





# NOTAS

AL

## CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

B R U J O C O R T E	
N.º D.	6342
U B I C A C I O N	C. 100
FICHA MATERIA	



# NOTAS

AL

## CÓDIGO CIVIL ARGENTINO



POR

JOSÉ M. GUASTAVINO

-----  
TOMO CUARTO  
-----



ARTÍCULOS 431 A 556



BUENOS AIRES  
FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

79 — PERÚ — 85

—  
1900





# ÍNDICE

## SECCIÓN SEGUNDA

PÁGINAS

CAPÍTULO VI De la tutela especial.....	1
--	---

### TÍTULO VIII

De los que no pueden ser tutores.....	7
---------------------------------------	---

### TÍTULO IX

Del discernimiento de la tutela .....	22
---------------------------------------	----

### TÍTULO X

De la administración de la tutela.....	38
--	----

### TÍTULO XI

De los modos de acabarse la tutela.....	131
---	-----

### TÍTULO XII

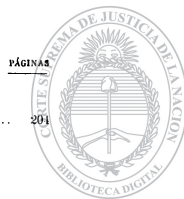
De las cuentas de la tutela.....	138
----------------------------------	-----

### TÍTULO XIII

CAPÍTULO I—Curatela á los incapaces mayores de edad..	161
---	-----

CAPÍTULO II—Curadores á los bienes. ....	196
--	-----





## **TÍTULO XIV**

Del Ministerio Público de Menores..... 204

# **LIBRO SEGUNDO**

## **De los derechos personales en las relaciones civiles**

### **SECCIÓN PRIMERA**

#### **De las obligaciones en general**

##### **TÍTULO I**

De la naturaleza y origen de las obligaciones.... 209

##### **TÍTULO II**

De las obligaciones naturales..... 272

##### **TÍTULO III**

De los daños é intereses de las obligaciones que no tienen  
por objeto sumas de dinero.. 291

---

# CÓDIGO CIVIL

DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

---

## SECCIÓN SEGUNDA

### CAPÍTULO VI

#### De la tutela especial

**Art. 431.** *Los jueces darán á los menores, tutores especiales, en los casos siguientes:*

*1° Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren;*

*2° Cuando el padre ó madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos;*

*3° Cuando los hijos adquirieran bienes cuya administración no corresponda á sus padres;*

*4° Cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor general ó especial;*

*5° Cuando sus intereses estuvieren en oposición con los de otro pupilo que con*

TOMO IV — P. 1





*ellos se hallase con un tutor común, ó con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador;*

*6º Cuando adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, ó de no ser administrados por su tutor;*

*7º Cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor;*

*8º Cuando hubiese negocios, ó se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, ó una administración distinta.*

1 — Los menores de edad deben estar siempre y en todo caso bajo la protección de un director que cuide de su persona, ó de sus bienes, lo que importa decir que no se les debe desamparar nunca.

Á esta regla general responde el deber que los jueces tienen de nombrar tutores especiales á los menores en los casos siguientes :

2 — 1º «*Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren.*»

Dada la contradicción de intereses, se impone la necesidad de un tutor especial, porque de lo contrario no quedarían suficientemente garantizados los intereses y derechos del menor.

Véase — entre otros — Zachariæ, § 207 — texto y nota 8 y § 225 ; Demolombe, T. 7, n. 378 ; Aubry y Rau, § 117 — b ; Duranton, T. 3, n.º. 415 á 421 ; Escriche, verb. *Partición de Herencia, etcétera.*



Es también caso de nombramiento de tutor especial cuando, á consecuencia de la negativa del padre, interviene el juez y concede al menor permiso ó autorización para intentar contra tercero una acción civil, — art. 316.

**3—2º** «*Cuando el padre ó madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos.*»

Concuerda con el artículo 337 que dice, que, removido el padre de la administración de los bienes, el juez la encargará á un *tutor especial*, quien entregará al padre el sobrante de las rentas ó productos de los bienes de los hijos, después de satisfechos los gastos de la administración y los originados por los alimentos y educación de ellos.

**4—3º** «*Cuando los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda á sus padres.*»

Concuerda con las siguientes disposiciones:

- a) El padre no tiene la administración de los bienes donados ó dejados por testamento á sus hijos, cuando han sido donados ó dejados bajo la condición de que no los administre, — art. 328.
- b) Tampoco la tiene respecto de los bienes que los hijos adquieren por indignidad ó desheredación de los padres, — artº. 3335 y 3783.

Desde que los padres no tienen la administración de estos bienes, es forzoso encargarla á un tutor especial.

**5—4º** «*Cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor general ó especial.*»

Cuando el caso ocurre con relación á los padres, la necesidad del nombramiento de un tutor especial es natural y la declara el inciso 1º del



artículo que nos ocupa. Con *mayor razón* debe ser necesario ese nombramiento cuando la contradicción de intereses es entre los del menor y los de su tutor general ó especial.

Ya el artículo 61 dijo, que, cuando los intereses de los incapaces, en cualquiera acto judicial ó extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos «curadores», es decir tutores *especiales* para el caso de que se trate.

6—5º *«Cuando sus intereses estuvieren en oposición con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor común, ó con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador.»*

Concuerda con este inciso el art. 3489 que aplica su disposición diciendo: —«Si el tutor ó curador lo « es de varios incapaces que tienen intereses opuestos « en la partición, se les debe dar á cada uno de « ellos un tutor ó curador que los represente en la « partición. »

Están al alcance del simple buen sentido los motivos que fundan la resolución del inciso.

7—6º *Cuando adquieren bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, ó de no ser administrados por su tutor.»*

Desde que el donante ó testador pueden imponer legalmente las cláusulas ó condiciones de que los bienes donados ó dejados al menor no sean administrados por su tutor, y aun designar la persona á cuyo cargo debe estar su administración, natural es que, —en el primer caso,— se nombre un tutor especial, y en el segundo, que el juez apruebe la designación hecha por el testador ó donante y discier-



na el cargo á la persona designada para administrar los bienes.

8—7º «*Cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor.*»

Cuando el tutor general no pudiere administrar regular y convenientemente los bienes de la referencia por medio de un apoderado, se impone ciertamente el nombramiento de un tutor especial que los administre.

Se puede dividir la administración de la tutela y de la curatela, —se dice en las Pandectas, — dando tutores ó curadores, de manera que el uno sea exclusivamente tutor para los bienes de Italia y el otro para los bienes de África, como se ha visto antes bajo el título de *la tutela testamentaria*, n. 13. — *Administratio dividi potest in ipsa tutelæ vel curæ datione, ut quum alter serum Italicarum, alter rei Africanæ tutor datur; ut supra vid. lib. 26, tit. 2 de testam. tut. n. 13.*

Hecha que fuere la división de la tutela en razón de la ubicación de los bienes en diferentes y lejanas provincias, ocurre preguntar si el deudor demandado por una obligación contratada con el tutor de una provincia podrá oponer la compensación, alegando el crédito que tiene contra la tutela ejercida en otra provincia?

La respuesta afirmativa no puede ser dudosa.

La administración tutelar está dividida, pero el representado de los diversos tutores es uno mismo, — el menor. Los derechos y las obligaciones procedentes de los hechos ó actos de los diversos tutores corresponden los unos y recaen las otras sobre el representado de éstos, que es uno mismo; y es





evidente que en la demanda deducida en representación del menor contra un deudor suyo, puede éste oponer la compensación hasta el alcance de su crédito contra el demandante.

Papiniano dice sobre el particular: « La tutela ha sido dividida entre los tutores; pero la equidad que ha introducido el derecho de la compensación, no permite que se la difiera, tomando por causa el tutor que obra, porque la división de la tutela, que no es de pleno derecho, sino que emana de la jurisdicción, circunscribe en verdad la administración de cada uno de los tutores y esto tiene lugar entre ellos, pero no puede ser opuesta á los que obran contra sus pupilos. » « *Inter tutoris divisa tutela est: equitas quæ merum jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris, non differtur. Nam divisio tutelæ quæ non juris, — sed jurisdictionis est, modum administrationis facit, et inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.* » Pand. lib. 26, tit. VII, art. 3, § II.

9—8º « Cuando hubiese negocios, ó se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, ó una administración distinta. »

Esta disposición tiene por base esta regla: cuando el bien del menor lo exige, por motivos especiales, puede dividirse la administración de sus bienes, dando la de una parte de ellos á uno, y la de la otra á otro.

La división se hace, ó por partes de los bienes, ó por lugares ó regiones: *nel in partes, nel in regiones.*

En el inciso anterior se ha tratado de la división por lugares y en el presente por partes de los bienes.

**De los que no pueden ser tutores**



**Art. 432.** *No pueden ser tutores :*

- 1º Los menores de edad ;*
- 2º Los ciegos, los mudos ;*
- 3º Los privados de razón ;*
- 4º Los que no tienen domicilio en la República ;*
- 5º Los fallidos, mientras no hayan satisfecho á sus acreedores ;*
- 6º El que hubiese sido privado de ejercer la patria potestad ;*
- 7º Los que tienen que ejercer por largo tiempo, ó por tiempo indefinido, un cargo ó comisión fuera del territorio de la República ;*
- 8º Las mujeres, con excepción de la abuela, si se conservase viuda ;*
- 9º El que no tenga oficio, profesión ó modo de vivir conocido, ó sea notoriamente de mala conducta ;*
- 10. El condenado á pena infamante ;*



11. *Los deudores ó acreedores del menor por cantidades considerables;*

12. *Los que tengan, ellos ó sus padres, pleito con el menor, sobre su estado ó sus bienes;*

13. *El que hubiese malversado los bienes de otro menor, ó hubiese sido removido de otra tutela;*

14. *Los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenía;*

15. *Los individuos del Ejército y de la Marina que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos y cirujanos;*

16. *Los que hubiesen hecho profesión religiosa.*

10 — Como la tutela responde á la necesidad de proteger á los menores de edad y la ley la declara un cargo personal del que á nadie es dado escusarse sin justa causa, — art. 413, — natural es que se diga quiénes no pueden ser tutores, sea por una razón general, respecto de todo y cualquiera menor, sea por una razón especial que solo diga relación á ciertos y determinados menores ó incapaces, que es lo que hace el presente artículo declarando que no pueden ser tutores:

1º *Los menores de edad.*

El motivo es fundamental y está en la ley misma.

Se presume, y se presume *juris et de jure*, que el menor, por razón de su edad, es incapaz para gobernarse á sí mismo y administrar sus bienes. ¿Cómo entonces estimarlo capaz para gobernar la



persona de terceros y administrar debidamente intereses ajenos?

Es por esto que siempre fué establecido que los menores de edad no podían ser tutores. «El que fuere dado por guardador de huérfanos... deve « ser mayor de veinte e cinco años » — dice la ley 4, tit. 16, part. 6ª, porque solo á los 25 años cumplidos se era mayor de edad.

El magistrado no puede dar por tutor ó curador sobre todo *al que es incapaz*: — « *Maxime eum tutorem curatore nve dare non possunt magistratus, qui non est hujus muneris capax*, disponiéndose por eso en términos perentorios por Justiniano, que, sin contemplación alguna á la diferencia entre tutores legítimos y dativos, no se puede ser tutor ni curador antes de tener veinte y cinco años cumplidos. — *Antequam vigesimum quintum annum compleverit*. L. 5, cod. 5, 30, *de legit tutel*.

#### 11 — 2º Los ciegos, los mudos.

Y con mayor razón el sordo-mudo, sea que sepa darse á entender por escrito, sea que no; y muy especialmente en el último caso, porque entonces el sordo-mudo está afectado de *incapacidad absoluta*, — art. 54, inc. 4º.

12 — En cuanto á los puramente ciegos ó mudos, á más de la ley 4, tit. 16, part. 6ª que cita nuestro codificador, está la 14 del mismo título que dice, que, no pueden ser guardadores de otros « *Otrosi, el que fuesse mudo o sordo* », concordando con lo que dice Paulo, libª. 8 y 38-ad Sab §§ 2 y 3:

« Á más de aquellos cuya condición los hace « incapaces de la tutela, hay otros que son excluidos « en razón de sus enfermedades. Por ejemplo,



« varios senado-consultos ordenan reemplazar al tutor caído en demencia, sordera ó mudez. »

« No se puede dar á un mudo para tutor porque es incapaz de comunicar su autoridad. »

Y la mayor parte de los jurisconsultos piensan, « y Pomponio es de tal opinión, « que no se puede dar á un sordo para tutor, porque un tutor debe « no solo hablar sino también oír. »

*Præter illos qui es conditione suæ personæ sunt tutelæ incapaces, alii ex causa morbi a gerenda tutela prohibentur. V. G. complura senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi, et muti, et surdi tutores, alii tutores dentur.*

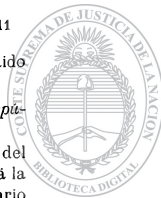
*Et quidem mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem præbere non potest.*

*Pariter « surdum non posse dari tutorem, plerique (et Pomponius libro 69 ad edictum) probant; quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet. »*

### 13 — 3º Los privados de razón.

La ley 4, tit. 16, part. 6ª, dice que « El que fuere dado por guardador de huérfanos, non deue ser... *desmemoriado*, » es decir, loco; y ya hemos visto, ocupándonos del inciso inmediato anterior, que, por derecho romano está igualmente dispuesto que no puede ser tutor el que careciese de razón, á grado que debe ser separado de la tutela aquel que después de su nombramiento y de estar ejerciendo el cargo fuese víctima de enajenación mental.

La ley 1ª, lib. 3, tit. 7, del Fuero Real citada por nuestro codificador, dice así: « *Tomo home que hobiere de guardar huérfanos, é sus bienes, debe ser de veinte años al menos, é debe ser CUERDO, é de buen testimonio, é abonado; é si tal no fuere, no pueda guardar á ellos, ni á sus bienes.* »



Estas decisiones se imponen al simple sentido común.

**14— 4° Los que no tienen domicilio en la República.**

Es que para hacer efectiva la responsabilidad del tutor así en lo que respecta á la persona como á la administración de los bienes del menor, es necesario que el tutor se encuentre al alcance de la autoridad jurisdiccional del juez de la tutela, y es por eso que, por regla general, no debe ser nombrado tutor sino aquel que tiene su domicilio dentro del territorio de la jurisdicción del Tribunal Superior del que rige la tutela.

Los magistrados no pueden dar, — se dice en las Pandectas, — por tutores sino á los que están sometidos á su jurisdicción.

Esta es la razón por qué «es cierto en derecho que ni el presidente de la provincia, ni los magistrados municipales pueden dar por tutores, el uno, al que es nacido en otra provincia, los otros, al que no tiene domicilio en su ciudad y se encuentra colocado fuera de su jurisdicción.»

*Item dare non possunt nisi eum qui ipsorum jurisdictioni subditus sit.*

*Hinc, neque á præside alterius provinciæ, neque á magistratibus municipalibus tutorem ortum ex alia civitate, nec domicilium ubi nominatur habentem, juri dari posse ab eo cujus jurisdictioni subjectus non est, certissimi juris est, — Lib. 26, tit. V, art. 1°, § III.*

**15 —** Inspirado en estas reglas el Código de Chile citado por nuestro codificador dice, que, son *incapaces de toda tutela* ó curaduría: «*Los que carecen de domicilio en la República,*» lo que repite Freitas en su artículo 1683, inciso 6° en estos términos: — «*Los*



*que no tuvieran residencia en el Imperio.*» Importa pues, decir con nuestra ley, que, en la República no puede ser tutor quien no tenga su domicilio en ella; pero esto no contradice la regla general que dispone que el nombramiento de tutor debe recaer en una persona que tenga su domicilio, por lo menos, dentro del territorio jurisdiccional del Superior del juez de la tutela. Más que la buena administración de los bienes, los cuidados y la educación del menor así lo requieren.

**16** — 5° *Los fallidos, mientras no hayan satisfecho á sus acreedores.*

Es tomado del inciso 4° del art. 497 — del Código de Chile.

Ha sido reconocido siempre que tres condiciones son indispensables para el nombramiento y buen desempeño de las funciones de tutor: *moralidad — capacidad — solvencia.* — De lo que se deduce lógicamente que el fallido que aún no ha satisfecho á sus acreedores no puede ser tutor, porque carece de la tercera de estas condiciones.

« No basta que el más próximo pariente tenga  
« capacidad *civil* para que, sin más, sea elegido  
« tutor: la costumbre quiere que sea *idóneo*. El  
« que tiene capacidad civil para ser tutor no es  
« siempre apropiado para gobernar la persona y los  
« bienes del menor; v. g. la rusticidad ó una  
« gran simplicidad, las enfermedades habituales, las  
« costumbres desarregladas impiden que una persona  
« deba ser estimada *idónea*. La costumbre quiere  
« aún que el que se elija sea *suficiente*. Un hombre  
« que carezca de bienes, un hombre que *ha quebrado*  
« es sospechoso de disipar los dineros de la tutela  
« y *no es suficiente* » — dice Pothier, IX. trat. *De las personas*, n. 154.



Toullier, tratando del art. 444 del Cód. Napoleón, profesa igual opinión.

El artículo 447 de nuestro Código declara que «el tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y *es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes.*» ¿Sobre qué bienes del fallido insolvente se haría efectiva su responsabilidad si pudiera ser tutor?

**17** — Un fallido-fraudulento, que ya hubiese pagado á sus acreedores ¿podrá ser nombrado tutor?

La cuestión debe resolverse, no por el inciso 5° que nos ocupa, sino por la disposición del 9° que dice, que, «no puede ser tutor *el que sea notoriamente de mala conducta.*»

**18** — 6° *El que hubiese sido privado de ejercer la patria potestad.*

Si el padre ha perdido su autoridad legítima; si en razón de su crueldad, de sus pasiones groseras y de su inmoralidad ha sido privado por el juez de su patria potestad ¿cómo puede ser tutor y gobernar la persona y los bienes de un niño que le es extraño cuando ni el amor á sus hijos ha sido bastante para moderar su carácter y corregir sus graves defectos?

Si en defensa de sus hijos y en servicio de los intereses sociales fué privado de la patria potestad, con *mayor razón* y por las mismas causas debe ser declarado inhábil para toda tutela. ¿Cómo puede ser con sus pupilos á la manera de un *buen padre de familia* si con sus propios hijos no ha sabido ser buen padre?

**19** — 7° *Los que tienen que ejercer por largo*





*tiempo, ó por tiempo indefinido, un cargo ó comisión fuera del territorio de la República.*

Porque de ser permitido su nombramiento, los menores serian gobernados en sus personas y sus bienes administrados por mandatarios que aquellos nombraren y no se utilizarian las calidades personales que hubiesen determinado su nombramiento. La imposibilidad de desempeñar personalmente el cargo constituye su inhabilidad para la tutela.

La ley 14, tit. 16, part. 6ª dice al respecto : « Otrosí non puede ser guardador de huerfano el cauallero, *mientra biuiere fuera de su casa siruiendo al Rey, o á otro su Señor en seruicio de caualleria.* »

Es prohibido — se dice en el Digesto — á los magistrados dar para tutores ó curadores aquellos que son enviados en diputación, porque no pueden ser responsables de los riesgos á correr durante su diputación.

Y por consiguiente, si un magistrado romano ha dado para tutor un hombre de provincia á la sazón en diputación en Roma, éste deputado será descargado de la tutela.

*Item eos qui in legatione sunt, ne creent tutores vel curatores magistratus, quia per id tempus quo in legatione sunt, periculum ad eos non pertinet.*

*Igitur « si provincialem hominem in legatione existentem Romanus princeps dederit tutorem, dimittetur. »*  
Lib. 26, tit. V, art. 1º, § III, n. VII.

**20 — 8º** *Las mujeres, con excepción de la abuela, si se conservase viuda.*

Siempre fué establecido, así en derecho romano como en el español, que la tutela es un cargo viril, concediéndose solo por excepción que la madre y la abuela pudiesen ser guardadoras de sus hijos



y nietos. Son terminantes al respecto las leyes 4 y 9, tit. 16, part. 6<sup>a</sup>.

Y por el derecho de las Pandectas, lib. 26, tit. 1<sup>o</sup>, la tutela es en general un empleo viril. *Igitur, jure Pandectarum, tutela plerumque virile munus est.*, dice Gayo, lib. 12, ad. ed. prov.; pero por el derecho de las Novelas, la madre y la abuela pueden tener la tutela de sus hijos y nietos. — Novela 118, cap. 5.

