es una necesidad. ¿Quién, pues, administraría los bienes con el cuidado y el afecto que lo hace el padre? La administración legal es un deber; ¿y puede modificarse ó revocarse un deber? Indudablemente, podría haberlo hecho el legislador. Decimos más: habría debido permitir que se privara de la administración al padre, siempre que lo exigiera el interés del hijo, por ser ese interés el que de-

1 Besanzón. 15 de Noviembre de 1807 (Dalloz, palabra *Disposiciones entre vivos*, núm. 122). Esta opinión es la que han seguido Merlin, Toullier, Demante y Marcadé. Véanse, en Dalloz, la doctrina y la jurisprudencia.

2 Proudhon, *Del Usufructo*, t. I, p. 307, núm. 246.

bería dominarlo todo. Pero no lo hizo. ¿Y puede hacer el juez lo que descuidó hacer el legislador? Aquí está el verdadero nudo de la dificultad.

299. Proudhon dice que ésta es cuestión de hecho. ¡Cuestión de hecho, la derogación de una ley de orden público! Esto constituye una herejía jurídica; pero herejía que, conforme á la opinión que estamos refutando, es una necesidad, toda vez que por no permitir la ley la revocación de la patria potestad, el intérprete, que encuentra bien admitir dichas derogaciones, se ve obligado á hacer la ley. Y la hace Proudhon colocándose en el terreno de la moral. Si la cláusula, dice, que prohíbe al padre la administración de los bienes donados al hijo, fué inspirada por la cólera, el resentimiento, el odio ó el desprecio hacia el padre, en lugar de importar una precaución favorable á los intereses del hijo, debe declarársela nula, porque la moral reprueba la venganza, y la justicia no puede sancionar una obra de la pasión. En cambio, es válida la cláusula, cuando libremente la agregó el testador por el bien del hijo, si el padre es pródigo, incapaz ó insolvente. (1).

No preguntaremos en qué principios se fundan esas distinciones, puesto que se invoca la moral, y no el derecho. ¿Desde cuándo la moral decide las cuestiones de derecho? M. Demolombe ha tratado de dar un color legal á una doctrina que no es jurídica. “Comprendo, dice, que no se dé valor á las cláusulas que tuvieran por objeto y resultado humillar á la patria potestad, sujetar al padre á una clase de incapacidad y de tutela.” Así, en lugar de tomar de los principios los motivos para resolver, ¡el juez los buscará en la mente del testador! He aquí la arbitrariedad de lleno, y la incertidumbre como su consecuencia. Un testador declara que no quiere que el padre del legatario menor tenga la administración de los bienes legados, dando

---

1 Proudhon, *Del Usufructo*, núms. 242 y 243 (t. I, p. 300 y sig).

á entender que se le nombre un curador especial. ¿Es válida esta cláusula? La Corte de Caen la anuló, y Demolombe aprueba su resolución, mientras Proudhon la critica (1). ¡He aquí en lo que se viene á parar cuando se abandonan los principios de derecho por la moral!

300. La jurisprudencia se declara por la opinión contraria á la nuestra; pero no encontramos en ella huella alguna de las distinciones aceptadas por la doctrina. Resuelve de una manera absoluta que es válida la cláusula por medio de la cual se priva al padre de la administración de los bienes legados. Si tuviésemos que elegir, preferiríamos la opinión adoptada por la jurisprudencia. Desde el momento en que se reconoce al testador el derecho de agregar aquella condición á su legado, hay que mantener la cláusula en todo caso, sin entrar á examinar la intención del que la escribió: si usó de un derecho, nadie tiene que pedirle cuenta del uso que hizo de él. La Corte de París resolvió que dicha cláusula no atentaba á los derechos esenciales de la patria potestad. (2) Esta distinción entre derechos esenciales y no esenciales es puramente teórica. El legislador habría podido y aun debido hacerlo; pero, no habiéndolo hecho, ¿puede el juez distinguir donde la ley no distingue? Se declara válida la cláusula en bien del hijo; pero si éste tiene interés en que un padre disipador no sea quien administre sus bienes, ¿no le tendrá mayor en que ese indigno padre sea privado del derecho de educación? Lógicamente, habría que llegar hasta allí, y en verdad que si el legislador expidiese una nueva ley, debería ocuparse en la educación intelectual y moral del hijo, mucho más que en la administración de su fortuna. ¿No está demostrando esto que toda la materia es del resorte del Poder Legislativo?

---

1 Demolombe, t. VI, p. 346 y sig., núm. 458. Esta es la opinión generalmente seguida por los autores modernos.

2 París, 5 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1853, 5, 103, núm. 6).

La Corte de Casación se declaró en el mismo sentido, apoyándose, como Proudhon, en el artículo 387 (1); pero ya hemos contestado á este argumento. Podría admitirse si no se tratara de un derecho, ó, por mejor decir, de un deber de orden público. Además, si se supone que, á la vez que el testador deja el usufructo al padre, encarga de la administración á un tercero, ¿qué se resolverá? En tal hipótesis, ya no se podría invocar el artículo 387, y, en consecuencia, no puede esta disposición legitimar la cláusula, en sí misma considerada.

La Corte de Besanzón se adhirió á esta jurisprudencia, abandonando la doctrina que había adoptado desde un principio, y se fundó como la de París, en la naturaleza de los intereses que entran en juego. El gobierno de la persona del hijo, dice la Corte, no puede ser objeto de ninguna disposición ni pacto de naturaleza tal, que modifique ó restrinja su ejercicio; pero es muy distinta la administración de los bienes, que sólo afecta á los intereses pecuniarios (2). El legislador podría adoptar esta distinción, exigiendo diferentes garantías para la persona y los bienes del menor; pero la verdad es que asentaría como principio absoluto que los intereses pecuniarios jamás son de orden público. El Código Civil dice lo contrario, pues el artículo 1388 no permite que los futuros cónyuges revoquen los derechos que el marido tiene, como jefe, sobre los bienes; no podrían estipular que la mujer tuviese la administración de la sociedad conyugal, como tampoco que un tercero administrara los bienes de los hijos. Habría, pues, que establecer distinciones. ¿No es esto prueba de que el legislador es el único facultado para arreglar la materia? En suma: los tribunales hacen lo que el legislador descuidó hacer

---

1 Sentencia de la Corte de Casación, 26 de Mayo de 1856 (Daloz, 1856, 1, 320).

2 Besanzón, 4 de Julio de 1864 (Daloz, 1864, 2, 165). Véase la nota, donde se encuentran citados todos los autores y las sentencias que han tratado esta difícil cuestión. Hay que agregar una sentencia de Lieja, 28 de Diciembre de 1858, conforme con la jurisprudencia francesa (*Pasicrisia*, 1861, 2, 32).



