

CAPITULO IV.

DE LAS CUENTAS DE LA TUTELA.

§ I.—DE LAS CUENTRS PROVISIONALES.

121. El art. 470 establece que: «Todo tutor, que no sea el padre y la madre, puede ser obligado, durante la tutela, á poner en manos del subrogado tutor estados de situación de su gestión, en las épocas que el consejo de familia haya juzgado oportuno fijar, sin que por esto pueda ser obligado el tutor á proporcionar más de uno cada año. Estos estados de situación se redactarán y remitirán, sin gastos, en papel sin timbres, y sin ninguna formalidad de justicia.» El proyecto de código obligaba al tutor á rendir una cuenta anual durante su gestión, y una cuenta general cuando la tutela cesaba. Esta disposición, tomada del antiguo derecho, tenía por objeto instruir á los parientes del estado de la tutela, y darles la seguridad de la buena fe del tutor.

Las cuentas anuales se llamaban cuentas provisionales, y no debían contener más que un breve estado de ingresos y egresos; los detalles se reservaban para la cuenta definitiva. La obligación de las cuentas provisionales se suprimió infundadamente, á nuestro juicio, y quedó reemplazada por estados facultativos; la expresión de cuenta definitiva se ha conservado para designar la cuenta que debe rendirse al término de la gestión. La ley no impone ya á los tutores la obligación de rendir cuentas provisionales, y se atiene á la prudencia del consejo de familia. Estos estados de situación deben entregarse al subrogado tutor, porque tiene por misión especial vigilar la gestión del tutor. Según la ley hipotecaria belga, el consejo puede también forzar al tutor á que le rinda cuentas provisionales en las épocas que fijará al abrirse la tutela.

El código Napoleón limita el número de estas cuentas: el tutor no puede ser obligado á procurar más de una cada año. La ley belga no reproduce esa restricción; pero si no está en el texto, ciertamente que lo está en el espíritu de la ley. No debe ser que la vigilancia degenera en vejación; por otra parte, cuentas demasiado multiplicadas aumentarían los gastos; para no gravar al menor con un gasto inútil, es por lo que la ley quiere que las cuentas provisionales se escriban en papel sin timbres, y que no haya ninguna formalidad de justicia (1). La ley añade, *sin gastos*. Esto es demasiado absoluto: si el tutor debe hacer gastos por propia cuenta, ciertamente que podrá demandarlos á su pupilo.

122. El art. 470 exceptúa al superviviente de los padres. Esto supone que el padre ó la madre es tutor legal. Si el superviviente se excusa ó rehusa la tutela, y si, en seguida, es convocado para una deliberación del consejo de familia, la tu-

1 Demante, *Curso analítico*, t. 4º, p. 302, núm. 231.

tela será dativa, y en consecuencia, se vuelve á la regla que permite que se apremie á todo tutor para que rinda cuentas anuales. Se ha fallado, aplicando este principio, que el consejo de familia, al mantener en la tutela á la madre viuda que vuelve á casarse, puede imponerle la obligación de rendir cuentas provisionales. Esta decisión está fundada en el rigor de los principios: el consejo puede conservar la tutela á la madre ó retirársela; luego tiene derecho á no mantenerla sino bajó las condiciones que estime necesarias. La madre no tiene el derecho de querellarse, porque no se dirige á ella esta medida de desconfianza, sino al segundo marido, que será cotutor y civilmente responsable (1).

§ II. DE LA CUENTA DEFINITIVA.

Núm. 1. *¿Quién debe rendir cuentas?*

123. «Todo tutor es responsable de su gestión cuando ésta concluye» (art. 469). Esta obligación incumbe á todo administrador de bienes ajenos, y resulta de la naturaleza misma de este cargo. La ley dice: *todo tutor*, para marcar que no hay ninguna excepción, y que el superviviente de los padres debe rendir cuentas de su gestión. La ley impone esta obligación hasta al padre administrador legal (artículo 389); no había motivo ninguno para dispensarlo de ella. A veces la tutela está administrada por personas que no tienen la calidad de tutor; á éstos no puede aplicárseles el art. 469; no por esto dejan de ser responsables, porque son administradores. La madre que rehusase la tutela debe cumplir los deberes inherentes hasta que haya procurado que se nombre un tutor, luego ella maneja los negocios, y

1 Agen, 14 de Diciembre de 1830, y Rouen, 3 de Agosto de 1827 (Daloz, en la palabra *minoría*, núms. 403, 5º, y 100. En sentido contrario, Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1º), p. 418, nota 2. Los traductores abundan en la opinión consagrada por la jurisprudencia. Compárese Demante, t. 2º, p. 302, núm. 231, *bis*.

por lo tanto, es responsable (art. 394). Si la madre tutora vuelve á casarse sin convocar al consejo de familia, pierde la tutela, pero continúa administrándola; es responsable de su gestión, lo que implica que debe dar cuenta de ella (artículo 395). Los herederos mayores deben continuar la gestión del tutor difunto, luego son responsables (art. 419). El tutor que se excusa está obligado á administrar provisoriamente (art. 440); estará, pues, obligado á presentar cuentas de su administración.

124. ¿Se puede dispensar al tutor de la obligación de rendir cuentas? Sin decirlo se comprende que los que nombran al tutor no pueden dispensarlo de una obligación que es de la esencia de la tutela; y siendo ésta de orden público, no es de la atribución del consejo de familia, ni del que sobreviva de los padres, derogar disposiciones que norman los deberes del tutor. Pero se pregunta si el que hace una liberalidad al menor puede dispensar al tutor de rendir cuentas de la gestión de los bienes donados ó legados. Ya nos hemos encontrado con una cuestión análoga en la que concierne á la obligación de hacer inventario, y la hemos decidido negativamente. Se dice que no hay texto formal que repruebe la dispensa de rendir cuentas. Nos parece suficiente el principio establecido por el art. 6: la cláusula es contraria á las buenas costumbres, luego hay que considerarla como no escrita según los términos del art. 900 (1). La cláusula es contraria á las buenas costumbres, en tanto que dispense al tutor de responder de su dolo; esto es evidente y admisible por todos. Nosotros vamos más lejos. Aun suponiendo que se tratase de simples faltas, sería todavía una cosa inmoral descargar de antemano al tutor de toda responsabilidad. En efecto, la ley le impone la obligación de con-

1 Esta es la opinión general (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 504; Aubry y Rau, t. 1^o, p. 490, nota 16.

ducirse como un buen padre de familia; dispensado de las consecuencias de sus faltas, equivaldría á que se le dispensase que cumpliese con sus deberes, lo que evidentemente está condenado por la moral. Nosotros no aceptamos, como se enseña, que la liberalidad hecha con dispensa de rendir cuentas implique á favor del tutor la carga de indemnizarlo de daños y perjuicios que contra él se pronunciase á causa de simples faltas (1): pagar una indemnización al que falta á su deber es una inmoralidad, porque equivaldría á estimular al tutor y á excitarlo á que no cumpliese con su deber. Conservemos y fortifiquemos el sentimiento moral, del cual depende el bienestar de la sociedad.

125. Al decir que todo tutor es responsable de su gestión, la ley quiere dar á entender que necesariamente debe tener una cuenta de su tutela, y que el tutor no puede invocar ninguna circunstancia, ninguna razón para dispensarse. Ha acontecido que una menor llegada á la mayoría, á la cual el tutor había entregado la cuenta con las piezas justificativas, destruyó todos los papeles. Más tarde, habiéndose casado la pupila, se pidió la cuenta de la tutela. El tutor contestó que su pupila, por sí misma, lo había colocado en la imposibilidad de rendir cuentas, que este hecho perjudicial constituía un cuasi-delito que hacía que ella no fuese admisible á exigir la cuenta. No se aceptó esta singular defensa. El tutor fué sentenciado á rendir cuentas, pero la corte resolvió que habiendo destruido la pupila las piezas justificativas, las dificultades y los embarazos que surgiesen de tal hecho debían recaer sobre ella (2).

Hay, sin embargo, un caso en que el menor no puede pedir cuentas. Se supone que él es el único heredero del tutor, y que acepta pura y sencillamente la sucesión. Como

1 Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 278 art. 469, núm 1.

2 Douai, 9 de Julio de 1855 (Daloz 1856; 2; 80).

heredero, tiene á su cargo todas las obligaciones del difunto, luego es, á la vez la persona á quien se rinden y piden cuentas: lo que quiere decir que hay confusión. En realidad, la obligación de presentar cuentas no se extingue, pero es imposible diligenciar su ejecución. Si el pupilo hubiese aceptado á beneficio de inventario, podría pedir la rendición de la cuenta, salvo que soportase la deuda del difunto hasta la concurrencia de su emolumento. Si fuese heredero parcial, nada le impediría exigir la cuenta, pero habría confusión por su parte hereditaria de las condenas que se hubiesen pronunciado contra el tutor (1).

126. ¿Pueden los acreedores del menor pedir la rendición de la cuenta? Según los términos del art. 1166, «los acreedores pueden ejecutar todos los derechos ó acciones de su deudor; con excepción de aquellos que son exclusivamente inherentes á la persona.» La cuestión está en saber si el derecho de pedir la cuenta entra en la regla ó en la excepción. En el título de las *Obligaciones*, veremos que por *derechos exclusivamente inherentes á la persona*, se entienden los derechos morales y los derechos en los cuales el elemento moral está por encima del interés pecuniario. La cuenta, antes que todo, es una cuestión de interés, supuesto que es la consecuencia forzosa de una gestión pecuniaria; luego el derecho de pedirla no entra en la excepción prevista por el art. 1166. Lo que quiere decir que puede ejercitarse este derecho por los acreedores. En vano se dirá que el menor, al guardar silencio, renuncia á su derecho; puede renunciar al beneficio de las condenas pecuniarias que se hayan pronunciado contra el tutor; pero no puede renunciar al derecho de pedir cuentas (2).

127. ¿A quién debe rendirse la cuenta? A aquel á quien

1 Bourges, 14 de Agosto de 1829 (Daloz, en la palabra *minorias* número 598, 2°).

2 Douai, 24 de Mayo de 1854 (Daloz, 1855; 2, 51).

pasa la administración de los bienes cuando termina la tutela. Si por la mayor edad del pupilo es por lo que cesa la tutela, la cuenta debe rendirse al menor que alcanzó la mayor edad; si es por su emancipación, la cuenta de la tutela se rinde al menor asistido de un curador (art. 480); si es por su muerte, se rinde á sus herederos. Cuando la tutela está simplemente vacante, el antiguo tutor deberá rendir cuentas de su gestión al nuevo tutor. Este tiene el derecho y el deber de exigirlo; y si no lo hace, es responsable de una negligencia que compromete los intereses de su pupilo (1). Cuando la cuenta se ha rendido y se ha revisado escrupulosamente, el antiguo tutor queda descargado, en el sentido de que la cuenta recibida por el nuevo tutor se reputa recibida por el pupilo y lo liga por consiguiente; esto es la aplicación del principio de que la conducta del tutor es la conducta del menor (2).

128. Resulta de aquí una consecuencia importante en el frecuente caso en que hay varias tutelas sucesivas. Regularmente cada nuevo tutor ha debido exigir del antiguo una cuenta de su gestión, y él es responsable si no lo hace. Cuando la tutela cesa definitivamente, el menor llegado á mayor puede exigir una cuenta general; el último tutor es el que debe rendirla, y el que, por lo tanto, es responsable de toda la gestión, salvo su recurso contra los antiguos tutores; en cuanto al pupilo, no está obligado á promover contra todos los tutores que sucesivamente han manejado la tutela, siendo el último responsable de toda la administración (3). La corte de Rennes ha hecho una aplicación

1 Burdeos, 1º de Febrero de 1828 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 597). Besangon, 27 de Noviembre de 1862 (Daloz, 1862, 2, 214).

2 Véase el tomo 4º de mis *principios*, núm. 365, Aubry y Rau, t. 1º, p. 489, y nota 11.

3 Bourges, 15 de Marzo de 1826 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 598, 1º), y 14 de Agosto de 1826 (Daloz, *ibid.*, núm. 598, 2º). Lieja, 24 de Julio de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 132), y 24 de Mayo de

notable de este principio. Una mujer incapacitada había tenido varios tutores. Se le levanta la interdicción. El último tutor da cuentas de su gestión; en cuanto á la anterior, él consigue un convenio que lo desarga de la obligación de rendir cuentas. La dama muere legando los dos tercios de su fortuna á los hijos de su último tutor. Se ataca el testamento en virtud de los arts. 907 y 911.

El art. 907 dice que el menor, entrado á la mayor edad, no podrá disponer en favor de aquél que haya sido su tutor, si la cuenta definitiva de la tutela no ha sido previamente rendida y expurgada; y según los términos de art. 911, la disposición en provecho de un incapaz es nula, cuando se hace á nombre de personas interpuestas; se tienen por personas interpuestas los hijos del incapaz. Estos artículos son aplicables á los incapacitados, declarando el art. 509 que las leyes sobre la tutela de los menores se aplican á la tutela de los incapacitados. No había más que una dificultad: ¿la cuenta definitiva de la tutela de que habla el artículo 907 comprende á las tutelas anteriores? La afirmativa es cierta, según acabamos de decir (1).

Núm. 2. Formas.

129. La cuenta no es un acto solemne, no hay formas prescritas para su validez, otra cosa era según el proyecto del código civil. Debía presentarse la cuenta al menor, entrado en la mayor edad, en un consejo de familia convocado por el juez de paz. Si el menor combatía la cuenta, el consejo debía procurar conciliar á las partes, y sólo cuando no lo conseguía era cuando las remitía á los tribunales. Este procedimiento fué rechazado, porque el pupilo ad-

1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 17), y sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 7 de Abril de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 1, 208).

¹ Rennes, 11 de Agosto de 1838 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 598, 3°).

quiere, por su mayor edad, el derecho de regir él mismo sus negocios (1). Luego cuando las partes están de acuerdo, no hay que seguir forma ninguna. Si la cuenta da lugar á debates, dice el atr. 473, ésto ses seguirán y fallarán como las otras contiendas en materia civil. Esta disposición fué adoptada en lugar de las formalidades especiales que el proyecto prescribía. El art. 473 no tiene, pues, el sentido absoluto que aparenta tener. Cuando las partes no se ponen de acuerdo, la cuenta debe llevarse ante la justicia, y en este caso, hay reglas especiales establecidas por el código de procedimientos (arts. 527 542). Luego únicamente cuando el debate estriba en dificultades que se presentan á la hora de rendir amigablemente las cuentas, es cuando hay lugar á seguir las formas ordinarias, como lo expresa el art. 473. En resúmen, el artículo es inútil; porque no se necesitaba decir que si se promueve judicialmente, hay que conformarse á las leyes del procedimiento, á las leyes generales como á las especiales.

Resulta del texto de la ley que el consejo de familia no tiene ninguna competencia en materia de cuentas; no puede intervenir ni en una cuenta rendida amigablemente, ni en una cuenta judicial, porque los tribunales son los únicos que tienen el derecho de arreglarla (2). ¿Ante qué tribunal debe llevarse la acción de rendición de cuentas? Según el art. 527 del código de procedimientos, los tutores deben ser demandados ante los jueces del lugar en donde la tutela fué conferida. Cuando no hay más que un solo tutor, se aplican los principios que hemos establecido acerca del domicilio de la tutela (3). Si hay tutelas sucesivas puede su-

1 Sesión del consejo de Estado, de 29 vendimiario año XI, número 36 (Lochè t. 3º, p. 394).

2 Turín, 5 de Mayo de 1810 (Daloz, en la palabra *minoría* número 198).

3 Véase el tomo 4º de mis *principios*, núms. 445-448.

ceder que el último tutor haya sido nombrado por un consejo de familia diverso que aquél en que se inició la tutela. ¿Cuál sería entonces el tribunal competente? Se ha fallado que la demanda debía llevarse ante el tribunal del lugar en que la tutela se descirnió originariamente (1). La sentencia dice que la cuenta de tutela no puede ser anulada, esto es evidente; luego hay que escoger entre el lugar en donde la tutela se abrió y aquél en que la tutela fué conferida al último tutor. Ahora bien, la ley no dice que la cuenta se rinda en el lugar en que se abrió la tutela; dice que la acción debe llevarse ante los jueces del lugar en donde se descirnió la tutela, lo que se refiere al tutor que rinde la cuenta; luego el último domicilio es el que decide la cuestión. Esto también se funda en la razón. La ley ha considerado el interés del tutor tanto como el del menor; el tutor y el menor estarán regularmente domiciliados en el lugar en donde la tutela haya sido últimamente conferida; luego es natural que la acción de rendición de cuentas se lleve ante el tribunal de este lugar.

130. La justicia no interviene sino cuando hay una contienda que dilucidar. Cuando no hay debate, ¿para qué recurrir á los tribunales? Conforme á éste sencillísimo principio, es como debe resolverse la cuestión de saber si la cuenta rendida al menor emancipado debe hacerse judicialmente. No comprendemos cómo es que la cuestión ha dividido á las cortes y á los autores. Está decidida por el texto del código. El art. 480, establece que la cuenta de tutela se rendirá al menor emancipado, asistido de su curador. Luego la asistencia de éste es el único requisito para la validez de la cuenta, la única garantía que la ley ha creído necesaria al menor. Es de principio que el menor, asistido de su

1 Burdeos, 3 de Agosto de 1827 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 609, 1.º.)

curador, se considera mayor, en cuanto á los actos para los cuales la ley no exige sino la asistencia del consejo. Esto decide la cuestión, si es que la hay. El menor emancipado, asistido de su curador, puede recibir capitales mobiliarios; ahora bien, la cuenta de tutela, cuando presenta un resto, se resume en un crédito de un capital mobiliario. Ciertamente es que este crédito es el resultado de una cuenta de ingresos y egresos, en la cual el menor podría salir perjudicado; y para evitar que lo sea es por lo que la ley le da un guía y un protector. ¿Pueden los intérpretes ir más lejos y exigir la intervención del consejo de familia y la homologación del tribunal? Esto equivale á preguntar si los jueces pueden crear garantías y establecer nulidades. Se ha invocado el art. 467, que prohíbe al tutor, y por lo tanto, al menor emancipado que transe sin la observancia de tales formalidades (1). ¿Cómo es que se ha podido confundir una cuenta con una transacción? Si se presentan dificultades, y si hay lugar á transigir, sin duda que será preciso conformarse con el art. 467; pero verificar ingresos y egresos no es transigir. Tal es también la opinión que se sigue generalmente (2).

131. Cuando la cuenta se rinde á un tutor nuevo, puede igualmente hacerse sin autorización del consejo de familia ni homologación del tribunal. La mayor parte de los autores están de acuerdo en este punto, que no da lugar á duda alguna (3). Recibir una cuenta es un acto de administración que el tutor tiene derecho de ejecutar; se necesitaría una disposición expresa para que se pudiera admitir una excep-

1 Agen, 19 de Febrero de 1824 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 306). En este sentido Toullier, t. 1º, núm. 1250.

2 Sentencia de la corte de casación, de 23 de Agosto de 1837 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 619); de Rouen, 28 de Agosto de 1844 (Daloz, 1845, 4, 513, y los autores citados por Daloz, en el número 603 de la palabra *minoría*).