Por lo demás, el inciso de que nos ocupamos armoniza con el 3<sup>o</sup> del art. 424.

**21 — 9<sup>o</sup>** *El que no tenga oficio, profesión ó modo de vivir conocido, ó sea notoriamente de mala conducta.*

Ciertamente que la pobreza no es por sí sola una causa de inhabilidad para el cargo de la tutela, porque la experiencia enseña que un hombre pobre pero honrado y consagrado al trabajo es comunmente más apropiado para la educación de los niños y la administración de sus bienes que la generalidad de los acaudalados. Tiene motivos para apreciar mejor la necesidad de una buena administración y se distingue frecuentemente por su consagración al cumplimiento de sus deberes. Fundada en esta y en otras semejantes consideraciones es que la ley 1<sup>a</sup>, tit. 18, part. 6<sup>a</sup>, hace esta declaración: — «*E aun dezimos, que si el guardador fuere pobre, e de buenas maneras, non deuen porende sacar de su poder al huerfano, e dar otros en su lugar.*»

Pero cuando se trata de uno á quien no se le conozca una profesión, oficio ó modo de vivir, se está al frente de un hombre sospechoso en cuanto á moralidad y falto de aquella noble inclinación al trabajo que es madre de grandes virtudes. Condiciones tales importan con razón inhabilidad para la



tutela, como inhabilidad para ella importa *la mala conducta notoria*. — Ley 4, tit. 16, part. 6ª.

Es apropiado recordar aquí este pasaje de las Pandectas: El deber del magistrado que da tutores ó curadores consiste principalmente en las informaciones que debe tomar respecto de las personas que los parientes de los menores le proponen para tutores.

A la verdad, es necesario, entre otras cosas, que el magistrado examine cuál es la moralidad de aquellos que debe dar por tutores; pero no basta eso, sino que también debe examinar si son solventes, ó cuál es su condición para que dé por cumplido su deseo si los nombrare.

*Officium magistratus qui tutores aut curatores dat, potissimum versatur circa inquisitionem quam habere debet de iis quos necessarii pupilli proponunt ut eis tutelam deferat.*

*E quidem, cum reliquis oportet magistratum et mores creandorum investigare: neque facultates enim, neque dignitas ita sufficiens est ad fidem, ut bona actio vel voluntas et benigni mores.* — Lib. 26, tit. V, art. 1º, § V.

**22 — 10º** *El condenado á pena infamante.*

La ley presume que quien ha cometido delito y ha sido condenado á pena que cause infamia, no tiene condiciones que hagan esperar que su conducta en la tutela sea como la de un *buen padre de familia*, según la fraseología de la ley, — artº. 446 y 447, — y lo declara en consecuencia inhábil para el cargo de tutor.

**23 — 11º** *Los deudores ó acreedores del menor por cantidades considerables.*

Se teme que el interés que asista al tutor, sea



como deudor sea como acreedor, lo arrastre á perjudicar los intereses de su pupilo, y es por eso que el artículo 484 le prohíbe absolutamente, aunque el juez lo autorizase, constituirse cesionario de créditos, derechos ó acciones contra sus pupilos, salvo que las cesiones resultasen de una subrogación legal.

Estas disposiciones son, puede decirse, de derecho permanente. — En el de las Novelas se dice: que el que es acreedor del pupilo, ó que tiene derecho de prenda sobre sus bienes, ó que es su deudor no puede ser su tutor, aun cuando la tutela le sea deferida por la ley.

Si ha aceptado la tutela disimulando estos impedimentos, será castigado con la pérdida de su crédito si es el acreedor, y si es el deudor, no podrá hacer concurrir á su liberación pago alguno durante toda la duración de su administración.

La razón que impide al acreedor ser tutor es también aquella por la cual un tutor no puede, durante su tutela, ni antes de estar apartado de ella, hacerse ceder ninguna acción contra su pupilo, ni por título de donación, ni por título de compra, bajo pena de perder la acción cedida y de ser libertado de ella el pupilo.

Pero un tutor puede, durante su gestión, llegar á ser acreedor ó deudor de su pupilo, en razón de una sucesión que le fuese deferida, en cuyo caso debe agregársele un curador. Novela 72, n.º. 2, 3 y 5.

24— La frase « deudor ó acreedor del menor por *cantidad considerable* » no entraña una idea absoluta, sino de relación y, por consiguiente, la apreciación del hecho está necesariamente librada á la prudencia del juez. Una deuda ó un crédito son, respectivamente para el deudor y el acreedor, más ó menos



considerables según sea la fortuna de uno ú otro, y en muchas ocasiones, según las exigencias particulares que actúen sobre su crédito; y como esta causal de inhabilidad para la tutela no es *erga omnes*, sino solamente respecto de los menores que sean acreedores ó deudores del candidato á tutor, el magistrado debe pesar todas las circunstancias del caso para decidir lo que corresponda al interés de los menores.

**25 — 12º** *Los que tengan, ellos ó sus padres, pleito con el menor sobre su estado, ó sus bienes.*

La razón de la inhabilidad es notoria, pero solo relativa al menor ó menores con los cuales se tenga por el candidato á la tutela, — ó por sus padres, — pleito sobre su estado de familia, ó sobre sus bienes.

La causa de la inhabilidad está en el pleito existente á la época en que debe hacerse el nombramiento de tutor, y por consiguiente, el solo temor ó probabilidad de que el pleito sobrevenga no causa inhabilidad y no vicia el nombramiento.

**26 —** ¿Habrá inhabilidad en los casos siguientes? : — 1º cuando el pleito fuera entre los menores y los hijos del candidato á la tutela? — 2º cuando fuera entre los menores y la esposa del candidato? — 3º cuando fuera entre el tutor y el padre ó madre de los menores?

Ciertamente que la razón que funda la inhabilidad en los enunciados por la ley, existe, y quizá con mayor fuerza, en los casos de la interrogación y, por lo tanto, que debiera alcanzar á éstos; pero la naturaleza de nuestro artículo impone la decisión contraria.

Es evidentemente taxativo en la enumeración de las causas ó casos de inhabilidad y, por consiguiente,



no puede aplicarse su disposición á los no comprendidos en su texto: *inclusio unius exclusio alterius*. Véase Dalloz, *Códigos anotados* — art. 442 del civil — n. 33; pero, la no existencia de inhabilidad legal en los casos de nuestra referencia no impide que el juez, recordando las calidades que deben adornar al tutor, no haga el nombramiento en la persona de aquel, cuyo hijo ó esposa tuviese pleito con el menor, ó él con el padre ó madre de éste, en tratándose de la tutela dativa.

Ciertamente que nuestra ley no es perfecta, pues no abarca todas las causas de inhabilidad, como, por ejemplo, la enemistad declarada con el menor, sus ascendientes, etc., y en cuanto al inciso que nos ocupa, los casos que dejamos enunciados, de los que el señor Freitas comprende algunos en el inc. 13 de su art. 1683 que dice así: « Los que tuvieren ó « pudiesen tener con el menor, pleitos sobre su « filiación, sobre una parte de su fortuna; y también « los ascendientes, descendientes y hermanos de estos « pleiteantes. »

**27 — 13º** *El que hubiese malversado los bienes de otro menor, ó hubiese sido removido de otra tutela.*

El que se ha conducido mal en una tutela no puede ser tutor en adelante. Desde que ha sido condenado por malversación de bienes, ó destituido de la tutela por su mala conducta respecto á la persona, ó á la administración de la fortuna de su pupilo, no puede merecer confianza de la ley y la declaración de su inhabilidad está justificada.

Es la decisión de la ley 1ª, tit. 18, part. 6ª que dice: « E las otras razones, porque pueden toller á los guardadores los huérfanos... son estas: assi como si alguno ouiesse seydo guardador *de otro*



huerfano, e ouiesse *procurado mal* los bienes del... » Lo que es concordante con el § 8 de la L. 3 del Digesto que decide: *Si autem ipse tutor est solus, nunquid, quia tutelæ cessat, removendus sit ab hac administratione, quasi in hac suspectus ex eo quod in alia male versatus sit? Ergo et in eo qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest.*

**28 — 14°** *Los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenía.*

Concuerda con el artículo 412 que impone á los parientes del menor huérfano el deber de poner en conocimiento de los magistrados el caso de orfandad, ó de estar vacante la tutela, so pena de quedar privados del derecho á la tutela que la ley les concede.

**29 — 15°** *Los individuos del Ejército y de la Marina que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos y cirujanos.*

Es tomado del Cód. de Chile, art. 498, inciso 2°, y la razón está en que las personas de la referencia no pueden dedicarse en el gobierno y dirección de la persona, ni á la administración de los bienes del menor, porque estando en actual servicio están absolutamente sometidos á las órdenes de sus superiores y depende de la voluntad de éstos el que se conserven ó no en un lugar dado.

**30 — 16°** *Los que hubiesen hecho profesión religiosa.*

Porque carecen de libertad, desde que la base principal de todo instituto religioso es la obediencia. El profeso hace voto de pobreza y se obliga á la obediencia que impone la regla ó sean sus estatutos. Su profesión no entraña la muerte civil, — art. 103, —



pero la naturaleza de la vida adoptada y la obediencia á que se somete lo inhabilitan para el ejercicio de la tutela.

La ley 14, tit. 16, part 6ª, dice, que, «*nin Monge, nin otro Religioso, non puede ser guardador del huérfino,*» acerca de lo cual escribe Gregorio López: «El religioso es en todo caso incapaz para semejante cargo, . . . » y cita *cap. qui veré y cap. qui monachi* 16, 9, 1.

---

**Art. 432.** Lf. 4 y 7, Tit. 6, Part. 6ª.—Lib. 1, Tit. 13, § 3, Instit. 2º L. 4, Tit. 16, Part. 6ª.

3º Dicha L. 4, y L. 1, Tit. 7, Lib. 3, F. R.—Lib. 1, Tit. 14, § 2, Instit.

4º 5º y 6º Cód. de Chile, art. 497.

7º Cód. de Chile, art. 498.

8º L. 4, Tit. 16, Part. 6ª, y *Autent. matri*, Tit. 35, Lib. 5, Cód. Rom.

9º L. 1, Tit. 18, Part. 6ª, y L. 3, § 12, Tit. 10, Lib. 26, Dig.

11º L. 14, Tit. 16, Part. 6ª, en cuanto á los deudores, y Nov. 72, cap. 1, en cuanto á los acreedores. Lo mismo el Cód. de Chile, art. 506.

12º L. 1, Tit. 18, Part. 6ª.

13º L. 1, Tit. 18, Part. 6ª, y L. 3, Tit. 10, Lib. 26, Dig.

15º Cód. de Chile, art. 498.

16º L. 14, Tit. 16, Part. 6ª, y Nov. 123, cap. 5.—Cód. Sardo, desde el art. 302 al 305. Véase sobre este inciso el Cód. Francés desde el art. 442 al 445, y el Cód. de Nápoles, desde el art. 335 al 368.

---



**Del discernimiento de la tutela**

**Art. 433.** *Nadie puede ejercer las funciones de tutor, ya sea la tutela dada por los padres ó por los jueces, sin que el cargo sea discernido por el juez competente, que autorice al tutor nombrado ó confirmado para ejercer las funciones de los tutores.*

**31** — El nombramiento de tutor hecho por los padres no es de autoridad definitiva: necesita ser confirmado por el juez.

Del mismo modo, en la tutela legítima el orden en que es conferida á los parientes no es bastante por sí solo para el ejercicio del cargo: es necesario que el juez, en cada caso, confirme ó dé la tutela á aquel que sea más idóneo.

**32** — Corresponde al juez confirmar ó no el nombramiento hecho por los padres según que haya sido ó no hecho legalmente, es decir que haya ó no sido hecho en escritura pública, ó en testamento válido y que el nombrado pueda ó no ser tutor, — artº. 422 y 432.



Corresponde también al juez confirmar ó dar la tutela legítima al pariente á quien sea deferida según el orden establecido en el art. 424, siempre que no esté inhabilitado para el cargo — 432 — y sea suficientemente idóneo para su buen desempeño, — art. 425.

Todas estas disposiciones, que son dadas en favor del menor, se complementan con el discernimiento, que es previo y necesario para el ejercicio del cargo, y es la verdadera toma de posesión de la tutela con el juramento de desempeñarla bien, que debe prestarse en aquel acto, — art. 440.

Téngase presente lo dicho en el tomo 3º bajo los artículos 422 y 425.

**33** — Cuando nuestro artículo dice que nadie puede ejercer las funciones de tutor, ya sea la tutela dada por *los padres*, ya por *los jueces*, sin el previo discernimiento del cargo, ¿quedan excluidos de esta disposición los tutores *legítimos*? Indiscutiblemente no, porque en las palabras « tutela dada *por los jueces* » se comprenden los tutores *legítimos*. En efecto, tratando de la tutela de esta última clase, el artículo 425 dice: « El juez no confirmará ó *dará la tutela legítima* sino al que por sus bienes ó buena reputación « fuese idóneo para ejercerla... » Según, pues, la fraseología de la ley, tutela ó tutores *dados por los jueces* comprende así á los tutores *legítimos* como á los dativos.

Por lo demás, el discernimiento del cargo debe hacerse con conocimiento del defensor de menores, cuyo funcionario puede hacer oposición, invocando motivos anteriores ó posteriores al nombramiento que demuestren la inconveniencia de colocar la persona del menor ó sus bienes bajo la dirección del tutor nombrado, — art. 526.



**Art. 434.** *El discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, el día de su fallecimiento.*

**34**— Trátase en este artículo del caso más general ó común en que deba darse tutor á los menores en razón del fallecimiento de sus padres y dispone, que, el juez á quien en tal caso corresponde el discernimiento de la tutela es el del lugar en que los padres tenían su domicilio el día del fallecimiento. En ese día se abre la sucesión como en ese día termina la patria potestad, y es correcto y jurídico, que, del mismo modo que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde al juez del lugar en que tuvo su último domicilio el difunto, — art. 3318, — corresponda al mismo el discernimiento de la tutela y consiguiientemente todo lo que á ella corresponda. Es una de las muchas aplicaciones del principio consignado en el artículo 100, según el cual el domicilio real ó de derecho determina la competencia de las autoridades públicas para el conocimiento de los derechos y cumplimiento de las obligaciones.

**35**— Nuestro artículo legisla para el caso ordinario ó común, como hemos dicho, de que los menores deban entrar bajo tutela en razón del fallecimiento de sus padres; pero, puede ocurrir que el hijo de familia deba estar bajo la autoridad y dirección de un tutor aún durante la vida de aquellos. ¿Cuál sería entonces el juez competente para el discernimiento de la tutela? No es dudoso que el del lugar en que los padres tengan su domicilio á la fecha en que se trate de la tutela, porque el domicilio determina — por regla general — la competencia de las autoridades públicas;



y á nadie sino á dicho juez puede con mayor razón corresponder proveer á la suerte de los menores dándoles tutor que cuide de su persona y sus bienes. El auxilio que el Estado debe á los incapaces por razón de su edad debe prestarse por órgano de la autoridad del lugar en que tiene su domicilio la familia de los menores.

**36** — Cuando los padres no tuviesen su domicilio en la República y fuera del caso dar tutor á sus hijos ¿á qué juez correspondería el discernimiento del cargo? Seguramente que al del lugar de su residencia en ella, porque la residencia en este caso sería la circunstancia determinante de la competencia del juez, — art. 435.

Debe decirse que el *lugar* de la residencia determina en su caso, — de la propia manera que el domicilio, — la competencia general de las autoridades judiciales.

**Art. 435.** *Si los padres del menor tenían su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento, ó lo tenían el día en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar de la última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual.*

**37** — Se trata de fijar la competencia del juez para el discernimiento de la tutela en estos dos casos :

1° Cuando la tutela tiene lugar en razón del fallecimiento de los padres ;



2º Cuando tiene lugar por una razón especial durante la vida de los padres.

Se parte de la base de que en ambos casos el domicilio de éstos está *fuera* de la República y que solo han tenido ó tienen en ella su *residencia*, y se resuelve por nuestro artículo, que, el juez competente para el discernimiento del cargo es— en el primer caso—el del lugar en que los padres tenían, el día de su fallecimiento, su última residencia, y en el segundo caso, el del lugar en que los padres tienen su actual residencia.

Se toma el *lugar* de la residencia, á semejanza de lo que pasa con el domicilio, como la circunstancia que determina la competencia de las autoridades judiciales, y ciertamente que no se descubre otra que la supliera con ventaja. El *lugar* bajo este punto de vista toma el nombre de *forum*, dice el Dr. Freitas, ilustrando el art. 4º, n. 3º, y se traduce en relación á las personas en *forum domicilii*, en relación á las cosas en *forum rei sitæ* y en relación á los contratos en *forum contractus*.

**Art. 436.** *Si los menores fuesen hijos naturales reconocidos por sus padres, ó juzgados por tales, se observará respecto de ellos lo dispuesto en los dos artículos anteriores. Si fuesen solamente reconocidos por la madre, ó juzgados tales respecto de ella, el juez competente para el discernimiento de la tutela será el juez del domicilio de la madre, ó el del lugar de su residencia, si el domicilio de ella estuviese fuera de la República.*



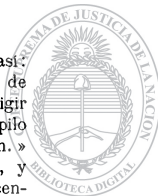
**38** — Cuando los hijos naturales son reconocidos por el padre y la madre, ó cuando á falta de reconocimiento existe una sentencia que declara la filiación, los dos — el padre y la madre — tienen sobre ellos patria potestad, y serán aplicables los artículos anteriores si el padre y la madre viviesen juntos y tuviesen consigo á sus hijos haciendo su crianza y rigiendo su educación; pero cuando viven separados el uno del otro, como es ordinario en la vida real, habrá que atender al domicilio ó residencia de aquel con quien vivan los menores para aplicar las reglas de la referencia.

**Art. 427.** *En cuanto á los expósitos ó menores abandonados, el juez competente para discernir la tutela será el del lugar en que ellos se encontraren.*

**39** — Allí donde se encuentra un niño expuesto ó abandonado, allí debe ocurrir en su protección la sociedad por medio de sus representantes legítimos ó sean los magistrados, dándole un tutor que cuide de su crianza y educación; y como se trata de un menor desvalido, sin relaciones conocidas de familia, es natural que el juez competente para el discernimiento de la tutela sea el del lugar en que el menor se encontrare.

Como todos los de este título, el presente artículo está tomado de Freitas — 1689.

**Art. 438.** *El juez á quien compete el discernimiento de la tutela, será el competente para dirigir todo lo que á ella pertenezca, aunque los bienes del menor estén fuera del lugar que abraza su jurisdicción.*



40 — Es el artículo 1690 de Freitas que dice así:  
« El juez, á quien compete el discernimiento de  
« la tutela general, será el competente para dirigir  
« todo lo que á ella pertenezca, aun cuando el pupilo  
« tenga bienes fuera del lugar de su jurisdicción. »

Freitas proyectó su Código para un *imperio*, y basta este recuerdo para observar, que, la concentración de facultades jurisdiccionales en las manos del juez de la tutela general no podía herir principios de autonomías separadas, que tuvieran capacidad política para darse instituciones propias y regirse por ellas con independencia de un poder central; pero al proyectarse el nuestro por el ilustre Dr. Vélez y sancionarse por el congreso existían, — como existen, — provincias autónomas que, con sujeción á la Constitución de la República, se dan sus propias instituciones republicanas, — artº. 5 y 106, — y se rigen por ellas, con independencia del gobierno federal, — 105, — y no es llano, por lo tanto, establecer la concentración de facultades jurisdiccionales en el juez de la tutela general en la extensión con que lo hace el artículo que nos ocupa, porque si bien es verdad que el congreso estaba autorizado para dictar el Código que debía regir en todas las provincias, carecía y carece de facultad para sustraer de las jurisdicciones locales los casos que por razón de las personas ó las cosas cayeren bajo dichas jurisdicciones, — art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional.

41 — Y así, las cuestiones que se suscitasen sobre interdictos posesorios por ó contra el tutor, ó sobre arrendamiento, ó sobre ejecución de inmuebles hipotecados ubicados fuera del territorio jurisdiccional del juez de la tutela general, no pueden ser retiradas de la jurisdicción del juez del lugar para ser sometidas al de aquel.