## § II. DE LAS FACULTADES DEL PADRE ADMINISTRADOR.

*Núm. I.—¿Se rige la administración legal por las leyes de la tutela?*

301. “El padre, durante el matrimonio, es el administrador de los bienes propios de sus hijos menores” (art. 389). Disuelto el matrimonio por la muerte del padre ó de la madre, queda abierta la tutela, y el tutor, lo mismo que el padre, administra los bienes del menor (art. 450). Así, pues, la administración legal y la tutela tienen el mismo objeto, son poderes de igual naturaleza. ¿Será menester concluir de aquí que la administración legal se rige por las leyes de la tutela? Desde luego se ofrece esta cuestión en cuanto á la persona del administrador legal y del tutor. Se pregunta si las disposiciones de las secciones VI y VII del título “De la Tutela,” concernientes á las causas de excusa, incapacidad, exclusión y destitución, son aplicables á la administración legal del padre. Apenas si puede proponerse en serio esta cuestión. Con excepción de Valette, todos están de acuerdo en que, no siendo tutor el padre administrador, no es posible aplicarle las disposiciones legales relativas á tutela (1). Hay causas que dispensan de la tutela, y son causas legales de excusa; ¿y puede tratarse de excusas legales para el padre, cuando no hay una ley? Hay otras de incapacidad; ¿y no es un principio elemental que las incapacidades deben interpretarse en sentido estricto y que jamás puede el intérprete extenderlas por la razón suprema de que sólo el legislador está facultado para establecer incapacidades? Con mayor razón sucede esto en cuanto á las causas de exclusión y destitución, las cuales son infamatorias. Hemos dicho que todos están de acuerdo en este punto, y es la verdad, en cuanto al prin-

1 Valette, acerca de Proudhon, *Del estado de las personas*, t. I, p. 283. En sentido contrario, Demolombe, t. VI, p. 325, núm. 430.

cipio; mas no así, respecto de su aplicación. Admítase que es aplicable el artículo 444 al padre administrador, quien puede ser destituido de la administración legal por las mismas causas por que puede serlo el tutor. Volveremos á tratar de este punto más adelante (núm. 321). Agreguemos que M. Demolombe concede una facultad discrecional al juez para el gobierno de la persona; según él, los tribunales podrían eximir al padre de la administración legal, en el caso de que padeciera de una enfermedad grave y debidamente justificada; pero tal cosa nos parece de todo punto inadmisibile. ¡Cómo! la ley impone al padre un deber, el cual, según lo reconocen, es consecuencia natural de la autoridad que ejerce sobre la persona de sus hijos, un atributo de la patria potestad. ¡Y tendrá el juez facultad para exonerar al padre de un deber, sin ley alguna que le autorice! ¡Darían, pues, los tribunales lo que ha hecho el legislador! ¡Podrían, con tan buen derecho como él, dispensar al padre de su deber de educación! Desde el momento en que se deja á un lado el rigor de los principios, ya no hay límites para la inconsecuencia.

302. ¿Qué debe resolverse en cuanto á la administración de los bienes? Sobre este punto, es evidente la analogía entre el padre y el tutor, puesto que ambos administran los bienes del menor: ¿quiere decir esto que deban aplicarse á la administración legal las reglas que la ley establece sobre la gestión de los bienes confiada al tutor? Esta es la opinión generalmente aceptada. A primera vista, se siente inclinación á creer que tal es la voluntad del legislador, ya que, efectivamente, no trata de la administración legal en el título de "De la Patria Potestad;" el artículo 389 es el primero que fija en el capítulo "De la Tutela;" ¿y no está indicando esto claramente la intención de asimilar la administración del padre y la del tutor? Así se ha dicho; pero los trabajos preparatorios demuestran de

la manera más positiva una voluntad diametralmente contraria.

La disposición del artículo 389 no figuraba en el proyecto de Código Civil, sino que fué propuesta por el Tribunalado. Los autores mismos de la ley van á decirnos en qué sentido hay que interpretarla. Se lee en las observaciones de la sección de Legislación del Tribunalado: "Nunca, hasta hoy, fué calificado el padre de tutor de sus hijos antes de la disolución del matrimonio. Si la ley no admitiese, durante éste, ninguna diferencia entre el padre y el tutor propiamente dicho, sería menester que el padre estuviese, con relación á los bienes propios de sus hijos, sujeto á todas las condiciones y cargas que la ley impone al tutor: sería necesario que estuviese bajo la vigilancia del segundo tutor, bajo la dependencia de un consejo de familia, etc., lo que repugna á todos los principios constantemente aceptados. Parece evidente que, hasta la disolución del matrimonio, el verdadero título del padre, y el único que puede tener, es el de administrador" (1).

Se ve que en el ánimo de los autores de la ley, el diferente título que lleva el padre implica un poder distinto de el del tutor. Pronto veremos en qué consiste esa diferencia; por el momento, nos limitamos á hacer constar, como punto cierto, que la voluntad del legislador fué la de desechar toda asimilación entre el padre administrador y el tutor. El Consejo de Estado, después de admitir el artículo 389, sancionó, naturalmente, la opinión emitida por el Tribunalado. En efecto, así es como explica el orador del Gobierno la ley. "No todo menor, dice Berlier, se halla sujeto necesariamente en tutela, pues el que todavía tiene padres encuentra en ellos protectores naturales, y si posee algunos bienes propios, corresponde su administración al padre. La tutela comienza al fallecer éste ó la madre,

---

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 2 (Locré, t. III, p. 404).

porque entonces, al perder á uno de sus protectores naturales, el menor reclama una protección especial de la ley" (1). La disposición propuesta por el Tribunado no era una innovación, no hacía más que reconocer un principio tradicional. En nuestras costumbres antiguas, jamás se separaba el gobierno de la persona de la administración de los bienes, prueba cierta de que uno y otra pertenecían al padre en virtud de la patria potestad, y no como tutor. La costumbre de Nivernais establece (art. 6, cap. XXX): "Los padres y madres son legítimos administradores de los *cuerpos y bienes* de sus hijos pupilos" (2).

La diferencia entre la tutela y la administración legal fué reconocida por la Corte de Casación. Conforme al artículo 444 del Código de Procedimientos, no corre contra el menor no emancipado el término de la apelación sino desde el día en que se notifica el fallo, así al tutor como al segundo tutor. La Corte de Tolosa resolvió que esta disposición, concebida en términos generales, tenía por objeto proteger á todo menor, lo mismo al que se halla bajo la patria potestad que al que se halla bajo tutela. En el caso concreto de que se trataba, el padre mismo había hecho que se nombrara un segundo tutor. Sin embargo, la sentencia fué casada por el motivo decisivo de "que la administración legal es *esencialmente distinta de la tutela*; que la tutela no comienza sino al disolverse el matrimonio, y que hasta entonces los hijos menores están colocados *únicamente* bajo la potestad del padre, administrador legal" (3).