3 Aubry v Rau, t. 1º, p. 487, nota 3, y los autores que citan.

ción en cuanto á la cuenta de tutela. Así es que el silencio de la ley es suficiente para resolver la cuestión. Puede todavía invocarse el art. 480 por analogía. La ley no exige ninguna formalidad para la cuenta que se rinde al menor, asistido de su curador. ¿Por qué? Porque la asistencia del curador es suficiente para validar el acto, y es suficiente, porque no es más que un acto de administración. Luego la intervención del tutor debe también ser suficiente para garantir plenamente los intereses del pupilo. ¿A qué conduce multiplicar las formas, y en consecuencia los gastos, cuando el interés del menor no los exige? La jurisprudencia se halla también en este sentido (1). Pero los tribunales y los autores disienten acerca de la cuestión de saber si la presencia del subrogado tutor es necesaria para la validez de la cuenta que el antiguo tutor presenta el nuevo. En ello no vemos la menor duda. Cuando se acepta, como lo hacen la jurisprudencia y la doctrina, que la recepción de cuentas es un acto de administración, deben también aceptarse las consecuencias de este principio. Pues bien, es claro que el tutor solo puede hacer, sin intervención del subrogado, todos los actos de administración; el subrogado ningún derecho tiene para inmiscuirse. No hay más excepción que en los casos en que los intereses del menor se hallan en oposición con los del tutor, y en los casos en que la ley exige expresamente la presencia del subrogado tutor, aun cuando no hubiese oposición de intereses (2). Como el código no prescribe la presencia del subrogado tutor para la rendición de cuentas, no se podría exigirla sino cuando los intereses del tutor y del menor estuviesen opuestos.

1 Bourges, 26 de Diciembre de 1827 (Daloz, en la palabra "minoría," núm. 605, 1°); Poitiers, 25 de Agosto de 1846 (Daloz, 1847, 2, 75).

2 Véanse núms. 105 y 110 de este tomo.

Claro es que si este conflicto existe, el subrogado tutor debe intervenir; en tal caso, se necesita más que su presencia, pues que á él debe rendirse la cuenta, y él el que debe obrar por el menor, como enérgicamente lo expresa el artículo 420. Se va más lejos, y se pretende que los intereses del nuevo tutor están siempre opuestos á los del menor, cuando recibe la cuenta del antiguo tutor. En efecto, se dice, está interesado en que el monto del activo se fije en la cifra menos alta posible. Si, si es un pícaro; pero si se le supone tal, no habrá un solo acto de administración en el cual no exista un conflicto entre los intereses del tutor y los del menor, porque en todo acto el tutor puede engañar á su pupilo. Este es, pues, uno de esos argumentos que nada prueban á fuerza de probar demasiado. Que sea siendo la verdad, que por sí misma, la cuenta de tutela no implica ningún conflicto de intereses entre el tutor y el menor. Luego el subrogado tutor no debe ni puede intervenir (1).

Se hace una objeción que, á primera vista, parece especiosa. La cuenta de tutela, dícese, cuando la rinde el tutor saliente al entrante, reemplaza para éste el inventario que el art. 451 exige al abrirse la tutela, supuesto que el nuevo tutor debe comprobar el mobiliario y los valores mobiliarios que recibe; y como la ley exige la presencia del subrogado tutor en el inventario, debe también exigir la en la sentencia de cuentas.

Nuestra respuesta es fácil, porque se halla escrita en el texto y en el espíritu de la ley. El texto exige la presencia del subrogado tutor en el inventario, y no la exige en la rendición de cuentas. Ahora bien, las condiciones son de derecho estricto, como las nulidades que de ellas dependen.

1 Daranton, t. 3º, p. 601, núm. 615; Toullier. t. 2º, p. 255, número 1246; Proudhon, t. 2º, p. 408 y siguientes; Demolombe, t. 8º, p. 61, número 56. Sentencia de Lieja, de 29 de Mayo de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 17).

den. No es atribución del juez crear formas cuya inobservancia acarrearía la nulidad. No hay nulidad sin ley; luego no hay condición sin ley. Se invocaría en vano la analogía, porque no es suficiente para extender condiciones y nulidades. Y en realidad, no hay analogía. El subrogado debe estar presente en el inventario, porque éste es la base de todas las cuentas de la tutela, mientras que su presencia no es necesaria en la rendición de cuentas. Se ha vendido el mobiliario del menor y el precio se ha impuesto, los valores mobiliarios constan en el inventario. Ya no se trata más que de discutir los ingresos y los egresos; acto de simple administración, acto que un menor emancipado puede llevar á cabo con la asistencia de su curador y sin que el subrogado tutor se halle presente. Por lo mismo no hay motivo alguno para exigir su presencia cuando la cuenta se rinde á un nuevo tutor; el inventario primitivo y la cuenta de los ingresos y egresos del antiguo tutor son suficientes para salvaguardia de los intereses del pupilo (1).

Núm. 5. Ingresos y egresos.

132. Toda cuenta, dice el código de procedimientos, contendrá los ingresos y egresos efectivos (art. 533). En cuanto á los ingresos, la cuenta se basa en el inventario que ha debido levantarse al abrirse la tutela. Además del activo que figura en el inventario, el capital de los ingresos comprende los capitales reembolsados, los frutos y rentas de los bienes, los réditos de las sumas impuestas, los réditos que han corrido contra el tutor, á falta de empleo, las indemnizaciones que el tutor debe (2).

1 Véase, en este sentido, la requisitoria del abogado general Cloquette, al recurso de casación dirigido contra la sentencia de Lieja, de 29 de Mayo de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 1, 213). La corte de casación no decidió la cuestión. Compárese, Aubry y Rau, t. 1º, página 487, nota 2.

2 Duranton; t. 3º, núm. 562. Toullier; t. 2º, núm. 1263.

Por aplicación de este principio, se ha fallado que si el inventario comprueba la existencia de créditos que, por su naturaleza, deben reembolsarse en plazos breves, el tutor debe cuenta de ellos, porque hay presunción de que haya percibido su importe (1). A primera vista, esta decisión parece crear una presunción que no está establecida en la ley. Puede, no obstante, justificarse. El tutor debe recobrar los créditos del menor, luego debe justificar las diligencias que ha puesto en obra para verificar el reembolso; luego si no hace dicha justificación, es responsable del perjuicio que ha causado á su pupilo; á este título, el juez puede declararlo responsable de los créditos no recobrados. Luego no es en virtud de una presunción legal por lo que el tutor debe cuenta de estos créditos, sino porque no ha cumplido las obligaciones que la ley le impone.

Se ha fallado también que si el tutor ha recibido capitales ó bienes cualesquiera á nombre del menor, debe cuenta de ellos, aunque se hubiese establecido que éstos no le eran debidos. En efecto, no han venido á su posesión sino porque era al representante de su pupilo; por este título las ha percibido, luego debe cuenta de ellas. El artículo 1993 así lo dice del mandatario en general: «Todo mandatario está obligado á rendir cuentas de su gestión, y á informar al poderdante de todo lo que ha recibido en virtud de su procuración, aun cuando lo que hubiese recibido no se hubiese debido al poderdante.» La corte de Douai había resuelto lo contrario, al decir que el menor no justificaba su derecho de propiedad; su sentencia fué casada por violación del art. 1993 (2).

1 Sentencia de Nancy, de 28 de Mayo de 1839, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 13 de Enero de 1841 (Daloz, en la palabra "contrato de matrimonio," núm. 1607.

2 Sentencia de casación, de 8 de Mayo de 1843 (Daloz, en la palabra *contrato de matrimonio*, núm. 1581).

133. El art. 471 establece que se abonarán al tutor toda clase de gastos suficientemente justificados y cuyo objeto sea útil. Para juzgar si un gasto es útil, hay que considerar el momento en que se eroga; si entonces era útil, se abonará al tutor, aunque por los sucesos esta utilidad no haya sido duradera; porque, dice Pothier, nadie puede responder de los acontecimientos. «Por esto es que si un tutor ha erogado gruesos gastos para reparaciones en el edificio de una granja, de su menor por más que en lo de adelante estas obras hayan sido incendiadas por un rayo, no por esto dejará de abonarse el gasto» (1). El código se conforma con la utilidad del gasto, y no exige que sea necesario. Esto fué así fallado, y no ofrece duda (2). Desde el momento en que el gasto es útil, debe abonarse, aunque sobrepuje las rentas del menor. En el antiguo derecho, el tutor debía estar autorizado por el consejo de familia para gastar más allá de las rentas del pupilo; el código no reproduce esta limitación; cuando las rentas no son suficientes, preciso es que el tutor tome del capital. Esto es cierto, sobre todo, respecto á los gastos de educación (3).

134. El tutor ha debido, al abrirse la tutela, hacer que el consejo de familia fije la suma á la que podrá elevarse el gasto anual del menor, así como la de la administración de sus bienes (art. 454). Si no se hizo tal normalización, se abonarán, no obstante, al tutor los gastos útiles. Durantou agrega una restricción, y es que el gasto no podrá, en este caso, exceder de las rentas; el exceso, dice, no se tasará. Esta decisión se funda en una ley romana (4). Nosotros tenemos gran respeto por el derecho romano, pero respetamos

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 193.

2 Lieja, 28 de Julio de 1813 («Pasierisia», 1844, 2, 86).

3 Véase, núm. 23.

4 Durantou, t. 3º, p. 611, núm. 636. L. 2, pfo. 2 y 3, D., *ubi pupillus educari* (XXVII, 2).

mos todavía más el texto del código. Ahora bien, en ninguna parte se dice que á falta de arreglo, el tutor debe soportar el gasto cuando exceda de las rentas. Esto sería una verdadera pena, y no hay pena sin ley que la pronuncie. Cierto es que el tutor ha cometido una falta, pero las más de las veces esta falta será por ignorancia. Si los ciudadanos no observan las leyes, es porque no las conocen; y ¿cómo las conocerán, á menos de ser hombres de ley? ¿La falta primera no es del legislador que hasta aquí casi no se ha cuidado de la instrucción de las clases de los trabajadores? Esto no quiere decir que la falta del tutor quede sin consecuencia: los tribunales se mostrarán más rigurosos en el abono de los gastos respecto al tutor que no haya hecho arreglar el presupuesto de sus gastos por el consejo de familia.

Si el consejo ha hecho el arreglo prescrito por el art. 484, esto no dispensará al tutor de que rinda cuentas, porque el presupuesto no es un destajo, sino una simple previsión de los gastos que deban hacerse. Se necesita siempre que se justifique que las sumas abonadas han sido realmente gastadas. ¿Puede el tutor pasarse de la cifra fijada por el consejo? Si se halla en la necesidad de excederla, conviene que rinda informe al consejo, á fin de que éste modifique su arreglo; en principio, el que ha formado el presupuesto, es el único competente para modificarlo. ¿Debe inferirse de esto que si el tutor excede los límites de su presupuesto, no se le abonará el excedente? La corte de Gante así lo resolvió (1). Esto nos parece de un rigor extremo.

Hay enmiendas hasta para el presupuesto del Estado, y ¿se mostrará más severidad para un tutor que para un ministro? Después de todo, el objeto del arreglo que la ley

1 Gante, 22 de Junio de 1855 ("Pasicrisia," 1856, 2, 174). Toulier, t. 2º, núm. 1210.

prescribe es asegurar la utilidad del gusto; si el tutor prueba que ha sido necesario excederse de la cifra que fijó el consejo ¿no se ha alcanzado el objeto de la ley? Luego esto es una cuestión de hecho que los tribunales decidirán según las circunstancias de la causa. Hay sentencias en este sentido (1).

135. ¿De qué manera debe el tutor justificar los gastos que ha hecho? Según el proyecto del código civil, la justificación debía hacerse por *piezas*, lo que implicaba la necesidad de una prueba literal, por finiquitos, para todos los gastos que excedan de ciento cincuenta francos. Esto había sido muy riguroso, no siendo costumbre exigir finiquitos para toda clase de gastos. El código se muestra menos severo; basta que el gasto esté *suficientemente justificado*, dice el art. 471. Esto equivale á decir que la cuestión de justificación se abandona á la apreciación de los tribunales (2). «Ellos pensarán con cuidado, dice un antiguo autor, las diversas circunstancias; tendrán en cuenta la cosa, el acto, la persona» (3). Hay pequeños gastos para los cuales, por la fuerza de las cosas, debe uno atenerse á la declaración del tutor; por esta razón el código de procedimientos exige la afirmación del responsable (artículo 543) (4).

Síguese de aquí que no deben aplicarse á la rendición de cuentas las reglas establecidas en el título de las *Obligaciones* acerca de las pruebas. Según el derecho común, la prueba testimonial no se admite desde el momento en que el objeto del litigio excede de cincuenta francos; el artículo 1345, extiende esta prohibición hasta el caso en que,

1 Lieja, 4 de Febrero de 1854 ("Pasierisia," 1854, 2, 153). Besançon, 20 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 107). Durantou, tomo 3º, núm. 633.

2 Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 348, núm. 233, bis.

3 Meslé, *De las tutelas*, punto 1º, cap. XII, núm. 22.

4 Bruselas, 23 de Enero de 1850 (*Pasierisia*, 1851, 2, 11).

en la misma instancia, una de las partes hace varias demandas, cada una menos de ciento cincuenta francos. pero que reunidos exceden de esta cifra. Si se aplicase este principio á la cuenta de la tutela, resultaría que el tutor debería justificar todo por escrito, lo que sería contrario al texto y al espíritu del art. 471. Luego hay que hacer á un lado las reglas generales sobre la prueba, que suponen relaciones de acreedor y de deudor, y nó relaciones de tutor á pupilo (1).

Núm. 4. Gastos de la cuenta de tutela.

136. El art. 471, dice que: «Se rendirá la cuenta definitiva de la tutela á expensas del menor. El tutor anticipará los gastos.» Esta disposición es una consecuencia del principio de que la tutela es un cargo gratuito; por eso mismo, el tutor debe quedar indemnizado, y ningún gasto hecho por interés del menor debe pesar sobre el tutor. La cuenta se rinde por interés del menor, luego él es el que soporta los gastos. Estos gastos son aquellos á que da lugar la rendición de la cuenta, el papel timbrado, el registro, los gastos erogados en la redacción, en la clasificación y reunión de las piezas justificativas. Cuando la cuenta se rinde amigablemente, bajo firma privada ó ante notario, la aplicación del principio no permite ninguna dificultad. No pasa lo mismo cuando la rendición de las cuentas tiene lugar judicialmente. En este caso hay que combinar el artículo 471 con el 130 del código de procedimientos, por cuyos términos toda parte que pierda será condenada á gastos. Si el tutor pierde ¿deberá soportar todos los gastos? Ciertamente que nó; es necesario que el juez deduzca de las costas los gastos que la cuenta ha ocasionado; estos gastos

1 Bruselas; 18 de Enero de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, p. 27).

están siempre á cargo del menor, aun cuando la cuenta se hiciese judicialmente, porque la ley no hace distinciones (1).

137. Decimos que el menor debe siempre soportar los gastos de la cuenta. Ninguna duda hay cuando la cuenta se rinde á los herederos del menor, por más que el artículo 471, no prevea este caso. El principio es que todo gasto hecho por interés del pupilo debe cargársele; este principio se aplica á todos los casos en que haya lugar á rendición de la cuenta de la tutela, aun cuando la tutela quedase simplemente vacante por la muerte del tutor, su excusa ó su incapacidad. No hay duda sino para los casos de destitución. Nosotros creemos que debe mantenerse el principio, porque la verdad es que la cuenta se rinde por interés del menor. Pero el tutor destituido podría ser condenado á pagar los gastos de la cuenta, á título de daños y perjuicios; en efecto, es por su dolo ó por su mala conducta por lo que la destitución se ha hecho necesaria y ha ocasionado gastos para el menor. El tutor es responsable de este daño, como de todo perjuicio que resulte al pupilo por su causa (2).

*Núm. 3. De la revisión y de la nulidad
de la cuenta.*

138. El art. 451, del código de procedimientos dice: «No se procederá á la revisión de ninguna cuenta, salvo que si en ésta hay errores, ú omisiones, falsos ó dobles empleos,

1 Sentencia de casación, de 11 de Mayo de 1837 (Daloz, 1837, 1, 124). Sentencias de Bourges, de 14 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 641. 1^o). de Lyon, de 19 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854, 2, 165), y de Pau, de 19 de Agosto de 1850 (Daloz 1851. 2. 5).

2 Demante, t. 2^o, p. 303, núm. 232, *bis*. Demolombe, t. 8^o, página 103, número 103.

las partes formulen sus demandas ante los mismos jueces.» La ley supone que la cuenta se rindió judicialmente, á la vez que resuelve que las partes no sean admitidas á pedir la revisión de la cuenta, les permite que prosigan su rectificación, cosa que es una verdadera revisión. Lo que la ley ha querido impedir, es que las partes vuelvan á comenzar un nuevo procedimiento ante un nuevo tribunal. Los jueces que han examinado la cuenta son los más competentes para rectificarla, si hay errores, omisiones, falsos ó dobles empleos. Si la cuenta se ha rendido amigablemente, se siguen los principios que rigen los contratos; la cuenta será irrevocable como todas las convenciones, salvo las causas de nulidad ó de rescisión. En este caso se aplican los principios de derecho común.

139. En caso de dolo, hay lugar á nulidad más que á revisión; en efecto, el dolo vicia el consentimiento, y cuando éste está viciado el contrato es nulo (art. 1117). Este principio es aplicable á la cuenta de tutela como á todo contrato. El dolo no acarrea necesariamente la nulidad de toda la cuenta; casi no se concibe la aplicación á toda la cuenta de tutela del principio establecido por el art. 1116, según el cual «el dolo es una causa de nulidad de la convención cuando los manejos practicados por una de las partes son tales, que es evidente que, sin estos manejos, la otra no habría contratado.» En caso de tutela, hay necesidad de contratar, puesto que debe haber una cuenta de tutela. Si hay dolo, no se tratará de toda la cuenta, sino de ciertos artículos. Cada artículo forma una convención separada; luego cada artículo podrá atacarse si há lugar por causa de dolo (1).

Se ha pretendido que había también nulidad cuando no se detallaba la cuenta. Sin duda que, la cuenta de tutela

1 Bruselas, 25 de Agosto de 1810 (Dalloz, en la palabra *minorité*, número 654).

debe dar el pormenor de cargo y data, como toda cuenta; si el interesado descubre que no está suficientemente pormenorizada, no debe aceptarla. Si la cuenta se rinde judicialmente, la parte interesada puede combatirla por este capítulo; si no lo hace, no puede promover la nulidad de la cuenta, porque la ley no pronuncia nulidad por tal motivo; únicamente podrá pedir que se reparen las omisiones, si las ha habido (núm. 138). Cuando la cuenta se hizo amigablemente, el interesado puede todavía menos corregirla pretendiendo que no está suficientemente pormenorizada, supuesto que ha concurrido á su consentimiento (1).

Núm. 6. Efecto de la cuenta.