El principio científico *lex rei sitæ* y su correlativo *forum rei sitæ* no permiten semejante cosa. La competencia de los jueces del lugar reposa en la soberanía local, soberanía que se traduce en la jurisdicción de sus magistrados para conocer y decidir en las cuestiones sobre inmuebles de su territorio.

Tal es el principio en que reposan estas declaraciones de la Suprema Corte de la Nación : demandándose la entrega de un inmueble en virtud de compra-venta, la obligación del vendedor es, por la naturaleza de la prestación, cumplirla en el lugar en que está situado; y por lo tanto el juez competente para conocer en la demanda es el de dicho lugar, y no el del domicilio del demandado. — Fallos, Tom. 49, pág. 485.

La causa sobre cobro de un crédito hipotecario, corresponde al juez del lugar donde están situados los bienes hipotecados. — Tom. 58, pág. 181.

Por consiguiente, cualesquiera y por grandes que sean las ventajas de la jurisdicción única en todo lo relativo á la tutela, sea en cuanto á las personas de los menores, sea á los bienes ó su administración, no puede suprimirse la jurisdicción de los jueces locales en las causas que caigan bajo su autoridad en razón de las personas ó de las cosas, porque la competencia jurisdiccional de los magistrados reposa en la soberanía, la cual no puede ser suprimida ni amenguada por el congreso y consiguientemente por la ley.

**42** — Salvados este principio y sus legítimas consecuencias, se impone en lo demás la competencia única del juez de la tutela general para dirigir todo lo que á ella corresponda, porque los intereses del menor así lo requieren. Por lo tanto, la validez del nombramiento de tutor, la habilidad legal del nombrado para poder desempeñar el cargo, su excusa, su separación ó destitución son materias que están





sometidas á la decisión del juez del discernimiento de la tutela. Le corresponde igualmente conocer y decidir de las cuentas de la misma, porque la obligación de darlas es una de las primordiales e ineludibles del tutor. La alta protección que el magistrado debe al menor con referencia á sus bienes, se haría imposible si el juez del discernimiento de la tutela no fuera el competente para ordenar y conocer de la rendición de cuentas cuando la administración de que se trate se ha hecho dentro de su territorio jurisdiccional. Es terminante á este respecto la decisión de la ley: *«las cuentas deben ser dadas en el lugar en que se desempeñe la tutela,»* — dice el artículo 497, ajustándose á los atributos de la soberanía.

**43** — ¿Es también competente para exigir la rendición y conocer de las cuentas del tutor especial que hubiese administrado bienes existentes fuera de su territorio jurisdiccional?

Nos parece que esta cuestión debe resolverse en el sentido de la negativa.

El juez de la tutela es ciertamente — art<sup>o</sup>. 434 á 437 — quien nombra el tutor especial en el caso supuesto, — art. 431, inc. 7<sup>o</sup>, — y es él quien puede declarar su inhabilidad sobreviniente, admitir su renuncia, ó destituirle de su cargo, — art. 489, inc 1<sup>o</sup>; — pero la rendición de cuentas debe hacerse ante el juez del lugar de la administración, no solo porque allí se verificaron los hechos y los actos que la constituyen y allí existen los elementos de juicio y de convicción, — personas y hechos, — para la fijación de las responsabilidades ó los descargos del tutor, sino porque los atributos de la soberanía quedarían lastimados si el conocimiento y juicio de los actos pasados en su territorio no pertenecieran á sus jueces. *Las cuentas de la tutela deben ser*



*dadas en el lugar en que se desempeñe la tutela*, principio que se ajusta á las exigencias de la soberanía y tiene estricta aplicación al caso supuesto. Por consiguiente, este concepto de la ley: « el juez « á quien compete el discernimiento de la tutela « será el competente para dirigir todo lo que á ella « pertenezca, aun cuando los bienes del menor estén « fuera del lugar que abraza su jurisdicción », no puede ser entendido en toda la extensión con que suenan sus palabras, y debe estar limitado á los casos en que no quede comprometida la soberanía ó autonomía de las provincias.

El mismo Código decide que cuando el menor tuviese bienes muebles ó inmuebles situados *fuera* de la República, la administración de tales bienes y su enajenación serán regidas por las leyes del país donde se hallaren, disposición que respeta y se ajusta á la jurisdicción del lugar, que es atributo de la soberanía; y como en nuestro sistema institucional, tan soberana es cada provincia para ejercer su jurisdicción en las causas que, sea por razón de las personas, sea por razón de las cosas, caigan bajo su autoridad, como lo es un estado extranjero,— C. N. art. 67, inciso 11,— es evidente que con el mismo criterio del artículo 444 y con los mismos principios que lo sustentan debe decidirse la limitación del artículo que nos ocupa en los términos que dejamos establecidos.

**Art. 439.** *La mudanza de domicilio ó residencia del menor ó de sus padres, en nada influirá en la competencia del juez que hubiese discernido la tutela, y al cual solo corresponde la dirección de ella hasta que venga á cesar por parte del pupilo.*



**44** — También este está tomado de Freitas, cuyo artículo 1692 dice así: — « La mudanza de domicilio ó « residencia del pupilo, ó de su padre ó madre, en « nada influirá en la competencia del juez que hubiese « discernido la tutela, y al cual únicamente sigue « perteneciendo la dirección de ella, hasta que venga « á cesar por parte del pupilo. »

Las consideraciones de carácter fundamental que hemos consignado bajo el artículo anterior inmediato tienen aplicación aquí y pueden ser repetidas, en cuanto la materia lo requiere, en la siguiente forma: — Las provincias, en su capacidad autonómica, organizan su poder judicial y distribuyen la jurisdicción entre sus magistrados en la cantidad y grado que á su juicio estiman apropiado al servicio de los intereses generales, con entera independencia del gobierno nacional. Este atributo les es reconocido por la Constitución de la Republica, cuya legislatura carece consiguientemente de facultad para suprimirlo ó restringirlo, lo que importa decir que el artículo que nos ocupa no puede tener un alcance que lastime las facultades soberanas de las provincias.

**Art. 440.** *Para discernir la tutela, el tutor, nombrado ó confirmado por el juez, debe asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administración.*

**45** — La imposición del juramento para el discernimiento de la tutela es, puede decirse, la expresión del sentimiento universal que busca en las creencias religiosas la garantía del cumplimiento de los deberes; y ya hemos dicho, — por otra parte, — que este requisito no puede ser dispensado ni por el padre



ó la madre que nombrasen tutor á sus hijos. art. 419, n. 514.

« E sobre todo, deuen jurar los guardadores, de  
« fazer todas las cosas que sean a pro de los huerfa-  
« nos que han en guarda, e de non se entremeter  
« de fazer cosa que se torne á daño dellos. E que  
« guardaran lealmente sus personas, e sus cosas... »  
dice la ley 9, tit. 16, part. 6ª.

**46** — Referentemente á las diversas formas del juramento, según sean las creencias, véanse las leyes 19 á 24 del título 11 y la 24, tit. 16, part. 3ª, sin perjuicio del que ordenasen disposiciones especiales.

**Art. 441.** *Los actos practicados por el tutor á quien aún no se hubiere discernido la tutela no producirán efecto alguno, respecto del menor; pero el discernimiento posterior importará una ratificación de tales actos, si de ellos no resulta perjuicio al menor.*

**47** — El discernimiento es el acto judicial que autoriza al tutor nombrado ó confirmado á ejercer las funciones del cargo, y es natural que, mientras no se haga el discernimiento, le esté prohibido desempeñar las funciones y facultades de la tutela y consiguientemente que sean nulos los actos y contratos que ejecutare contra esta prohibición, porque es un principio de la ciencia y de la ley — art. 18 — la nulidad de los actos prohibidos cuando no estuviere designado otro efecto para el caso de contravención, lo que importa decir, que, la sentencia debe declarar libres al menor ó sus bienes de la obligación ó gravamen que les hubiese impuesto un acto del tutor antes de haberle sido discernido el cargo.



48 — Esta nulidad es simplemente relativa y pronunciada solo en favor del menor: lo persuaden los términos de nuestro artículo en que se dice, que, los actos practicados por el tutor, á quien no se hubiese hecho discernimiento de la tutela, no producirán efecto alguno *respecto del menor*, pero que el discernimiento posterior importará una *ratificación* de tales actos cuando de ellos no resultare perjuicio al pupilo. Desde que el acto nulo de que se trata es ratificable, la nulidad es solo relativa, porque la absoluta *no es susceptible de confirmación*. — art. 1081. Un acto absolutamente nulo no tiene, ni puede tener jamás, existencia jurídica, en tanto que el anulable de la referencia queda curado del vicio por la ratificación y adquiere entera eficacia.

49 — Si los actos de la referencia son nulos *respecto del menor*, como lo declara la ley, producirán efecto sin embargo respecto del tutor, en el sentido de que quedará obligado con los terceros con quienes hubiese contratado y debe responder de los daños é intereses causados por la inexecución de sus compromisos.

No podrá alegar, cuando los actos de administración hubiesen sido concluidos útilmente para su pupilo, el que cuando menos se le considere como simple gestor de negocios ajenos y quede de consiguiente obligado el menor, porque como ha procedido contra prohibiciones legales, sus actos son *ilícitos* y no son así los del gestor. La diferencia es capital y notoria. Pero, si el menor ha enriquecido, sea en mucho, sea en poco, con los actos de su tutor, quedará obligado hasta la cantidad beneficiada, porque á nadie es dado enriquecer con daño ajeno. Su obligación procederá del hecho de haber enriquecido, pero no porque le sean obligatorias las estipulaciones de su tutor.



**50** — « El discernimiento posterior *importará* una « ratificación de tales actos, si de ellos no resulta « *perjuicio* al menor, » — dice nuestro artículo, lo que importa establecer que la ratificación de los actos del tutor queda hecha *ministerio legis* por el solo hecho del discernimiento de la tutela por el juez competente. No hay necesidad de una ratificación especial ó expresa de los actos: queda hecha por obra de la ley y como consecuencia necesaria del discernimiento, salvo que de ellos resultare *perjuicio* al menor. Como se ve, la ley no requiere que los actos traigan *beneficio* al menor, sino simplemente que no le causen *perjuicio*. De esta fraseología resulta, que, es á cargo del menor demostrar el perjuicio que le acarrearía el acto de su tutor para que la sentencia lo declarase no ratificado por el discernimiento posterior del cargo.

**Art. 442.** *Discernida la tutela, los bienes del menor no serán entregados al tutor, sino después que judicialmente hubiesen sido inventariados y avaluados, á menos que antes del discernimiento de la tutela se hubiera hecho ya el inventario y tasación de ellos.*

**51** — La exigencia de que el inventario sea *judicial* armoniza con los artículos 330, 451 y 452, y los motivos por qué el tutor no debe ser puesto en posesión de los bienes del menor antes de haber sido inventariados y tasados, se descubren sin dificultad recordando, que, el inventario es un acto de conservación que sirve para determinar en todo tiempo las responsabilidades del ~~tutor~~. Véase lo dicho bajo el artículo 419.

En las Pandectas se dice: — « *Tutor qui repertorium*



*non fecit (quod vulgo INVENTARIUM apellatur), dolo fecisse videtur; nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id quod pupilli interest: quod ex jurejurando in litem æstimatur.*» Lib. 26, tit. 7, art. 1º § 4. — El tutor que no ha hecho el repertorio, vulgarmente llamado inventario, es estimado haberlo omitido fraudulentamente, á menos que pudiese alegar impedimentos irresistibles ó al menos muy justas razones. Si, pues, es por dolo que ha omitido hacer el inventario, responderá del interés que tenía el pupilo á que fuese hecho, sobre su juramento en juicio.

Nada puede, pues, hacer el tutor antes del inventario, si no es aquello que no es susceptible de demora alguna: — *Nihil itaque gerere, ante inventarium factum, eum oportet, nisi id quod dilationem nec modicam expectare possit.* — Ulp. l. 7, lib. 35.

Justiniano confirmó todo esto, y quiso, — fuera del caso en que el testamento lo hubiese prohibido, — que los tutores y curadores estuviesen obligados á hacer inventario de todos los bienes de los pupilos, que no pudiesen mezclarse en su administración sino después de haberlo hecho y que cuando no lo hubieren hecho fueran destituidos con infamia. L. fin, Cód. 5, 51 — *arbitrium tutel.*

En el derecho de Las Partidas, la obligación del inventario está enérgicamente establecida bajo la pena de destitución por sospechoso: « Aliñar, — dice la « ley 15, tit. 16, part. 6ª, — e endereçar los bienes « de los huérfanos que ouieren en guarda deuen los « guardadores en esta manera. Ca luego que ante « que otra cosa fagan, *deuen fazer escrito de todos « los bienes de los moços,* con otorgamiento del Juez



« del lugar ; e sea fecho por mano de alguno de los  
« Escriuanos publicos... E si el guardador non  
« fiziese tal escrito como este, puede toller el Juez  
« del lugar la guarda de los huerfanos, e de sus  
« bienes *como a ome sospechoso*... E despues que  
« esto ouiere fecho, deuen los guardadores endereçar  
« las cosas del huerfano, que non cayan, e fazer labrar  
« las heredades, e criar los ganados, que fallaren  
« en los bienes del finado... »

**52**— *A menos que antes del discernimiento de la tutela se hubiese ya hecho el inventario y tasación de ellos*, — dice nuestro artículo, — lo que debe entenderse salvando los casos en que sea necesario un nuevo inventario aun quando ya hubiese sido hecho uno antes del discernimiento. Y así, debe procederse a nuevo inventario quando, tratándose, por ejemplo, de establecimientos ganaderos, hubiesen sido azotados por epidemia mortífera después del primero, porque de lo contrario no se podría fijar en justicia la verdadera responsabilidad del tutor. Así también, cuando un nuevo tutor, nombrado en razón de la destitución del anterior, hubiese de ser puesto en posesión de los bienes de su pupilo, — art. 455, — será necesario proceder al inventario para que conste el número, clase y valor de los que recibiere.



## De la administración de la tutela



**Art. 443.** *La administración de la tutela, discernida por los jueces de la República, será regida solamente por las leyes de este Código, si en la República existiesen los bienes del pupilo.*

**Art. 444.** *Si el pupilo tuviese bienes muebles ó inmuebles fuera de la República, la administración de tales bienes y su enajenación será regida por las leyes del país donde se hallaren.*

**53—**Los principios y reglas que fundan las decisiones de los art<sup>os</sup>. 8, 10 y 11, imponen las contenidas en los presentes, con las que quedan debidamente consultadas las exigencias de la soberanía. Nos referimos, por consiguiente, á lo dicho bajo aquellos artículos.

**Art. 445.** *El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor, y prescindiendo de su voluntad.*



**54**—Los menores de edad están sujetos á representación necesaria, y que los tutores son representantes legítimos de sus pupilos en todos los negocios civiles lo tienen ya declarado los artículos 57, inciso 1º y 414 que dice textualmente: «*El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles*» — armonizando con el 411 que al definir lo que es la tutela declara ser, el derecho concedido por la ley para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto á la patria potestad, y para *representarlo en todos los actos de la vida civil*.

Se exceptúan de la representación aquellos pocos casos en que, por tratarse de derechos ó de actos personalísimos, no es dado, por la naturaleza de las cosas, que un tercero sienta, delibere y obre por el menor adulto. Esos casos son, entre otros :

1º El matrimonio. — El menor de edad — varón ó mujer, mayor de catorce años el primero y de doce la segunda — delibera y resuelve por sí y ante sí acerca de su matrimonio, obedeciendo á sus impresiones personales y á su juicio propio, sin perjuicio de necesitar, para realizarlo, del consentimiento de su tutor, que la ley requiere como auxilio debido á la minoridad : — combinación de los artºs. 167, 180, 181.

2º El testamento. — Lo hace el menor de edad, libre de toda y cualquiera representación necesaria. Sus disposiciones de última voluntad son personalísimas y no obedecen, por lo tanto, sino á sus afecciones y á su voluntad : — arg. á *fortiori* del art. 320.

3º El contrato de aprendizaje de algún oficio. — El tutor representa al menor en este acto, pero no puede concluirlo sin el consentimiento expreso del pupilo. No es dado admitir que el tutor puede



comprometer la libertad del menor sin el expreso consentimiento de éste: — arg. *á fortiori* del art. 314.

4º Reconocimiento de hijos naturales. — Del mismo modo que el hijo de familia con relación á su padre, el menor bajo tutela puede hacer el reconocimiento de sus hijos naturales con entera independencia de su tutor. No se concibe que en la declaración de la filiación natural, que no puede tener ni tiene por base sino el reconocimiento ó sea la confesión, pueda ésta ser hecha por otro que por el padre mismo: — arg. *á fortiori* del art. 320.

55— El tutor es el verdadero y legítimo representante del menor: no está destinado á asistir á su pupilo y completar su persona. Es su representante legal y, por consiguiente, es natural que él gestione y administre solo los bienes, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad. De lo contrario su misión y su actuación en la administración serían distintas: no tendrían por objeto sino complementar la persona del menor.

En estas condiciones en que lo coloca la ley, la responsabilidad del tutor es plena.

56— ¿Cómo procede en el desempeño de su representación?

Nuestro artículo dice: — « Todos los actos se ejecutan *por él y en su nombre*, sin la concurrencia del menor y prescindiendo de su voluntad. » Si en la construcción gramatical del artículo *en su nombre* se refiere al tutor, es evidentemente justa la crítica que un ilustrado escritor <sup>(1)</sup> hace, diciendo: « Esta « disposición niega toda participación al mandante « y viene á acordar al tutor mayor autoridad que

---

(1) SEGOVIA — nota 3 al art. 414.



« al propio padre (art. 274 y su arg.) Tampoco « armoniza con el artículo 320 que solo exige el « consentimiento y aprobación del tutor, » y se aparta, agregamos nosotros, con dudosa ventaja para el menor, de lo que en el campo de la doctrina y de la ley preside en general el ejercicio del mandato y es que, el mandatario obra *en nombre del mandante*, como lo persuade la definición del mandato — dada por el artículo 1903 que dice: — « Tiene lugar (el mandato) cuando una parte dá á otra el poder, que ésta acepta, para *representarla*, al efecto de ejecutar *en su nombre* y de su cuenta un acto jurídico, ó una serie de actos de esta naturaleza. »

Por lo demás, parece que nuestro ilustre codificador ha tomado el artículo que nos ocupa del 218 de Goyena y de los siguientes conceptos de este jurisconsulto:

« *Se representará*, etc. Así todos los actos civiles « convenientes al menor, por ejemplo, los contra- « tos, se celebrarán en nombre del tutor, salvo « los puramente personales como el matrimonio y « otros. »

El artículo 344 de la Luisiana se expresa con mayor claridad: — « *El tutor gestiona y administra « solo: todos los actos se hacen por él y en su « nombre sin el concurso del menor.* »

---

**Art. 445.** LL. 15 y 17, Tit. 16, Part. 6°. — LL. 2 y 3, Tit. 7, Lib. 3, F. R. — LL. 12, 30 y 33, Lib. 26, Dig.



**Art. 446.** *Debe tener en la educación y alimento del menor los cuidados de un padre. Debe procurar su establecimiento á la edad correspondiente, según la posición y fortuna del menor, sea destinándolo á la carrera de las letras, ó colocándolo en una casa de comercio, ó haciéndole aprender algún oficio.*

**57**—Se dá tutor para suplir la falta de padre, y como la conservación y educación de los niños interesa no solo á ellos sino tambien á la sociedad, natural es que la ley imponga á los tutores el deber de desplegar los cuidados de un buen padre en el alimento y educación de los menores, y decimos *buen* padre, porque si está obligado á administrar los bienes de fortuna de su pupilo con el interés y celo de un buen padre de familia, lógico es, y con mayor razón, que debe desplegar los cuidados de tal en tratándose de la persona de los niños, vale decir, de su alimento y educación.

**58**—Los alimentos deben ser proporcionados á los recursos del menor, y su educación á los mismos y á su clase y posición social: combinación del presente con los artículos 450 y 457.