303. No basta este principio para resolver las grandes dificultades que se encuentran en la administración legal. Este es un principio negativo, que no nos permite aplicar

---

1 Berlier, Exposición de motivos del título de la *Tutela*, núm. 3 (Locré, t. III, p. 412).

2 Véase, en cuanto al derecho antiguo, á Merlin, *Repertorio*, palabra *Legítima administración* (t. XVII, p. 312 y sig.).

3 Sentencia de Casación, 4 de Julio de 1842 (Dalloz, palabra *Apelación*, núm. 980.)

al padre administrador las reglas que el Código Civil establece acerca de la gestión del tutor. Sin vacilación, pues, hay que descartar la opinión, según la cual debería hacerse extensivo á la patria potestad todo lo que la ley establece para la tutela (1). Si es admisible este sistema, ¿cuál debe substituirlo? Creemos que es necesario atenerse al texto del Código. Este dice que el padre es *administrador* de los bienes de sus hijos. El padre administra el patrimonio ajeno; luego tiene los derechos y obligaciones de cualquier administrador. El que lo es de bienes de un tercero no puede ejecutar más que actos de administración, mas no de disposición. Este principio se funda en la naturaleza misma, pues sólo el propietario tiene derecho para disponer de sus bienes, porque el derecho de disposición es uno de los atributos de la propiedad; mas no siendo propietario el administrador, no puede disponer de los bienes que administra. Esto es lo que el mismo Código indica en el segundo párrafo del artículo 389: "El padre es responsable, en cuanto á la propiedad y á los frutos, de los bienes en que no le corresponde el usufructo, y únicamente en cuanto á la propiedad de los bienes cuyo usufructo le da la ley." Si es siempre responsable de la propiedad, es por no ser más que administrador, y porque, como tal, no puede disponer de los bienes, sino, por el contrario, conservarlos para devolverlos, al terminar su gestión, al hijo á quien pertenecen. El artículo 389 confirma, además, en otro punto, nuestro principio. Todo administrador debe dar cuenta de su gestión, porque la administración impone el deber de obrar con la solitud de un buen padre de familia, y, por consiguiente, de dar cuentas. Habría podido creerse que el padre, aunque administrador, no debe estar obligado á dar cuenta á su hijo; pero la ley resuelve esta duda estableciendo que el padre es responsable. Luego el

---

1 Tal es el sistema de Persil, *Del régimen hipotecario*, t. I, art. 2121, núm. 36.

texto asienta el principio que buscamos, á saber: que el padre puede ejecutar actos de administracion, pero no de disposici6n (1).

304. Este principio es aun demasiado vago; necesitamos saber en qu6 consiste el acto de administraci6n. El tutor es tambi6n administrador, y aqu6 vuelve á presentarse la cuesti6n de la asimilaci6n entre la tutela y la administraci6n legal. Despu6s de haber dicho que el tutor administra los bienes del menor como un buen padre de familia, el C6digo hace la distinci6n de los diversos actos que aquel est6 en el caso de ejecutar; los hay, para los cuales exige la autorizaci6n del consejo de familia, á veces con intervenci6n del segundo tutor; y los hay tambi6n, para los cuales, adem6s de esa autorizaci6n, exige la confirmaci6n judicial, agregando condiciones especiales, segun la importancia de los actos. ¿Deben explicarse esas disposiciones al padre administrador? No, porque ellas suponen la intervenci6n del segundo tutor y del consejo de familia, llamados á examinar la gesti6n del tutor. Ahora bien: el Tribunado, al proponer el art6culo 389, rechaz6 en toda forma aquel examen. Acerca de este punto, no puede haber la menor duda (2).

Queda por ver si s6lo el padre puede ejecutar los actos que el tutor no puede sino con la autorizaci6n del consejo de familia. La cuesti6n conduce á saber si tales actos exceden los l6mites del poder de un administrador ordinario. Creemos que deben hacerse á un lado las distinciones que establece el C6digo en el t6tulo de la *Tutela*, para sujetarse al principio que acabamos de asentar. En otros t6rminos: la ley no sigue rigurosamente la distinci6n de los actos en actos de administraci6n y de disposici6n, sino que

---

1 Este es, poco m6s 6 menos, el sistema de Valette, *Explicaci6n breve del libro I*, p. 220 y sig., y de Mass6 y Verg6, traducci6n de Zachariæ, t. I, p. 406, nota 12.

2 En sentido contrario qued6 resuelto el punto por la Corte de Lieja, la cual aplic6 por analogia al padre administrador lo que la ley dice del tutor (sentencia de 8 de Diciembre de 1836, en la *Pasicrisia*, 1836, 2, 260).

se decide por consideraciones peculiares á la tutela. La prueba de ello la tenemos en nuestros textos. Aceptar una donación no es, ciertamente, un acto de disposición, sino de simple administración, y con ese título, el tutor debería tener derecho de aceptar donaciones que se hicieran á su pupilo; pero, por razones de moralidad, el artículo 463 exige la autorización del consejo de familia. Así, pues, no se puede establecer como principio el de que todo acto para el cual prescribe el Código la autorización del consejo de familia, es un acto que excede del poder del administrador. Tan cierto es esto, que la ley da á los padres y demás ascendientes aun cuando no sean tutores, el derecho de aceptar las donaciones otorgadas al menor (art. 935). Por otra parte, la ley sigue principios diferentes, según las diversas administraciones, de modo, que, á la vez que asimila el menor emancipado al tutor (art. 484), no les da idénticos poderes. El menor emancipado no puede recibir ni descontar un capital mobiliario sin asistencia de su curador (art. 482), mientras que el tutor sí puede recibir los capitales que se deban á su pupilo, sin formalidad de ninguna especie. Nuestra Ley Hipotecaria tiene establecidas, á este respecto, nuevas restricciones para el poder del tutor (arts. 55-57 de la ley de 16 de Diciembre de 1851). Estas restricciones son evidentemente ajenas á la administración del padre, y si el legislador belga las estableció para la tutela, fué porque la hipoteca legal del menor podía no garantizar suficientemente sus intereses; mas el padre administrador no está obligado á constituir hipoteca legal.

Se ve que la argumentación por analogía sería muy problemática en esta materia, ya que son distintos los motivos de juzgar, según las diversas clases de administraciones. Llegamos á la conclusión de que la naturaleza misma de los actos es lo que se debe considerar para determinar si lo son de administración. Todo acto concerniente á los bienes es un acto de administración, ó uno de disposición.

Los de disposición son aquellos que implican una enajenación total ó parcial de un objeto cualquiera. Por lo mismo, todo acto que no entraña enajenación es acto de administración.