140. La cuenta de tutela liga al menor, sea cual fuere la manera como se hubiese rendido, judicial ó amigablemente. Si es el menor entrado á la mayor edad, ó emancipado y asistido de su curador el que es interesado, está ligado como parte contrayente ó como litigante. Si la cuenta se rindió en el curso de la tutela por el tutor saliente al entrante, el tutor está todavía ligado, porque los hechos del tutor son los del menor. Hay, sin embargo, una diferencia entre estas diversas hipótesis. El menor llegado á la mayoría es plenamente capaz, luego puede reconocer los derechos que el tutor, su padre, pretende tener en virtud de su contrato de matrimonio, derechos que constan expresamente en la cuenta, con las consecuencias que se derivan. El pupilo no podría ya arrepentirse de este reconocimiento, á menos que probase que está viciado por error, dolo ó violencia. Si ha dado el consentimiento con pleno conocimiento de causa, después de haber consultado á los abogados, ya no será admitido á combatir los derechos por él reco-

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1836 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm 624).

nocidos (1). No sucedería lo mismo si la cuenta hubiese sido recibida por el menor emancipado ó por el tutor. El menor, aun asistido de su curador, no puede disponer de sus derechos; menos puede el tutor. Luego la cuenta no ligaría al pupilo, si comprendiese actos de disposición ó renunciaciones, lo que viene á ser lo mismo; no sería obligatoria para él sino en lo que concierne á los ingresos y egresos.

141 Cuando está rendida la cuenta cesan las incapacidades establecidas por la ley, en razón de la obligación impuesta al tutor de rendir cuentas. El art. 907 lo expresa para las liberalidades que el pupilo, ya mayor, quisiera hacer á su antiguo tutor. Esto es también verdad de los tratados de que habla el art. 472, pero la ley prescribe condiciones especiales que más adelante exponremos. Las incapacidades cesan por el solo hecho de que la cuenta se ha rendido y revisado; la ley no exige que se pague el residuo. En el antiguo derecho, la cuestión era debatida respecto á las liberalidades. El silencio del código civil corta la controversia; basta que la ley no prescriba el pago del residuo para que esta condición no pueda exigirse, supuesto que el intérprete no puede establecer ni condiciones ni nulidades (2).

142. Con bastante generalidad se admite que la prescripción no se cuenta contra el tutor en el curso de la tutela (3). ¿Vuelve á comenzar á correr después de la mayoría? Los que admiten la ficción del antiguo derecho, que entre el tutor y el menor se reputa que continúa la tutela hasta la rendición de cuentas, enseñan naturalmente que la prescripción no corre sino á contar desde la cuenta (4).

1 Bruselas, 26 de Mayo de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, p. 137).

2 Demolombe, t. 8º, p. 119. núms. 129 y 130.

3 Véase el núm. 58 de este tomo.

4 Aubry y Rau, t. 1º, p. 486, y nota 7. Compárese, Demolombe, t. 8º, p. 120, y núm. 131.

Nosotros no aceptamos ni el principio (núm. 117, ni la consecuencia. ¿Puede concebirse que sin texto se suspenda la prescripción? ¿y que se suspenda en virtud de una incapacidad ficticia, cuando ninguna ley consagra dicha ficción? ¿Qué viene á ser entonces del art. 2251, por cuyos términos la prescripción corre contra todas las personas, á menos que se hallen comprendidas en alguna excepción establecida por una ley?

Núm. 7. Intereses del resto de la cuenta.

143. El art. 474 dice que «la suma á que se eleve el resto de la cuenta que el tutor deba, causará rédito, sin demanda, á contar desde el momento en que la cuenta se cierra.» Esta disposición deroga el derecho común. Según el art. 1996, el mandatario no debe el interés de las sumas de que está alcanzado sino á contar desde el día en que se le declara en moratoria, mientras que el tutor está en moratoria de pleno derecho. La ley supone que el pupilo no se atrevería á promover contra el que ha sido su tutor, y á quien debe respetar como á padre, porque su demanda implicaría un reproche de negligencia y quizás de infidelidad. La excepción esta, pues, fundada en las relaciones que la tutela establece entre el tutor y el menor. Si-guese de aquí que la excepción no debe limitarse á los hechos de la tutela. El menor puede tener crédito contra el tutor, independientes por completo de la tutela. ¿Estos créditos causarán rédito de pleno derecho como partes constitutivas del resto de la cuenta? La afirmativa nos parece cierta. El resto de la cuenta es el que causa rédito sin demanda, y el resto se compone del excedente del cargo sobre la data. Así, pues, la cuestión estriba en saber si todos los créditos del menor deben figurar en los ingresos. Nosotros así lo creemos. Si el crédito existe cuando la tu-

tela se abra, debe constar en el inventario; ahora bien, todo lo que figura en el activo del inventario debe quedar comprendido en el capítulo de los ingresos de la cuenta. Pasa lo mismo si el derecho se origina mientras dure la tutela; este derecho entra en el patrimonio del menor, luego debe mencionarse en la cuenta como crédito por recibir. Mucho más, nosotros suponemos que el crédito es exigible; el tutor habría debido pagarlo, luego debería formar parte de los ingresos efectivos; y si el tutor no lo ha pagado durante la tutela, debe los intereses en virtud del art. 455; justo es que los deba también como deudor de un residuo. El espíritu de la ley es tan claro como el texto. En efecto, ¿experimentará el menor un temor menos respetuoso para obrar contra su tutor, porque el crédito es anterior á la tutela? El hecho de demandar á su tutor, el cual generalmente es su bienhechor será lo que lo contenga; el motivo se aplica á toda demanda. No obstante, se ha fallado lo contrario por la corte de casación en un caso particular (1). El tutor no había incluido el crédito en su cuenta, porque aquél era anterior á la tutela; se había contraído la deuda en provecho de los auteres del pupilo. De aquí una acción de rectificación de la cuenta; corregido el error surgió la cuestión de saber si ese crédito debería incluirse en el resto de la cuenta y causar interés de pleno derecho. Lo que complicaba la dificultad era que la acción de rectificación de la cuenta se había intentado más de diez años después de la mayoría. Se hizo á un lado el art. 475, por cuyos términos toda acción del menor contra su tutor *relativamente á los hechos de la tutela*, prescribe en diez años después de la mayoría, porque el crédito era extraño á los actos de la tutela. Si el crédito fuese extraño á la tutela bajo el punto de vista de la prescripción ¿no se debía considerarla también como

1 Sentencia de 1º de Agosto de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 337).

extraña á la tutela, bajo el punto de vista de los réditos del resto de la cuenta? Esta consideración es la que ha dominado á la corte; ésta asimila los dos arts. 474 y 475, y decide que el 474 sólo concierne á los créditos por actos de tutela que prescriben en diez años, según el art. 475. En esto está el error, á nuestro parecer. El art. 475 se limita á los actos de la tutela, porque la razón de la prescripción excepcional que establece sólo es concerniente á los actos de la tutela; mientras que el art. 474 no contiene tal restricción, porque no había razón para restringir los réditos legales á los créditos por actos de la tutela. ¿Qué es lo que hizo la corte? Transportó la restricción del art. 475 al 474; esto equivale á cambiar el texto y el espíritu de la ley, restringiendo á ciertos créditos una disposición concerniente al resto de la cuenta.

144. La disposición del art. 474 es excepcional; luego debe limitarse al resto de la cuenta, y éste comprende el excedente de los ingresos sobre los egresos. Siguese de aquí que los créditos del menor no pueden incluirse en aquel saldo sino cuando el tutor los ha percibido ó ha debido percibirlos. Luego si el crédito no fuese exigible, si no ha llegado á serlo sino después que la tutela cesó, no puede figurar en el cargo, luego no forma parte del saldo, y por lo tanto, no causa interés de pleno derecho. Lo mismo sería, y con mayor razón, de los créditos que se originaron posteriormente á la tutela. Así lo falló la corte de casación en el siguiente caso. Un tutor recibe indebidamente una suma del heredero de su pupilo, luego la recibe después de que la tutela cesó. ¿Por este capítulo, debe de pleno derecho los réditos? Ciertamente que nó. Porque la suma recibida indebidamente no debía figurar en el capítulo de los ingresos, luego no formaba parte del saldo. Esto decide la cuestión.

145. ¿El art. 474 se aplica á la cuenta rendida judicialmente? ¿ó debe aplicarse el art. 1153, según el cual los réditos comienzan á correr desde la demanda que de ellos se hace judicialmente? Hay una razón para dudar. El artículo 474 dice en términos generales que el interés del saldo corre de pleno derecho desde el momento en que se cierra la cuenta, y ¿puede decirse que ésta se halle cerrada antes del juicio que fija el importe del saldo? ¿No es el fallo lo que constituye al tutor en deudor? y ¿puede éste estar obligado á los réditos antes de que sepa lo que debe y lo que le deben? No obstante, los autores están de acuerdo en enseñar que si la cuenta se rinde judicialmente, debe aplicarse el artículo 1153, y que por consiguiente, los intereses comenzarán á contarse desde la demanda judicial (1), y la jurisprudencia es también del mismo parecer (2). En efecto, el art. 474 es una derogación del principio establecido por el art. 1153, luego este supone que no hay acción judicial; el saldo, dice, causa rédito *sin demanda*. No hacer correr los intereses sino contando desde el fallo, sería volver contra el menor una disposición que se introdujo en su favor. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. Regularmente la cuenta debe rendirse en el momento en que cesa la tutela. El tutor causa ya un perjuicio al menor cuando por olvido de sus deberes, se descuida en rendir la cuenta y obliga á su pupilo á intentar una acción judicial. Si, además, no se hiciesen correr los intereses sino después de cerrada la cuenta aceptada por el tribunal, se permitiría al tutor que eludiese la disposición del art. 474, y eludiría equivale á violarla.

146. Hemos supuesto que se deben los intereses de pleno derecho en el caso en que la cuenta sea rectificad con

1 Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *minoría*, número 628.

2 Pau, 3 de Mayo de 1818 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 585); Bruselas, 25 de Marzo de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, p. 92).

el crédito que en ella se omitió. La cuestión está controvertida. Se pretende que debe distinguirse si el tutor es de buena ó de mala fé. Si á sabiendas omite el tutor un crédito de su pupilo en la cuenta de tutela, es claro que deberá los intereses; pero si es de buena fé, no se le puede aplicar el art. 474, porque la ley, se dice, supone evidentemente que la suma debida por el tutor se haya comprendida en la cuenta (1). ¡Argumento singular! La suma omitida debía estar incluida en el capítulo de los cargos, luego debe formar parte del saldo. ¿Qué importa que se haya omitido? Es un error y el error está enmendado; ahora bien, la rectificación de la cuenta, y la cuenta no constituye más que un solo y mismo hecho jurídico. Luego el texto del art. 474, es aplicable; y el espíritu no deja duda alguna. Ciertamente es que la corte de Douai, dice: que el art. 474, supone que el tutor es reteredor negligente y de mala fé de los caudales pecunarios (2).

Esto equivale á agregar al texto una condición que no se halla en él. La ley no habla de mala fe, y la razón en que ella se funda se aplica desde el momento en que hay negligencia. Mas valdría decir que cuando hay mala fe, el artículo 474 no tiene razón de ser. En efecto, se concibe la respetuosa deferencia del menor hacia un tutor honrado, aunque negligente; pero no se la concibe para un tutor que fraudulentamente retiene los bienes del pupilo; ó por mejor decir, la distinción que quiere introducirse en la ley no tiene ningún fundamento. Esta no es una cuestión de buena ó de mala fe, sino cuestión de conveniencia.

147. El código de procedimientos ha impuesto una derogación al código civil. Si el interesado es contumaz, el

1 Demolombe, t. 8º, p. 725, núms. 141 y 142.

2 Douai, 19 de Junio de 1835 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 629); Daloz critica, con razón, esta sentencia.

tribunal detiene la cuenta, y el que la rinde, si es alcanzado, guardará los fondos sin intereses. El art. 542 agrega que los responsables ordinarios darán caución, si no es que prefieren consignar. Cuando el interesado es rebelde, debe suponerse que por culpa suya no se rindió la cuenta amistosamente; que, en consecuencia, sólo de él habría dependido conseguir el saldo; por lo tanto, sería injusto hacer que los intereses corriesen contra el tutor. Si la ley lo dispensa de dar caución ó de consignar, es porque la hipoteca legal que carga sobre sus bienes dará regularmente una garantía suficiente al menor.

148. Según el art. 120 del código de procedimientos, el apremio por pena corporal puede pronunciarse por saldo de cuenta de tutela. Se ha fallado que esta disposición era aplicable al tutor destituido que todavía no ha rendido cuentas, cuando retiene los caudales pupilares, caudales que necesariamente forman parte del saldo de la cuenta, en el sentido de que es claro que debe entregarse la suma al pupilo; toda cuenta esta depurada en cuanto á esta suma, dice muy bien la corte de Bastia, y en consecuencia, forma parte de la cuenta de saldo, por más que esta cuenta no se haya formado todavía.

El art. 905 del código de procedimientos dice que los tutores no podrán ser admitidos á la cesión de bienes. ¿Se necesita para que sean excluidos de este beneficio, que se haya dado la orden de aprehensión? La corte de Grenoble así lo resolvió (1). ¿No es esto restringir una disposición de la ley, que es general? Como tutor y en razón de una presunción de dolo es por lo que la ley declara al tutor constreñible corporalmente; luego podría decirse que jamás es admitido al beneficio de cesión. No obstante, la sentencia

1 Grenoble, 29 de Julio de 1824 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 733).

puede justificarse. La orden de aprehensión no debe pronunciarse contra el tutor, únicamente puede serlo; si lo es, queda entonces probado que el tutor es de mala fe, lo que excluye el beneficio de cesión (art. 1268). Pero en tanto que no se pronuncia la aprehensión, nada prueba que el tutor sea de mala fe, y si es de buena fe no hay razón para rehusarle el beneficio de cesión (1).

¿La exclusión del beneficio de cesión es absoluta ó no puede ser invocada sino por el menor? Insistiremos en esto en el título de las *Obligaciones*.

149. El art. 474 dice: «Los réditos de lo que el menor deba al tutor no comenzarán á contarse sino desde el día de la intimación de pago que haya seguido á la clausura de la cuenta.» Esta disposición deroga el art. 1153, que exige una demanda judicial para hacer que corran los réditos. ¿Cual es la razón de esta derogación? Dicese que una demanda judicial es un acto más riguroso que una simple intimación, y que el tutor quizás habría retrocedido, por motivos de conveniencia, ante una acción judicial (2). Este motivo nos parece poco concluyente: un acto de comisario casi no es menos riguroso que una demanda presentada á los tribunales, es su preliminar. Quizás la verdadera razón se debe á una inconsecuencia del legislador. En principio, el deudor debe daños y perjuicios cuando se le declara moroso, y lo está por una intimación de pago. El art. 1153 deroga esta regla, y no sabe cuál sea la razón. Pero hay casos en que la ley vuelve á la regla, derogando la excepción: tal es el caso del tutor: tal es también el caso del comprador, que debe los intereses cuando ha sido *intimado* de pago (art. 1652). Estas derogaciones á la excepción establecida por el art. 1153 no pueden explicarse, como

1 Proudhon, *Del estado de las personas*, t. 2^o, p. 416.

2 Demolombe, t. 8^o, p. 122, núm. 134.

tampoco la misma excepción. Hay incoherencia en las diversas disposiciones del código civil acerca de esta materia.

§ III.—DE LOS TRATADOS SOBRE LA TUTELA.

150. El art. 472, dice: «Todo *tratado* que pueda celebrarse entre el tutor y el menor, entrado á la mayor edad, sera nulo, si no se precede de la rendición de una cuenta pormenorizada y de la entrega de las piezas justificativas; todo ello comprobado por un recibo del que debe pedir la cuenta, diez días por lo menos antes del *tratado*.» ¿Cuál es el objeto de esta disposición? Ella se encuentra en la sección intitulado: *De las cuentas de la tutela*. El legislador comienza por decir que todo tutor es responsable de su gestión (art. 469), y en seguida establece un principio sobre el elemento esencial de la cuenta de tutela, los gastos que deben abonarse al tutor (art. 471). Después de esto, viene el art. 472, que pronuncia la nulidad de los convenios que puedan celebrarse entre el tutor y el menor llegado á la mayoría, si no han estado precedidos de la rendición de una cuenta en regla y de la entrega de las piezas justificativas. El lugar que ocupa el artículo 472, determina su sentido; se trata de una convención hecha por un responsable con aquél á quien debe rendirse la cuenta sobre la gestión que será el objeto de la cuenta. Esta convención se llama *tratado* por la ley, para marcar que tiene por objeto arreglar las dificultades á que puede dar lugar la cuenta. Tratar sobre los hechos de una gestión, tomando por base la cuenta, antes de que se haya rendido ésta, apoyada en piezas justificativas, es obrar á ciegas.

Lo que aumenta el riesgo de estas convenciones, es que están suscritas por el menor llegado á la mayoría, es decir, por una persona que pasa súbitamente de la incapacidad á

la capacidad, por una persona que ha sido extraña hasta ese momento á la gestión de sus intereses; que, por lo mismo, los desconoce, que ni siquiera conoce los hechos en que se basa el tratado, supuesto que ninguna pieza se le ha entregado. ¿Y cuál es la posición de la otra parte contrayente? El tutor sabe todo lo que el menor ignora; obra con perfecto conocimiento de causa; mientras que el menor no sabe de qué se trata. ¿Qué otra intención puede ser la del tutor si no es la de abusar de la ignorancia en que se encuentra su antiguo pupilo para hacerle subscribir convenciones que ponen al responsable al abrigo de la acción que la ley da al interesado? Luégo el objeto del tratado será dispensar al tutor de la obligación que la ley le impone. Si semejante convención se celebrase entre dos personas igualmente capaces, ciertamente que sería una imprudencia por parte del que padece en la convención; pero toda persona es libre para hacer las convenciones que le son desventajosas, salvo el que sufra las consecuencias de su imprudencia. Esto sería una renuncia, una transacción; ahora bien, todo mayor de edad puede renunciar á sus derechos y transigir. La ley hace excepción á la libertad que en general deja á las partes contrayentes cuando se trata de un menor, llegado á la mayor edad, que transige con su tutor acerca de la cuenta de la tutela; tales son los términos del art. 2043 y ellos explican el 472, porque la ley agrega que dicha transacción no es válida sino cuando se ha hecho de conformidad con el art. 472. Ahora comprenderemos el motivo de esta excepción. El menor que se ha hecho mayor es capaz de todos los actos civiles, pero en cuanto al tratado que celebra con su tutor sobre la cuenta de la tutela, él es incapaz supuesto que se halla en la ignorancia absoluta de los hechos sobre los cuales trata. Agréguese á esto el imperio que el tutor continúa ejerciendo sobre su pupilo, la confianza natural del menor, y por

último, la pasión de la juventud que tiene prisa de gozar de la vida y de los dones de la fortuna. En todo esto hay más razones que las que se necesitan para anular una convención manchada de tantos vicios. Hemos insistido sobre los motivos de la ley, porque nos ayudarán á decidir las numerosas dificultades á que da lugar su aplicación.