El tutor debe procurar la educación moral y civil de su pupilo del mismo modo que lo hubiera hecho su buen padre si viviera. Este es el verdadero alcance de su deber legal, porque del vigor y educación de los niños depende la energía, el progreso y la grandeza de la sociedad en el futuro. Debe, de consiguiente, á la edad apropiada del menor, procurar su establecimiento sea destinándolo á la



carrera de las letras, sea haciéndole aprender algún arte ú oficio, ó sea colocándolo en alguna casa de comercio.

Mientras el pupilo no llega á ser adulto, es plena la autoridad del tutor para decidir acerca de la colocación y carrera á que deba destinarse el menor, porque no puede reconocérsele durante su impubertad capacidad bastante para intervenir y menos decidir en la materia; pero desde que sea adulto, su consentimiento es indispensable, en el sentido de que el tutor no puede imponerle contra su voluntad la carrera, arte ú oficio á que deba dedicarse. Esta doctrina que hemos sostenido respecto del padre bajo el art. 299,—debe ser sustentada con mayor razón respecto del tutor. Véase lo que allí decimos.

La ley 16, tit. 16, partida 6ª, es ejemplarmente amplia sobre el particular:—«Trabajarse deue el « guardador — dice — de fazer al moço que touiere « en guarda, que aprenda buenas maneras; e de « si deuele fazer aprender, leer, e escreuir; e « despues desto, deuel poner que aprenda, e use « aquel menester que mas le conuiniere, segun su « natura, e la riqueza, e el poder que ouiere. E « deue guardarlo, e pensar del, dandole de comer, « e de vestir, e de las otras cosas que menester « le fueren, segun lo entendiere que lo deue fazer; « catando todavia que lo faga segun los bienes que « rescibió del. »

**59**—La autoridad tutelar no es ni absoluta, ni independiente en la fijación de la suma á invertirse en los alimentos y educación de los menores. El tutor debe indicar ó pedir la que crea necesaria, pero es facultad del juez de la tutela fijar la que puede consumirse en aquellos objetos, teniendo en cuenta

la edad del pupilo, el rango de su familia y la importancia de la renta de sus bienes. — art. 457.

**Art. 446.** Proem. al Tit. 16, Part. 6ª. — L. 9, de dicho Tit. Zachariæ, § 220.

**Art. 447.** *El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes.*

**60**—La educación del menor es seguramente el capítulo principal del mandato del tutor, pero debe también cuidar de sus bienes de fortuna con la diligencia de un buen padre de familia, bajo pena de responder de los daños é intereses que causaren sus faltas.

Nuestro derecho no prohija la división escolástica de la culpa en lata, leve y levisima, división que ni en abstracto, ni en los hechos reposa en una medida cierta y que no arroja sino una luz falsa como dice con propiedad y belleza Barbeyrac, citado por nuestro codificador en su nota al artículo 546. — Un *buen padre* de familia es tipo por todo el mundo invocado y que todo el mundo pretende conocer, y sin embargo, no se encontraría dos personas que fijasen de acuerdo el grado de diligencia y previsión que lo caracterizára, lo que importa decir que el mismo tipo adoptado por la ley como norma á que debe ajustarse el tutor y medida con que debe apreciarse su diligencia es tipo cuyas cualidades no están definidas ni en cantidad, ni en calidad. La culpa implica falta y la falta es más ó menos grave según las





circunstancias del caso. No se la puede determinar en absoluto porque es una relación, y la relación se aprecia por las circunstancias, lo que importa decir que la sabiduría y prudencia de los jueces deben establecer en cada caso el grado de responsabilidad del tutor, teniendo en cuenta lo que entra en el celo y previsión común de los hombres en los casos ordinarios y las particularidades especiales de la causa.

« Esta división de las faltas —decía Bigot Prémeneu— en su exposición de motivos—es más ingeniosa  
« que útil en la práctica; no es menos necesario  
« en cada falta verificar si la obligación del deudor  
« es más ó menos estricta; cuál es el interés de las  
« partes; cómo entendieron obligarse; cuáles son las  
« circunstancias. Cuando la conciencia del juez ha  
« sido ilustrada, no hay necesidad de reglas generales  
« para decidir según la equidad. La teoría en la  
« cual se divide las faltas en varias clases, sin poder  
« determinarlas, no puede sino esparcir una falsa  
« luz y llegar á ser materia de numerosas contes-  
« taciones. La equidad repugna á ideas inútiles. »

No difieren de ésta, sino en la forma de decir, las opiniones de Zachariæ y Massé, cuya exposición puede estimarse el ilustrado comentario de nuestro artículo. Véase el Tom. 3º, § 548 — nota 5ª del primero y los nºs. 1614 y siguientes de la obra sobre *Derecho Comercial* del segundo.

**61**—Referentemente á las responsabilidades del tutor por sus faltas en el cumplimiento de sus deberes, faltas que pueden consistir sea en un hecho positivo, sea en uno negativo, el derecho romano sienta las reglas siguientes, entre otras más:

El tutor debe cuenta de todo lo que ha hecho y que no debió hacer, así como de todo lo que no





ha hecho y que debió hacer. — *In omnibus quæ fecit tutor, quum facere non deberet; item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc iudicio*, — l. 1, ff. de tut. et. rat.

Modestino ha respondido que un tutor debe cuenta de todas las rentas que ha podido recibir de buena fe: — *Modestinus respondit: tutorem eorum reddituum nomine rationem... debere, qui bona fide percepi potuerunt*, — l. 32, § 2, ff. de admin. tut.

El deudor del padre que ha administrado la tutela del hijo rendirá cuenta al hijo de lo que debía á su padre. Y en general, todo lo que ha debido hacer contra otro á nombre de su pupilo, ha debido hacer con mayor razón contra sí mismo, porque contra los otros tenía que intentar una acción, en tanto que no tenía necesidad de intentarla contra sí mismo: — *Debitor patris qui tutelam administravit filii, tutelæ iudicio, tenebitur etiam ob id quod patri debet. Et generaliter: quod adversus se alium præstare debet pupillo suo, id adversus se quoque præstare debet: fortassis et plus; adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus se potuit*, — ll. 5 y 9, §§ 4 y 3, ff. de adm. tut.

No es dudoso en derecho que todo lo que los menores han perdido por la mala fe, ó por falta grave ó leve de sus tutores ó curadores, ó todo lo que estos han podido hacerles ganar y han sido negligentes en ello, entra en la acción directa de la tutela ó en la acción útil de la gestión de negocios: *Quidquid tutoris dolo vel latâ culpâ aut levi, seu curatoris, minoris amiserint; vel (quum possent) non adquisierint; hoc in tutelæ seu negotiorum gestorum*

*utile judicium venire non est incerti juris.* — l. 7,  
Cód. arbitr. tut.

**Art. 447.** L. 94, Tít. 18, Part. 3ª.—L. 15, Tít. 16, Part. 6ª.—  
L. 23, Tít. 7, Lib. 26, Dig.

**Art. 448.** *Si los tutores excediesen los poderes de su mandato, ó abusasen de ellos en daño de la persona ó bienes del pupilo, éste, sus parientes, el Ministerio de Menores, ó la autoridad policial, pueden reclamar del juez de la tutela las providencias que fuesen necesarias.*

**62**—Por el artículo 493 se provee á la conservación de los bienes y á su buena administración por el tutor disponiendo que, en cualquiera tiempo en que apareciesen dudas acerca de su buen proceder ó acierto en el manejo de ellos, el Ministerio de menores, ó el menor mismo que fuese mayor de dieciocho años podrán pedir la presentación de las cuentas de la tutela para en su vista solicitar las medidas que el estado de las cosas demandase.

Por el presente se concede á un mayor número de personas el derecho de vigilar la conducta del tutor sea con relación á la persona sea con relación á los bienes de su pupilo y solicitar del juez de la tutela, — que es aquel á quien corresponde hacer su discernimiento, — las providencias necesarias para asegurar el buen tratamiento del menor y la conservación y buena administración de sus bienes. Es como aquella especie de acción pública que el derecho



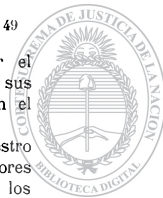


romano concedía para la denuncia del tutor sospechoso: — *sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere*. Y así, si el menor fuese maltratado por su tutor; si no fuese educado según su rango y recursos; si le diese ejemplos, preceptos ó consejos inmorales; si fuere grandemente negligente en la conservación y administración de los bienes, *et cétera*, el Ministerio de menores, el menor mismo, siendo mayor de 18 años, — arg. del art. 493, — sus parientes por consanguinidad ó afinidad y hasta la autoridad policial que hubiese intervenido con motivo de los excesos del tutor, pueden hacer la denuncia del caso y reclamar del juez de la tutela las providencias necesarias, tanto respecto de la persona como de los bienes.

Y es evidente que en los autos ó proceso á que el caso diere lugar puede llegar á pronunciarse la destitución del tutor, porque no es dudoso que le es aplicable el artículo 343 — y porque el inciso 3º del 491 la impone en términos inequívocos.

**Art. 449.** *El menor debe á su tutor el mismo respeto y obediencia que á sus padres.*

**63** — El tutor es puesto para suplir al padre, y el tutor debe cuidar del alimento y educación de su pupilo con el celo é interés de un buen padre de familia. Es natural y justo entonces que el menor deba á su tutor el mismo respeto y obediencia que á sus padres: de otro modo no le sería posible cumplir debidamente las obligaciones que le impone la ley. A su vez, el deber que tiene el pupilo de tributar á su tutor el mismo respeto y obediencia que á su padre es revelador de todo el celo, de



toda la solicitud é interés que debe desplegar el tutor en favor de la persona del menor y de sus bienes. Son deberes reciprocos que se explican el uno por el otro.

La ley 5, del tit. 14, de la part. 7ª, que nuestro codificador cita, dice que, aun cuando los guardadores del huérfano, tomasen ocultamente alguno de los bienes de sus pupilos, no se lo podrian demandar *en manera de furto*, porque son como *señores* e tienen lugar a los huérfanos *como de padres*.

---

**Art. 448.** L. 5, Tit. 14, Part. 7ª. — Cód. de Prusia, art. 231. — Austriaco, 217. — Sardo, 314.

**Art. 450.** *El menor debe ser educado y alimentado con arreglo á su clase y facultades.*

**64** — Son insalvables las diferencias y es, por consiguiente, natural que el alimento y la educación que deba darse á los menores de edad bajo tutela sea con arreglo á su clase y á sus recursos. No puede pretenderse que el pobre sea alimentado y educado en la misma escala que el rico; pero hay una educación que puede y debe alcanzar á todos y que es ciertamente una aspiración realizable: la educación moral, que reposa en los principios del cristianismo. Con ella se forma el carácter, y el carácter asegura la fuerza y la prosperidad de las naciones en el curso del tiempo. La modelación del alma en los principios de la moral cristiana, es la única fuerza con que puede combatirse las pasiones que se despiertan con la miseria y minorar los delitos á que arrastran.

**65** — Por lo demás, el tutor no debe descuidar nunca que sus pupilos asistan á las escuelas gratuitas para que aprendan á leer y escribir y



adquieran la instrucción elemental que en ellas se da, y apenas se necesita decir que los parientes del menor, el Ministerio de los de su clase y el magistrado deben ser muy celosos en hacer que los tutores llenen este deber primordial.

66—No es el tutor el encargado de decidir acerca de la suma que deba destinarse anualmente para el alimento y educación de sus pupilos: es el juez de la tutela en quien la ley deposita este encargo y es natural que para desempeñarlo acertadamente necesita tener en cuenta la importancia de los bienes del menor, la edad y clase de éste y sus rentas. — art. 457.

En el derecho de las Pandectas se establece que « el pretor, pronunciándose sobre los alimentos del pupilo, debe establecerlos según su patrimonio, de modo que no sea enteramente absorbido; y si el pupilo es rico, no es necesario hacerle consumir todos sus bienes en alimentos, sino limitarse á darle los que sean suficientes. »

*Pretor « modum patrimonii spectare debet cum alimenta decernit... sic ut aliquid ex redditu supersit. In amplis patrimoniis, non cumulus patrimonii, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit, modum alimentis dabit. — Tom. 23, Reg. CCCXXXVIII. »*

---

**Art. 450.** L. 20, Tit. 16, Part. 6ª. — L. 3, Tit. 2, Lib. 27, Dig. — Cód. Francés, art. 454. — Sardo, 328. — de Luisiana, art. 343.



**Art. 451.** *El juez, discernida la tutela, debe señalar, según la naturaleza y situación de los bienes del menor, el tiempo en que el tutor debe hacer el inventario judicial de ellos. Mientras el inventario no esté hecho, el tutor no podrá tomar más medidas sobre los bienes, que las que sean de toda necesidad.*

**67** — El tutor está obligado á hacer inventario y tasación judicial de los bienes del menor, á grado que ni el testador puede dispensarlo de esta obligación. — art. 419.

Para más asegurar su cumplimiento, la ley impone al juez el deber de señalar el tiempo en que deban ser hechas aquellas operaciones, debiendo tener en cuenta para ello la naturaleza y situación de los bienes.

**68** — Con la disposición del presente artículo y con la de los 441 y 442 y sus concordantes se tiene; 1º Que el discernimiento de la tutela es de tal necesidad para el ejercicio legítimo de las facultades del tutor, que, todos los actos y contratos que practicase antes de haberle sido discernido el cargo son de ningún valor respecto del menor: 2º Que los bienes del pupilo no deben serle entregados sino solo después de haber sido inventariados y tasados: 3º Que mientras el inventario no esté hecho, el tutor no puede ejercer sus facultades de administrador y consiguientemente tomar medidas sobre los bienes, salvo aquellas que sean de toda necesidad; lo que dá, en resumen, que el discernimiento y el inventario son indispensables para que el tutor tome posesión y entre á administrar los bienes, salvo pocos casos



de excepción: — *Nihil itaque gerere, ante inventarium factum, eum oportet, nisi id quod dilationem nec modicam expectare possit.* l. 7. Ulp. lib. 35.

Justiniano confirmó la disposición que nos ocupa, disponiendo en l. fin. cód. 5, 51. *arbitrium tutel*, que los tutores no pudiesen mezclarse en la administración, sino después de haber hecho inventario de los bienes, y que cuando no lo hubiesen hecho fuesen destituidos con infamia.

Los casos de excepción no pueden ser sino aquellos que sean indispensables ó para la conservación de los bienes, ó para evitar perjuicios al menor. Y así, el tutor podrá y aún estará obligado á interrumpir una prescripción próxima á vencerse, intentar acciones posesorias que sea urgente ejercitar, pedir medidas contra el deudor que trate de fugar ó ausentarse, hacer en los bienes reparaciones que no puedan retardarse, *et cétera*, sujeto todo á la calificación judicial cuando ocurriese contradicción al respecto.

---

**Arts. 451 y 452.** L. 15, Tit. 16, Part. 6<sup>a</sup>. — L. 24, Tit. 37, Lib. 5, Cód. Rom. — L. 7, Tit. 7, Lib. 26, Dig. — Cód. Francés, art. 451. — Holandés, 444. — Sardo 316. — Zachariae, § 21.

**Art. 452.** *Cualesquiera que sean las disposiciones del testamento en que el menor hubiese sido instituido heredero, el tutor no puede ser eximido de hacer el inventario judicial.*

**69** — Como hemos dicho en varios pasajes de estas notas, el inventario es un acto de conservación de los bienes, porque sirve para justificar en todo tiempo los que ha recibido el tutor y fijar consiguientemente su responsabilidad. No puede, por lo tanto, permitirse que el testador que nombre por



heredero suyo al menor, exima al tutor que le designe de la obligación de hacer inventario judicial. No se trata simplemente del interés del menor de edad: su suerte afecta al interés social, y es en nombre y en servicio de la sociedad que tiene derecho la ley para prohibir al testador que liberte al tutor de su deber de hacer inventario.

Esta disposición del presente artículo concuerda con la del 419, según la cual «son prohibidas y se tendrán por no escritas toda y cualesquiera cláusulas que eximan al tutor nombrado por los padres del deber de hacer inventario de los bienes.»

**70** — El inventario debe ser, por regla general, *judicial*, pero el artículo 3549 abre una excepción en favor de los ascendientes estableciendo que, cuando nombraren tutores á sus descendientes menores, pueden autorizarlos para hacer extrajudicialmente las operaciones de inventario, tasación y partición de sus bienes y presentarlas después á la aprobación de los jueces competentes. Disposición justa que consulta debidamente los intereses de los menores y está tomada de la ley 10, tit. 21, libro 10 de la Nov. Rec. que dice: «Con el fin de evitar que el «caudal de los pupilos y huérfanos se disipase en «diligencias judiciales y en costas... adoptó el «mi Consejo el medio de conceder permiso á los «testadores, para que luego que fallezcan, formen «los aprecio, cuentas y particiones de sus bienes «los albaceas, tutores ó testamentarios que señalen, «como sujetos imparciales, íntegros y de su total «confianza; cumpliendo después dichos testamentos con presentar las diligencias ante la Justicia «del pueblo para su aprobación, y que se protocolicen «en los Oficios del Juzgado del Juez ante quien se «presenten; y habiéndose promovido expediente...»





« he venido en declarar que esta providencia sea  
« extensiva y sirva de regla general para iguales  
« casos, en que los Contadores de cuentas y par-  
« ticiones, á pretexto de las facultades concedidas  
« en sus títulos, soliciten privar á los testadores de  
« las que tienen para nombrar partidores ó conta-  
« dores, que dividan las herencias entre sus hijos  
« menores, *cuya libertad se les debe conservar.* »

**71** — Por lo demás, no es ni puede ser dudoso que la disposición del artículo que nos ocupa es aplicable no solo á los tutores nombrados por los padres legítimos, sino también á los nombrados por los padres naturales, porque sus términos comprenden á unos y otros y no hay nada que induzca á limitar su disposición, á parte de que lo contrario importaría hacer mejor la condición de los últimos que la de los primeros, lo que no es admisible.

**Art. 453.** *Si el tutor tuviese algún crédito contra el menor, deberá asentarlo en el inventario; y si no lo hiciese, no podrá reclamarlo en adelante, á menos que al tiempo del inventario hubiese ignorado la deuda á su favor.*

**72** — Es la primera parte del artículo 419 del código francés, seguido por Goyena en el 225 de su proyecto, y es disposición que se justifica como precaución en favor de los intereses del menor contra la posible mala fe del tutor, precaución que habría sido más cumplida y eficaz si se exigiese al tutor hacer su declaración al principio del inventario, antes de ser examinados y conocidos los documentos y papeles de la sucesión respectiva.



**73** — La base de la resolución está en la confesión. Si el tutor declara que su pupilo nada le debe, ó si le es deudor y guarda silencio dejando de asentar su crédito en el inventario, se tiene una confesión tácita que, como la expresa, vale saldar ó dar finiquito de la deuda, á menos que durante el tiempo de la confección del inventario hubiese ignorado su crédito contra la sucesión ó su pupilo, lo que ocurriría si, — por ejemplo, llegase á ser, sin saberlo, durante se hiciera el inventario, heredero forzoso ó instituido del acreedor del menor. Habría en el caso imposibilidad para cumplir con el precepto legal, y á lo imposible nadie está obligado.

La declaración exigida servirá á la vez para decidir si el nombrado puede ó no ser tutor, porque según el inciso 11° del artículo 432 no puede serlo el que es acreedor del menor por cantidad considerable.

---

**Art. 453.** Cód. Francés, art. 451. — Nov. 72, cap. 4. — Zachariae, § 219.

**Art. 454.** *Los bienes que en adelante adquiriese el menor por sucesión ú otro título, deberá inventariarlos con las mismas solemnidades.*

**74** — Las razones que imponen la necesidad del inventario general fundan indiscutiblemente la resolución del presente artículo, ya sean muchos ó pocos, ya de alto ó escaso valor los bienes que por sucesión ó por otro título adquiriese el menor.

**75** — Y este inventario debe ser hecho con las mismas solemnidades de aquel á que se refieren los artículos 451 y 452, es decir, judicialmente; debiendo el juez, si



el bien del menor lo requiere, nombrar una ó varias personas, parientes ó no parientes del pupilo, que concurren á la confección del inventario, de conformidad al artículo 456.