305. ¿Qué es un acto de disposición? Desde luego, ocurre la primera dificultad. La enajenación de muebles, ¿es acto de disposición, ó acto de administración? Esta cuestión la examinamos ya en el título de la *Ausencia* (1). En cuanto á los inmuebles, no cabe duda, cuando la enajenación es directa; siendo igualmente claro que las concesiones de derechos reales son enajenaciones y que, por consiguiente, su administración no puede establecer ni servidumbre ni hipoteca. La cuestión es más difícil cuando se trata de actos que pueden traer indirectamente la disposición de un inmueble: tales son las acciones reales. En principio, el Código no da estas acciones al administrador, porque podría comprometer los derechos inmuebles que tiene la misión de conservar. ¿Debe aplicarse este principio al padre administrador? La cuestión es controvertida, y volveremos á tratar de ella más adelante.

Los actos de disposición suscitan, además, otra dificultad. En su calidad de administrador, el padre no puede ejecutarlos; pero si el interés del menor exige la enajenación de uno de sus bienes, ó bien que sea hipotecado, ¿tendrá derecho el padre de ejecutar esos actos de disposición? ¿y qué formalidades deberá cubrir para que sean válidos? Más adelante examinaremos esta cuestión.

306. También puede el padre administrador ser usufructuario, y lo es, por regla general: ¿no viene su calidad de usufructuario á modificar los derechos y obligaciones que tiene como administrador? Es evidente que sí; el mismo Código lo dice en lo tocante á las cuentas (art. 389). Hay una diferencia radical entre el administrador y el usufruc-

---

1 Véase el tomo II de estos *Principios*, núm. 279.



tuario. Aquél tiene una carga, tiene obligaciones, más bien que derechos, y si algunos le reconoce la ley es porque los necesita para cumplir el deber que le impone; mientras que el usufructuario tiene un derecho real sobre los bienes que usufructúa, y tal derecho real le confiere un poder que no tiene el administrador. El usufructuario puede intentar las acciones reales sobre inmuebles, cuando tiene interés en ello, en razón de su usufructo. Ese derecho corresponde, pues, al padre usufructuario; pero, como simple administrador, carece de él. ¿Puede enajenar el usufructuario? Según principio, puede ceder su derecho de usufructo; á nuestro juicio, el padre usufructuario tiene también ese derecho. Respecto del padre administrador, no puede ofrecerse la cuestión de que ceda la administración legal, porque no se enajena un cargo. El usufructuario puede aun disponer de las cosas fungibles (1), de que disfruta. Conforme nuestra opinión, el administrador nunca tiene derecho de enajenar, y así, el padre usufructuario puede ejecutar actos que no le son permitidos en su calidad de administrador. Por consiguiente, hay que distinguir la calidad con que procede. Cuando ha llegado el hijo á los diez y ocho años, ya no hay duda: el disfrute legal cesa entonces, y ya el padre no es simple administrador. Hasta ese momento, es, por lo general, usufructuario y administrador. En este caso, se aplican los principios que acabamos de establecer, esto es, que el padre tendrá más que un poder de administración, todos los derechos de usufructuario; no pudiendo, por excepción, tener el usufructo de los bienes de sus hijos, sino que entonces es simple administrador, y no puede llevar á cabo más que actos de administración.

---

1. *Fungible* no se encuentra en todos los diccionarios; pero sí está aceptada la palabra en derecho, y es como, á nuestro juicio, debe traducirse el *consomptibles* (de *consommer*, consumir) del original francés.—N. del C.

*Núm. 2.—De las garantías del menor.*

307. ¿Debe el padre administrador formar inventario de los bienes que adquieran sus hijos durante el matrimonio? Si tiene el usufructo en dichos bienes, no cabe duda (arts. 600 y 601). Si no es usufructuario, ¿debe hacerlo como simple administrador? De acuerdo con los principios que acabamos de establecer, hay que contestar negativamente. El padre no debe formar inventario, por no imponerle esta obligación la ley; ¿y puede haber obligación legal sin ley? M. Demolombe dice que, indudablemente, el padre tiene que hacer inventario, y para ello cita los artículos 1414, 1415 y 1442, los cuales obligan al marido á formar inventario (1). Podrían citarse, además, los artículos 126 y 451, conforme á los cuales quienes entran en posesión de los bienes de un ausente, y el tutor, están obligados al inventario. Podría citarse aun el artículo 389, que declara la obligación en el padre de dar cuentas. ¿No es el inventario la base de toda cuenta? ¿Qué viene á ser una cuenta que no se apoya en un inventario fiel y exacto? Si se pudiesen imponer obligaciones por vía de analogía, sin vacilar tendría que resolverse que el padre administrador debe hacer inventario; pero precisamente por tratarse del padre, administrador privilegiado, no cabe aquí la argumentación por analogía. El silencio de la ley basta, pues, para resolver la dificultad (2). Agregaremos que hay un vacío lamentable, pues era necesario, ó no obligar al padre á dar cuentas, ó cuidar de que fuesen serias las que rindiese.

Si el padre no forma inventario y se suscitan disputas acerca de la calidad y el valor de los bienes adquiridos por el hijo, ¿se permitirá á éste probar esas circunstancias por medio de la fama pública? Los autores así lo enseñan. No se comprendería, dice Demolombe, que la ley que ad-

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VI, p. 329, núm. 433.

2 Tal es la opinión de Aubry (*Revista del Derecho francés*, 1844, p. 670).

mite esta prueba en los casos previstos por los artículos 1465, 1504 y 1442, no la hubiese admitido igualmente en el nuestro (1). Por el contrario, se comprende esto perfectamente. Cuando la ley exige al marido y al cónyuge superviviente que hagan inventario, y cuando éstos no la acatan, hay negligencia culpable por su parte, acaso hasta dolo, y el legislador castiga al padre ó al cónyuge, admitiendo contra él la más incierta y peligrosa de todas las pruebas. ¿Acaso la ley ordena al padre que haga inventario? No. Pues entonces, no sería el caso de imponerle pena.

308. ¿Debe el padre administrador otorgar caución para asegurar su manejo? No proponemos esta cuestión sino para hacer notar la regla distinta que sigue la ley respecto de los diversos administradores. Los que han sido puestos en posesión de los bienes de un ausente deben caucionar su manejo (art. 120); pero la ley no impone esta obligación ni al marido ni al tutor. En cuanto al padre administrador legal, es indudable: el Código exime aun al padre usufructuario de la obligación de caucionar, por más que estén obligados á ello los usufructuarios en general (art. 601); con mayor razón, no podía exigir esa caución al padre simple administrador. Basta, por otra parte, que la ley no imponga tal obligación al padre, para que esté exento de ella. Por las disposiciones que acabamos de citar se ve que los administradores, sólo por excepción, están obligados á caucionar. En consecuencia, es necesaria una disposición legal para que haya esa obligación, y la cuestión queda resuelta con el silencio del Código sobre este punto (2).