151. La ley no prohíbe de una manera absoluta al menor que trata con su tutor acerca de la gestión de este último. Pero para que el tratado sea válido, se necesita que se haga con conocimiento de causa. La ley quiere que el tratado haya sido precedido de una cuenta pormenorizada y de la entrega de las piezas justificativas; la cuenta y las piezas ilustrarán al menor sobre su posición, sobre los hechos que pueden ocasionar dificultades; desde el momento en que obra con conocimiento de causa, ya no hay razón para impedirle que trate y transija, si á ello hay lugar. No es suficiente que se haya rendido la cuenta; la cuenta no contiene más que alegaciones; se necesita que el tutor pruebe lo que dice, para que el menor se halle en aptitud de juzgar. Por esto es que la ley quiere que las piezas justificativas se entreguen al pupilo. Se ha fallado, y con razón, que el depósito de las piezas en manos de un notario, con la facultad de tomar copia y conocimiento de ellas, satisfaría la prescripción de la ley, cuando estas piezas interesan á terceros, cuando son necesarias al que las entrega para otros negocios, y cuando, además, tienen por objeto dar al pupilo informaciones sobre los bienes, más bien que servirle de justificación de cargo y data (1).

El art. 472 agrega: «Todo comprobado por medio de un recibo del menor, diez días al menos antes del tratado.» Este recibo se exige también bajo pena de nulidad, porque

1 Bruselas, 21 de Mayo de 1830 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 655. La sentencia lleva la fecha de 26 de Mayo en la *Pasicripta*, 1830, p. 137.

es la prueba del cumplimiento de la condición prescrita por la ley. Se ha fallado, y con razón, que un finiquito dado al tutor, y una transacción celebrada posteriormente no son suficientes para dar validez al tratado, aun cuando el tratado estipulase que la cuenta fué rendida y que las piezas fueron entregadas: el texto es formal; se necesita que el recibo sea anterior en diez días al tratado. Esto se funda también en la razón; si no hay recibo anterior al tratado, nada garantiza que se haya rendido la cuenta, y que se hayan entregado las piezas justificativas, así como la ley lo ordena (1). Hay una sentencia, en sentido contrario, de la corte de París, pero no tiene ninguna autoridad, porque no está motivada (2).

El recibo debe darse diez días al menos antes del tratado. Se pregunta si, para asegurar la ejecución de esta disposición el recibo debe tener una fecha cierta por el registro. La ley no lo exige, y esto decide la cuestión. Un excelente autor dice que el registro no se prescribe sino para dar fecha cierta á los escritos de carácter privado respecto á los terceros (art. 1328); que entre las partes, la fecha puesta al tratado hará fe plena (art. 1322). Esto no es completamente exacto. La fecha en los documentos privados hace la misma fe que las declaraciones de las partes; ahora bien, el escrito, suponiéndolo reconocido, prueba bien, hasta que se ataque por falso, el hecho material de la declaración, pero no prueba su verdad, su sinceridad, sino hasta prueba en contrario. En el caso que estamos tratando, la prueba contraria podría hacerse por testigos y por simples presunciones, porque la antedata es un fraude á la ley, y el fraude

1 Lieja, 13 de Febrero de 1835 (*Pasicrisia*, 1835 2, 50); Aiz. 10 de Agosto de 1809 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 656, 1°). Aubry y Rau, t. 1°, p. 493, nota 27.

2 París, 3 de Enero de 1812 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 657, 1°).

se prueba siempre por testigos y no por presunciones (1). Para evitar estas contiendas, habría debido exigir el registro.

152. El art. 472 pronuncia formalmente la nulidad del tratado que se celebra entre el tutor y el menor que ha llegado á la mayor edad, cuando las condiciones prescritas por la ley no se han cumplido. Así, pues, todas estas condiciones están sancionadas por la pena de nulidad. Si se ha rendido la cuenta, pero no se ha depurado, es decir, si está incompleta, será nula. Así fué fallado por la corte de Bruselas respecto á una cuenta que no reseñaba las operaciones de un comercio considerable que el tutor había sido autorizado para continuar, ni aun los gastos de casa. La corte ha inferido con razón que aquello no era un simple error, que había omisión voluntaria, y por lo tanto, cuenta incompleta, y una cuenta parcial no es una cuenta definitiva (2). Habría, además, nulidad sin duda alguna, si las piezas justificativas no hubiesen sido entregadas, porque esto es un elemento esencial para ilustrar al menor; una cuenta sin piezas no es una cuenta. No hay dificultad sino sobre el recibo que debe comprobar la entrega de la cuenta con las piezas justificativas. ¿Se necesita, bajo pena de nulidad que este recibo haya sido dado diez días antes de tratado? La jurisprudencia está dividida, pero el texto no deja duda alguna. Cuando la ley dice: *el todo comprobado*, esto marca que el final del artículo, que concierne á la prueba, no hace más que una cosa con la condición que prescribe la rendición de la cuenta y la entrega de las piezas. Por mejor decir, esto es más que una prueba, es una garantía contra el fraude, luego es un elemento esencial. Por consiguiente, todo es de rigor.

No es suficiente que el notario declare en el tratado que

1 Aubry y Rau, t. 1^o, p. 493, nota 29.

2 Bruselas, 12 de Mayo de 1858 (*Pascrisia*, 1858, 2, 213).

el pupilo ha tomado conocimiento de la cuenta de ingresos y egresos antes de la conveni6n; esta declaraci6n no puede hacer las veces de recibo, sino que, al contrario, prueba que no ha habido recibo. Se ha fallado tambi6n que la declaraci6n extrajudicial hecha por el notario de que la entrega ha tenido lugar diez d1as antes es insuficiente; la ley no se conforma con una declaraci6n del notario que redacta el contrato, quiere un escrito emanado del menor que ha llegado 6 mayor, y quiere que este escrito sea anterior en diez d1as al convenio.

Hay sentencias en sentido contrario, expedidas evidentemente bajo la influencia de los hechos particulares de la causa. En un caso juzgado por la corte de Tolosa, se habia rendido la cuenta y se habian entregado las piezas; no habia recibo de la menor, pero se produc1a una declaraci6n del marido diciendo que la cuenta y las piezas en apoyo se le habian entregado; ahora bien, el marido era un abogado, lo que alejaba toda idea de sorpresa, todo temor de una influencia abusiva ejercida por el tutor (1). De hecho y por equidad, la corte ha fallado perfectamente; ¿sucede lo mismo en derecho? El art. 462 declara nulo el tratado; ¿por qu6? Porque la ley supone que el tratado se ha hecho con fraude, para eximir al tutor de la obligaci6n de rendir cuenta y para perjudicar al menor. Luego hay una presunci6n legal de fraude inherente al tratado hecho fuera de las condiciones prescritas por el art. 472 (2). Ahora bien, cuando la ley anula un acto por presunci6n de fraude, la prueba contraria no se admite (art. 1332). Luego la corte no pod1a decidir que el tratado presuaido de fraudulento, no lo era.

1 Tolosa, 27 de Noviembre de 1841 (Daloz, en la palabra *minor1a*, n1mero 657, 3^o).

2 Esto es lo que dice la sentencia de Burzelas, de 12 de Mayo de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 212).

¿Pasa lo mismo en el caso previsto por el art. 907? Insistiremos en esta cuestión en el título de las *Donaciones*.

153. ¿Quién puede prevalerse de la nulidad? La cuestión debe resolverse conforme á los principios que rigen las nulidades (1). Esta no es una nulidad de orden público, y no se establece sino por interés del menor que ha alcanzado la mayor edad, el texto lo expresa, y los motivos que hemos expuesto (núm. 150), no permiten duda alguna; por lo tanto, debe resolverse que el menor solo puede invocar la nulidad. Se ha fallado que terceros interesados en pedir la nulidad de una convención celebrada entre el tutor y el menor llegado á la mayor edad, no pueden invocar el artículo 472 (2). Esto es evidente, pero se presentan otras cuestiones más ó menos dudosas.

¿El tratado ó convenio celebrado entre el tutor y el menor emancipado, asistido de su curador, es nulo? El texto y los principios responden á la pregunta. El art. 472 dice: «Todo tratado que pudiera celebrarse entre el tutor y el menor que ha alcanzado la mayor edad, será nulo.» ¿Puede extenderse esta disposición al menor emancipado? La disposición es exorbitante del derecho común, luego es de la más estricta interpretación. Ella crea una nulidad, y las nulidades no se extienden. Se invoca el espíritu de la ley, los motivos. Aun cuando hubiese analogía, nosotros rechazaríamos todavía la interpretación extensiva. En realidad, no hay analogía. Distintas son las posiciones de un menor abandonado á sí mismo después de su mayoría, sin guía, sin consejo, y de un menor emancipado que está asistido por su curador. Esta asistencia, si no evita todos los riesgos, establece por lo menos una diferencia tal, que ya no puede seguirse hablando de analogía (3). Objétase que

1 Véase el tomo 4.º de mis *principios*, núm. 72.

2 La Haya, 14 de Abril de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, p. 138).

3 Valette, *Explicación sumaria del libro I.*, núm. 293. En sentido

si el art. 472 no es aplicable, hay que aplicar el art. 467 que somete las transacciones de los menores emancipados ó nó, á formalidades especiales (1). Esto es confundir los *tratados* con las *transacciones*; de hecho, el *tratado* puede ser una verdadera, transacción y entonces ciertamente que se necesita aplicar el art. 467. Pero las más de las veces el *tratado* será un simple descargo del tutor; esto no es una transacción, luego no hay lugar á observar las formalidades prescritas para las transacciones.

Si el tratado se celebra entre el tutor y los herederos del menor, no hay duda alguna; el texto y el espíritu de la ley no son aplicables. La ley protege al pupilo contra su tutor. En este caso no se trata del pupilo, y sus herederos se hayan al abrigo de toda influencia abusiva. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto (2). Pero hay que cuidarse de inferir que porque el principio de que la acción es personal al menor, ella no pasa á los herederos cuando se ha originado en la persona del menor. Si el menor, llegado á la mayor edad, hace un tratado con su tutor antes de la rendición de la cuenta de la tutela, dicho tratado es nulo, el menor tiene derecho á pedir su nulidad, y transmite ese derecho á sus herederos. La corte de Bruselas así lo falló, y no comprendemos que se haya suscitado la cuestión (3).

La única cuestión acerca de la cual, á nuestro juicio, haya alguna duda, es la de saber si es nulo el tratado celebrado por el menor que ha alcanzado la mayor edad con los herederos del tutor. Esta cuestión ha sido resuelta negativamente. Aubry y Rau, t. 1º, p. 493, nota 24; Demolombe, t. 8º, página 77, número 76.

1 Ducaurroy, *Comentario*, t. 1º, p. 485, núm. 675.

2 Demolombe, t. 8º, p. 79, núm. 78. Bourges, 7 de Abril de 1830 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 653). Sentencia de casación, de 9 de Julio de 1866 (Daloz, 1866, 1, 385).

3 Bruselas, 12 de Mayo de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 213).

tivamente por la corte de casación y sin vacilar, nos afiliamos á esta opinión (1). El texto supone un tratado orinado por el pupilo con su tutor. Y en el caso de que se trata, ya no hay tutor ni pupilo. La ley quiere proteger al menor contra su tutor, y el que trata con los herederos de su tutor ya no tiene influencia que temer ni miramientos que guardar. Se objeta que él no está en posesión de las piezas justificativas, y que por consiguiente, contrata como un ciego. Esta es una razón para dudar, pero el motivo para decidir se halla en el texto y en los principios que acabamos de invocar. El art. 472 es exorbitante del derecho común, pronuncia una nulidad; con este doble título, no se le puede extender á casos no previstos por el texto, y éste no habla más que del tutor. Esto es decisivo.

Por las mismas razones, el artículo no es aplicable cuando el tratado pasa con una persona que ha administrado la tutela sin ser tutor, ó con el padre administrador legal (2). Pero si es con el padre tutor, se está en el texto y en el espíritu de la ley. Los motivos por los cuales la ley pronuncia la nulidad tienen hasta mayor fuerza, como lo dice la corte de Bruselas, cuando se trata del padre tutor, porque la influencia del padre es mayor que la de otro tutor cualquiera, y el padre es también más culpable cuando abusa de una autoridad que le otorgan la naturaleza y la ley, no para despojar á sus hijos, sino para protegerlos (3).

¿Debe extenderse la nulidad al protutor, es decir á la persona que sin título legal, maneja la tutela? El código civil no conoce protutor en este sentido. Así, pues, nos parece imposible aplicar el art. 472. Ciertamente que habría

1 Sentencia de 15 de Abril de 1833 (Daloz, 1833, 1, 345). Aubry y Rau, t. 1º, p. 493. En sentido contrario, Demolombe, t. 8º, p. 87, núm. 86, y Valette, *Explicación del libro I*, p. 294.

2 Véase el tomo 4º de mis *principios*, núm. 318.

3 Bruselas, 11 de Mayo de 1815 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 616).

motivos para anular el tratado, pero dichos motivos se dirigen al legislador. El intérprete no puede extender disposiciones excepcionales ni nulidades (1).

154. Nuestra conclusión es que el menor solo puede prevalerse del art. 472, pero cuándo puede hacerlo? Aquí comienzan las verdaderas dificultades de la materia. Un primer punto es cierto. Para que haya lugar á aplicar el artículo 472, se necesita que haya de rendirse una cuenta. El texto exige una cuenta permenorizada, con piezas justificativas. Supongamos, como ha sucedido, que al abrirse la tutela se haya probado por una información de pobreza que no hay muebles y que los inmuebles estén embargados por los acreedores; en este caso, el tutor nada tiene que administrar, y por lo tanto, ninguna cuenta que rendir; luego no estamos ni en el texto ni en el espíritu de la ley (2). La cuestión se reduce á un punto de hecho: si hay que rendir una cuenta, por insignificante que sea, el menor no puede invocar una disposición que tiene por objeto asegurar la rendición de la cuenta de tutela.

155. No basta que se tenga que rendir una cuenta, se necesita también que el tratado tenga por objeto directo ó indirecto dispensar al tutor de la rendición de la cuenta. Esto resulta del espíritu de la ley, de los motivos por los cuales el legislador prohíbe los tratados, antes de que se haya rendido la cuenta. Al exponer dichos motivos (número. 150) hemos citado, como todos los autores lo verifican, el art. 2043 para interpretar el artículo 472. Hay que cuidarse de inferir que el art. 472 implica una transacción. La palabra no se halla allí; con deliberada intención,

1 Véase, en sentido contrario, Riom, 24 de Abril de 1827 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 643, 3º); y Aubry y Rau, t. 1º, p. 493.

2 París, 16 de Marzo de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 649, 1º). Compárese, sentencia de 16 de Abril (Daloz, *ibid*, número 649, 4º).

el legislador se ha servido del término muy vago de *tratado*, á fin de abarcar todo género de convenciones que descarguen al tutor de la obligación de rendir cuenta de su gestión ó de una parte de ella. Sin decirlo se comprende, que no hay que atenerse á la apariencia del contrato. Los tratados que tienen por objeto eludir la ley están, por este hecho mismo, manchados de fraude, y el fraude se oculta, se disfraza. Al juez corresponde descubrirlo, sea cual fuere la forma que tome.

La ley dice: *todo tratado es nulo*. ¿Quiere decir esto, que no puede haber ninguna convención entre el menor llegado á mayor y su tutor? Merlin se ha ceñido á la letra de la ley, y de ella ha concluido que la prohibición era general y absoluta. La ley no distingue, dice, si la convención estriba en la administración de la tutela, si tiene ó no tiene por objeto dispensar al tutor de rendir cuentas. ¿Con qué derecho se va á introducir en la ley una distinción que no existe? (1) Esta opinión de Merlin se ha quedado aislada; con excepción del asentimiento de Dalloz, todos los autores la rechazan y la jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido. Este sería, sin duda, un medio fácil de cortar las dificultades que se presentan en la aplicación del art. 472. Pero antes que todo, debe verse si tal es la doctrina consagrada por el código. Los términos de la ley no son tan generales, como dice Merlin; la ley no dice toda convención, sino todo *tratado*. ¿Por qué se emplea esta expresión poco usada en el derecho privado? ¿No es para indicar que las partes han tratado sobre la tutela? El art. 472, no es una innovación; consultemos el antiguo derecho que los autores del código han conservado en esta materia Argón dice: «Toda transacción acerca *de la gestión de la tu-*

1. Merlin, *Cuestiones de derecho* en la palabra *tutor*, pfo. 3. Dalloz, en la palabra *minorja*, núm. 652.

tela es nula» (1). He aquí el verdadero pensamiento de la ley, tomando la palabra *transacción* en el sentido más amplio, como sinónimo, de *tratado*. ¿Con qué objeto se hacen estas transacciones. Bourjon contesta al pronunciar la palabra *fraude*. «El fraude se anuncia por sí mismo, dice él, cuando las piezas justificativas no se han entregado al interesado» (2). Estas palabras marcan cuál es el objeto del fraude, libertar al tutor de la obligación de rendir una cuenta seria. Pothier se expresa en el mismo sentido. Comienza por asentar el principio de que «terminada la tutela, el tutor debe rendir cuentas de su administración á su menor.» En seguida añade: «Toda *transacción*, todo *contrato* celebrado entre el tutor y el menor llegado á mayor, antes de que esa cuenta se haya rendido, no obligan al menor, que puede, cuando se le ocurra, hacerse relevar de ellos y hacer que se declaren nulos, aunque haya celebrado aquellos actos en mayoría; porque en esta materia, el menor llegado á mayor, se tiene siempre por menor ante su tutor hasta que éste haya rendido cuentas» (3). La palabra *transacción* limita el sentido de la palabra *contrato* que emplea Pothier. Hé aquí la explicación de la palabra *tratado*: luego implica una convención sobre la administración del tutor, y esta convención no puede tener por objeto más que la cuenta de tutela, que es la consecuencia de la gestión cuando ésta se ha terminado.

Los autores modernos enseñan la misma doctrina (4), y sentencia de la corte de casacion: «El art. 472, que forma la jurisprudencia se halla en este sentido. Lee en una

1 Argon, *Institución del derecho francés*, tomo 1.º, cap. 8.º, (t. 1.º p. 68).

2 Bourjon, *El derecho común de la Francia*, t. 1.º, tit. 6.º, números 151 y 154.

3 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 189.

4 Daranton, t. 3.º, p. 613, núm. 637, y siguientes. Vallette acerca de Proudhon, t. 8.º, ps: 66-68, núms. 63 y 68, Aubry y Rau, t. 1.º, página 492, núms. 637 y 638

parte del capítulo II de la *Tutela* y de la sección IX de las *Cuentas de Tutela*, no ha pretendido prohibir entre el tutor y el menor más que los tratados sobre la administración del tutor» (1). En una sentencia posterior, la corte define con mayor precisión el sentido de la palabra *tratado*, agregando que el legislador no ha querido anular más que «las convenciones que se refieren á la tutela y que tuviesen por efecto sustraer al tutor de la obligación de rendir su cuenta en su totalidad ó en parte» (2).

Núm. 2. Aplicación.