**Art. 455.** *Si el tutor entrase en lugar de un tutor anterior, debe inmediatamente pedir á su predecesor ó á sus herederos, la rendición judicial de las cuentas de la tutela, y la posesión de los bienes del menor.*

**76** — Cuando un tutor fallece, ó es separado de su cargo por destitución ó por renuncia aceptada, la tutela que ha desempeñado se ha acabado, aún cuando su pupilo deba seguir bajo autoridad tutelar en razón de su minoridad, art. 489; y desde que la tutela se ha acabado, tiene el tutor el deber de rendir cuenta justificada de su administración, sea al menor, sea al que lo represente, como lo dispone el artículo 494, en fuerza del principio de que, el que administra intereses ajenos está obligado á rendir cuenta de su administración.

**77** — Y desde que el menor tiene un nuevo tutor, nada más natural y justo que el que este deba pedir al primero la rendición judicial de las cuentas de la tutela y la posesión de los bienes, puesto que es el legítimo representante de su pupilo en todos los actos de la vida civil, y nada corresponde más á su administración que exigir la referida cuenta, con el pago de su saldo y la entrega de los bienes que debe manejar á su turno.

**78** — Esta entrega de los bienes debe hacerla el extutor sin demora y sin que le sea permitido



alegar, para retardarla, que aún no ha presentado su cuenta, ó que aún no ha sido aprobada, porque tales motivos están reprobados por la ley. — art. 501.

**Art. 456.** *Para la facción del inventario el juez debe acompañar al tutor con uno ó más parientes del menor ú otras personas que tuviesen conocimiento de los negocios ó de los bienes del que lo hubiese instituido por heredero.*

**79** — Las razones que fundan esta disposición están al alcance de todo el mundo.

Se quiere prevenir con ella la ocultación maliciosa de los bienes y aún la deficiencia del inventario, que pudiera proceder de la circunstancia de que el tutor no tuviera conocimiento de los bienes ó negocios de aquel á quien sucediera el menor.

El Ministerio de menores, cuya concurrencia es indispensable en todos estos actos, es quien más debe cuidar que ésta y otras precauciones de la ley no sean olvidadas, máxime cuando contra sus omisiones no se tiene el recurso de nulidad

**Art. 457.** *El juez, según la importancia de los bienes del menor, de la renta que ellos produzcan y de la edad del pupilo, fijará la suma anual que ha de invertirse en su educación y alimentos, sin perjuicio de variarla, según fuesen las nuevas necesidades del menor.*

**80** — Discernida la tutela y hecho el inventario de los bienes, el juez debe señalar la suma de dinero que pueda emplearse anualmente en los alimentos



y educación del menor, teniendo para ello en cuenta la edad y condiciones sociales del pupilo y sus rentas.

Esta atribución del juez de la tutela es prueba acabada de la alta dirección que corresponde á los magistrados en el gobierno de la persona y bienes de los menores, porque para establecer la suma anual que debe invertirse en su educación y alimentos, tiene que decidir acerca de la suficiencia de sus bienes para darles la colocación y proporcionarles la instrucción que demande su posición social; para, aunque ésta sea humilde, darles la mejor posible según sus bienes de fortuna; y para saber, en fin, en qué proporción deba serles dada cuando sus recursos sean escasos ó insuficientes.

**81** — La suma designada no es invariable. Puede ser modificada cuando justas exigencias lo requieran, exigencias que pueden importar ó nuevas necesidades, ó condiciones económicas del país que hagan insuficiente la cantidad designada para cubrir los gastos de los alimentos y educación del menor. Cuando el tutor pida aumento, es natural que el juez le requiera explicaciones que lo ilustren, con los comprobantes del caso, para saber si debe acceder á lo solicitado.

Puede suceder que las rentas de los bienes y aún el valor de éstos no fuesen bastantes para cubrir los gastos demandados por los alimentos y educación del menor. En tales casos se procederá con sujeción á los artículos 461 á 464 de que pronto nos ocuparemos.

El pretor, pronunciándose — se dice en las Pandectas, — sobre los alimentos del pupilo, debe reglarlos en relación á su patrimonio, y de manera que no sea absorbido enteramente: *Prætor, modum patrimonii*



*spectare debet cum alimenta decernit... sic ut aliquid ex redivtu supersit.*

Si el pupilo es rico, no es necesario hacerle consumir todos sus bienes en alimentos; es necesario limitarse á lo que sea suficiente; y si es pobre, el tutor no puede ser compelido á alimentarlo con su peculio propio: —*In amplis patrimoniis, non cumulus patrimoni, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit, modum alimentis dabit. Si egeni sunt pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur.* Tom. 23, Reg. CCCXXXVIII.

---

**Art. 457.** L. 20, Tit. 16, Part. 6ª. — LL., 3, Tit. 2, Lib. 27, Dig., y 3, Tit. 7, Lib. 26, idem.

**Art. 458.** *Si hubiese sobrante en las rentas del pupilo, el tutor deberá colocarlo á interés en los bancos ó en rentas públicas, ó adquirir bienes raíces con conocimiento y aprobación del juez de la tutela.*

**82**—No es dudosa la verdad de esta regla: todo lo que es un deber moral para el padre respecto de la administración de los bienes de su hijo, es un deber legal del tutor en la administración de los bienes de su pupilo. Está evidentemente consagrada por el artículo 447, que dice «que el tutor debe administrar los intereses del menor *como un buen padre de familia.*»

**83**— En la fecha del Código, los bancos ya facilitaban el depósito á interés aún de sumas pequeñas, abriendo el servicio de la «caja de ahorros,» que es todo un bien para los pobres; y, por consiguiente, es con toda razón que la ley



impone al tutor la obligación de dar colocación útil al sobrante de las rentas del menor, disponiendo que deberá colocarlo á interés en los bancos ó en rentas públicas, ó adquirir bienes raíces con conocimiento y autorización del juez de la tutela.

Las sumas sobrantes sobre los gastos de alimento y educación deben ser depositadas sin demora por el tutor, sin valerle el pretexto, para conservarlas improductivas en su poder, el de que puedan ocurrir exigencias imprevistas y extraordinarias, porque le será fácil, cuando ocurrieren, obtener la autorización competente para extraer de los bancos las sumas necesarias.

**84** — ¿Dentro de qué plazo deberá hacer el depósito de los sobrantes, ó de los capitales en dinero que recibiere? Nuestra ley no lo dice y, por consiguiente, el punto será resuelto en cada caso según sus circunstancias especiales, al efecto de establecer la demora y responsabilizar al tutor por los intereses respectivos, —teniendo en cuenta el monto de las cantidades á depositarse, si el tutor reside en el lugar en que tienen su asiento los bancos, etc., etc., y así, no es lo mismo un tutor que reside en la localidad en que tiene su asiento el banco que otro que reside lejos de allí; no es lo mismo privar al menor de intereses de muchos meses que de los que pudiera haber ganado en dos ó tres días, ni de los correspondientes á una suma crecida que los insignificantes de una cantidad reducida por tiempo corto.

**85** — ¿Pueden los tutores ser condenados al pago de intereses de intereses de los dineros del menor?



La afirmativa no puede ser dudosa desde que los bancos capitalizan periódicamente los intereses de los depósitos. El tutor que sin motivo justo ha conservado sin colocación productiva los dineros de su pupilo, ha incurrido en falta y es responsable del interés que los intereses capitalizados habrían producido á haber sido aquellos depositados en tiempo, porque este es el daño que la falta del tutor causa al pupilo. — art. 1103.

Si la conservación improductiva se debe á motivos justificados de que no puede responsabilizarse al tutor, los intereses perdidos serán á cargo del menor : *Si tutor pecuniam pupilarem credere non potuit, quod non erat cui crederet; pupillo vacabit.* l. 12, § 4, de adm. tutel. — Desde que no hay culpa en el tutor, no hay por qué responsabilizarlo.

**86** — El tutor puede invertir los dineros de su pupilo en la compra de inmuebles con *conocimiento y aprobación* del juez de la tutela, dice nuestro artículo, concordando con el art. 477, inciso 6º, que requiere *autorización* del juez para que el tutor pueda «*comprar inmuebles para los pupilos*» y con el inciso 2º del 1395 que *prohíbe* al tutor la compra de bienes para los menores á su cargo, salvo que lo hiciere en los casos y por el modo ordenado por las leyes.

**87** — ¿Son compensables los intereses que adeudare el tutor con los que el pupilo le debiese por anticipos que hubiere hecho para su educación y alimentos? No nos parece dudosa la afirmativa. El menor debe intereses á su tutor por las cantidades que éste adelantare en su favor y los debe desde





el día en que el anticipo fuere hecho, — art. 1984, y desde que el tutor los debe á su vez á su pupilo, la compensación procede, y se opera *ministerio legis* desde el tiempo en que ambas principiaron á coexistir. — art. 852.

Véase lo que decimos bajo este artículo.

---

**Art. 458.** L. 24, Tit. 27, Lib. 5, Cód. Rom. — L. 3, Tit. 7, Lib. 26, Dig. Estas leyes señalaban el término de seis meses para la colocación del dinero que hubiese en los bienes del menor, y dos meses para lo que sobrase de las rentas. Lo mismo el Cód. Francés, art. 455 y 456. — El de Nápoles, art. 378 y 379. — El Sardo, 329 y 330. — El de Luisiana, art. 341, cuando la suma llegue á 500 pesos fuertes. — El de Holanda, art. 449, cuando el sobrante llegue á la cuarta parte de las rentas del menor, el empleo debe ser en fondos públicos, en bienes raíces ó á interés sobre hipoteca. Por la Nov., 72, cap. 7, el tutor cumple con guardar bien el dinero del menor, y sólo está obligado á emplearlo cuando todo el patrimonio consista en dinero, ó no tenga el menor otras rentas de que mantenerse.

**Art. 459.** *Los depósitos que se hagan en los bancos, de los capitales de los menores, deben ser á nombre de ellos, lo mismo que las inscripciones en la deuda pública.*

**88** — Por el artículo 445 se declara que el tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles y se establece que todos ellos se ejecutan por él y *en su nombre*, sin el concurso del menor.

Por el presente se dispone lo contrario, ordenándose que los depósitos que se hicieren en los bancos de los dineros del menor, así como las inscripciones en las deudas públicas, se hagan á nombre del menor y no á nombre del tutor. Esta disposición es toda una verdadera necesidad en la economía del



Código, porque estando establecido que el tutor no puede usar de los depósitos de su pupilo, ni enajenar las rentas públicas sin expresa *autorización judicial*, la que no debe ser dada sino cuando estuviese demostrada la necesidad ó conveniencia de hacerlo, — art. 460, es natural que se ordene que los depósitos y la inscripción se hagan siempre á nombre del menor, porque si se hiciesen á nombre del tutor estaria en sus manos retirarlos ó venderlos cuando quisiere.

**89** — Esta disposición rige aún respecto de la mujer menor de edad que contrajese matrimonio, pues el artículo 1278 dispone que « los que hubiesen « sido tutores de la mujer menor de edad, sus « padres, y en general los que por cualquiera causa « tengan dinero de ella, no pueden entregarlos al « marido; deben ponerlos en los depósitos públicos, « inscriptos á nombre de la mujer, » bajo pena, si así no lo hicieren, « de quedar obligados á ella, como antes lo estaban. »

**Art. 460.** *El tutor para usar de los depósitos hechos en los bancos, ó para enajenar las rentas públicas necesita la autorización judicial demostrando la necesidad y conveniencia de hacerlo.*

**90** — Esta es una de las muchas limitaciones á las facultades administrativas del tutor, y se comprende que sea establecida, porque de lo contrario la fortuna del menor desaparecería fácil y frecuentemente.

**91** — Entre los muchos casos en que sería pro-



cedente la autorización judicial, puede citarse los siguientes:

- 1º Para el pago de los alimentos y educación del menor;
- 2º Para el pago de sus deudas;
- 3º Para las reparaciones que sus bienes inmuebles requieran; arg. del artículo 472 y véase el 461;
- 4º Para proveer á los alimentos de sus padres ó parientes. — artº. 300, 401, 403.

**92** — Disposición igual á la del artículo que nos ocupa está consagrada por el 1283 en favor de la mujer casada mientras sea menor de edad. Estos son sus términos: « Mientras la mujer sea menor « de edad, el marido necesita la autorización judicial « para sacar de los depósitos públicos los dineros « de la mujer: para enajenar las rentas inscriptas « á su nombre en la deuda pública nacional ó « provincial... »

---

**Art. 460.** Zachariæ. § 221.

**Art. 461.** *Si las rentas del menor no alcanzaren para su educación y alimentos, el juez puede autorizar al tutor para que emplee una parte del principal, á fin de que el menor no quede sin la educación correspondiente.*

**Art. 462.** *Si los pupilos fuesen indigentes, y no tuviesen suficientes medios para los gastos de su educación y alimento, el tutor pedirá autorización al juez para exigir de los parientes la prestación de alimentos.*



**93**—Son fines fundamentales de la tutela los alimentos y la educación del menor, vale decir, su conservación y su mejor preparación moral é intelectual para su desenvolvimiento en la sociedad cuando con su mayoría haya sido entregado á sus propias fuerzas. Servida la vida ó asegurados los alimentos, la educación del menor debe ser el afán preferente del tutor: así lo requieren el bien del niño y el bien de la sociedad. Por consiguiente, la aplicación inmediata de sus bienes de fortuna son su alimento y su educación.

**94**—Puede hacerse y la ley admite la siguiente división:

- 1ª que el pupilo tenga suficientes rentas para cubrir los gastos de su educación y alimentos;
- 2ª que sus rentas no alcancen á cubrirlos; y
- 3ª que sea indigente, ó sea que no tenga bienes bastantes para llenar aquellas necesidades.

**95**—El primero de estos casos queda legislado por el 457, que dispone que los alimentos y la educación del menor sean costeados con las rentas de sus bienes, depositándose en los bancos el sobrante de ellas.

Los dos últimos son legislados por los artículos que nos ocupan, ajustándose al orden en que quedan expuestos.

**96**—Cuando las rentas no alcanzasen á cubrir la totalidad de los gastos de alimento y educación, se reducirán éstos, si la reducción es posible, hasta donde sea prudente en el caso especial, y cuando aún así aquellas fuesen insuficientes, el juez no solo podrá, sino que deberá autorizar el empleo de una parte del capital, y aún el todo cuando sea absolutamente necesario.



**97**—En adelante se estará en el tercer caso, es decir, se estará en presencia de un menor indigente, sin renta y sin bienes con que cubrir sus necesidades de alimentos y educación, y entonces se recurrirá al medio recordado por el artículo 462, es decir, el juez autorizará al tutor para exigir de los parientes del pupilo la prestación de alimentos, cuya acción es sumaria.

---

**Art. 461.** Véase la L. 16, Tít. 16, Part. 6ª, y la 20 del mismo Título que no permite que ni aún para esos objetos se disminuya el capital de los menores.

**Art. 463.** *El pariente que diese alimentos al pupilo podrá tenerlo en su casa, y encargarse de su educación, si el juez lo permitiese.*

**98**—Es evidentemente justa esta disposición, porque la carga del que presta los alimentos se disminuye teniendo consigo al menor, y en muchos casos con ventajas para éste, porque á más de los alimentos recibirá las atenciones personales de que tanto necesita la horfandad.

El juez resolverá con conocimiento de causa lo que estime conveniente. Si el pariente llamado á la prestación de los alimentos es de conducta arreglada, de modo que no peligre la educación moral del menor, y solicita tenerlo en su casa para que le sean menos pesados los gastos, el juez debe permitirlo porque, desde que no hayan peligros para el menor, debe conciliar los intereses: y aún debe encargarle su educación, si las circunstancias del caso y las cualidades de la persona lo aconsejaren.

El interés del menor debe ser siempre el objetivo del juez y á él subordinarse sus providencias y



decisiones ; pero, una vez consultado aquel objeto, no debe desatender los intereses legítimos del pariente llamado á prestar los alimentos.

**Art. 464.** *Si los pupilos indigentes no tuviesen parientes, ó estos no se hallasen en circunstancias de darles alimento, el tutor, con autorización del juez, puede ponerlos en otra casa, ó contratar el aprendizaje de un oficio y los alimentos.*

**99** — Cuando la indigencia del menor es tal que no tenga ni el recurso de parientes que puedan darle alimentos, es forzoso recurrir al de colocarlo allí donde aprenda un arte ú oficio y se le dé alimentos por su trabajo.

Cuando se trata de un adulto, no debe olvidarse que ni el tutor, ni el juez pueden empeñar su libertad personal sin su consentimiento, eligiendo ellos contra su voluntad el oficio que deba aprender. — Véase lo que sobre el particular decimos — bajo el artículo 446.

Por lo demás, los art<sup>os</sup>. 446, 448, 449, 450, 457, 461, 462, 463 y el presente que nos ocupa constituyen el verdadero régimen de la tutela respecto de la persona del menor, cuya educación debiera empeñar siempre y preferentemente el celo de los tutores, defensores y magistrados, porque es la más ancha base de la prosperidad en el porvenir. Cuando los defensores de menores hagan de su cargo una verdadera misión de su vida, su influencia en los destinos sociales quedará marcada por hechos trascendentales de progreso y justificadas las previsiones del sabio codificador.



**Art. 465.** *El tutor no podrá salir de la República sin comunicar previamente su resolución al juez de la tutela, á fin de que este delibere sobre la continuación de la tutela ó nombramiento de otro tutor.*

**100**—La prohibición que al tutor impone este artículo no es de naturaleza tal que permita el empleo de la fuerza pública para impedirle su salida, cuando no ha comunicado previamente al juez de la tutela su determinación de retirarse para siempre ó por largo tiempo de la República. La libertad personal no permite el uso de semejante recurso violento como castigo á la falta referida, que ni por su naturaleza, ni por sus fines, es grave.

Otra cosa será si debe rendir cuentas y los antecedentes de su administración autorizan á sospechar que su salida responde á salvarse de la responsabilidad de sus hechos y dejar sacrificado al menor en sus intereses. En tal caso, aquella medida procederá ó no procederá, no en razón del presente artículo, sino de otra disposición legal dada respecto de un deudor común cualquiera que trata de escapar perjudicando dolosamente á su acreedor, disposición que fué siempre corriente en nuestro derecho y que es más de procedimiento que de fondo.

**101**—El aviso previo se impone no solo al objeto de que el juez delibere en tiempo sobre la continuación de la tutela ó el nombramiento de otro tutor, como dice nuestro artículo, sino también para que los bienes del menor no queden abandonados y sean, por el contrario, entregados por el primero al que le sustituye, con las formalidades legales, y se provea lo necesario para la rendición de cuentas.



**102**—El tutor que incurriere en la falta que nos ocupa responderá de los daños é intereses causados por el abandono en que dejare la persona y los bienes de su pupilo, porque es de expreso derecho que es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes. — art. 447 y sus concordantes.

**103**— Por lo demás, la ausencia ó salida de que se trata no es la de poco tiempo que el tutor puede hacer por diligencias comerciales ó de otro género, sino la larga que debe interrumpir su administración y el gobierno del menor, como lo persuade nuestro propio artículo cuando dice, que, el aviso debe ser dado á fin de que el juez delibere sobre si conviene al menor que *la tutela continúe, ó que se nombre otro tutor.*

**Art. 466.** *No podrá tampoco mandar á los pupilos fuera de la República ó á otra provincia, ni llevarlos consigo, sin autorización del juez.*

**104**—El menor de edad está bajo el patrocinio del magistrado llamado juez de la tutela: él decide de su alimento y educación; él provée á la seguridad de sus bienes y el buen trato de su persona; él tiene, — en una palabra, su alta dirección. Por consiguiente, sólo él debe decidir si conviene mandarlo á otra provincia, ó permitir que sea sacado de la República. El punto es grave, porque siempre será trascendental para el porvenir del menor la cuestión de saber si conviene á su educación y á la prosperidad de sus bienes de fortuna abandonar el lugar en que tuvieron su domicilio sus padres, dónde lo tienen sus parientes





y dónde están — por lo mismo, — los que á impulsos del cariño de familia le prestarían inapreciables atenciones personales en las horas penosas de la vida; lo que importa decir, que, el juez debe tomar conocimiento amplio de todas las conveniencias é inconveniencias del caso para decidir con las mayores probabilidades de acierto.

**Art. 467.** *El tutor responde de los daños causados por sus pupilos menores de diez años que habiten con él.*

**105** — El artículo 307 establece igual decisión: — «Los padres, dice, responden por los daños que causen sus hijos menores de diez años, que habiten con ellos».