309. ¿Está obligado el padre administrador á constituir la hipoteca legal que el Código concede al menor sobre los bienes de su tutor? Esta cuestión se había controvertido

---

1 Demolombe, t. VI, p. 329, núm. 435. Aubry es del mismo parecer.

2 Tolosa, 26 de Agosto de 1818 (Dalloz, palabra *Patría Potestad*, núm. 121).

en otro tiempo, á pesar de que casi no hubiese lugar para la controversia. ¿Puede existir sin ley una hipoteca legal? El buen sentido, así como los principios de derecho, enseñan que la hipoteca legal es de estricta interpretación; y pués que el Código Civil la concede al menor sobre los bienes de su tutor, más no sobre los de su padre administrador (art. 2121), esto resuelve la dificultad. Si la hemos propuesto, ha sido para marcar la diferencia que hace la ley á cada paso entre la administración legal y la tutela. Una sentencia de Riom expresa perfectamente las razones por las cuales el legislador no creyó deber conceder al hijo hipoteca legal durante el matrimonio. "El hijo tiene como protector, no sólo al padre, con su vigilancia, sus cuidados y su experiencia, sino también á la madre con su ternura solícita y previsor. Más, al disolverse el matrimonio por la muerte de la madre, pierde el hijo un protector y parte de la garantía que aseguraba la conservación de sus derechos. Esta diferencia de situación para los hijos hubo de determinar una diferencia en cuanto á las precauciones tomadas por el legislador para poner á salvo sus intereses pecuniarios (1)". En Bélgica, la Ley Hipotecaria zanjó en este sentido y de una manera implícita la cuestión, como lo veremos en el título de la *Hipoteca*.

¿Pueden hacer los interesados lo que no ha hecho el legislador? Hay un caso que no ofrece la menor duda. Constitúyese un legado á favor del menor: ¿puede el deudor exigir que el padre administrador constituya hipoteca sobre sus bienes para garantía del legatario ó del heredero? Evidentemente que no, ya que el deudor del legado no necesita la garantía, siendo válido el pago que hiciere al padre administrador. En cuanto al hijo, no tiene derecho para exigir una garantía hipotecaria. Así lo resolvió la Corte de Tolosa en un caso en que el padre se había pres-

---

1 Riom, 30 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1854, 2. 227).

tado para que se registrara un reconocimiento sobre sus propios bienes: la Corte decretó la cancelación de aquel registro, pues no pudiendo haber registro sin hipoteca, y no teniendo el hijo derecho á la hipoteca legal, dicho registro se había hecho sin causa (1). Es más: á nuestro juicio, ni siquiera podría sujetarse el padre á la hipoteca, porque equivaldría á que renunciara la patria potestad. Razones de orden público hicieron al legislador eximir al padre de la hipoteca legal, y por esto los arreglos privados que establecen su otorgamiento están atacados de nulidad.

La cuestión se hace más dudosa cuando el testador mismo, al instituir el legado al menor, es quien exige que el padre administrador otorgue una garantía hipotecaria. La Corte de Casación resolvió que en ello no había habido violación legal de ninguna especie (2). Si se admite que el testador puede privar de la administración al padre, entónces, evidentemente, con mayor razón puede obligarle á garantizar; pero, de acuerdo con nuestra opinión, debe resolverse en otro sentido el caso, á saber: que pues la administración legal es de orden público, y por motivos de ese género exige la ley la hipoteca legal sobre los bienes del padre, es inconcuso que el testador no puede imponer la garantía hipotecaria.

Hay una razón decisiva á favor de esta conclusión. ¿De dónde hubo el hijo los bienes que administra su padre durante el matrimonio? De legados y donaciones. Pues bien: si pudieran el testador ó el donante obligar al padre á constituir hipoteca, ¿qué vendría á ser de la disposición legal que le exime de la hipoteca misma? Para el legislador, es garantía suficiente en favor del hijo el afecto de sus padres; mas el donante ó el testador dirían: Ese afecto no me inspira la menor confianza; deseo una seguridad real.

---

<sup>1</sup> Tolosa, 25 de Febrero de 1845 (1845, 4, 438).

<sup>2</sup> Sentencia de 30 de Abril de 1833 (Dalloz, palabra *Disposiciones entre vivos*, núm. 189).

Esto, conforme al sistema del Código, es inadmisible; pero no entra en nuestro ánimo justificar la ley, sino interpretarla.

310. Se pregunta si sería el caso de que se nombrara un segundo tutor. Ni preguntarse debería tal cosa. ¿Puede darse el caso de segunda tutela donde no hay tutor? Pues qué, el Tribunado, al proponer el artículo 389, ¿no expresó con todas sus letras que no habría segundo tutor? Sin embargo, posible será que haya conflicto de intereses entre el padre y el hijo, en cuyo caso, habría necesidad de proveer á éste de un representante que le defendiera. Por eso están de acuerdo los autores en que se le nombre un tutor *ad hoc*, y de ello tenemos un ejemplo en el Código Civil: el caso en que el marido ejercita la acción de desconocimiento contra el hijo, pues el artículo 318 exige que se provea á éste de un tutor *ad hoc*. Conforme á la opinión común, dicho tutor deberá ser nombrado por el consejo de familia; pero, á nuestro juicio, el nombramiento deberá hacerse por el tribunal (1).

*Núm. 3.—De los actos de administración.*

311. Está por demás decir que el padre puede ejecutar todos los actos de administración que sólo el tutor puede ejecutar. Conforme á la teoría del Código, los arrendamientos son actos de administración cuando no pasan del término ordinario de nueve años (arts. 1429, 1430 y 1718); cuando pasan, se consideran como actos de disposición. De aquí se sigue que el padre administrador está sujeto, en esta materia, á las restricciones á que lo está el tutor, no por razón de analogía, sino por la aplicación de un principio general.

El artículo 452 obliga al tutor á vender los muebles del

---

1 Demolombe, t. VI, p. 317 y sig., núms. 421 y 422. Véase el tomo III de estos *Principios*, núm. 453.

menor, con excepción de los qué el consejo de familia le autoriza para conservarlos en especie. Todos están acordes en que esta disposición no es aplicable al padre, lo cual es evidente, conforme al principio que tenemos establecido, apoyándonos en la autoridad del Tribunado (núm. 302). ¿Ha de inferirse que el padre tiene pleno poder para vender como le plazca? Los autores así lo enseñan; pero en vano buscamos nosotros el principio jurídico que permita al padre enajenar como simple administrador. ¿Se deberá esto á que la venta de bienes muebles es un acto de administración? M. Demolombe contesta que no querría admitir esta proposición con una generalidad tal, y nosotros la hemos refutado en toda forma, apoyándonos en textos expresos del Código. Surge de nuevo nuestra cuestión. Enajenar es un acto dispositivo, y el padre no es más que simple administrador. ¿Con qué derecho, pues, enajenaría? “La ley, dicen, *parece* que se atiene á la prudencia y afecto del padre, en lo que se refiere al cuidado que tenga para realizar la venta en los términos que estime más convenientes, y, por lo mismo para evitar costas judiciales, si lo cree útil para sus hijos” (1). Este no es el lenguaje del jurisconsulto, ya que no resuelve las cuestiones fundándose en lo que *parece* que la ley dice, sino en lo que dice en realidad; y cuando no dice que el administrador puede enajenar, es porque le deniega ese derecho, puesto que es contrario á todo principio que quien no es propietario, pueda realizar un acto de propiedad. Por otra parte, ¿dónde está la ley que parece dar ese poder discrecional al padre? Un solo artículo tenemos sobre la administración legal, y lo único que dice ese artículo, el 389, es que el padre es *administrador*. ¿Quiere decir que tenga el padre un poder ilimitado para disponer del mobiliario?