156. No basta establecer el principio, hay que seguirlo en las aplicaciones que la jurisprudencia ha hecho; es el único medio de dar una idea exacta de dicho principio y de prevenir nuevas dificultades. Hay tratado, en el sentido de la ley, desde el momento en que estriba sobre derechos del pupilo y en que tiene por efecto dispensar al tutor de rendir cuenta de bienes cuya administración ha tenido; no es necesario que el tratado abrace todos los derechos del menor y que dispense absolutamente al tutor de la obligación de rendir cuentas. La corte de Amiens había fallado lo contrario en el caso siguiente: Una hija cede á su padre una parte de sus derechos mobiliarios é inmobiliarios en la sucesión maternal; la escritura reserva el derecho de pedir cuentas, renunciando el padre á la prescripción que estaba adquirida, porque el tratado se había celebrado doce años después de la mayoría de la pupila. La corte decide que siendo la cuenta reservada, no podía decirse que el tratado tenía por objeto dispensar al tutor de rendir cuenta, lo que

1 Sentencia de 13 de Mayo de 1831 (Daloz, en la palabra *minoría* número 651, 1°).

2 Sentencia de casación, de 13 de Junio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 204). Sentencia de 10 de Abril de 1849 (Daloz, 1849, 1, 165). Gante, 19 de Enero de 1841 (*Pasivisia*, 1841, 2, 75).

hacia inaplicable el art. 472. A demanda, la corte de casación casó la sentencia. El padre había tenido la administración de los bienes que eran el objeto de la cesión; en virtud del tratado, estaba dispensado de rendir cuenta de esta parte de su gestión; luego se hallaba dentro del texto y en el espíritu del art. 472. Poco importaba la reserva de la rendición de la cuenta, ésta habría debido preceder la cesión y aun comprender los bienes cedidos, puesto que el padre los había administrado y por consiguiente debía cuenta de su gestión (1).

187. ¿Debe inferirse de esto que el art. 472 es aplicable desde el momento en que el menor cede algunos bienes á su tutor? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto en la jurisprudencia. Si la venta tiene por efecto dispensar al tutor de rendir cuenta de una parte de su gestión, el caso entra en la decisión que acabamos de citar (2). Pero si no se trata de la administración de la tutela no hay lugar á aplicar el art. 472. Vamos á recoger algunas decisiones que pondrán este principio en evidencia.

Unos hijos reconocen en favor de su padre, antiguo tutor, la validez de una contra escritura, por la cual la abuela materna hacia retrocesión al padre, de bienes inmuebles vendidos a ella el mismo día, declarando que ella no había sido más que el estafermo del padre. Al reconocer que dichos bienes pertenecían á su padre, los hijos renunciaban por este solo hecho á pedirle cuenta de la administración que de ellos había tenido hasta aquel momento, lo que habrían tenido derecho á hacer si no hubiesen consentido en favor de su antiguo tutor, en que la contra escritura preva-

1. S. de casación, de 5 de Junio de 1850 (Daloz, 1850 I, 183)

2. Nîmes, 2 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 644, 7^o). Sentencia de casación, de 14 de Diciembre de 1818 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 644, 2^o).

luciese sobre la acta auténtica de la misma fecha. Luego el tratado libertaba al padre de la obligación de rendir cuenta de los bienes comprendidos en la contra escritura, y el tratado caía bajo la aplicación del art. 472 (1).

El marido vende como suya una casa de la propiedad de su mujer. Después de la muerte de ésta, el hijo nacido del matrimonio confirma, siendo mayor, la susodicha venta. ¿Es esto un tratado en el sentido del art. 472? La corte de Nîmes resolvió negativamente. No es el tutor, dice la sentencia, el que ha hecho la venta, sino el marido; los hijos habrían podido pedir la nulidad de dicha venta por parte de su madre, pero ellos la han confirmado; esta confirmación es ciertamente extraña á la tutela, no habiendo tenido jamás el padre tutor la administración de aquellos bienes (2).

A primera vista esas dos decisiones parecen contradictorias; en realidad, estaban en casos muy diferentes. En el primero, el padre había administrado bienes que, en virtud de un acto auténtico, eran de la propiedad de los hijos; éstos, reconociendo la validez de la contra escritura, lo dispensaban de rendir cuentas de una gestión tutelar; mientras que en el segundo caso, el padre jamás había administrado los bienes como tutor; no tenía que rendir cuentas de una gestión que él no había tenido; luego al ratificar la venta, los hijos no lo dispensaban de rendir una cuenta que él no debía de integrar.

No hay que inferir de esto que el pupilo no puede vender á su tutor un bien del que éste ha tenido la administración, cuando la convención no dispensa al tutor de rendir cuenta de la gestión de dicho bien. La corte de Rennes

1 Sentencia de casación, de 1.º de Junio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 204).

2 Nîmes, 23 de Junio de 1851 (Daloz; 1852; 2, 174).

ha juzgado lo contrario (1). Si el menor vende un inmueble á su tutor, después de haber alcanzado la mayor edad, no por esto lo descarga de la obligación de rendir cuenta de la administración de dicho inmueble; por lo mismo, no hay razón para anular la venta (2).

158. El menor cede á su padre sus derechos en la comunidad. Supónese que ha habido indivisión desde el fallecimiento de la madre hasta el convenio celebrado con el padre. Luego éste ha administrado bienes pertenecientes *pro indiviso* a los hijos. El tratado que pone término á la indivisión dispensa implícitamente al padre de la cuenta que debía rendir de esta gestión, puesto que de ello resulta que se considera al padre como habiendo sido siempre el propietario de los bienes que le son cedidos. Por consiguiente, el tratado cae bajo la aplicación del art. 472 (3).

Por la misma razón se ha anulado el tratado por el cuál se dice que habiendo el padre tutor gastado en reparaciones de una casa una suma determinada en el contrato, el hijo le abandona á él y á su segunda mujer el goce de dicha casa y una porción de terreno para quedar libre de aquella suma (4). Hacemos nuestras reservas contra esta decisión. El abandono era una especie de venta ó de dación en pago. Ahora bien, la venta no impide que el tutor deba rendir cuenta de su gestión en el pasado. Luego no es exacto decir que la cesión sustrata dos elementos esenciales de la cuenta que el padre debe remitir.

1 Rennes, 13 de Diciembre de 1819 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 644, 3°).

2 Besançon, 19 de Mayo de 1819, confirmada por sentencia de la corte de casación, de 22 de Mayo de 1822 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 651, 2°).

3 París, 2 de Agosto de 1821, y Douai, 20 de Enero de 1844 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 644, 4° y 5°). En sentido contrario, París, 5 de Enero de 1820 (Dalloz *ibid.*, núm. 651, 3°).

4 Bourges, 7 de Febrero de 1827 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 644, 6°).

Otra cosa sería si el acto dispensara al tutor de rendir cuenta de todo ó de parte de su gestión. Este es el verdadero tratado que prohíbe el art. 472. La pupila renuncia mediante una dote, á todos sus derechos sucesivos, y al mismo tiempo, dispensa á su padre tutor de toda cuenta de tutela, partición y liquidación. Tal tratado es nulo, y poco importa que esta renuncia se haga por contrato de matrimonio; el art. 472 no distingue, y ni había motivos para distinguir (1).

159. La jurisprudencia anula también los actos por los cuales el menor que ha llegado á la mayoría renuncia á la hipoteca legal que tiene sobre los bienes de su tutor. Hay sentencias que hacen una distinción; deciden que el menor puede renunciar á su hipoteca en interés de terceras personas, pero que no lo puede directamente en provecho de su tutor. La distinción se funda en el carácter excepcional del art. 472 establecido en interés del pupilo para protegerlo contra su tutor, no puede invocarse cuando el menor que trata con terceros, puesto que, siendo mayor, es capaz de todos los actos civiles, salvo los casos en que la ley lo declare incapaz (2). Otras sentencias rechazan esta distinción; el artículo 472 impone la nulidad á todo acto que directa ó indirectamente descarga al tutor de la rendición de cuentas; ahora bien, la renuncia á la hipoteca legal, por más que esté hecha en beneficio de un tercero, aprovecha al tutor, y las más de las veces por su interés se hace (3). ¿No podría decirse que la renuncia es siempre válida? Ella no dispensa

1 Paris, 14 de Agosto de 1812 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 644, 1°). Tolosa, 5 de Febrero de 1822 (Daloz, *ibid.*, núm. 596).

2 Bourges, 20 de Febrero de 1852 (Daloz, 1855, 2, 111); Tolosa, 22 de Noviembre de 1841 (Daloz, en la palabra *orden*, núm. 467). Sentencia de 10 de Abril de 1849 (Daloz, 1849, 1, 105). Aubry y Rau, t. 1°, p. 492.

3 Caen, 17 de Diciembre de 1827 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 648, 1°). Sentencia de 12 de Junio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 314).

al tutor de rendir cuentas, ella no lo descarga de su responsabilidad. Todo lo que resulta de la renuncia es que el pupilo pierde una garantía preciosa. ¿Pero no es mayor, y por lo tanto, libre para renunciar los derechos que le pertenecen? El art. 472 es una derogación del derecho común y con este título, de estricta interpretación. Hay un motivo para dudar, y es que el menor ignora cuales sean las acciones que tenga que ejercitar contra su tutor en tanto que no se rinda la cuenta ¿y todo lo que hace en esta ignorancia no está viciado, y por tanto, es nulo? Nosotros respondemos que la ley habría podido establecer el principio en esta forma absoluta; pero ¿lo ha hecho? Si se contesta afirmativamente, se viene á parar en la opinión de Merlin, y debe reprobarse toda convención celebrada entre el tutor y su antiguo pupilo. Ahora bien, esta opinión está rechazada por la doctrina y por la jurisprudencia. Luego debe limitarse el art. 472 á ciertas convenciones, á las que tienden á dispensar al tutor de la obligación de rendir cuentas. Si se parte de este principio, la cuestión queda resuelta.

160. Se ha fallado que el art. 472 es aplicable al acto por el cual el menor que ha llegado á la mayor edad reconoce haber recibido su cuenta de tutela y da descargo á su tutor (1). ¿No es demasiado absoluta esa decisión? No hay ninguna forma prescrita para la rendición de la cuenta; luego puede rendirse verbalmente. Si realmente se ha rendido ¿por qué el pupilo no había de reconocer este hecho? Sin duda que el reconocimiento puede no ser la expresión de la verdad; puede ser un acto ficticio subscrito por el menor para dispensar al tutor de rendir cuentas. En este caso, el acto entra ciertamente bajo la aplicación del artículo 472. Pero porque el reconocimiento puede ser fraudulento ¿se inferirá que siempre lo es y que se presume tal?

1 Douai, 9 de Junio de 1855 (Daloz 1856, 2, 79).

El art. 472 establece una présunción de fraude para todo tratado que tiende á descargar al tutor de su obligación; lo que supone que la cuenta no se ha rendido. Pero si la cuenta se ha rendido realmente, ya no puede tratarse de dispensar al tutor de la obligación que le incumbe.

161. Se ha fallado también que el art. 472 es aplicable á la caución que el menor que ha llegado á la mayor edad suscribe en provecho de su tutor. La sentencia no da más motivo, sino que semejante acto se torna indirectamente en provecho del tutor (1). ¿No podría decirse otro tanto de todo género de convención que el pupilo hiciese con su tutor? El principio entendido de tal manera conduce de nuevo á la doctrina de Merlin. ¿Qué tiene de común la caución subscrita por el menor con la gestión de la tutela y con la cuenta del tutor? No se debe transformar una incapacidad especial en una incapacidad absoluta.

Núm. 3. De la nulidad de los tratados.

162. Los tutores han tratado en varias ocasiones de prevalerse de la nulidad pronunciada por el art. 472; pero sus pretensiones han sido siempre rechazadas por los tribunales. Apenas se comprende que hayan podido producirse. La nulidad es esencialmente relativa, supuesto que se funda en motivos que sólo conciernen al menor que ha alcanzado la mayor edad; ahora bien, es de principio que las nulidades, cuando no son de orden público, no pueden invocarse sino por aquellos en cuyo interés se han establecido (2). Únicamente el menor puede prevalerse del art. 472. ¿Podría también hacerlo si fuese heredero puro y sencillo del tutor? Si fuese heredero único, la confusión lo pondría en

1 Riom, 26 de Agosto de 1816 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 645).

2 Bourges, 7 de Febrero de 1827 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 644, 6°).

la imposibilidad de obrar, puesto que debería obrar contra sí mismo. Si los herederos del tutor hubiesen aceptado todos pura y sencillamente, habría aún confusión por la porción hereditaria de cada uno, y por consiguiente, imposibilidad de obrar (1).

163. ¿Cuál es la duración de la acción de nulidad? Según el art. 1304, toda acción de nulidad de una convención dura diez años. ¿Esta disposición debe aplicarse á los tratados que el art. 472, declara nulos? La afirmativa no permite duda alguna; pero la aplicación presenta algunas dificultades. Se pregunta si el art. 1,304, no está modificado por el art. 475. Volveremos á tratar la cuestión cuando nos ocupemos de la duración de las acciones relativas á los hechos de la tutela (art. 191). Hay otra dificultad; la prescripción establecida por el art. 1304, es una confirmación tácita. Se pregunta si los tratados cuya nulidad pronuncia el artículo 472, pueden ser confirmados. Vamos á examinar inmediatamente la cuestión (núm. 165).

164. ¿Cuáles son los efectos de la anulacion? Se aplican los principios generales que exponremos en el título de las *Obligaciones*. El acto anulado se considera como si jamás hubiese existido. Siguese de aquí que las partes contrayentes deben ser puestas en el mismo estado en que se hallaban antes del tratado. Luego si el menor, que ha alcanzado la mayor edad, ha recibido algo en virtud del tratado deberá restituirlo. Se pretende que el menor, podrá conservar lo que ha recibido hasta que el tutor haya rendido su cuenta, porque no es probable que el tutor haya pagado sin deber (2).

Esto está en oposición con los principios que rigen la

1 Sentencia de denegada apelación, de 7 d eFebrero de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 471).

2 Demolombe, t. 8º, p. 101, núm. 99.

anulación de los contratos. Luego se necesitaría una disposición formal para dar al menor un derecho de retención. En el silencio de la ley, él debe restituirlo todo. El menor que es ya mayor, no podría invocar el beneficio del artículo 1312, por cuyos términos el menor no debe restituir lo que ha recibido en minoría, á menos que se pruebe que lo que se ha pagado ha redundado en su provecho. En efecto, el beneficio del art. 1312, es enteramente excepcional; sólo al menor se le concede. Ahora bien, el artículo 472, supone que el menor ha alcanzado la mayor edad. Se diría en vano que está reputado como menor, en tanto que no se ha rendido la cuenta. Nosotros no admitimos tal ficción y hasta los que la admiten, la rechazan en este caso, por la excelente razón de que el pupilo no puede ser considerado como menor por lo que ha recibido y disipado (1).

165. ¿El tratado celebrado por el menor, que ha llegado á la mayor edad, con su tutor, puede confirmarse? Toda nulidad puede enbrirse por la confirmación, bajo las condiciones que resultan de la ley y de los principios. Una de estas condiciones es que la confirmación se haga en un momento en que el vicio que infectaba el acto ha cesado de existir; el vicio que hace el acto nulo, viciaría también la confirmación, si subsistiese en la época en que el acto se confirmó. No se concibe la confirmación de un acto viciado por la violencia, en tanto que ésta dure. Ahora bien, cuando un tratado se celebra entre el pupilo y el tutor, antes de la rendición de la cuenta y la entrega de las piezas justificativas, el pupilo sufre una especie de violencia moral; luego en tanto que no se haya rendido la cuenta apoyada en las piezas, no puede haber confirmación del tratado, porque la confirmación estaría viciada por la misma causa

1. Esta es la observación de Demolombe, t. 8^o, p. 100, núm. 98.

que vicia el tratado. Pero en el momento en que se haya rendido la cuenta y en que se hayan entregado las piezas justificativas, nada impedirá que se confirme el tratado. Esto es el derecho común. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto, que no puede originar duda alguna (1).

Estos principios se aplican á la confirmación tácita tanto como á la confirmación expresa (art. 1338). Así es que la ejecución voluntaria que el menor diese al tratado no borraría el vicio que lo infecta, como si se ejecutase el acto después de la rendición de cuentas y de la entrega de las piezas justificativas. La prescripción de diez años, establecida por el art. 1304 es también una confirmación tácita. Luego debe decirse que no comenzará á contarse sino cuando las formalidades prescritas por el art. 472 hayan sido satisfechas (2). Siguese de aquí que si no se rinde la cuenta, no hay lugar á la prescripción de diez años. ¿Debe inferirse de aquí con Aubry y Rau que la prescripción de treinta años sería aplicable? Acerca de este punto, no podemos participar de su opinión. La acción que deriva del art. 472 sigue siendo una acción de nulidad, y por lo tanto sometida á la prescripción especial de diez años. Sólo que la prescripción no comenzará á contarse sino desde el día en que las condiciones del art. 472 se hayan satisfecho.

1 Véase la jurisprudencia en Daloz, en la palabra *minoría*, número 661.

2 Aubry y Rau, son los primeros que han enseñado esta opinión (t. 1º, p. 494, nota 35). Esto nos parece incontestable.

§ IV.—DE LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR, DEL SUBROGADO TUTOR Y DEL CONSEJO DE FAMILIA.

Núm. 1. *Responsabilidad del tutor.*

I. *Principio.*

166. ¿De qué falta es responsable el tutor? El código contiene dos principios sobre la falta. En las obligaciones contractuales, el deudor está obligado á cumplir con la solicitud que un buen padre de familia emplea en manejar sus intereses (art. 1137). Si no lo hace es responsable de la falta que, en el lenguaje de la escuela, se llama falta ligera *in abstracto*. En las obligaciones que se originan de los delitos y de los cuasi delitos, el deudor está obligado más severamente; todo hecho perjudicial obliga á aquél por cuya falta ha llegado á repararla, y la ley considera como una falta la negligencia y la imprudencia, lo que en el lenguaje tradicional se llama la falta más ligera. ¿Cuál de estos dos principios deben aplicarse al tutor? Los compromisos del tutor no resultan ni de un contrato, ni de un delito, ni de un cuasi delito: tienen su principio en la ley (art. 1370). Luego lo que debe consultarse es la ley para determinar la responsabilidad del tutor. El art. 430 contesta á nuestra cuestión: «El tutor administrará los bienes del menor *como buen padre de familia*, y será responsable de los daños y perjuicios que pudiesen resultar, de una mala gestión.» Los términos del art. 430 son los mismos de que se sirve la ley para calificar la responsabilidad del deudor en las obligaciones convencionales: éste está también obligado á poner en la ejecución de sus obligaciones *toda la solicitud de un buen padre de familia* (art. 1137). Siendo idénticos los términos, la responsabilidad debe ser la misma. Llegamos á esta conclusión, que el tutor está obligado por la falta ligera *in abstracto*.

Esta es una responsabilidad más rigurosa que la que pesa

sobre el mandatario. El art. 1992 comienza por decir que el mandatario responde no solamente del dolo, sino también de las *faltas* que comete en su gestión. Por *faltas*, se entiende la falta tal como se define en el art. 1137, luego la falta ligera *in abstracto*. En seguida el art. 1992 añade: «No obstante, la responsabilidad relativa á las faltas se aplica menos rigurosamente á aquél cuyo mandato es gratuito que al que recibe un salario.» ¿Qué cosa es esta responsabilidad menos rigurosa impuesta al mandatario, que maneja los negocios gratuitamente. Puede decirse, sirviéndose de los términos convenidos, que únicamente está obligado por la falta ligera *in concreto*, es decir, como la explica el art. 1927; que debe poner en la gestión de los negocios del poderdante los mismos cuidados que pone en la gestión de sus propios negocios. La tutela es gratuita: entonces ¿porqué se trata al tutor con más severidad que al mandatario ordinario? La razón consiste en que el mandante escoge á su mandatario, y por consiguiente, debe imputarse á si mismo su imprevisión, si elige un mandataria negligente. Mientras que el tutor es un mandatario legal; el menor no lo elige: luego al legislador le corresponde vigilar en que los intereses de los incapaces se confíen á hombres que pongan todo su cuidado en el cumplimiento de sus deberes. No obstante, mientras más rigurosa es la responsabilidad, más de lamentarse es que el legislador haya hecho gratuitas estas funciones.