Es regla fundamental de justicia que el hombre no responde sino de sus faltas; y las faltas son siempre personalísimas, porque son el legítimo y natural derivado del discernimiento, de la intención y de la libertad propias.

¿Cómo, entonces, hacer responsable al tutor de los daños causados *por sus pupilos* menores de diez años que habiten con él? ¿Por qué ha de responder el tutor de actos de terceros? ¿No importa acaso esto una evidente violación del principio de justicia que queda recordado? No hay tal violación y consiguientemente no se responsabiliza en ningún caso al tutor por falta ajena: se lo responsabiliza *por falta propia*. La ley, en efecto, presume que el tutor ha sido *negligente* en el cuidado que debe tener para que su pupilo no perjudique á terceros: ha incurrido por consiguiente en falta, y es en razón de esta falta suya que lo hace responsable de los daños. Véase lo que decimos bajo el artículo 307.



**106** — La responsabilidad del tutor desaparecerá si prueba que le ha sido imposible impedir que su pupilo causara los daños de la referencia. Esta imposibilidad no se tendrá por establecida con la mera circunstancia de haber el menor ejecutado el hecho ó hechos fuera de la presencia de su tutor, si apareciere que éste no ha tenido una vigilancia activa sobre su pupilo. — artº. 1150 y 1151.

**107** — Las presunciones legales son, como su propio nombre lo indica, obra exclusiva de la ley. ¿Cuál es la ley que crea la presunción de la *falta* del tutor, del padre, *et cetera*? El citado artículo 1150 establece que la responsabilidad del padre cesará *si prueba* que le fué imposible impedir que su hijo hiciera el daño. Esta es la prueba de que la ley establece la presunción de la falta, porque si no existiese la presunción, no se le impondría al padre la prueba de haberle sido imposible impedir que el hijo consumara el acto. Véase lo que sobre el particular decimos bajo el artículo citado 1150.

**Art. 468.** *El tutor no puede enajenar los bienes muebles ó inmuebles del menor, sin autorización del juez de la tutela.*

**108** — El tutor gobierna la persona y bienes del menor, — art. 411; es su representante legítimo en todos los negocios civiles, — art. 414; y es el administrador que gestiona y administra solo, sin el concurso del pupilo y prescindiendo de su voluntad. — art. 445.

Aun cuando con estas cláusulas de la ley pueda decirse que las facultades del tutor son amplias en la administración de los bienes y pueda afirmarse con propiedad, dentro de los límites de sus poderes,



que los actos del tutor son actos del pupilo, es evidente que en el campo de la ley argentina no cabe la larga discusión sostenida entre los comentaristas del Código francés sobre si el tutor tiene ó no facultades de enajenación. Nuestro artículo no permite esta cuestión, porque declara terminantemente que « *el tutor no puede enajenar los bienes muebles ó inmuebles del menor, sin autorización del juez de la tutela.* »

Ante declaración tan categórica, no caben sino las excepciones hechas por la ley misma, como las consignadas, por ejemplo, en el artículo 473, en el cual se dice que no será necesaria la autorización judicial y podrá consiguientemente proceder el tutor á la enajenación: 1° cuando fuese motivada por ejecución de sentencia; 2° por exigencia del copropietario de bienes indivisos con el pupilo; y 3° cuando fuese necesario hacerla á causa de expropiación por utilidad pública.

**109**— La ley no se limita á decir que el tutor no puede *vender* los bienes de su pupilo, sin autorización judicial: dice que no puede *enajenarlos*, lo que es mucho más amplio, y abraza todas las clases de enajenación. Y así, no puede:

1° Vender, porque en la venta hay enajenación.— art. 1357.

2° Trocar, donar y aún cederlos por transacción, porque en todos estos casos hay enajenación, ó especie de enajenación: — ver el art- 477 inciso 5° respecto de la transacción y 1519 y 1823 respecto de lo demás.

Valeriano y Galiano dicen: Es prohibido enajenar los bienes de un pupilo ó de un adolescente que estén situados en la campaña ó en las vecindades de la ciudad, no solamente por venta, sino también por transacción sobre una cuenta, por cambio y

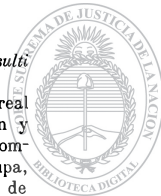


con más razón por donación; y en fin, por todo otro medio traslativo de propiedad, si no es en virtud de un decreto. Si pues habeis cedido á vuestros hermanos un fundo de tierra por transacción, podeis reivindicarlo; pero si habeis recibido algo en virtud de esta transacción debeis á vuestro turno restituirlo: *Non solum per venditionem rustica prædia vel suburbana pupilli vel adolescentis alienare prohibentur; sed neque transactionis ratione, neque permutatione, et multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto à dominio suo possunt. Igitur et tu, si fratribus tuis per transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes: sed et si quid invicem ab eis eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes.* L. 4, cód. 7, 71, de præd. et aliis reb. minor.

La ley 10, tit. 33, part. 7ª dice: — «*Enagenar*, « es vna palabra que pusimos en muchas leyes « deste nuestro libro, e vsamos poner en los privilejos « de nuestras donaciones. E porende queremos aqui « demostrar, que quiere dezir; e dezimos, que aquel « a quien es *defendido* de non enagenar la cosa, « que la non puede *vender*, nin *camiar*, nin *empeñar*, « nin puede poner *seruidumbre* en ella, nin darla « *acenso* a ninguna de aquellas personas a quien « es defendido de la enagenar.»

3º Darlos en pago, porque en la dación en pago hay enajenación: — artº. 814 y 815.

Dioclesiano y Maximiano dicen: — Si, siendo menor de veinte y cinco años, hubieseis dado un predio rústico en pago de lo que se os debía, sin ser para ello autorizado por decreto, la autoridad del senado — consulto no permite que perdais su propiedad: *Si minor viginti-quinque annis, prædium rusticum, quum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti,*



*dominium a te discedere non permittit senatusconsulti auctoritas.* L. 15, cód. tit. cit.

La constitución de hipoteca ó de otro derecho real es estimada como una especie de enajenación y debiera entenderse, á falta de ley expresa, comprendida en la prohibición del artículo que nos ocupa, pero, como en el inmediato siguiente se trata de ella, nos reservamos ocuparnos allí de la falta de poder en el tutor para establecer tales gravámenes sobre los bienes de su pupilo.

**110**—¿Podrá el tutor, contando con la autorización judicial, hacer toda clase de enajenación de los bienes y en favor de toda y cualquiera persona, inclusive la suya?

La respuesta negativa la dá el artículo 484, en fuerza de razones que consignamos allí.

**111**—¿Cuál será el sello de las enajenaciones que hiciere el tutor contra la prohibición del artículo que nos ocupa?

Desde que la ley no designa otro efecto contra sus contravenciones, la nulidad será el vicio que acompañará los actos que el tutor ejecutare contra las prohibiciones que le están impuestas. — art. 18.

**112**—¿De qué clase es esta nulidad? ¿Es absoluta ó es simplemente relativa?

El requisito de la autorización judicial, así como la necesidad de la concurrencia del Ministerio de Menores, es exigido solo en beneficio del menor y, por consiguiente, la nulidad no es, ni puede ser sino una protección, como quiera que no procede sino de una falta contra los favores dedicados al pupilo.

Siendo así, ella no puede ser absoluta sino relativa, porque si fuese absoluta dejaría de ser una protec-



ción, porque sería un recurso ordinario en manos del mayor de edad como del menor.

Véase lo que decimos sobre el particular bajo el artículo 477.

**Arts. 468 y 469.** L. 4, Tit. 5º, Part. 5º. — L. 60, Tit. 18, Part. 3º. — L. 18, Tit. 16, Part. 6º. — L. 27, Tit. 37, Lib. 5, Cód. Rom., L. 5, §§ 14 y 15, Tit. 9, Lib. 27, Dig. — Cód. Francés, art. 457. — de Holanda, 451, y siguientes. — Cód. Sardo, arts. 331 y 374.

**Art. 469.** *Le es prohibido también constituir sobre ellos derecho real alguno, ó dividir los inmuebles que los pupilos posean en común con otros, si el juez no hubiese decretado la división con los copropietarios.*

**113**— Los derechos ó cargas reales son una especie de enajenación, porque afectan la cosa misma, y es, por consiguiente, lógico que, estando prohibido al tutor enajenar los bienes de su pupilo sin autorización judicial, le esté igualmente prohibido gravarlos ó sea constituir sobre ellos derechos reales como la hipoteca, usufructo, anticresis, *et cetera*.

*Alienationis nomine etiam in hac prohibitione continentur, constitutio cujuslibet juris in rebus minorum, aut amissio juris ipsis quæsitæ in re aliena.*

Y así, no se puede enajenar un usufructo aun cuando el pupilo no tenga sino este usufructo sobre la cosa.

Pero si el pupilo tiene también la propiedad, no puede enajenarse ni el usufructo ni el uso, aunque la constitución no haga mención de ello.

Se puede decir del mismo modo que no se puede imponer servidumbres sobre la propiedad de un



pupilo ó de un menor, ni hacer remisión de la que les corresponde...

Es igualmente prohibido dar los bienes del menor en hipoteca.

*Igitur «nec ususfructus alienari potest, etsi solus fuit ususfructus pupilli.»*

*Sed si proprietatem habeat pupillus, non potest ususfructum vel usum alienare, quavis oratio nihil de ususfructu loquatur.*

*Simili modo dici potest nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti... l. 3, § 5. Ulp. lib. 35, tit. de præd. et aliis reb. minor.*

**114** — Le está igualmente prohibido dividir, — sin autorización judicial, — los inmuebles que el menor posea en común con otros, porque aunque la división entre los copropietarios no es *traslativa* de la propiedad, sino simplemente *declarativa*, como lo resuelve el artículo 2729, el acto es trascendental, porque hay en el fondo algo que importa real y positivamente separar del patrimonio del menor el derecho real que le asistía dominando toda la cosa.

Le está prohibido *dividir*, lo que abraza los dos roles judiciales posibles del acto: *demandar* la división y *aceptar* la demanda de división. El tutor no puede hacer ni una ni otra cosa, sin autorización judicial. Por consiguiente, si instaurase demanda de división sin haber obtenido autorización del juez competente, el copropietario demandado podría alegar, para no responder á ella, falta de poder ó sea de personalidad en el demandante.

**115** — De qué clase sería la nulidad de la división acordada por el tutor sin autorización judicial? Pensamos que solamente relativa, según acabamos



de decir bajo el artículo anterior inmediato y, por lo tanto, que sólo podría alegar ú oponerla el menor, y no el mayor de edad que hubiese estipulado con el tutor. — art. 1082 y sus concordantes.

**Art. 470.** *El tutor debe provocar la venta de la cosa que el menor tuviese en comunidad con otro, como tambien la división de la herencia en que tuviese alguna parte.*

**116**—No siempre es un mal la indivisión, pero frecuentemente es más útil la separación de los intereses.

La ley provee para los casos más frecuentes estableciendo, que, es deber del tutor provocar la venta de la cosa que el menor tenga en comunidad con otro. Cuando la cosa es un bien mueble, la venta se impone en la generalidad de los casos, porque es común que la división sea imposible ó perjudicial á las partes. Cuando es un inmueble, una propiedad urbana, por ejemplo, provocará su división si fuese útil ó necesario hacerla, pero si es provechosa al pupilo la comunidad, debe así manifestarlo al juez de la tutela y solicitar su conservación. Si fuere útil ó necesaria la división y fuese imposible ó perjudicial la material, debe solicitar la venta para dividir el precio obtenido. En todos y cada uno de estos casos debe consultarse y servirse el interés del menor, porque de eso se trata.

El inciso 5° del artículo 472 demuestra la verdad de las conclusiones sentadas, estableciendo que el juez *puede* conceder la venta de los inmuebles del menor cuando lo posea con otro y le fuese *perjudicial* la continuación de la comunidad. Cuando el es





beneficiosa y el copropietario no exige lo contrario, debe disponer ó hacer que la comunidad continúe.

**117**— Debe también el tutor provocar la división de la herencia en que su pupilo tuviese alguna parte.

En la comunidad por sucesión hereditaria es cuando más se impone, — por punto general, — la división : 1° Porque es común que se compliquen las cuentas y sobrevengan cuestiones enojosas ; y 2° Porque es indispensable que se la haga para que el tutor tome posesión de los bienes de su pupilo, bajo inventario, á los efectos de su administración y responsabilidad. No de otro modo puede cumplirse con la disposición que ordena que el tutor haga inventario de los bienes del pupilo, sea que le pertenezcan desde antes del nombramiento del tutor, sea que adquiriera después. — art<sup>º</sup>, 451 y 454.

---

**Art. 470.** Pothier sostiene por una razón jurídica de muy poco peso, que el tutor no puede provocar la división de la cosa que con otro tenga pro-indiviso. Tratado *De las personas*, Part. 1<sup>ª</sup>, Tit. 6, art. 3, § 2: pero véase L. 2, Tit. 15, Part. 6<sup>ª</sup>. — L. 14, § 2, y L. 1, Tit. 2, Lib. 10, Dig. — L. 5, Tit. 37, Lib. 3, Cód. Rom.

**Art. 471.** *Toda partición en que los menores estén interesados, sea de muebles ó de inmuebles, como la división de la propiedad en que tengan una parte pro-indiviso, debe ser judicial.*

**118**— Concuerda esta disposición con estos otros pasajes del código :



Es prohibido al tutor hacer ó consentir particiones privadas en que sus pupilos sean interesados, dice el inc. 7º del art. 484.

Las particiones de herencias deben ser judiciales cuando hayan menores interesados, agrega el 3499.

Y finalmente, el artículo 2732 dispone que las reglas relativas á la división de las sucesiones, á *la manera de hacerla* y á los efectos que produce, *deben* aplicarse á la división de cosas particulares.

De modo que, como dice el artículo que nos ocupa, toda partición en que estén interesados menores de edad, cualquiera que sea la clase de bienes de que se trate, debe hacerse judicialmente ; y debe hacerse así sea que el menor sea demandante ó demandado en el juicio, ó solicitante ó solicitado en el negocio de partición, debiendo observarse las reglas y formalidades que rigen la división de los bienes sucesorios, en cuanto sean aplicables.

Pero no debe olvidarse que, en la sucesión de los ascendientes, los tutores que estos nombraren á sus descendientes menores pueden ser autorizados para hacer *extrajudicialmente* los inventarios, tasaciones y particiones de los bienes y presentarlos después á la aprobación judicial.

---

**Art. 471.** Zachariæ trata largamente la materia en el § 21. léase 221), inciso 4, y en las notas 33 y siguientes.



**Art. 472.** *El juez puede conceder licencia para la venta de los bienes raíces de los menores, en los casos siguientes :*

*1º Cuando las rentas del pupilo fuesen insuficientes para los gastos de su educación y alimentos ;*

*2º Cuando fuese necesario pagar deudas del pupilo, cuya solución no admita demora, no habiendo otros bienes ni otros recursos para ejecutar el pago ;*

*3º Cuando el inmueble estuviese deteriorado, y no pudiera hacerse su reparación sin enajenar otro inmueble ó contraer una deuda considerable ;*

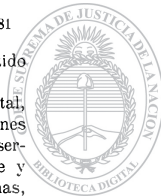
*4º Cuando la conservación del inmueble por más tiempo, reclamara gastos de gran valor ;*

*5º Cuando el pupilo posea un inmueble con otra persona, y la continuación de la comunidad le fuese perjudicial ;*

*6º Cuando la enajenación del inmueble haya sido convenida por el anterior dueño, ó hubiese habido tradición del inmueble, ó recibo del precio, ó parte de él ;*

*7º Cuando el inmueble hiciese parte integrante de algún establecimiento de comercio ó industria que hubiese tocado en herencia al pupilo, y que deba ser enajenado con el establecimiento.*

**119** — Los alimentos y la educación del menor deben ser costeados con las rentas de sus bienes, y



solo cuando éstas son insuficientes es permitido aplicar el capital. — art. 461.

Pero, cuando sea indispensable aplicar el capital, debe enajenarse, antes de llegar al inmueble, bienes menos valiosos ó que menos merezcan ser conservados, porque los inmuebles han sido siempre y son hasta ahora la base más sólida de las fortunas, ó la más segura tabla de salvación en la desgracia de los negocios y, por consiguiente, su enajenación debe hacerse, por punto general, cuando ya no haya otra cosa que vender.

Ulpiano se inspira en estas mismas reglas, cuando describe el conocimiento de causa que el magistrado debe tomar para expedir su decreto autorizando la venta. No debe, dice, acordarse á los tutores, el permiso de vender, bajo el pretexto de deudas vagamente alegadas, porque el senado-consulto no ha querido darles por ello un medio para poder enajenar los bienes del menor: ha dejado la resolución á la prudencia del pretor, cuyo deber es examinar si no es posible procurarse por otros medios el dinero necesario para atenuar las deudas del menor. Debe, pues, examinar si existe dinero contante, créditos exigibles, frutos pendientes, rentas próximas á vencer, ú otros recursos próximos, en fin. Debe examinar también si no existen otros bienes que vender antes que sus tierras, y con cuyo precio se podría igualmente cancelar sus deudas. Es, pues, después de haber comprobado que estas deudas no pueden ser pagadas sino con la venta de sus predios, que su venta puede ser permitida; y es necesario aun que haya urgencia de pagar estas deudas, ó que el menor esté obligado á pagar intereses exorbitantes: «*Non passim tutoribus sub obtentu æris alieni « permitti debuit venditio. Namque non esse viam*



« *eis distractionis tributam : et ideo prætori arbitrium*  
 « *hujus rei senatus dedit ; cujus officio imprimis hoc*  
 « *convenit excutere, an aliunde possit pecunia ad*  
 « *extenuandum æs alienum expediri. Querere ergo*  
 « *debet an pecuniam pupillus habeat, vel in numera-*  
 « *to, vel in nominibus quæ conveni possunt, vel in*  
 « *fructibus conditis, vel etiam in reddituum spe atque*  
 « *obventionum. Item, requirat num aliæ res sint*  
 « *præter prædia quæ distrahi possint, ex quorum*  
 « *pretio æri alieno satisfieri possit. Si igitur depre-*  
 « *henderit non possunt aliunde exsolvi, quam ex*  
 « *prediorum distractione, tunc permittet distrahi : si*  
 « *modo urgeat creditor, aut usurarum modus paren-*  
 « *dum æri alieno suadeat.* » 1. 5, § 9, lib. 35, de  
*præd. et aliis reb. min.*

De modo que es con este conocimiento de causa que el juez puede autorizar la venta de los bienes raíces del menor, en los siguientes casos :

1º *Cuando las rentas del pupilo fuesen insuficientes para los gastos de su educación y alimentos.*

A más de lo últimamente expuesto, véase lo que decimos bajo el artículo 461.

2º *Cuando fuese necesario para pagar deudas del pupilo, cuya solución no admita demora, no habiendo otros bienes, ni otros recursos para ejecutar el pago.*

Se encuentra esta disposición en las palabras de Ulpiano anteriormente copiadas y en los siguientes pasajes del Código y las Pandectas :

El presidente por su decreto, dado con conocimiento de causa, no permite enajenar un fundo de tierra de provincia, perteneciente á un menor, sino para el pago de deudas.

Y es indiferente que el menor sea deudor del fisco ó de un particular, y que la deuda haya sido contraída por su padre, ó por el mismo menor.



Es por eso que dice Constantino : — Si los menores son perseguidos por deudas contraídas hacia el fisco ó particulares, el pretor de nuestra ciudad decretará, con conocimiento de causa, para que la venta hecha en virtud de su decreto, al efecto de cancelar deudas estimadas legítimas, sea firme.

*Ob æs alienum tantum, causa cognita, præsidali decreto, prædium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur. l. 12, cód. 5, 71, de præd. aliis reb. minor.*

Hinc Constantinus : — Si minores, vel ex patris nomine, vel ex suo, debitis duntaxat fiscalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii : decreti interpositio a Constantiniano prætore celebranda est, probatis examinatisque causis, ut, patefacta rerum fide, firma venditio perseveret. l. 18, cód. d. tit. 5, 71. — (Pand. lib. 27, tit. 9, art. 3.)