312. Hay actos que no puede ejecutar el tutor sino con

---

1 Demolombe, t. VI, p. 330, núm. 437, y el tomo II de estos *Principios*, núm. 279.

la autorización del consejo de familia: ¿puede ejecutarlos sólo el padre administrador? Esta cuestión se halla controvertida. Desde luego pasamos por alto la opinión que asimila la administración legal con la tutela (1). No hay consejo de familia que inspeccione los actos del padre administrador, como tampoco hay un segundo tutor. Ni siquiera puede decirse que se necesita proceder por analogía, porque las disposiciones legales sobre tutela son especiales para ésta, como ya lo hemos hecho notar (núm. 302). ¿Debe inferirse de aquí, con otros autores, que el padre puede ejecutar por sí solo todos los actos para los que el tutor necesita la autorización del consejo de familia? (2). Esto nos parece demasiado absoluto, pues hay que considerar la naturaleza de los diversos actos: si no lo son de disposición, puede el padre ejecutarlos por sí solo. No es esto más que la aplicación de nuestro principio (núms. 302-305). Pero si el acto implica enajenación, no puede ejecutarle el padre, por no tener sino un poder de administración.

El caso es indudable en cuanto á la aceptación de las donaciones (art. 463): el Código mismo autoriza al padre para aceptar las que se hicieren al hijo (art. 935). También puede aceptar las herencias recaídas al menor, pues, en este caso, no enajena, sino que adquiere, y debiendo hacerse la aceptación á beneficio de inventario, ningún peligro resulta de ello para el hijo (arts. 461 y 776). ¿Acontece lo mismo con el repudio? No, porque renunciar es enajenar, supuesto que el derecho á la herencia se adquiere para el hijo, de pleno derecho, al morir el autor de la misma. En vano se diría que la ley establece una diferencia entre la renuncia y la enajenación, ya que el tutor puede renunciar con autorización del consejo de familia, mientras

---

1 Esta es la opinión de Demolombe, t. VI, p. 334, núm. 446.

2 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. I, p. 406, nota 12. Marcadé, t. II, p. 155, núm. 4.



que para enajenar necesita la confirmación judicial. A esto contestamos que tales distinciones, peculiares de la tutela, no se pueden extender por analogía; así es que debe aplicarse á la renuncia el principio que vamos á establecer sobre los actos de disposición.

El padre puede contestar una demanda de petición de herencia que se entable contra el hijo, desde el momento en que hasta el tutor puede hacerlo (art. 465). Asimismo, puede pedir la partición sin autorización del consejo de familia, porque dividir no es enajenar; es, pues, un acto de administración, desde el punto de vista de los principios relativos á la administración legal (1).

Quedan las acciones reales (2) y el consentimiento; pero siendo dudosa la cuestión, nos ocuparemos en ella por separado.

*Núm. 4.—De los actos de disposición.*

313. El tutor no puede enajenar directa ni indirectamente los bienes del menor sino con autorización del consejo de familia, confirmada por el tribunal y que no debe concederse sino por causa de necesidad absoluta ó de evidente utilidad (art. 457). Se pregunta si el padre administrador está sujeto á las mismas formalidades. Como hacemos á un lado la asimilación entre la tutela y la administración legal, y aun la argumentación por analogía, tenemos que concluir que el padre no necesita la autorización del consejo de familia, consejo que no existe para el padre administrador. Por tanto, no puede ser el caso de una confirmación propiamente dicha. Esta es la opinión general, con excepción de M. Demolombe. Pueden citar-

1 Bruselas, 9 de Marzo de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 128). La Corte de Casación de Francia resolvió que el padre administrador no está sujeto, en principio, á la intervención é inspección del consejo de familia, como resulta evidentemente, dice la sentencia, de las circunstancias y declaraciones que acompañaron á la introducción, en el Código, del artículo 389 (sentencia de 3 de Junio de 1877, *Dalloz*, 1868, 1: 27).

2 En francés: *actions immobilières*, (acciones inmuebles).—*V. del C.*

se en su apoyo, además de las consideraciones que hemos hecho valer, lo que ocurrió durante la discusión. El artículo 389, según el proyecto, terminaba de este modo: "Todo lo que interese á la propiedad de los bienes se regirá por la sección VIII," es decir, por las disposiciones que imponen al tutor la obligación de pedir la autorización del consejo de familia y la aprobación del tribunal. Esta parte final del artículo 389 quedó suprimida, y con ello se confirma la teoría del Código Civil en esta materia. Hay que hacer á un lado los principios de la tutela, principios que no tienen aplicación en la administración del padre (1).

Esto no quiere decir que el padre pueda ejecutar, como administrador, actos de disposición, cosa imposible. ¿Quiere decir, entonces, que no pueden enajenarse los bienes del hijo mientras dure la administración legal? Tal sería, de acuerdo con el rigor de los principios, la consecuencia del silencio de la ley. El padre no puede enajenar, y el hijo no tiene otro representante que el padre. De aquí resultaría que los bienes del hijo quedarían fuera del comercio, lo cual es contrario al interés general, así como al de los propietarios. Si hay necesidad absoluta ó evidente utilidad para el hijo en que se vendan ó se hipotequen sus bienes, ¿por qué el padre no había de poder hacerlo, siendo así que la ley lo permite al tutor? Aquí hay un argumento por analogía, en cuanto á que el interés del hijo sujeto á patria potestad es el mismo que el del sujeto á tutela. Hay, además, un argumento *a fortiori* á favor del padre. En general, existen poderes más amplios que el del tutor; y si á éste le es permitido enajenar, debe serlo también al padre. Una sola dificultad ocurre, y, desde el punto de vista de los principios, es de importancia. La ley concede garantías al menor que está bajo tutela: la autorización del consejo de familia y la confirmación del tribu-

---

1 Véanse los testimonios en Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 82.

nal; garantías que no establece á favor del hijo que está bajo la patria potestad, no obstante necesitarlas. ¿Cuáles serán esas garantías?