¿Es cierto, como se ha escrito, que el tutor será responsable de la más ligera falta, si no ha puesto en la gestión de la tutela la inteligencia y la aptitud extraordinarias de que está dotado, y que pone al servicio de sus propios intereses? (1). Nuestro código no conoce la falta muy ligera en materia de obligaciones convencionales; ahora bien, el

1 Demolombe, t. 8º, p. 118, núm. 121.

art. 450 aplica al tutor el principio que rige estas obligaciones. Esto decide la cuestión. Sin duda que el tutor ha caído moralmente en una falta cuando pone mucho esmero en sus intereses y no emplea el mismo afán para manejar los del pupilo. Pero cosas distintas son la responsabilidad moral y la legal. No pasemos los límites de la severidad de la ley, cuando ya es más severa para el tutor que para el mandatario ordinario, por más que éste pueda rehusar el mandato, mientras que el tutor esté obligado á aceptar la tutela. El menor, después de todo, no tiene que quejarse si el tutor maneja la tutela como debe, con todos los cuidados de un buen padre de familia.‡

167. El tutor está, además, sometido á una responsabilidad penal. Según los términos del art. 408 del código penal de 1810, cualquiera que ha desviado ó disipado, en perjuicio de los propietarios, efectos, numerario, billetes que no se le hayan entregado sino á título de mandato, con cargo de devolverlos ó representar, es castigado con arresto de dos meses á dos años. La corte de casación resolvió que esta disposición era aplicable al tutor, porque resulta del conjunto de la teoría del código civil concerniente á la tutela, que el tutor administra los bienes del menor á título de mandato. Veamos el caso en el cual se pronunció la sentencia. Un comerciante, próximo á quebrar, es nombrado tutor. El primer acto de su administración fué exigir el reembolso de los créditos colocados á cargo de personas muy solventes, y aun de los capitales garantidos por hipotecas. En seguida, por medio del dinero de su pupila, hizo una serie de operaciones en la bolsa, verdadero juego con el cual absorbió la fortuna mobiliaria de la menor, fortuna que llegaba á cerca de 50.000 francos (1). Ciertamente que merecía un castigo severo.

1 Sentencia de 10 de Agosto de 1850 (Daloz, 1850, 1, 250). Compárese, sentencia de 28 de 1866 (Daloz, 1866, 1, 356).

II. Aplicación.

168. El primer deber del tutor, el que debería ser su preocupación, es el de velar por la educación de los menores. Si descuida ese deber, siendo que los pupilos tienen suficientes rentas para recibir instrucción, comete la más grave de las faltas. La corte de casación así lo falló en un caso en que se había hecho un legado al tutor con cargo de emplear una suma determinada por el testamento para hacer que se instruyesen los niños de quienes el testador lo declaraba tutor. Lejos de cumplir esta obligación, el tutor no hizo que los menores se dedicaran á ningún género de estudios; los empleó, dice la sentencia, en trabajos forzados de su casa. Hubo una corte que excusó esta falta inexcusable, con el pretexto de que el tutor no había procedido con la intención de dañar, como si fuera necesario que el tutor fuese culpable de dolo para ser responsable. La corte de casación resolvió que era un error grave en derecho suponer que la ignorancia de las leyes pudiera servir de excusa legítima á la falta de ejecución de una obligación tan formal como la que el testador había impuesto y que, por consiguiente, la sentencia había violado el art. 450. La corte no tenía que juzgar el fondo del debate; no obstante, decidió que de la ley resultaba la obligación para el tutor de pagar á los menores el interés de la suma legada para la instrucción, contando desde el fallecimiento del testador, y además una indemnización proporcionada al daño que los hijos hubiesen experimentado por la falta de educación (1). Así lo resolveríamos sin vacilar, en el caso en que ningún legado hubiese sido hecho; desde el momento en que los menores tienen recursos suficientes, tienen derecho á una educación proporcionada á su fortuna: si el tutor no se las da,

1 Sentencia de casación, de 23 de Abril de 1817 (Daloz, en la palabra "minoría," núm. 729, 4°).

comete una falta de trascendencia. Y aun cuando los hijos no tuviesen bienes, el tutor está obligado á mandarles dar la instrucción que nuestras escuelas ofrecen gratuitamente á los padres. Este es el pan de vida que todo padre debe á sus hijos, y que, por consiguiente, el tutor debe á sus pupilos. Precisa que los tribunales les hagan entender, en caso necesario, que éste es el más esencial de sus deberes.

169. Al abrirse la tutela, el tutor debe vender todos los muebles que no sean los que el consejo de familia le hubiese autorizado para conservar en su propia naturaleza. ¿Es él responsable si no los vende? Como la ley no lo obliga absolutamente á vender, no se puede declararlo responsable por el hecho solo de que no ha vendido; porque el consejo de familia habría podido autorizarlo á que conservase todos los muebles. Esta es, pues, una cuestión de hecho, que los jueces apreciarán según las circunstancias. Suponiendo que el tribunal decida que hay falta, el tutor deberá indemnizar al pupilo del daño que éste ha sufrido por la depreciación del mobiliario. Se pretende que el menor tiene el derecho de optar por la estimación asentada en el inventario (1). La ley no le da el derecho de opción; é es propietario de los muebles no vendidos; luego el tutor debe reclamarlos, salvo el pagarle daños y perjuicios. Estos daños y perjuicios deberán estimarse según los principios generales; no se pueden aplicar las reglas especiales que el código establece para las deudas de dinero, porque la obligación del tutor no es una deuda de dinero. Luego no hay lugar al interés legal de la estimación asentada en el inventario.

170. ¿El tutor que no asegura los bienes del menor es responsable de la pérdida que resulta del incendio? Se ha fallado que el tutor no está rigurosamente comprometido á

1 Demolombe, t. 7º, p. 358, núm: 584.

asegurar los bienes raíces cuya administración tiene, y que si no lo hace, es más bien un acto de mala gestión que faltará una obligación formal (1). Esta decisión implica una contradicción; si hay mala gestión en no asegurar los bienes raíces, el tutor falta por esto mismo á una obligación formal que le impone la ley, puesto que ésta quiere que él administre los bienes del menor como buen padre de familia, agregando que es responsable de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una *mala gestión*. Luego el tutor puede ser declarado responsable si no asegura los bienes del menor, salvo que se avale el importe de los daños y perjuicios, según la gravedad de la falta. La corte de Besançon resolvió por la misma sentencia que si el tutor ha asegurado un inmueble del menor, y si se ha descuidado en pagar la prima, incurre en la responsabilidad del incendio: al asegurar, ha reconocido la necesidad ó la utilidad del aseguramiento, y por lo mismo, era una obligación estricta pagar la prima, y si la indemnización no se le paga porque no ha cumplido con su compromiso, él es responsable. No obstante, él no estará obligado á los intereses de la indemnización que debe pagar; no es éste el caso de aplicar el art. 456, porque aquí se trata, no de una suma que el tutor percibe y que está obligado á emplear, sino de daños y perjuicios á lo que está sentenciado si el tribunal resuelve que ha cometido una falta.

171. Según la ley de 22 febrero, año VII, el tutor debe declarar las sucesiones que corresponden al menor, en el plazo de seis meses, bajo pena del medio derecho encima, que él soportará personalmente. Los tribunales no tienen que apreciar la falta, supuesto que el mismo legislador de-

1 Besançon, 1º de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 93).

clara responsable al tutor. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

172. Hay prescripciones que corren contra los menores. Luego el deber del tutor es obrar para interrumpir la prescripción. Si no lo hace y si la prescripción vence durante la tutela, el tutor es responsable. Ninguna duda hay acerca de este punto: es de derecho común para todo administrador. El art. 1428 dice que el marido es responsable de todo menoscabo de los bienes personales de su mujer, causado por falta de actos conservatorios. Lo mismo debe ser respecto al tutor. Pero si la prescripción no se ha vendido sino después de la mayoría del pupilo, cuando es éste árbitro de sus derechos y puede vigilar por sí mismo sus intereses, el tutor cesa de ser responsable. La jurisprudencia se haya en este sentido (2).

Por aplicación del mismo principio, el tutor es responsable, si por su culpa no se han recobrado algunos dineros (3). ¿La responsabilidad se extiende hasta los intereses de dichos capitales? Hay un motivo para dudar, y es que el tutor no ha percibido el numerario; luego no puede decirse que lo haya empleado en provecho propio. Esta objeción no ha detenido á la corte de casación, y con razón. No es necesario para que el tutor deba los intereses, que haya empleado el dinero del pupilo en provecho propio, sino que basta que no lo haya empleado en beneficio del menor. El tutor ha faltado á su deber al no recobrar dicho dinero; no puede prevalerse de su falta para excusarse de no haberlo colocado (4).

1 Fallos del tribunal del Sena, de 2 de Mayo de 1849, y de 20 de Julio de 1849 (Daloz, 1849, 5, 171; 1855, 3, 96).

2 Sentencia de Pau, de 19 de Agosto de 1850 (Daloz, 1851 2, 5); y de París, de 20 de Junio de 1857 (Daloz, 1858, 2, 88).

3 Burdeos, 16 de Marzo de 1841 (Daloz, en la palabra *minoría* número 729, 7°).

4 Sentencia de 26 de Noviembre, de 1842 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 729, 9°).

173. La manera de empleo constituye también una cuestión de responsabilidad. Si el tutor coloca el dinero del pupilo sin hipoteca, ¿es responsable cuando el deudor se declara en quiebra? Esta es una cuestión de hechos y de circunstancias. El código no prescribe al tutor que no haga imposición sino sobre hipoteca; luego puede hacer el empleo que juzgue más útil; si procede como todos los buenos padres de familia, no hay falta que echarle en cara, y por lo tanto no incurrirá en ninguna responsabilidad. Así lo falló la corte de Douai, respecto á una imposición hecha en manos de un notario. La sentencia hace constar que tal modo de colocar el dinero del pupilo no es regular, pero también hace entender que en la época en que se hizo, el notario gozaba de la consideración general y que ningún temor suscitaba su solvencia; que los administradores dotados de una prudencia ordinaria, obraban de la misma manera; esto era decisivo en favor del tutor (1). La corte de Nancy, por el contrario, declaró al tutor responsable de un depósito abandonado durante ocho años en manos de un notario que huyó llevándose todas las sumas que se le habían confiado. No hay contradicción entre estas dos decisiones. La última sentencia hace constar que antes de la muerte del tutor, numerosos siniestros ocurridos en la notaria habrían debido despertar los recelos del tutor, sobre todo, cuando se intentaban diligencias disciplinarias contra el notario depositario de toda la fortuna del pupilo. En esto había una falta grosera, y la responsabilidad no podía ser dudosa (2).

La ley hipotecaria belga prescribe la manera de emplear en el caso en que el consejo de familia haga uso del derecho que dicha ley le concede para ordenar el depósito del

1 Sentencia de Douai, de 11 de Marzo de 1831.

2 Nancy, 7 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 200).

dicero del pupilo en la caja de consignaciones. La ley quiere que se haga el depósito en empréstitos sobre privilegios inmobiliarios ó sobre primera hipoteca. Y como tal colocación pudiera ser imposible, la ley prescribe al tutor que compre bienes raíces ó rentas sobre el Estado (art. 57). Si el tutor, menospreciando la decisión del consejo, hubiese prestado el dinero sin garantía hipotecaria, o hubiese comprado otros valores, ciertamente que sería responsable, porque habría violado la ley.

174. El tutor debe pagar las deudas del menor. Pero, ¿qué debe resolverse si han prescrito? Se puede renunciar á la prescripción adquirida, pero por los términos del artículo 2222, el que no puede enagenar no puede renunciar á la prescripción. Esto decide la cuestión. El tutor no puede enagenar los derechos del menor; luego no puede renunciar á la prescripción. Esto también se funda en la razón. Se renuncia á la prescripción por motivos de conciencia, lo que supone que la renuncia se hace por aquél que es el deudor. El tutor no puede poner su conciencia en el lugar de la del pupilo. Luego debe oponer la prescripción, salvo que el menor, llegado á la mayor edad, pague la deuda prescrita, si la conciencia le dicta tal deber (1).

175. Los pleitos sostenidos por el tutor, dan lugar muy á menudo á cuestiones de responsabilidad. Es verdad que el tutor tiene el derecho de proceder, y si procede, se aplica regularmente el antiguo adagio según el cual los actos del tutor se consideran como del menor. Pero el hecho de intentar un pleito puede ser un acto de mala gestión, lo mismo que otro acto cualquiera de la tutela. Ciertamente que el tutor no tiene el derecho de arruinar á su pupilo en gastos frustratorios. Por esto es que el código de procedimientos

1 Burdeos, 16 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 729, 7°).

(art. 132) dice que el tutor puede ser condenado á costas. La corte de Turin condenó á costas, en su nombre y sin repeticion, á un tutor que había sostenido un pleito «sin objeto, sin causa y sin apoyo» (1). Hay que observar una condición en la aplicación del principio. El art. 132 dispone que los tribunales podrán sentenciar á costas y á daños y perjuicios á los tutores que comprometan los intereses de su administración. Siguese de aquí que los jueces al condenar al tutor á costas, deben motivar su decisión sobre este punto (2). En cuanto á los daños y perjuicios que el código de procedimientos permite que se pronuncien contra el tutor, hay que hacer notar que la ley es general. Ella se aplica no sólo al caso en que el pleito temerariamente seguido haya causado un perjuicio al menor, sino también cuando el tutor daña á una de las partes en el litigio. El menor no es responsable de esta obligación, porque ella deriva de un cuasi delito ó de un delito civil, y estas deudas son personales del tutor (3).

La buena fe del tutor debe tenerse en consideración por el juez; pero no excluye la culpa. Hay más: la culpa sencilla implica la buena fe; si el tutor ha procedido de mala fe, hay dolo, delito civil. La corte de Bastia ha aplicado este principio con un rigor que nos parece excesivo. Un tutor de un menor extranjero presenta una acción ante los tribunales franceses, éstos se declaran incompetentes. De aquí se originan gastos frustratorios. La corte, á la vez que reconocía que el tutor había obedecido á un sentimiento honorable de delicadeza, lo sentenció á costas (4). ¿Puede

1 Turin, 25 de Junio de 1810 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 120). Compárese, Dijon, 22 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1863, 2, 39).

2 Sentencia de casación, de 2 de Febrero de 1831 (Daloz, en la palabra *gastos y costas*, núm. 70).

3 Sentencia de Rennes, de 5 de Julio de 1844.

4 Bastia, 8 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 2, 1°).

decirse del tutor que obra por delicadeza que es culpable por el hecho solo de que se haya engañado en una cuestión de derecho, cuestión muy difícil, sobre la cual la doctrina y la jurisprudencia están muy lejos de un avenimiento?

Núm. 2. Responsabilidad del subrogado tutor.

I. Como vigilante.

176. El subrogado tutor tiene por misión vigilar la gestión del tutor. ¿Es reponsable si no cumple con esta obligación? Los autores están de acuerdo, casi todos, en que el subrogado tutor no es responsable de la gestión del tutor (1). Nos parece que la cuestión está mal planteada. Ciertamente que no basta que el tutor administre mal, y que esta mala gestión dé una acción al menor, para que por este solo hecho tenga una acción contra el subrogado tutor. En este sentido es una verdad decir que el subrogado tutor no responde de la administración del tutor. La razón es sencillísima. Si el tutor es responsable de cada acto de mal manejo, es porque está obligado á administrar y á administrar como buen padre de familia; mientras que el subrogado tutor no obra y no tiene derecho á intervenir en la gestión. Únicamente debe vigilar. Y aun la ley no lo dice de una manera expresa. El deber de vigilancia se infiere únicamente de algunas disposiciones del código que lo implican (2). Pero el derecho de vigilar no le da poder de intervenir para impedir el acto. Las más de las veces el subrogado tutor no sabrá si el tutor administra mal, sino cuando la mala gestión se manifieste por los actos consumados; por lo tanto, es imposible que sea responsable de lo que ignora. Pero si la mala gestión salta á los ojos en actos que el subrogado tutor habría podido conocer, si hubiere teni-

1 Demolombe. t. 7º, p. 336, núm. 391, y los autores que él cita,

2 Véase el tomo 4º de mis *principios*, núm. 427.

do inspección en la administración tutelar, y si no provoca la destitución del tutor, como puede y debe, entonces ciertamente que es responsable. Por ejemplo, el tutor descuida la educación de los menores hasta el punto de que los niños vagan por las calles y que su mala conducta es notoria; ¿se dirá que el subrogado tutor no es responsable si permanece en la inacción? Debe aplicarse por analogía al subrogado tutor lo que la ley dice del tutor. Uno y otro deben cumplir las funciones que la ley les impone con la solícitud de un buen padre de familia; luego uno y otro son responsables si no proceden como buenos padres de familia. Únicamente que siendo las funciones muy diferentes, la responsabilidad también lo será. El tutor es responsable como administrador de la tutela; el subrogado tutor lo es, como vigilante de la gestión tutelar. Siguese de aquí que la responsabilidad del tutor está comprometida en cada acto de gestión, mientras que el subrogado tutor no incurre en responsabilidad sino por falta de vigilancia del conjunto de la gestión.

Más estrecha sería la responsabilidad del subrogado tutor si el consejo de familia hubiese usado del derecho que le da el art. 470, es decir, si hubiese obligado al tutor á que entregase cada año un estado de su gestión al subrogado tutor. Este es el único medio de hacer eficaz la vigilancia del subrogado tutor. Desde luego sería responsable si no exigiese que esas cuentas provisionales se le entregasen. Sería aún responsable si se quedase en la inacción cuando los estados le demostrasen la negligencia y la incapacidad del tutor.