**120**—Para que el acto sea legítimo, no basta que el tutor cuente con la autorización judicial : es necesario que esta autorización sea dada cuando la solución de deudas que no admitan demora no pueda hacerse *ni con otros bienes, ni con otros recursos*, es decir, se necesita que haya *verdadera necesidad*. Por consiguiente, si el juez autoriza la venta sin haber sido alegado este motivo, su autorización sería nula, porque no tiene facultad para concederla cuando quiera : *Proinde et si permiserit ; ære alieno non allegato, consequenter dicemus nullam esse venditionem, nullumque decretum. Non enim passim distrahi jubere prætori tributum est ; sed ita demum, si urgeat æs alienum.* — cita ant. n. XVII, al fin.

**121** — 3º Cuando el inmueble estuviese deterio-



*rado, y no pudiera hacerse su reparación sin enajenar otro inmueble ó contraer una deuda considerable.*

*4º Cuando la conservación del inmueble por más tiempo reclamara gastos de gran valor.*

La venta del inmueble en estos casos es de utilidad evidente, ó de necesidad manifiesta, lo que importa decir que la venta es insalvablemente reclamada por el interés del menor, y el juez debe decretarla.

*5º Cuando el pupilo posea un inmueble con otra persona, y la continuación de la comunidad le fuese perjudicial.*

Desde que la comunidad *le perjudica*, el tutor está obligado á libertar á su pupilo de este perjuicio suprimiendo su causa, que es la comunidad.

La comunidad se suprime, ó con la división natural, si no es imposible ó perjudicial á las partes, ó procediendo á la venta para repartir el precio.

Si la división natural es posible, el caso se registrá por el artículo 469 y el tutor deberá pedir autorización al juez para proceder á la división; en caso contrario, tendrá que solicitar y el juez que autorizar la venta.

*6º Cuando la enajenación del inmueble haya sido convenida por el anterior dueño, ó hubiese habido tradición del inmueble, ó recibo del precio, ó parte de él.*

Cuando hay una necesidad ó vínculo de derecho que obligue á la venta, el juez no sólo puede sino que debe permitirla para que las obligaciones del menor sean cumplidas.

Cuando hay una estipulación acordada por el dueño anterior, sin principio de ejecución, ó con ella, como cuando se ha hecho tradición del inmueble, ó pago total ó parcial del precio, el deber jurídico de ejecutar lo estipulado impone al juez la necesidad de autorizar la venta, ó sea cumplir lo convenido.



Por eso se dice en las Pandectas que de la prohibición al tutor de enajenar los bienes del pupilo se exceptúan las enajenaciones hechas con consentimiento del padre, de cuyos bienes procede en manos del menor la cosa enajenada.

Y así, los emperadores Severo y Antonino escriben en un rescripto: — Si puedes probar que el padre del pupilo, contra cuyos tutores obraste, ha consentido en que se te entregase el fundo cuyo precio recibí, esta convención será cumplida; pues no es necesario que la autoridad del presidente intervenga en este negocio para calmar la inquietud de los tutores cuando no hacen sino ejecutar la voluntad del difunto: — *Si probare potes patrem pupilli, cujus tutores convenisti, consensisse ut reddito tibi prædio, pretium reciperet; id, quod convenit, servabitur; neque enim in ea re auctoritas præsidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant.* — Lib. 27, tit. 9, art. 1º, § 3; l. 1, cód. 5, 72. *quando decreto opus non est.*

Lo que es conforme con lo que en otro dicen Diocleciano y Maximiano en estos términos: — Los predios rústicos ó de las proximidades de la ciudad, no pueden bajo ningún pretexto ser vendidos por un menor de veinte y cinco años sin decreto del pretor, á menos que esta venta apareciese haber sido ordenada por el padre ó testador...: *Prædium rusticum vel suburbanum a minore viginti-que annis alienari sine decreto præsidis, nisi parentis voluntas, vel testatoris, ex cujus bonis ad minorem pervenit, super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest.*

**122** — 7º Cuando el inmueble hiciese parte integrante de algún establecimiento de comercio ó indus-





*tría, que hubiese tocado en herencia al pupilo, y que deba ser enajenado con el establecimiento.*

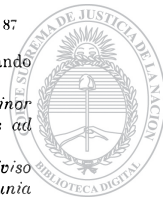
Hay en el caso ó una necesidad insalvable, ó una conveniencia manifiesta que imponen la venta. Desde que el inmueble hace parte integrante del establecimiento, sea industrial, sea comercial, que va á venderse y no es posible separarlo sin imposibilitar la venta, ó sacrificar el precio de lo demás, el juez puede autorizar la enajenación para que sean atendidas las necesidades del menor.

**Art. 473.** *No será necesaria autorización alguna del juez, cuando la enajenación de los bienes de los pupilos fuese motivada por ejecución de sentencia, ó por exigencia del copropietario de bienes indivisos con los pupilos, ó cuando fuese necesario hacerla á causa de expropiación por utilidad pública.*

**123**— Cuando se trata de los casos de ejecución de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y de una ley que autoriza la expropiación por utilidad pública, se está al frente de resoluciones del poder público que ejerce los atributos de la soberanía y, por consiguiente, no se necesita la autorización del juez para la venta del inmueble del menor, porque no está, ni puede estar en manos del juez oponerse á la enajenación autorizada por la ley.

**124**— Tampoco se necesita cuando el copropietario de bienes indivisos con el menor exige la venta.

No basta que haya comunidad: se necesita que la cosa pertenezca al menor y á un tercero *pro indiviso*, porque si los bienes están divididos, registrá



la necesidad de la autorización judicial, aún cuando sean comunes.

*In oratione excipitur 2º alienatio rei quam minor cum alio homine communem habet, si socius ad divisio nem provocet.*

COMMUNIA prædia accipere debemus, si pro indiviso communia sunt. Cæterum, si pro diviso communia sint, cessante oratione, decreto locus erit. l. 5, § 16. — Ulp. lib. 35... Pand. lib. 27, tit. 9, art. 1º, § 3.

La disposición que nos ocupa se limita á la posesión *pro indiviso* de bienes que no admitan división, porque de lo contrario, el caso se regirá por los artículos 470 y 471.

Por lo demás, téngase presente los artículos 1358 y 1400 en que se hace enumeración de casos en que hay una necesidad jurídica de venta, que hace innecesaria la autorización judicial.

**Art. 474.** *Los bienes muebles serán prontamente vendidos, exceptuándose los que fueren de oro ó plata, ó joyas preciosas; los que fuesen necesarios para uso de los pupilos según su calidad y fortuna; los que hiciesen parte integrante de algún establecimiento de comercio ó industria que á los pupilos les hubiese tocado en herencia y este no se enajenase; los retratos de familia ú otros objetos destinados á perpetuar su memoria, como obras de arte ó cosas de un valor de afección.*

**125** — Teniendo presente que los bienes muebles pierden de valor — por lo general — con el tiempo y que los más de ellos se deterioran, la ley establece



que es obligación del tutor venderlos sin demora, con excepción de los indicados en su texto y otros semejantes, porque no se recuerdan sino como ejemplo. Reducidos á dinero, — pueden producir alguna renta con su colocación en los bancos, mientras que conservados en naturaleza no producen nada y pueden deteriorar ó perderse. Tal es la razón de la disposición legal.

Por el primitivo derecho de las Pandectas el tutor estaba obligado á vender todos los bienes muebles de su pupilo, aún los preciosos, pero por una constitución de Constantino no se permitió la venta sino de los animales inútiles y de los objetos que no podían ser conservados sin peligro. — l. 4, cód. 5, 72, *quando decreto*...

**126** — Nuestro artículo habla de los bienes muebles, en general, en cuya denominación se comprenden así los corporales, como los *incorporales*, como son los créditos activos del menor, sus rentas, las inscripciones en la deuda pública; pero es evidente, sin embargo, así por los propios términos del artículo que nos ocupa como por otros pasajes del código, que su disposición se limita á los bienes muebles corporales. La naturaleza de los exceptuados así lo revela y el artículo 460 lo evidencia cuando exige que el tutor demuestre *la necesidad y conveniencia* del caso para que el juez pueda autorizarlo á enajenar las *rentas públicas* del menor. Si el deber de venta abrazase tanto los muebles corporales como los incorporales, la prueba de la necesidad y conveniencia sería innecesaria, porque le bastaría alegar *el deber* que le impone la ley para que la autorización fuera ineludible.

El artículo 452 del Código francés se expresa lo



mismo que el nuestro, y sus más ilustrados comentadores lo entienden limitado, sin embargo, á los bienes muebles corporales, sin el fundamento decisivo de nuestro citado artículo 460. Véase Marcadé sobre el art. 452; Demol. Tom. 1º, n. 572; Mourlon, T. 1º, n. 1172; Laurent, Tom. 5, n. 63, *et cetera*.

**127** — Siendo obligación del tutor vender prontamente los bienes, es evidente que debe responder de los daños é intereses causados por su falta, la cual puede consistir ó en el retardo, ó en la omisión de la venta. — art. 447 y sus concordantes 542 y 545.

**Art. 475.** *Los bienes muebles é inmuebles no podrán ser vendidos sino en remate público, excepto cuando los primeros sean de poco valor, y haya quien ofrezca un precio razonable por la totalidad de ellos, á juicio del tutor y del juez.*

**128** — Sometidos á la concurrencia del público, se obtiene el verdadero y por punto general el mayor precio. Por esto y como precaución contra el posible proceder doloso del tutor, la ley dispone que toda venta de los bienes de menores se haga en remate público, ora se trate de inmuebles, ora de muebles.

Dos excepciones abre la ley á esta regla: — la primera, la consignada en el presente artículo, y la segunda, la que hace el inmediato siguiente.

La del presente es que, si los bienes muebles de que se trata son de poco valor, su venta puede hacerse en acto privado, si hay quien ofrezca por ellos un precio que sea razonable á juicio del tutor y del juez.

Fuera de este caso, los bienes muebles, del propio



modo que los inmuebles, deben ser vendidos en remate público cuando el juez ha autorizado su enajenación, de tal manera que, si el tutor los vende en acto privado, la venta será nula; nulidad que sólo el menor puede alegar ú oponer, porque no es sino relativa.

No se comprende en esta disposición la venta de los bienes muebles de un establecimiento comercial ó industrial, que pertenece á los actos ordinarios de su administración ó explotación, porque tales actos son autorizados y no necesitan para su legitimidad el que sean especialmente permitidos por el juez. — art. 482.

**Art. 476.** *El juez puede dispensar que la venta de muebles é inmuebles se haga en remate público, cuando á su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, ó porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación.*

**129** — Esta es la segunda excepción á la regla que dice, que, los bienes muebles é inmuebles de los menores de edad no podrán ser vendidos sino en remate público.

La consecuencia del remate no es siempre alcanzar el mayor precio que sea posible en la plaza, pues hechos frecuentes enseñan que cuando las cosas son llevadas á venta pública por verdadera necesidad, lo que nunca es fácil ocultar, el precio que se obtiene es bajo.

Es por lo tanto fundada la excepción que permite



la venta privada, cuando en razón de circunstancias especiales es más ventajosa que la venta pública, ó cuando sea cierto que en la plaza no pueda alcanzarse mayor precio que el ofrecido, siempre que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación.

**130** — La tasación debe ser un acto pericial, hecha en mira de venta en tiempo no lejano para que pueda estimarse si el precio ofrecido es mayor que el valor ordinario de la cosa en el mercado. — art. 483.

Resulta de lo expuesto y de las disposiciones legales, que, á la autorización para la venta extrajudicial debe preceder: 1º El pedido del tutor para la enajenación del bien de que se trate y demostración de su utilidad ó necesidad; 2º La oferta del precio ofrecido privadamente; 3º La tasación del bien, hecha por mandato judicial.

**Art. 477.** *El tutor necesita la autorización del juez para los casos siguientes:*

*1º Para vender todas ó la mayor parte de las haciendas de cualquier clase de ganado, que formen un establecimiento rural del menor;*

*2º Para pagar deudas pasivas del menor, si no fuesen de pequeñas cantidades;*

*3º Para todos los gastos extraordinarios que no sean de reparación ó conservación de los bienes;*

*4º Para repudiar herencias, legados ó donaciones que se hiciesen al menor;*

*5º Para hacer transacciones ó compromisos sobre los derechos de los menores;*

*6º Para comprar inmuebles para los pu-*



*pilos, ó cualesquiera otros objetos que no sean estrictamente necesarios para sus alimentos y educación;*

*7º Para contraer empréstitos á nombre de los pupilos;*

*8º Para tomar en arrendamiento bienes raíces, que no fuesen la casa de habitación;*

*9º Para remitir créditos á favor del menor, aunque el deudor sea insolvente;*

*10º. Para hacer arrendamientos de bienes raíces del menor que pasen del tiempo de cinco años. Aun los que se hicieran autorizados por el juez llevan implícita la condición de terminar á la mayor edad del menor, ó antes si contrajere matrimonio, aun cuando el arrendamiento sea por tiempo fijo;*

*11º. Para todo acto ó contrato en que directa ó indirectamente tenga interés cualquiera de los parientes del tutor, hasta el cuarto grado, ó sus hijos naturales ó alguno de sus socios de comercio;*

*12º. Para hacer continuar ó cesar los establecimientos de comercio ó industria que el menor hubiese heredado, ó en que tuviera alguna parte.*

**131** — Es notoriamente incompleta la enumeración que este artículo hace de los casos en que el tutor necesita de autorización judicial, pues á más de ellos están, entre otros, los siguientes:

Para usar de los depósitos hechos en los bancos,



ó para enajenar las rentas públicas, demostrando la conveniencia ó necesidad de hacerlo. — art. 460.

Para exigir de los parientes del pupilo la prestación de alimentos cuando éste fuese indigente. — art. 462.

Para poner en otra casa al pupilo, ó contratar el aprendizaje de algún oficio y los alimentos, cuando á más de su indigencia no hubiere quien le prestara éstos. — art. 464.

Para mandar, ó llevar consigo á los pupilos fuera de la República, ó á otra provincia. — art. 466.

Para dividir los inmuebles que el pupilo posea en común con otro, ó para constituir sobre ellos un derecho real cualquiera. — art. 469.

Para hacer las veces del socio fallecido á quien hubiere sucedido el menor, cuando se resolviese la continuación de la sociedad en un establecimiento de industria ó comercio. — art. 479.

Para en caso de resolverse la disolución de la sociedad, ajustar la venta ó cesión de la cuota social del pupilo á los socios sobrevivientes, ó á terceros con el asentimiento de aquellos. — art. 480.

Para, por sí ó por medio de encargados suyos dirigir las operaciones, hacer pagos y ejecutar los actos de una libre administración, en un establecimiento industrial ó de comercio del menor, sin necesidad de autorización especial, sino en el caso de una medida extraordinaria. — art. 482.

Para aceptar donaciones hechas á sus pupilos. — art. 1842, inciso 2°.

**132** — Veamos ahora los enumerados por el artículo que nos ocupa.

1° *Para vender todas ó la mayor parte de las*





*haciendas de cualquiera clase de ganado que formen un establecimiento rural del menor.*

Armoniza con el artículo 332 que prohíbe á los padres vender, sin autorización judicial, los ganados de cualquiera clase que formen los establecimientos rurales de sus hijos. Si á los padres legítimos se niega facultad para la enajenación, con mayor razón debe ser negada al tutor. Además, la decisión se ajusta á la regla general establecida en el artículo 468 que dice, que, el tutor no puede enajenar los bienes *muebles* ó *inmuebles* de su pupilo, sin autorización del juez de la tutela.

Mas aún: al juez corresponde resolver si ha de cesar ó continuar el establecimiento pastoril que pertenezca al menor, inciso 12; y desde que ha resuelto su continuación, es natural que sus ganados deban ser conservados—art. 474,—y consiguientemente que el tutor no pueda hacer su enajenación sin previa autorización del juez. Pero la prohibición es de *todos* ó de la *mayor parte* de los ganados, dejándose al tutor la facultad que asiste á todo buen padre de familia para vender,—como acto que cabe en la administración,—una parte relativamente pequeña, y especialmente aquellos ganados cuya enajenación es impuesta por la naturaleza de las cosas, constituyendo el manejo natural y próspero del establecimiento, como son, por ejemplo, los novillos en la hacienda vacuna, los capones en la ovina, sin necesitar para estos actos de autorización especial.—art. 482.

**133**—2º *Para pagar deudas pasivas del menor, si no fuesen de pequeñas cantidades.*

El pago de una deuda entraña *prima facie* su reconocimiento, que la ley no le permite al tutor



en precaución contra actos irregulares posibles que, si no se imposibilitan se hacen muy difíciles con el conocimiento que el juez debe tomar del caso antes de prestar su autorización.

Si le está vedado pagar deudas que aparecen comprobadas, debe estarle con mayor razón hacer arreglos que importen reconocer créditos de dudosa existencia contra el pupilo.

Por consiguiente, el reconocimiento que por sí sólo hiciese, no puede conceder al acreedor un derecho cierto de que proceda una acción que deba prosperar en juicio sin un pronunciamiento sobre la existencia del crédito.

Es con esta limitación que puede repetirse la ley 9, § 5, cód. de adm. tut.: *Nec prohibentur tutores bonam fidem agnoscere*, — nada impide al tutor reconocer lo que su pupilo debe de buena fe.

**134**— 3º *Para todos los gastos extraordinarios que no sean de reparación ó conservación de los bienes.*

Luego, podrán ser hechos por el tutor, sin autorización judicial, los gastos extraordinarios que demandaren la reparación ó la conservación de los bienes? La afirmativa entra en la redacción del inciso, pero la negativa es impuesta por el claro espíritu de la ley.

En nombre de la administración se permite al tutor hacer por sí solo los gastos ordinarios que fuesen demandados por la conservación ó reparación de los bienes; pero los *extraordinarios*, que bien pueden importar una suma alta, no pueden ni deben ser hechos sin autorización judicial. Las reparaciones extraordinarias bien pueden importar una reconstrucción, en un edificio, por ejemplo. Es contrario



al espíritu de la ley reconocer en el tutor facultad para hacerlas sin autorización judicial.

La redacción del inciso no es buena: está tomado del artículo 246 de Goyena concebido así: « Para todos los « gastos extraordinarios ó que no sean de conservación ó reparación necesita la autorización del « consejo de familia » — (del juez entre nosotros).

Justificando esta decisión dice: tocando al consejo de familia fijar el monto de los gastos y el empleo que debe darse al dinero sobrante, con mayor razón debe ser de su competencia los *extraordinarios* en general, lo que podemos repetir nosotros diciendo, que, correspondiendo al juez fijar la suma anual á invertirse en alimentos y educación del menor, — art. 457, — con mayor razón le corresponde autorizar los gastos extraordinarios de toda especie.

**135 — 4º** *Para repudiar herencias, legados ó donaciones que se hicieren al menor.*

No se le exige autorización sino para *repudiar*, luego cabe decir que puede aceptar sin necesitar de tal autorización; y como por el artículo 484, inciso 4º, se prohíbe absolutamente al tutor aceptar una herencia deferida al menor, *sin beneficio de inventario*, la ley crec plena con esto la previsión en favor del menor. No es así, sin embargo, como pronto veremos.

La renuncia de derechos se estima como una enajenación y como, por otra parte, una donación, un legado, una herencia rara vez deja de ser un beneficio, es natural que la ley no le permita al tutor repudiarlas sin tener para ello autorización judicial.

Pero recordando respecto del legado ó donación que pueden ser hechos á voluntad del donante ó



testador, bajo condición ó con cargos y que estas modalidades pueden hacer de ellos una carga antes que un beneficio, la ley prohíbe también al tutor aceptarlos sin autorización judicial expresa, — art. 1842, inciso 2º, — resultando que el tutor necesita de la autorización del juez sea para repudiar, sea para aceptar donaciones ó legados hechos á su pupilo.

**136** — ¿Queda asegurada en la herencia y en todo otro caso la suerte del menor, con la aceptación bajo beneficio de inventario hecha por el tutor, de tal manera que jamás pueda perder?

Pensamos que no.