314. Los autores y la jurisprudencia admiten unánimes que el juez puede autorizar al padre para que enajene, hipoteque y solicite préstamos; pero hay una razón que hace dudar. ¿Pueden los tribunales, faltando una ley expresa, facultar á un administrador para que enajene? No lo creemos, ya que solamente el propietario puede enajenar. Cuando se halla incapacitado, corresponde á la ley determinar por quién, con qué condiciones y con qué seguridades se ha de hacer la enajenación, y 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 había debido decidir. Por tanto, está admitido que el padre puede ejecutar toda clase de actos de disposición con autorización del juez. Y decimos que con autorización y no con la confirmación, porque no puede ser éste el caso de que deba intervenir el consejo de familia, y por ende, nada hay que confirmar. Si el padre celebra un acto de disposición sin la autorización judicial, es nulo ese acto, consecuencia forzosa del principio, y tal consecuencia hace aumentar la duda. ¿Puede haber nulidad sin la voluntad del legislador? nulidad por no observarse una formalidad que él estableció? Aquí se ve con toda claridad cómo los intérpretes hacen la ley.

La Corte de Casación hizo una aplicación notable del principio aceptado generalmente. Un padre administrador legal compra algunos inmuebles á nombre de sus hijos, pero en lugar de pagar el precio al contado con el dinero que tenía en su poder, consigue que se le conceda un plazo. La Corte de la Martinica resolvió que aquel convenio era un verdadero préstamo bajo la forma de una adquisición á título de empleo; y sin embargo, el padre como simple

administrador no puede recibir un préstamo, cuando menos, no lo puede sin autorización judicial. Recurrido el fallo en casación, fué confirmado (1). La resolución es muy lógica desde el momento en que se admite el principio.

La transacción está sujeta á formalidades especiales, cuando se trata del menor que se halla bajo tutela. Es necesario, además de la autorización del consejo de familia, el dictamen de tres jurisconsultos y en seguida la confirmación del tribunal (art. 467). Se ha resuelto que el padre debe observar todas estas formalidades (2). Esto es extralimitarse del principio reconocido por la jurisprudencia. Si el Código exige el dictamen de tres jurisconsultos, es por lo posible de que no haya en el consejo de familia ningún miembro que esté iniciado en la ciencia del derecho, y esto sirve para complementar la autorización del consejo, autorización que, sin embargo, nunca se exigió para el padre administrador. Es menester, pues, resolver que basta con que el tribunal intervenga en la transacción, como en cualquier acto de disposición.

315. ¿Tiene el padre derecho de representar á su hijo ante los tribunales, sea como actor ó como reo? Si se parte del principio de que el padre no tiene más que un poder de administración, la cuestión estará en si el derecho de ejercitar una acción ó de contestarla equivale á un acto de administración, ó es uno de disposición. El Código Civil tiene sobre esto una teoría especial, y hace una distinción, concediendo generalmente á los administradores el derecho de ejercitar acciones personales (3). El artículo 464 reconoce al tutor, implícitamente, ese mismo derecho; el menor emancipado, aquel cuyo poder de administración es el más limitado, tiene el propio derecho (art. 482), el cual el artículo 1428 concede también formalmente al marido

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

2 Sentencia del tribunal de Marsella. 12 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1867, 5. 347.)

3 En francés: *actions mobilières* (acciones muebles).—*N del C.*

que administra los bienes de su mujer. Así, pues, está fuera de duda que el padre puede ejercitar, solo, todas las acciones personales del hijo. En cuanto á las reales, el Código las deniega al tutor, al menor emancipado y, de una manera implícita, al marido; por lo que es necesario asentar que el derecho de ejercitar acciones reales se considera por la ley como excediendo al poder de administración. Esto, á nuestro juicio, resuelve la dificultad. Sin embargo, hay contrariedad entre los autores y la jurisprudencia.

El único argumento que se encuentra en los autores y en las sentencias es el de que la administración legal no es una tutela, y que, por consiguiente, no está sujeto el padre á las formalidades y restricciones que el Código impone al tutor. Conforme al artículo 464, el tutor no puede deducir ante los tribunales una acción real del menor, sin autorización del consejo de familia. Pues bien, durante el matrimonio, no hay consejo de familia; luego no es el caso de que el padre pida autorización para litigar (1). Ya hemos contestado á esta argumentación. De que la administración legal no es una tutela, hay que concluir que no se pueden aplicar al padre las disposiciones del título X; luego debe hacerse abstracción de él y normar los poderes del padre por los principios generales que rigen los derechos del administrador. Es un mal razonamiento decir que el tutor no puede ejecutar tal acto sino con la autorización del consejo de familia, y que, en esta virtud, el padre sí podrá hacerlo solo. Ahora bien, conforme á la teoría del Código, á ningún administrador se dan acciones reales, y por esto deben negarse al padre. Con razón considera la ley dichas acciones como excediendo al poder de un administrador: porque, en efecto, el que intente una acción mal fundada, sale condenado en costas, y éstas pueden llegar á ser enormes. El administrador, que litiga á costa de aquel cuyos

---

1 Bourges, 11 de Enero de 1863 (Dallos. 1864, 5, 305), y Besanzón, 29 de Noviembre de 1864 (Dallos. 1864, 2, 195).

intereses maneja, podría verse tentado de litigar á la ligera, y por ello es bueno que haya una inspección. Hasta pueden asimilarse las acciones judiciales con los actos de disposición, porque el actor que pierde el pleito, dispone directamente de la cosa que constituye el objeto del litigio.

El artículo 464 coloca el consentimiento en la misma línea que la acción, de modo que si se reconoce al padre administrador el derecho de promover, por esto mismo se le reconoce el de consentir sin autorización del consejo de familia (1). Conforme á nuestra opinión, sería necesaria, lo mismo para consentir que para promover, la autorización judicial.

316. Del principio de que el padre no puede ejecutar actos de disposición, se sigue que no puede donar los bienes del hijo. Nunca el administrador tiene ese poder; no puede ejecutar más que actos útiles para aquel de cuyo patrimonio es administrador. Hay uno que, en general, es muy ventajoso, y es el arbitraje; sin embargo, es de principio que el tutor no puede comprometer, porque el menor no tiene ante los árbitros la garantía de que puede intervenir el Ministerio público (C. de Proc., arts. 1004 y 83, núm. 6). Los textos del Código de Procedimientos que sirven de fundamento á este principio, se aplican al hijo sujeto á la patria potestad, tanto como al que está bajo tutela.

Hay un acto que se prohíbe al tutor, por más que sea 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 interpretación es de derecho estricto, razón por la cual no se puede extender al padre administrador lo que la ley dice del tutor. Y aunque se objeta con el artículo 1596, por reproducir éste la prohibición, dicha disposición también debe interpretarse estrictamente, y no

---

1 Sentencia de Pau, de 15 de Julio de 1865, confirmada en Casación, el día 3 de Junio de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 27).

habla del padre administrador. Esto nos parece decisivo (1).