Cuando decimos que el subrogado tutor es responsable, no pretendemos decidir que deba ser siempre condenado á reparar todo el daño que el menor ha sufrido por la gestión de un tutor cuya destitución había debido provocar el su-

brogado. La responsabilidad es proporcionada al grado de la falta; luego el juez puede á la vez que declara responsable al subrogado tutor, no sentenciarlo sino á daños y perjuicios, limitados en razón de la naturaleza de la falta. Se aplica este principio á la responsabilidad de los notarios; con mayor razón debe aplicarse á los subrogados tutores, cuando se les echa en cara una falta de vigilancia. El deber es vago por naturaleza, la responsabilidad que resulta debe participar de tal incertidumbre,

177. El código impone á los subrogados tutores ciertas obligaciones, y los declara responsables si no las cumplen. Según los términos del art. 424, el tutor debe provocar el nombramiento de un nuevo tutor, cuando la tutela se vuelve vacante ó cuando se abandona por ausencia, la ley agrega: «bajo pena de los daños y perjuicios que para el menor pudieran resultar.» La corte de Nancy ha aplicado esta disposición, lo mismo que los principios que acabamos de exponer acerca de la responsabilidad del subrogado tutor, en un caso que ya hemos citado al tratar de la responsabilidad del tutor (núm. 173). Se habian entregado en depósito á un notario unos fondos pupilares. Muere el tutor en los momentos en que algunos siniestros se descargaban unos después de otros sobre la notaría. Se dirigen algunas diligencias disciplinarias contra el notario depositario de los caudales del menor. ¿Qué es lo que hace el subrogado tutor? El conocía el depósito, supuesto que él mismo era el adquirente de la mayor parte de los inmuebles cuyo precio habia sido puesto en manos del vendedor; luego él sabía que el tutor habia empleado peligrosamente la fortuna de su pupilo. Su deber era intervenir, y no lo hizo. Llevó la negligencia hasta dejar vacante la tutela por más de dos años, á despecho de la obligación que le imponía el artículo 424. La corte resolvió, en derecho, que el subrogado

tutor era responsable por no haber vigilado la gestión del tutor y por haber dejado vacante la tutela; de hecho, ella lo sentenció, á título de indemnización, á reembolsar á la menor la suma depositada en manos del notario (1).

El art. 1442, declara también al subrogado tutor solidariamente responsable de todas las condenas que puedan pronunciarse en favor de los menores, cuando aquél no ha obligado al superviviente de los padres á hacer inventario. Insistiremos acerca de esta disposición en el título del *contrato de matrimonio*.

Por último, el art. 2137, dice: «Estarán obligados los subrogados tutores, bajo su responsabilidad personal y bajo pena de todos los daños y perjuicios, á vigilar en que se tomen las inscripciones sin demora sobre los bienes del tutor, en razón de su gestión, y aun de mandar hacer las mencionadas inscripciones.» Una disposición analoga se encuentra en la ley hipotecaria belga (art. 52). Insistiremos acerca de esta responsabilidad en el título de las *hipotecas*.

178. Las disposiciones que acabamos de transcribir se interpretan generalmente en el sentido de que, fuera de los casos que ellas preeven, el subrogado tutor no es responsable de la gestión tutelar. Una sola restricción se agrega á este principio, y es que el subrogado tutor responde del dolo y de la grave falta que con aquél se asimila (2). Hay autores que fundan esta decisión en los artículos 1382 y 1383 (3). Nosotros no podemos aceptar tal interpretación que, á nuestro juicio, entraña más de un error. Es evidente que el tutor es responsable de su dolo, porque

1 Nancy, 7 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 200).

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 475, y nota 3, y los autores que citan.

3 Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 251, núm. 274, bis. Demolombe, t. 7º, p. 237, núm. 391. Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1º, p. 449, nota 7.

esto es de derecho común. Por aplicación de este principio, la corte de París sentenció á un subrogado tutor que había aconsejado á la viuda tutora robos y diversiones (1). ¿Quiere decir esto que debe asentarse como regla que el subrogado tutor no es responsable sino de su propio dolo? Esto no sería, como se dice, una aplicación de los principios generales, sino una derogación. Conviénese en que el subrogado tutor, tanto como el tutor, es un mandatario legal; como tal, debe ser responsable de la falta de ejecución de su mandato. Queda por determinar la extensión de dicha responsabilidad. La ley no decide la cuestión. Luego debe procederse por analogía. Trátase de saber si debe aplicarse el art. 1337 á los administradores que deben á la ley su mandato, artículo que se ocupa de la responsabilidad en las obligaciones convencionales, ó los arts. 1382 y 1383, que norman la responsabilidad que se origina de los delitos y de los cuasi delitos. La doctrina siempre ha asimilado la tutela con un cuasi-contrato; claro es que hay más analogía entre las obligaciones que nacen de la ley y de los contratos, que entre las obligaciones legales y las que derivan de un delito ó de un cuasi-delito. Por lo tanto, la analogía exige que se aplique el art. 1137 á la tutela. Esto es lo que hace el art. 450 respecto al tutor. La misma razón hay para decidir respecto al subrogado tutor. Por consiguiente, éste es responsable, no solamente del dolo y del fraude, sino también de la culpa ligera.

Se invocan los arts. 1382 y 1383, y se infiere que el subrogado tutor no debe ser responsable sino de la falta grave, lo mismo que los funcionarios públicos. Esto supone que la responsabilidad del que comete un delito ó un cuasi-delito es menor que la responsabilidad del deudor que

1 París, 1º de Mayo de 1897 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 312).

deje de cumplir un compromiso contractual. Nosotros creemos, al contrario, que los delitos y los cuasi-delitos engendran una responsabilidad más absoluta; el mismo texto de la ley lo aprueba. «Cada uno, dice el art. 1383, es responsable del daño que ha causado, no solamente por sus actos, sino también por su *negligencia* ó por su *imprudencia*. ¿Acaso la *negligencia* es un dolo ó una de esas faltas graves que se asimilan al dolo? ¿Acaso la *imprudencia* es una falta de transcendencia que pueda calificarse de dolo? Esto es más bien lo que los antiguos intérpretes del derecho romano llamaban *culpa ligertísima*. Luego si se aplicaran al subrogado tutor los arts. 1382 y 1383, resultaría que estaría obligado por la más ligera culpa, mientras que el tutor no lo está. Esto sería una anomalía inexplicable. El error proviene, como lo diremos en el título de las *Obligaciones*, de que se ha hecho de la responsabilidad especial establecida por los arts. 1382 y 1383 en el capítulo *De los delitos y de los cuasi-delitos*, una regla general que se aplica á todo género de obligaciones, hasta á los compromisos contractuales. De aquí una confusión completa y una ausencia de principios racionales. Así lo hacemos constar aquí, salvo el insistir en el título de las *Obligaciones*, en donde está el lugar de la materia.

II. Como administrador.

179. El art. 420 dice que las funciones del subrogado tutor consisten *en obrar* por los intereses del menor, cuando se encuentran en oposición con las del tutor. Esta es una misión enteramente diversa de la que tiene el subrogado tutor como vigilante. En esta última calidad, él no obra y no interviene en la gestión, mientras que en el caso de conflicto de intereses entre el tutor y su pupilo, el subrogado

tutor *obra*. Este es el término de que se sirve la ley. Si el consejo de familia autoriza al tutor á que tome en arrendamiento los bienes del menor, el subrogado tutor es el que, dice la ley, celebrará el arrendamiento, luego él es el que en dichos casos administra la tutela; desempeñando las funciones de tutor, debe incurrir en la misma responsabilidad.

Hay casos en que la ley exige la presencia del subrogado tutor en un acto ejecutado por el tutor, aunque no haya oposición de intereses. Así es que debe estar presente á la venta de los muebles y de los inmuebles del menor (arts. 452 y 459). Si la ley quiere que esté presente, es para que vele por los intereses del menor. Luego si el subrogado tutor descuidase tal deber, si no asistiere á los actos en que se requiere su presencia, ó si cuidase de los intereses del pupilo, sería responsable del daño que resultare al menor. Aquí, otra vez, su responsabilidad es la misma que la del tutor, porque concurre con él en los mismo actos.

180. Fuera de estos casos, el subrogado tutor no obra. Puede suceder, no obstante, que él se mezcle en la gestión; y hasta ha sucedido que un subrogado tutor se ha apoderado de toda la administración. Cuando él maneja la tutela, aunque sin título, claro es que es responsable. ¿Pero de qué culpa es responsable? En este caso, se entra en el derecho común de las obligaciones que se originan de un cuasi-contrato. El subrogado tutor que administra no procede como mandatario legal, porque no tiene mandato para administrar; viola al contrario la ley; porque si administra ¿quién vigilará su gestión? El maneja los negocios, y por lo tanto, está obligado por la culpa legal (art. 1374).

Núm. 5. Responsabilidad del consejo de familia.

181. En el antiguo derecho, pesaba cierta responsabilidad sobre los parientes nominadores; ellos eran las caucio-

nes del tutor que elegían. En la práctica, se moderaba esta responsabilidad en el caso en que el tutor era notoriamente insolvente cuando se le elegía (1). El proyecto de código civil reproducía este principio; declaraba responsables á los parientes cuando habían concurrido en el nombramiento de un tutor insolvente. No se adoptó esta disposición. ¿Debe inferirse de esto que los miembros del consejo de familia no incurran en ninguna responsabilidad? A falta de disposiciones especiales se queda bajo el imperio de los principios generales. Pero ¿cuál es el derecho común? En caso de fraude ó de dolo, no hay duda alguna. Proudhon supone que los miembros de un consejo, venden su sufragio á un tutor que arruina á su pupilo; claro es que aquellos serian responsables, porque cada uno de ellos es responsable de su dolo. Proudhon agrega aún, que serian responsables de la falta grave que hubiesen cometido llamando á la tutela á un hombre que estuviese en quiebra, ó que estuviese colocado bajo un consejo judicial por causa de prodigalidad (2). Esto vuelve á entrar en la doctrina de la jurisprudencia, porque Domat, limitaba la responsabilidad de los nominadores en caso de dolo y de mala versación, y la disposición del proyecto no tenía otro sentido, salvo que pronunciase la palabra dolo.

¿Y estará bien aplicado el derecho común en este caso en que la ley calla? Creemos que á los miembros del consejo de familia debe aplicarseles lo que hemos dicho del tutor y del subrogado. Ellos reciben también un mandato de la ley, y deben ser responsables si no lo cumplen con la solitud de un buen padre de familia. En vano se dice que su oficio es gratuito. El del tutor también lo es; y, sin

1 Domat, *Leyes civiles*, libro 1º, tit. 1º, sec. 4º, núm. 4.

2 Proudhon, t. 2º, p. 327. Demolombe, t. 7º, p. 215 núm. 352. Sentencia de Gaute, de 20 de Noviembre de 1837 (*Pasicristia*, 1837, 2, 239).

embargo, es responsable cuando no administra como buen padre de familia. ¿Por qué había de ser de otro modo respecto á los miembros de familia? Esto no quiere decir, que si nombran á un tutor en quiebra ó pródigo, deban ser responsables de todas las consecuencias que pueda acarrear tan mala gestión. Se aplica siempre la responsabilidad con cierta indulgencia, en el sentido de que se tiene en cuenta el grado de la culpa. No insistimos, porque tales discusiones no son, por decirlo así, más que pura teoría. Pero si insistimos en mantener el principio de la responsabilidad: precisa que los parientes sepan que no se reúnen por pura formalidad, sino por desempeñar una función formal, que seriamente deben desempeñar. La responsabilidad de nuestras acciones es la mejor garantía del cumplimiento de nuestros deberes.

Núm. 4. Garantía de la responsabilidad.

182. El menor tiene una hipoteca legal sobre los bienes del tutor, por los derechos que contra éste tenga por motivo de la tutela. Volveremos á tratar esta cuestión en el título de las *Hipotecas*. El menor no tiene hipoteca legal sobre los bienes del subrogado tutor, y menos aún sobre los bienes de los miembros del consejo de familia. Diremos en otra parte, si los bienes del tutor de hecho están gravados con hipoteca legal. Esta garantía es nula ó ineficaz cuando el tutor no tiene inmuebles, ó cuando no tiene bienes suficientes para responder de las consecuencias de la mala gestión. Antes hemos dicho que el legislador belga ha tratado de remediar este vicio de nuestro derecho civil, pero que el remedio es igualmente insuficiente. Una sola garantía hay, la de la caución, pero implica una administración asalariada. A nuestro juicio, éste es el verdadero

sistema. Pasamos de largo, porque nuestro objeto no es criticar el código, sino interpretarlo.

§ V.—DE LA DURACION DE LAS ACCIONES RELATIVAS

A LA TUTELA.

183. El art. 475 dice: «Toda acción del menor contra su tutor, relativamente á los actos de la tutela, prescribe en diez años contados desde la mayoría.» Esta disposición es á la vez una innovación y una excepción de los principios generales que rigen la prescripción. En el derecho antiguo, las acciones del menor contra el tutor no tenían más límite que el de la más larga prescripción inmobiliaria. Y aun había autores que sostenían que, conforme al antiguo derecho romano, estas acciones jamás debían prescribir. Esto equivalía á llevar el favor debido al menor hasta la injusticia respecto al tutor. Si la posición del pupilo es favorable, la del tutor también lo es; él cumple con un cargo gratuito, muy oneroso y muy penoso. ¿Es posible que esté siempre amenazado de una acción de responsabilidad? ó ¿esta acción debe durar treinta años? Proudhon dice, y muy bien, que la defensa del tutor, á diferencia de los demandados en general, reposa no en escritos, sino en recuerdos que disipa el tiempo; que las piezas justificativas, á menudo muy numerosas, consisten en simples notas que se extravían ó se pierden fácilmente. Después de todo, el menor no puede quejarse si se le conceden diez años después de su mayoría para demandar á su tutor. La equidad está aquí del lado del tutor (1).

La acción puede aún durar y muchas veces existe más de diez años. Según los términos del art. 475, los diez años comienzan á contarse desde la mayoría del pupilo.

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 16 (Loché, t. 3º, p. 411). Proudhon, t. 2º, p. 416. Demolombe, t. 8º, p. 135, núm. 148.

Luego si la tutela termina por una causa cualquiera proveniente del tutor, siendo menor el pupilo, la prescripción no correrá contra él. Esta es la aplicación del principio general que suspende la prescripción en caso de minoría (1). Del mismo modo, la prescripción que comienza á contarse desde la mayoría, podrá interrumpirse y suspenderse por las causas generales de interrupción y de suspensión, siempre en virtud del derecho común, porque resulta de una verdadera prescripción (2).

Si la tutela concluye por la muerte del menor, hay que ver si sus herederos son menores ó mayores. Si son menores, se aplican los principios generales sobre la minoría y la suspensión de la prescripción. Si son mayores, la prescripción comienza inmediatamente á contarse. Se ha pretendido que los herederos debían gozar del mismo beneficio que su autor; que no contándose contra éste la prescripción sino desde la mayoría, no debía contarse contra sus herederos sino desde el día en que el difunto hubiese llegado á la mayor edad. Este extraño sistema ha sido rechazado por la corte de Bourges. La disposición del art. 475 no es más que la aplicación de los principios que rigen la prescripción; estos mismos principios son los que deben aplicarse al caso de fallecimiento del pupilo (3).

Si la tutela termina por la emancipación del menor, la prescripción comienza á correr desde la mayoría, y no desde la emancipación, siempre por aplicación de los principios generales sobre la suspensión de la prescripción. La prescripción no corre contra el menor emancipado, luego

1 Fallado así, en caso de destitución del tutor, por sentencia de Metz, de 10 de Marzo de 1821 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 681).

2 Sentencia de casación, de 5 de Junio de 1850 1, 186.

3 Bourges, 1º de Febrero de 1827 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 679). Aubry y Rau, t. 1º, p. 496, y nota 39.

hay que aplicarle por analogía el art. 475; si la ley sólo habla del caso en que el menor se hace mayor, es porque el legislador ordinariamente no prevee sino el caso que se presenta con más frecuencia (1).

184. Para que haya lugar á la prescripción excepcional del art. 475, se necesita que se intente la acción por el menor contra su tutor. Si el tutor promueve contra el menor, se vuelve á entrar al derecho común de la prescripción trentenaria. La cuestión, no obstante, es debatida. Muy buenos ingenios han sostenido que como la aceptación de la tutela produce obligaciones recíprocas y correlativas, las acciones que se derivan deben estar sometidas á la misma prescripción, porque una y otra reposan en un principio indivisible. Es este uno de tantos argumentos lógicos de que en derecho debe desconfiarse. La prescripción de diez años es una excepción, fundada en motivos particulares al tutor demandado, luego no hay lugar á extenderla al tutor que demanda. Este motivo para decidir es tan evidente, que creemos inútil insistir (2).

185. Por los mismos motivos, hay que decidir sin vacilar que los que manejan la tutela de hecho, sin ser tutores, no pueden invocar el beneficio de la prescripción decenal establecida por el art. 475. Este es un favor que la ley otorga al tutor, favor motivado por el cargo oneroso, penoso, que la ley le impone. Un favor, un privilegio no se extienden; estas excepciones, por propia naturaleza, son de la más estricta interpretación. No obstante, se sostiene lo contrario, y hay una sentencia de la corte de Gante en este sentido (3). Se invoca el principio de las tutelas de hecho,

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *minoría*, núm. 672.

2 Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *minoría*, número 684, y por Aubry y Rau, t. 1º, p. 493, nota 50. Hay una sentencia de Montpellier, de 13 de Abril de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 66) en favor de la opinión contraria.

3 Aubry y Rau, t. 1º, p. 493. Sentencia de Gante, de 2 de Julio

tutelas, dicese que están reconocidas por el código Napoleón, y que están regidas por los mismos principios que las tutelas de derecho. Nosotros hemos rechazado la ficción de las tutelas de hecho (1), y también rechazamos la aplicación que de ella se ha hecho á la prescripción del artículo 475. Lo que se llama tutela de hecho, en el caso previsto por el art. 394, no es más que una gestión provisional que la ley impone á la madre que rehusa la tutela. ¿El que rehusa ser tutor puede gozar de un privilegio que la ley otorga al tutor? Esto desde luego sería crear una ficción, una tutela ficticia; en seguida sería trasladar á dicha tutela ficticia una ventaja que la ley otorga á la tutela verdadera: dos imposibilidades jurídicas. El legislador habría podido hacerlo, pero no el intérprete. Otro tanto decimos de la gestión de los herederos del tutor (art. 419). La ley dice formalmente que la tutela no pasa á los herederos; y se quiere, sin embargo, que los herederos sean considerados como tutores y que gocen del beneficio concedido al que ha manejado la tutela. La misma observación para el que se excusa de la tutela y se ve obligado á administrar provisionalmente (art. 440). En todos estos casos, hay una gestión provisional, mientras que la tutela es una gestión definitiva: ni el texto, ni el espíritu de la ley, pueden aplicarse á una administración temporal, cuando el que administra no es tutor.

Aubry y Rau no citan la gestión de la madre superviviente que vuelve á casarse sin convocar al consejo de familia y que de pleno derecho pierde la tutela (art. 395). La corte de Gante ha aplicado á esta usurpación de la tutela el beneficio del art. 475. Ya se ve á lo que conduce la

de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 62). Combate esta doctrina el redactor de la *Pasicrisia* (*ibid.*, p. 62, nota).

1 Véase el tomo 4º de mis *principios*, núm. 375.

doctrina de la tutela de hecho: á trasladar á aquél á quien la ley priva de la tutela, porque ha violado la ley, un privilegio que el legislador otorga al tutor legal. Se comprende, en teoría, la doctrina de la tutela de hecho, cuando se trata del interés del pupilo y de las garantías de los derechos que debe tener contra aquél que maneja sin título la tutela. Pero no se la concibe cuando se quiere que redunde en perjuicio del menor una administración ilegal. Esto equivale á aplicar la ficción contra aquél en cuyo interés se ha establecido. Prueba de que el legislador sólo había podido crear esta ficción y determinar sus límites.

186. La prescripción especial establecida por el art. 475 no se aplica á toda acción que el menor puede intentar contra el tutor; la ley limita expresamente la excepción á las acciones concernientes á los *actos de la tutela*, porque el motivo de la excepción no se aplica sino á los hechos múltiples y pasajeros que constituyen la gestión tutelar. Luego si el tutor es deudor del pupilo á causa de un acto extraño á la tutela, ya no nos encontramos en el caso de la excepción, luego se vuelve á la regla general de la prescripción trentenaria. Este principio surge del texto de la ley, pero su aplicación no carece de dificultades. Ninguna duda hay cuando el tutor ha venido á ser deudor del pupilo después de la cesación de la tutela; la fecha del crédito prueba, en este caso, que no se refiere á los actos de la tutela. Por la misma razón, no debe aplicarse la prescripción del art. 475 á los créditos originados antes de la tutela; poco importa que se hayan hecho exigibles durante la tutela. Ciertamente es que en este caso el tutor ha debido exigirlos por sí mismo y pagarlos, y que si no los paga, deben figurar en la cuenta de la tutela con los intereses; pero sigue siendo la verdad decir que estos créditos son extraños á la gestión de la tutela,

de donde se sigue que no están comprendidos ni en el texto ni en el espíritu de la ley. Aplicar la prescripción de diez años á créditos originados antes de la tutela, equivaldría á privar al menor del beneficio de la prescripción trentenaria que él podía ciertamente invocar antes de la tutela; y ¿por qué había de perder este beneficio cuando el deudor se vuelve su tutor? (1).

Estos principios están consagrados por la jurisprudencia. Unos hijos eran acreedores de su padre tutor, por el capítulo de la madre, y en razón de bienes paternos y dotales de ésta. Ellos dejaron transcurrir diez años después de su mayoría sin reclamar ni esos créditos ni la cuenta de tutela. Después de la muerte del padre, se abrió una orden y los hijos se presentaron. Se les opuso la prescripción decenal. La corte de Tolosa resolvió que era preciso distinguir. Evidentemente que la acción de rendición de cuentas estaba evidentemente prescrita. En cuanto á los créditos que los hijos derivaban de la madre, eran anteriores á la tutela; reconocían su principio en el contrato de matrimonio de sus padres; la disolución del matrimonio no había cambiado la naturaleza de tales derechos, prescriptibles por treinta años, seguían sometidos á la prescripción de derecho común; el art. 475 era inaplicable, supuesto que la acción de los hijos nada tenía de común con los actos de la tutela. A renovación de instancia la corte de casación reprodujo textualmente los motivos de la sentencia atacada (2); dichos motivos están al abrigo de toda disputa seria.

La corte de Lyon se pronunció en el mismo sentido en un caso en que igualmente era necesario distinguir créditos de naturaleza diversa. Unos tomaban origen en derechos

1 Valette, *Explicación sumaria del libro 1º*, p. 301. Demolombe, t. 8º p. 151, núms. 170-173.

2 Tolosa, 12 de Julio de 1843, y sentencia de denegada apelación, de 31 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 187).

dotales de la madre; anteriores á la tutela y extraños á la gestión tutelar, no estaban sometidos más que á la prescripción de treinta años. Otros derivaban de la gestión del padre: éste había vendido, después de la muerte de su mujer, unos inmuebles que habían venido á ser de la propiedad de los hijos menores; la evaginación constituía, no un abuso de la administración marital, sino un abuso de la gestión tutelar; luego la acción de repetición de precio de los inmuebles vendidos era relativa á un acto de tutela, y por lo tanto, prescriptible en diez años (1).

No habría que inferir de esto que todo crédito originado durante el curso de la tutela es necesariamente prescriptible en diez años; la naturaleza del crédito es la que decide la cuestión de la prescripción, y no la fecha en que se ha originado dicho crédito. Si se admite como principio que los derechos originados antes ó después de la tutela no caen bajo la aplicación del art. 475, es porque, en estos dos casos, la fecha sola es suficiente para probar que son extraños á los actos de la tutela. La cuestión se dificulta más cuando el crédito nace durante la tutela; en más de una ocasión, los tribunales se han equivocado.

El que sobrevive de los padres, distrae ú oculta efectos de la comunidad en el momento del inventario que él forma después de la muerte de su cónyuge, y en perjuicio de los hijos cuya tutela él tiene. Se pregunta si la acción de los menores contra el padre tutor es relativa á un acto de tutela. Sí, ha dicho la corte de Rennes, porque la ley quiere que el tutor haga un inventario fiel y exacto de los bienes que han tocado al menor; siendo el inventario el primero y principal acto de la gestión del tutor, tiene por eso mismo y en el grado mas alto el carácter de un hecho de tutela prescriptible en el lapso de diez años. Nó, ha dicho, con

1 Lyon, 23 de Noviembre de 1850 (Daloz, 1851, 2, 241).

razón, la corte de casación; en efecto las distracciones ú ocultaciones cometidas por el esposo superviviente son independientes de la minoría ó de la mayoría de los herederos del cónyuge predecedido; luego por sí mismas no constituyen un acto de tutela. y por tanto, la prescripción excepcional del art. 475 no es aplicable (1).

187, Hay más. Puede nacer un derecho de la gestión tutelar, y no ser, sin embargo, prescriptible en diez años. Esto acontece siempre que el credito primitivo cambia de naturaleza. Si se innova, que lo extinto, y aunque el crédito nuevo reemplace al antiguo, no toma la naturaleza y los caracteres de éste, porque la innovación no es una subrogación. Lo mismo es si los derechos del menor contra su tutor han sido el objeto de un reconocimiento cualquiera por parte del tutor: tal sería una cuenta de tutela que constituya al tutor deudor en virtud de su gestión. La acción de pago del resto de la cuenta no prescribe sino hasta los treinta años. Esto lo aceptan todos (2). ¿Pero cuál es la verdadera razón para decidir? Comunmente se invoca el art. 2274, por cuyos términos las prescripciones cortas se reemplazan por la prescripción de treinta años, cuando hay cuenta arreglada, célula ú obligación (3). Esto, se dice, es una especie de innovación, porque hay una obligación nueva. Esto no es exacto. El art. 2274 debe hacerse á un lado porque se refiere á los motivos especiales que han hecho establecer las prescripciones cortas, motivos que nada de común tienen con la prescripción decenal del art. 475. Las cortas prescripciones de los arts. 2271-2273 se fundan

1 Rennes, 19 de Marzo de 1849, y sentencia de casación, de 16 de Abril de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 128).

2 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 1º, p. 498, nota 49. Sentencia de Bruselas, de 20 de Abril de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, página 123).

3 Duranton, t. 3º, p. 617, núm. 643.

en una probabilidad de pago; por lo que cesan cuando una cuenta prueba que no ha habido pago. Ciertamente que no es así la prescripción del art. 475, Hay otra razón que es decisiva para no aplicar la prescripción decenal á la acción de pago del resto de la cuenta; y es que los motivos por los cuales la ley somete á una breve prescripción las acciones relativas á los actos de la tutela no existen para limitar la acción de pago del resto de la cuenta.

El tutor no necesita recurrir á sus notas y á sus recuerdos para saber aquello en que está alcanzado, porque los actos de la tutela se han debatido antes que la cuenta; en lo de adelante ya no es en virtud de los actos de la gestión por lo que se busca al tutor, sino en virtud de una cuenta suscrita por él y que lo constituye en deudor; luego no hay ya razón ninguna para limitar la duración de la acción que se origina por este capítulo.

188. Se presenta una última dificultad acerca del principio de la prescripción decenal establecido por el art. 475. Se pregunta si se aplica a la excepción tanto como á la acción. La corte de Lieja ha resuelto en términos formales que la máxima de la perpetuidad de las excepciones no está consagrada por nuestras leyes; ésta es también nuestra opinión; insistiremos en el título de las *obligaciones*. En el caso, hay un motivo perentorio para aplicar á la excepción la misma prescripción que á la acción; y es que las razones que ha tenido la ley para poner al tutor al abrigo de toda demanda que derive de un acto de tutela se aplican idénticamente á la excepción: ¿serán más precisos los recuerdos del tutor si se le opone un acto de tutela por vía de excepción que si se le opone por vía de acción? ¿le será más fácil conservar sus notas y sus títulos? ¿Cómo se quiere librarlo de los tormentos, de las intrigas de la tutela, después de diez años; se abrevia en su favor la duración

de la prescripción y se le dejaría perpetuamente expuesto á esos mismos tormentos, porque se le inquietase por vía de excepción. Digamos la palabra, esto es insensato.

Núm. 2. Aplicación.

189. El art. 475 está colocado en la sección IX, intitulada: *De la cuenta de la tutela*. ¿Debe inferirse de esto, como se ha preteudido, que el artículo sólo se aplica á la acción de rendición de cuentas? La corte de Gante ha rechazado este sistema, y con razón. Se sostenía que la prescripción decenal no era aplicable el caso en que los menores atacasen al tutor por haber renunciado á una sucesión que les había tocado en suerte. La sentencia decide que los términos de la ley son generales, así como los motivos que han hecho que se introduzca esta prescripción excepcional en favor del tutor. En efecto, la ley dice: *Toda acción* relativamente á los *actos de tutela*. Ahora bien, la renuncia á una sucesión en nombre de los menores es un acto de la tutela; el texto decidirá, pues, la cuestión. Se objetaba que el tutor no necesitaba notas ni recuerdos para contestar á una acción semejante. Esto es cierto. Pero el motivo principal subsiste, y es el de asegurar la tranquilidad del tutor, poniéndolo al abrigo de toda persecución por el capítulo de su gestión (1).

190. ¿La prescripción del art. 475 se aplica á la acción de rectificación de la cuenta? Hay que distinguir cuál es el objeto de la acción. Si tiende á rectificar la cuenta en que los gastos que en ella figuran son exagerados, ó en que se han omitido algunas entradas, hay lugar á la prescripción decenal del art. 475; en efecto, la acción es relativa á actos de tutela, supuesto que el actor sostiene que el tutor retiene una parte de su haber, ó que asienta en cuenta un gasto

1 Gante, 20 de Noviembre de 1837 (*Pascrisia*, 1837, 2, 239).

que no se ha erogado; luego ataca la gestión del tutor; ahora bien, desde el momento en que la acción concierne á la gestión tutelar, el art. 475 es aplicable. En vano se dice que la acción tiende á rectificar la cuenta y que ésta es posterior á la tutela, y que con la acción de rectificación de cuenta debe pasar lo que con la acción de pago del resto de la cuenta, es decir, que una y otra prescriben en treinta ños. La objeción estaría fundada y el art. 475 ya no sería aplicable si la acción se refiriese únicamente á la cuenta de la tutela, sin reflejarse en la gestión tutelar: tal sería la rectificación de un error de cálculo, ó un doble empleo, ó una omisión de traslado, ó aun una omisión de ingresos, si la cuenta misma comprobase el ingreso, pero que por error se la hubiese omitido en el capítulo en que se hallan enumerados los ingresos. En todos estos casos, es la verdad decir que la gestión tutelar está fuera de discusión; el tutor no necesita examinar sus notas y recoger sus recuerdos para contestar, porque los elementos del debate se encuentran en la cuenta misma; luego este es el objeto del litigio, y no un acto de tutela; luego no se está en el texto ni en el espíritu del art. 475 (1).

Hay todavía un caso en el cual no debe aplicarse la prescripción del art. 475: si la cuenta se ataca por vicio de consentimiento, error, dolo ó violencia. En este caso, hay lugar á la prescripción decenal; pero hay esta diferencia entre la prescripción del art. 1304 y la del art. 475, que la primera no corre sino desde que se descubre el error ó el dolo, ó desde que cese la violencia, mientras que la otra comienza á correr desde la mayoría. Es evidente que las dos

1 Demolombe, t. 82, p. 140, núms. 161-162. Aubry y Rau, t. 1º, p. 496, y nota 41. La corte de Metz ha resuelto, en términos absolutos, que el art. 475, no era aplicable á la acción de rectificación de la cuenta (sentencia de 10 de Julio de 1821) (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 670).

acciones tienen un objeto diverso. Cuando se rectifica una cuenta hay también errores, pero éstos no constituyen un vicio de consentimiento, en el sentido de que no puede decirse que el error no estuvo en la substancia del contrato. El error y la violencia, considerados como vicios de consentimiento, casi no son más que una cuestión de teoría en esta materia.

En cuanto al dolo y al fraude, se han alegado para atacar una cuenta de tutela. ¿Hay lugar en este caso, á la prescripción de diez años ó á la prescripción trentenaria? La corte de casación ha fallado que la prescripción de diez años establecida en favor de los tutores se prorroga hasta los treinta, si por su parte hay dolo ó fraude (1). Por otra sentencia, ella ha resuelto que la acción de rectificación de la cuenta por causa de dolo y de fraude duraba diez años, conforme al art. 1304 (2). Nos parece que debe hacerse una distinción. El dolo da lugar á una acción de nulidad, cuando los manejos puestos en práctica por una de las partes son tales, que es evidente que, sin tales manejos, la otra parte no habría contratado. Esta acción de nulidad dura diez años, y la prescripción no comienza á correr sino desde el descubrimiento del dolo (art. 1304). En materia de cuenta de tutela, el dolo no presenta ordinariamente tales caracteres; casi siempre son omisiones hechas intencionalmente, luego fraudulentas, pero sin que el que rinde la cuenta haya empleado manejos para inducir al que recibe la cuenta á tratar. En estos casos no hay lugar á nulidad en virtud del art. 1116, y por consiguiente, el 1304 no es aplicable. Queda por saber cuál será la duración de la ac

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Enero de 1821 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 675).

2 Tolosa, 7 de Marzo de 1855 (Daloz, 1856, 2, 110), y sentencia de denegada apelación, de 23 de Diciembre de 1857 (Daloz, 1857, 1, 203).

ción de rectificación de la cuenta fundada en una remisión fraudulenta. No es, según creemos, la prescripción decenal del art. 475; ésta, ciertamente, que no tiene por objeto proteger el fraude del tutor, y sería de toda iniquidad invocada contra el menor que no ha promovido en el espacio de diez años contados desde su mayoría, porque él no conocía el fraude. Supuesto que no pueden aplicarse ni el art. 1304, ni el 475, se entra en la regla general de la prescripción trentenaria. Se objeta que resulta de aquí una consecuencia absurda, y es que el menor no tiene más que diez años para demandar la cuenta de la tutela y que tendría treinta para pedir la rectificación de la cuenta en caso de fraude (1). Nosotros contestamos que no hay absurdo en aplicar una prescripción diferente á casos diversos. No hay que perder de vista que la prescripción del art. 475, es excepcional; desde el momento en que no se está dentro de la excepción, se entra á la regla. La excepción no es aplicable en caso de fraude; luego hay lugar á la regla de la prescripción trentenaria, del mismo modo que hay lugar á la prescripción de derecho común cuando es la cuenta sola lo que debe rectificarse.

191. Se pregunta si la acción de nulidad del tratado celebrado entre el menor llegado á la mayor edad y su tutor está regido por el art. 475, ó por el art. 1304. Este es el interés de la cuestión. La prescripción es decenal en uno y otro caso; pero la prescripción del art. 475 comienza á contarse desde la mayoría, mientras que la del art. 1304 corre desde la convención. Esta cuestión es muy debatida. En la opinión consagrada por la corte de casación y adoptada generalmente, se aplica el art. 475, en el sentido de que si han transcurrido diez años desde la mayoría del pupilo, éste no puede pedir ya la nulidad del tratado. ¿A que

1 Poitiers, 20 de Agosto de 1850 (Dallez, 1850, 2, 109).

tiende, se dice, esta acción de nulidad? A obligar al tutor á rendir cuentas; ahora bien, la acción de rendición de la cuenta de tutela prescribe diez años, contados desde la mayoría; luego la acción no es admisible después de diez años (1). Nos parece que el art. 475, no es aplicable. Este artículo limita la duración de la acción de responsabilidad que nace de la gestión tutelar. Mientras que el artículo 472 pronuncia la nulidad de todo tratado que tiene por objeto directo ó indirecto dispensar al tutor de la rendición de la cuenta. La acción de nulidad de las convenciones se rige por el art. 1304 que prescribe en diez años; pero los diez años, no comienzan á correr sino desde la convención y no desde la mayoría; hay que agregar que esta disposición está modificada por los principios que rigen la confirmación. Ya lo hemos dicho antes. La prescripción decenal del artículo 1304 es una confirmación tácita; ahora bien, no puede haber confirmación del tratado por todo el tiempo que no se rinda la cuenta de tutela (núm. 165), luego la prescripción de diez años no comenzará á contarse sino desde la rendición de la cuenta.

Aquí se presenta un conflicto entre el art. 472 y el 475. En virtud del art. 472 combinado con el 1304, la acción de nulidad puede intentarse dentro de los diez años contados desde la rendición de la cuenta; y según el art. 475, la cuenta no puede ya ser pedida sino después que hayan transcurrido diez años desde la mayoría. Si estos diez años han transcurrido, ¿qué vendrá á ser la acción de nulidad del artículo 472? Hay que decidir que la acción de nulidad subsiste, y que jamás podrá oponérsele prescripción, en tanto que la cuenta de tutela no se haya rendido.

Esta solución de la dificultad es de pura teoría; se dice.

1 Sentencia de la corte de casación, de 26 de Julio de 1819, y de 14 de Noviembre de 1820 (Dalloz, en la palabra *minorja*, núm. 668, 1º y 2º) (Demolombe, t. 8º, p. 147, núm. 168).

Supongamos que la acción de nulidad del tratado se interpusiere después de diez ó veinte años desde la mayoría. La nulidad deberá pronunciarse. ¿Pero de qué servirá la anulación del tratado? ¿El menor podrá demandar su cuenta? Nó, puesto que esto equivaldría á una acción relativa á los actos de la tutela, y esta acción prescribe en diez años contados desde la mayoría. ¿No es esto volver al sistema de la corte de casación? ¿no es esto decir que la acción de nulidad es inadmisibile por falta de interés? Nó, el tratado puede imponer condiciones al menor, someterlo al pago de un resto de cuenta ó implicar algunas renunciaciones. Ciertamente que el menor tiene interés en pedir la nulidad del tratado, haciendo abstracción de la cuestión de saber si él puede todavía exigir la rendición de una cuenta de tutela (1).

Queda, no obstante, un conflicto entre el art. 472 y el 475. Se ha celebrado un tratado para dispensar al tutor de rendir cuenta. Naturalmente no rendirá ninguna. Pasan diez años desde la mayoría. El menor llega á saber que ha sido engañado. Puede promover la nulidad del tratado; y en todos los sistemas, porque la corte de casación admite también, y la cosa es evidente, que si se ataca el tratado por error ó dolo, hay lugar á aplicar el art. 1304. Se anula el tratado; la anulación del tratado tiene por objeto resguardar los intereses del menor, pero en vano pronunciará el tribunal la tutela, el menor no podrá demandar por la cuenta. No habría más que un medio de resolver el conflicto, y éste sería permitir al menor que ha hecho anular el tratado, que pida la rendición de la cuenta dentro de los diez años contados desde el fallo; es decir, que la prescripción de diez años establecida por el art. 475 no correría en el caso del 472, sino desde la anulación del tratado. Nada sería más racional. Pero es evidente que el legislador sólo puede hacerlo.

1 Valotte, *Explicación sumaria*, p.300.