### § III. OBLIGACIONES DEL PADRE ADMINISTRADOR.

317. El padre está obligado á dar cuentas, dice el artículo 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 establecido por el artículo 1137. El padre, bien así como el tutor, debe administrar como buen padre de familia, estando 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 espera de su afección. El padre da cuentas de la propiedad y de las rentas de los bienes que disfruta, y de la propiedad únicamente en cuanto á los bienes en que le corresponde el usufructo. ¿En qué época debe dar esa cuenta? Al terminar la administración legal, es decir, al llegar el hijo á la mayor edad ó al emanciparse, pues aunque ciertamente el usufructo cesa desde el momento en que llega el hijo á los diez y ocho años, continúa la administración.

318. De acuerdo con el artículo 472, "cualquier arreglo que pueda celebrarse entre el tutor y el menor llegado ya á la mayor edad, es nulo, si no ha precedido la dación de una cuenta detallada y la entrega de sus justificantes, todo ello comprobado con el resguardo del "oyant compte" (2), diez días, cuando menos, antes del arreglo." Se pregunta si esta disposición es aplicable á la administración legal del padre, cuestión que, con razón, se ha resuelto en sen-

---

1 Aubry, en la *Revista de Derecho francés*. 1844, p. 681. En sentido contrario, Dalloz, palabra *Patria Potestas*, núm. 83.

2 Sin traducción ni equivalente en castellano. La traducción literal sería: oyente cuenta, quizás oidor de cuentas, que no sabemos quién ó qué será.—N. del C.

tido negativo (1). Ciertamente es que el padre está obligado á dar cuenta, lo mismo que el tutor, y el artículo 472 tiene por objeto asegurar la dación de esa cuenta; de modo que podría decirse que hay analogía y que donde existe la misma razón de juzgar, debe también resolverse lo mismo. La analogía, en este caso, es evidente; pero como el artículo 472 es una disposición de todo punto excepcional, no es posible extenderla por analogía, ya que las excepciones y las nulidades son siempre de derecho estricto.

319. El tutor debe, de pleno derecho, intereses sobre la cantidad de que aparece responsable (art. 474). Excusado es decir que no tiene lugar eso mismo respecto del padre administrador: el interés legal no se debe sino en virtud de la ley, y así, los textos que le 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: también esto es una excepción. Podría invocarse aquí un argumento *a fortiori*, diciéndose: que si la administración legal es más favorable que la tutela, el menor ya no puede consiguientemente, promover contra su tutor, pasados los diez años, y menos debe tener acción contra su padre. Es verdad que el legislador debió haber aplicado esta disposición al padre administrador; pero no lo hizo, y el intérprete no puede, por ninguna especie de argumentación, hacer extensiva una excepción del derecho común.

#### § IV. TÉRMINO DE LA ADMINISTRACIÓN LEGAL.

320. La administración legal termina con la mayor edad del hijo, supuesto que, con arreglo al artículo 389, el padre es administrador de los bienes de sus hijos menores.

---

1 Sentencias de Agen, 11 de Marzo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 294), y de la Corte de Casación, 30 de Enero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 172).



Por la misma razón, la administración del padre cesa cuando se emancipa el hijo; siendo uno de los efectos de la emancipación que el menor emancipado tome la dirección de sus negocios (art. 481).

321. El artículo 444 establece que el tutor puede ser destituido por mala conducta notoria, por incapacidad y por infidelidad. En lo general, se admite que esta disposición puede aplicarse al padre administrador por haber identidad de motivos; pero nosotros creemos que esta opinión es opuesta á los verdaderos principios y aun á la doctrina de los autores, aceptada ya por la jurisprudencia. El administrador es un mandatario, y al que confiere el mandato corresponde revocarle. Pues bien, el padre recibe de la ley su mandato, y, consiguientemente, sólo ella puede determinar las causas por las que debe privársele de la administración. Hay una razón decisiva para resolverlo en ese sentido, tratándose del padre administrador, y es que si él administra, lo hace como padre; y como la administración legal es una dependencia de la patria potestad, siendo ésta de orden público, sólo al legislador incumbe resolver en qué casos termina la administración. No lo ha hecho, y es de lamentarse, por los intereses pecuniarios del hijo, como lo hemos lamentado por lo que mira á su educación intelectual y moral; pero este es un vacío que el intérprete no podría llenar. ¿No dicen hasta los autores que la administración legal no es tutela, y que las causas de excusa é incapacidad que puede el tutor hacer valer no se aplican respecto del padre administrador? ¿Con qué derecho establecen, entonces, una excepción respecto de las causas de destitución? Todo administrador, dícese, debe obrar como buen padre de familia; luego si obra mal, debe ser separado de la administración. El razonamiento no es muy lógico; porque quien administra mal contrae responsabilidad, y ésta es la única consecuencia jurídica de su mala administración. Es distinta la cuestión de si puede

ser separado el administrador, y por quién. En vano se invoca el interés del hijo, porque al legislador y no al intérprete, incumbe proveer á los intereses de los incapacitados.

En realidad, los tribunales, en esta materia, no interpretan la ley, la hacen. ¿Se quiere una prueba de ello? El artículo 446 dice que la destitución del tutor se resuelve por el consejo de familia, reunido á petición del segundo tutor, ó de oficio por el juez de paz. ¿Quién declarará la destitución del padre? En este punto, no se entienden ya los autores, como que, efectivamente, falta una disposición legal. El consejo de familia, dice uno de ellos. No, contesta el otro, porque no hay consejo de familia, y tampoco segundo tutor durante el matrimonio, sino el tribunal. ¿Quién faculta para el efecto al tribunal? Los intérpretes. Pero es que el tribunal nunca procede de oficio: ¿quién será entonces el que someta el caso á su conocimiento? La familia, dice este autor. No, sino el Ministerio Público, dice aquel otro. Y nosotros preguntamos: ¿con qué derecho? No hay acción, tampoco interés, y, en el caso, no se trata más que de poner á cubierto los intereses pecuniarios del hijo. ¿Quién es el interesado en que no se dilapide el patrimonio del mismo? ¿La familia? En tal caso, no lo serían más que los herederos, y éstos no pueden promover con un derecho eventual, como el suyo, á la sucesión, sino cuando la ley los faculta para hacerlo. ¿El Ministerio Público? Este no puede promover en asuntos civiles sino para la ejecución de leyes de orden público; ¿y dónde está la ley que prescriba la destitución del padre? Por tanto, convengamos en que hay un vacío, pero vacío que sólo el legislador puede llenar (1).

---

1 Véanse la doctrina y la jurisprudencia en Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núms. 77 y 78.