Ciertamente que con la aceptación bajo beneficio de inventario, las obligaciones del menor no pueden pasar del valor de los bienes que ha recibido de la herencia; pero tratándose de sucesión entre descendientes y ascendientes, está obligado á colacionar á la masa de los bienes sucesorios los valores que hubiere recibido del difunto por donación entre vivos, á fin de que la división entre los herederos se haga sobre la base del acervo así formado; en tanto que renunciando á la herencia conservará esos valores, siempre que no excedan de lo que el donante pudo disponer libremente, lo que prueba que con la aceptación hecha por el tutor, el menor puede perder. Supongamos, en efecto, que el padre del menor, que le donó en vida bienes por valor de diez mil pesos, tuvo siete hijos y un capital de cincuenta mil pesos. Aceptada la herencia, debe colacionar los diez mil pesos y recibir solamente 7142 \$, — despreciando una fracción, — en tanto que si renuncia á la herencia conservará íntegros los diez mil pesos de la donación. — artº. 3510, 3511, 3512 y 3388.

Además, en razón de la administración de la herencia, que corresponde al heredero beneficiario,



el menor contrae obligaciones con los acreedores y legatarios, — artº. 3417 y 3418, — obligaciones que pueden ser muy onerosas sin los recursos contra un tutor solvente.

**137** — Y bien. — ¿Puede el tutor aceptar sin autorización judicial una herencia deferida á su pupilo? Creemos que se impone la resolución negativa de esta cuestión.

La posibilidad de que los actos del tutor acarreen perjuicio al menor y la necesidad de evitarlo en cuanto sea posible, son la razón de la exigencia de la autorización judicial. En nombre de ellas se la exige para la aceptación de una donación ó de un legado: en nombre de ellas debe ser exigida para la aceptación de una herencia. Este es el espíritu del código y el espíritu de la ley debe presidir la jurisprudencia.

**138** — 5º *Para hacer transacciones ó compromisos sobre los derechos de los menores.*

En la transacción se hace concesiones reciprocas de pretensiones, ó quizá renuncia de derechos ciertos para comprar la tranquilidad, evitándose las molestias y sacrificios de un pleito. Es natural entonces que la ley requiera la autorización judicial para que el tutor pueda transar sobre los derechos de su pupilo.

Menos podrá consiguientemente hacer arreglos con los acreedores del menor que impliquen el reconocimiento de obligaciones dudosas ó no comprobadas, porque esto sería más grave que transar renunciando á pretensiones de éxito probable. No teniendo derecho para pagar ni las deudas ciertas del menor, menos puede tenerlo para reconocer deudas. Lo contrario importaría dejar en manos del tutor la fortuna y la suerte de su pupilo.



El inciso 6° del artículo 875 repite la prohibición del presente diciendo: — «No pueden hacer transacciones... los tutores y curadores en cuanto á los derechos de los menores é incapaces, si no fuesen autorizados por el juez, con audiencia del Ministerio de Menores.»

En el n. XLI, tit. 7, lib. 26 del Digesto, de admin. tutor, se lee — «*Tutoribus concessum est a debitoribus pupilli pecuniam exigere, . . . non etiam donare, vel etiam deminuendi causá cum iis transigere*—Ha sido permitido á los tutores exigir, cobrar las sumas debidas á sus pupilos; pero les es prohibido transigir de manera á hacer remisión ó donación del todo ó parte.

**139** — Tampoco puede comprometer en árbitros los derechos de sus pupilos. El compromiso es un contrato por el cual se renuncia á la jurisdicción ordinaria de los jueces y se somete la causa á la decisión arbitral, sea de árbitros de derecho, sea de árbitros arbitradores, con renuncia del recurso de apelación y estipulación de una multa, según disposiciones de la ley procesal. El tutor no puede renunciar á las garantías del juicio ordinario y á la revisión de las causas por los jueces superiores, sin la autorización expresa del juez competente, ante el cual debe justificar la necesidad ó conveniencia de someter los derechos de su pupilo á la decisión arbitral.

**140** — 6° *Para comprar inmuebles para los pupilos, ó cualesquiera otros objetos que no sean estrictamente necesarios para sus alimentos y educación.*

Concuerda con el artículo 458 que, inspirado en los actos de una buena administración, establece que los sobrantes de las rentas del menor, después



de cubiertos los gastos de alimentos y educación, sean colocados en los bancos, a interés, ó invertidos en bienes raíces con conocimiento y aprobación del juez de la tutela. Los bienes raíces son, por punto general, la base más sólida de la fortuna y casi siempre la verdadera tabla de salvación de las familias cuando los accidentes de la vida barren con los bienes; pero cuando se está por comprar propiedades raíces, como medida de prosperidad, se está al frente del problema de invertir é inmovilizar sumas de dinero teniendo en cuenta el tiempo como elemento de juicio y aun como actor en las ventajas de la colocación. El problema puede comprometer la fortuna del menor y es por eso que la ley no permite que el tutor obre solo y le exige autorización judicial.

En los *otros objetos* que no sean estrictamente necesarios para sus alimentos y educación se comprenden los bienes muebles, cuya adquisición se presentará muy pocas veces como útil, porque precisamente porque se deterioran fácilmente con el tiempo es que la ley — art. 474 — impone al tutor el deber de provocar sin demora su venta, la que deberá hacerse en remate público, si circunstancias especiales no aconsejasen su realización por acto privado.

El artículo 1395 repite en su inciso 2° la disposición del presente declarando, que, *es prohibida á los tutores la compra* de bienes para sus pupilos, que no sea en los casos y por el modo ordenado por las leyes; prohibición cuyo resultado es la nulidad de los actos ejecutados en contravención. — art. 18.

**141 — 7°** *Para contraer empréstitos á nombre de los pupilos.*

Tomar dinero á interés es siempre una operación



peligrosa, porque la obligación de los intereses importa una carga, cuyo peso aumenta en proporción al tiempo. ¡Cuántas pequeñas fortunas absorbidas por los intereses! No es de extrañar, por lo tanto, que para contraer empréstitos, el tutor necesite autorización judicial, la que el magistrado no debe acordar sino en los casos de necesidad verdadera, ó de utilidad evidente. Por ejemplo, — para pagar una deuda de interés más alto que el interés del empréstito; para reparaciones urgentes de las fincas del menor, *et cétera*.

**142** — 8° *Para tomar en arrendamiento bienes raíces, que no fuesen la casa habitación.*

Si para emprender el negocio de realquilar, ó para establecer ó continuar un establecimiento industrial ó de comercio se hace necesario tomar en arriendo un inmueble, la ley requiere autorización judicial, dada con conocimiento de causa, porque estima que se trata de un negocio que puede comprometer los intereses del menor.

Si sólo se tratase de un arriendo para casa habitación de los pupilos, el tutor puede obrar por sí solo.

**143** — 9° *Para remitir créditos á favor del menor, aunque el deudor sea insolvente.*

Está expresamente vedado á los padres «hacer remisión voluntaria de los derechos de sus hijos» —art. 331: —con mayor razón, por lo tanto, debe estar vedado al tutor hacerla, porque no es admisible que tenga más amplias facultades que el padre.

Mas aún: le está absolutamente prohibido por el inciso 6° del art. 484, aun cuando contase con la autorización judicial. Sus palabras son: — *Son prohibidos absolutamente al tutor, aunque el juez indebi-*





damente lo autorice: . . . 6° hacer remisión voluntaria de los derechos de sus pupilos.»

¿Acaso esta última disposición hace inútil la del inciso 9° que nos ocupa? A nuestro juicio no, porque la prohibición *absoluta* del art. 484 se refiere á cuando se trate de una remisión voluntaria, sencilla y puramente liberal, en tanto que la disposición del inciso 9° sólo prohíbe al tutor hacer remisión de derechos por sí solo, pero no prohíbe que la haga con autorización judicial. Se trata de una remisión parcial, con un deudor insolvente, para salvar el resto del crédito y obtener su inmediato pago, — por ejemplo. ¿Quién puede dudar que este acto, evidentemente benéfico al menor, debe ser autorizado por el juez? ¿Quién no se apercibe que la doctrina contraria importa el sacrificio de los intereses del menor? ¿Se trata, por ejemplo, de concertar una transacción importante y altamente benéfica al pupilo sobre la base, de su lado, de remitir una parte ó el todo de un crédito suyo en cambio de los beneficios que por la transacción obtiene? No es dudoso que el juez puede autorizar legalmente esta remisión, porque no es dudoso que puede autorizar la transacción, como no es dudoso que la transacción se hace entre las partes sobre la base de concesiones reciprocas, de las que pueden ser materia no solo meras pretensiones, sino también derechos ciertos.

**144—10°** *Para hacer arrendamientos de bienes raíces del menor que pasen del tiempo de cinco años. Aun los que se hicieran autorizados por el juez llevan implícita la condición de terminar á la mayor edad del menor, ó antes si contrajere matrimonio, aun cuando el arrendamiento sea por tiempo fijo.*

El tutor puede proceder por sí solo al arrendamiento de los inmuebles del menor siempre que el tiempo del



arriendo no pase de cinco años. Para arrendarlos por un tiempo mayor, el tutor necesita la autorización del juez. Tanto el arrendamiento hecho sin autorización judicial como el hecho con ella, llevan la condición implícita de terminar á la mayor edad del menor, ó antes si contrajere matrimonio, aun cuando el arrendamiento sea por tiempo fijo. Tal es la disposición legal, que está en armonía con la consagrada por el art. 334 respecto de los contratos hechos por los padres.

La ley quiere que los bienes raíces del menor estén libres de toda obligación de arriendo en el día en que el menor llega á la mayor edad, ó en el que adquiere su emancipación, y á este fin establece, á semejanza de lo dispuesto respecto del padre, que todo arrendamiento estipulado por el tutor lleva implícita, por obra de la ley misma, la condición de terminar en las épocas expresadas. De este modo, el menor tomará sin demora posesión de sus bienes y los administrará con toda la libertad que le permita la ley, sin el reato de estipulaciones anteriores.

**145 — 11º** *Para todo acto ó contrato en que directa ó indirectamente tenga interés cualquiera de los parientes del tutor, hasta el cuarto grado, ó sus hijos naturales ó alguno de sus socios de comercio.*

Con el fin de asegurar la buena administración de los bienes del menor, la ley prohíbe al tutor hacer contrato de cualquiera especie con su pupilo.—art.484. Quiere desnudarlo de todo interés propio para que en el manejo de los bienes del menor no busque sino el interés de éste. Pero como no es posible prohibir que sus parientes, sus hijos naturales, ni sus socios contraten con sus pupilos, se le impone el deber de buscar la autorización judicial para así imposibilitar



que, influenciado por intereses de familia ó de compañerismo, sacrifique á su pupilo.

**146**—12° *Para hacer continuar ó cesar los establecimientos de comercio ó industria que el menor hubiese heredado, ó en que tuviera alguna parte.*

Es siempre importante cualquiera que sea la resolución que se adopte en el caso, porque sea que se resuelva continuar, sea cesar un establecimiento industrial ó de comercio, el menor corre peligro en sus intereses y justo es que la ley venga en su auxilio, haciendo necesaria la autorización judicial como seguridad de mayores probabilidades de acierto.

**147**—Creemos conveniente no cerrar estas notas sin escribir algunas palabras acerca de la clase de nulidad que afecta los actos del tutor que no revistan las formalidades legales, ó que no se encuadren en los requisitos exigidos en favor de los menores.

No es nuestro ánimo hacer un estudio de las nulidades en general, estudio, bien difícil ciertamente, que ensayaremos bajo el título *De la nulidad de los actos jurídicos*, sino simplemente, como dejamos dicho, de la que afecta á los actos del tutor ejecutados con violación de los requisitos protectores del menor.

El tutor es un verdadero mandatario y el representante legítimo de los menores á su cargo, en todos los actos civiles. Gestiona y administra solo y, por lo tanto, todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso de su pupilo y prescindiendo de su voluntad, lo que evidencia que la misión del tutor no es completar la persona del menor.—art. 445.

La ley ha podido—sin faltar á los principios de la ciencia—declarar que los actos del tutor debían ser regidos, en su fondo y forma, por las reglas gene-



rales del mandato y, de consiguiente, que para su validez no debían revestir más formalidades que las exigidas uniformemente para todos los que disfrutaban del ejercicio pleno de sus derechos civiles. Bajo semejante régimen, es natural que los actos del tutor no serían nulos ó anulables sino únicamente en los casos y por las causas que estos vicios afectan los actos de los mayores de edad, que están en entero ejercicio de sus derechos. Pero, la suerte de los menores de edad interesa en sumo grado al porvenir de la sociedad, á grado que quedaría herido de muerte si el interés de aquellos fuese desatendido. Es imprescindible cuidar de la persona y bienes del menor, y en el sentido de esta exigencia social la ley toma especiales precauciones para asegurar su alimento y educación y la conservación y prosperidad de sus bienes de fortuna. Responden á esto sus numerosas medidas como estas:—declarar que el tutor no puede enajenar los bienes muebles ó inmuebles de sus pupilos sin autorización del juez de la tutela—468; que debe ser judicial toda división de herencia ó propiedad en que tengan parte los menores del edad—471; que solo con permiso del juez y en circunstancias favorables puede enajenarse en venta privada los bienes del menor—476; que no puede hipotecar, ni constituir derecho real alguno sobre los bienes del pupilo sin especial permiso judicial—469; que no le es permitido emplear las rentas del menor en la adquisición de inmuebles sin autorización del juez, *et cétera, et cétera*. Todas estas disposiciones son dictadas en protección al menor y constituyen una legislación *especial*, dada para ellos y buscando su beneficio; y como no es ni puede ser permitido al tutor apartarse de ellas, su contravención causa la nulidad de sus actos, porque



este es el efecto señalado por la ley. — art. 18. Esta nulidad es simplemente relativa y solo es un recurso para el menor.

Si pudiera ser deducida ú opuesta no solo por el menor, sino también por los mayores de edad, dejaría de ser un recurso protector del menor y se tornaría en recurso de derecho común, y todas las disposiciones dictadas en mira exclusiva de salvaguardar los intereses de los pupilos, perderían su carácter y toda importancia. Para que sean protectoras, es necesario establecer de acuerdo con la naturaleza de las cosas, que aquella nulidad no puede ser deducida ni opuesta sino solamente por el menor, y no por las personas capaces que hayan tratado con el tutor, como lo establecen los artículos 1082 y 1083, y es esta la característica de la nulidad *relativa* que afecta á los actos de nuestra referencia.

Siempre será útil ver sobre el particular á Marcadé y Pont sobre los artículos 1304, 1311 y 1338 del Cód. francés; Escriche — verb. *Nulidad*; Aubry y Rau — Tom. 1º, § 37, tom. 4º, §§ 332 á 334 y un trabajo del Dr. Vélez Sarsfield publicado en el tomo 7º, pág. 207 de la « *Revista de Legislación y Jurisprudencia* », editada en Buenos Aires.

---

**Art. 477.** N.º 1º. Muy importante en la materia la L. 22, Cód. Rom., *De administ. tut.*, que revocó las leyes anteriores.

4º Ni en el Cód. Rom., ni en nuestras leyes hay disposición alguna sobre la materia; pero el artículo está conforme con el Cód. francés, art. 461 — de Nápoles, art. 384 — Sardo, 398 — Holandés, 459 — de Luisiana, 315. Véase Zachariæ, § 221, inciso 2, y notas 25 y siguientes.

5º En el Derecho romano es dudoso este punto; en el Derecho español no hay ley sobre la materia. Véase el Cód. francés, art. 467 — Napolitano, 390 — Holandés, 465 — Sardo, 344. Por estos Códigos debe preceder el dictámen de dos ó más letrados,



sobre la transacción que intente hacer el tutor. Véase Zachariæ, § 221, notas 43 y siguientes.

7º L. 60, Tit. 18, Part. 3ª. — L. 18, Tit. 16, Part. 6ª. — LL. 3 y 4, Tit. 5, Part. 5ª. — LL. del Tit. 39, L. 5. Cód. Rom. — Cód. Francés, art. 457. — Napolitano, 381. — Sardo, 331. — Holandés, 451. — de Luisiana, 348.

9º Zachariæ, § 221, notas 48 y 49.

10º. Ni en el Derecho romano, ni en las Leyes españolas hay disposición alguna sobre la materia. En los Códigos extranjeros se nota un olvido absoluto. Mientras tanto, todos los autores que tratan de la tutela, enseñan la doctrina de nuestro artículo.

**Art. 478.** *Si el establecimiento fuese social, el tutor, tomando en consideración las disposiciones del testador, el contrato social, su naturaleza, estado del negocio y lugar del establecimiento, informará al juez de la tutela si conviene ó no continuar ó disolver la sociedad.*

**Art. 479.** *Si el juez, por los informes del tutor, resolviese que continúe la sociedad, autorizará al tutor para hacer las veces del socio fallecido de que el pupilo es sucesor.*

**Art. 480.** *Si el juez resolviese que la sociedad se disuelva luego ó después de haberse vencido el tiempo de su duración, autorizará al tutor para que, de acuerdo con los demás interesados, ajuste la venta ó la cesión de la cuota social del pupilo, al socio ó socios sobrevivientes, ó á un tercero, con asentimiento de estos; y si no fuere posible la venta, para inspeccionar ó promover la liquidación final, y percibir lo que correspondiese al pupilo.*



**148** — Estas disposiciones tendrían su apropiado lugar en un código de procedimientos y no aquí.

El Ministerio de Menores debe necesariamente intervenir en el caso, — artº. 59, 62, 527 y 528 — é instruirse de su importancia, vale decir, de sus ventajas y desventajas, para apreciar debidamente el informe del tutor y producirse ante el juez con verdadero conocimiento de causa, cuando haya de pronunciarse sobre si conviniere ó no la continuación del establecimiento social, sin olvidar jamás el aspecto de la cuestión de si el tutor es capaz para desenvolverse en las funciones del socio fallecido, que es capítulo de verdadera importancia para la suerte del menor en el negocio.

La resolución judicial que dispusiese la continuación del establecimiento, es resolución que puede ser en un caso obligatoria para los socios sobrevivientes y en los otros no. Será obligatoria si fué convenida con el socio fallecido su sustitución en la sociedad por su heredero : no será obligatoria en caso contrario, según el artículo 1704.

Si la resolución judicial fuese en el sentido de la disolución inmediata de la sociedad, ó después de vencido el plazo de su duración, el juez debe autorizar al tutor para promover ó admitir la liquidación final, sea cediendo á uno ó más socios, ó á terceros con asentimiento de ellos, la parte ó cuota social que corresponda á su pupilo y percibir las sumas que á éste correspondiesen. La autorización general, que el juez acordase al tutor, será bastante para dar eficacia á los diversos actos comprendidos en la liquidación final aun cuando entre los bienes se contasen inmuebles pertenecientes en propiedad á la sociedad, — art. 1736; — pero cuando tales bienes son del dominio del pupilo por no haberse concedido á la sociedad sino su uso ó goce ¿será suficiente



la autorización general acordada para la liquidación final para que, con solo ella, el tutor pueda enajenar los inmuebles del menor, aún como acto comprendido en el cuerpo de estipulaciones para la liquidación final? Creemos que no.

El inmueble es del dominio del menor con absoluta independencia de las operaciones sociales y de su liquidación. Su uso y goce por la sociedad no afecta su propiedad; y si las cuentas de liquidación arrojan un saldo contra el pupilo, para cuyo pago el tutor estipuló, por ejemplo, el traspaso de su dominio, se está al frente del siguiente caso jurídico: — un menor es deudor de una suma de dinero, ¿puede el tutor pagarla dando en pago de ella un inmueble de su pupilo sin autorización especial del juez? La respuesta negativa se impone por el art. 468.

Para autorizar la enajenación por dación en pago es necesario que el juez averigüe si el pupilo no tiene dinero con qué pagar su deuda; si no le es más ventajoso hacer un empréstito para abonarla ó vender otros bienes antes que el inmueble comprometido ó que trata de dar en pago el tutor. Esta investigación no fué hecha cuando para la liquidación de la sociedad fué concedida al tutor autorización general, porque no era del caso hacerla. Por consiguiente no es ella bastante y se necesita autorización especial.— art. 472, inc. 2º.

El menor podrá reivindicar el inmueble oponiendo á la defensa del poseedor la nulidad del acto de su tutor.





**Art. 481.** *Las disposiciones de los tres artículos anteriores no son aplicables, cuando los pupilos fuesen interesados en sociedades anónimas, ó en comandita por acciones.*

**149** — En las sociedades anónimas ó en comandita por acciones no hay sino asociación de capitales, limitándose la responsabilidad de los accionistas á la suma suscrita ó acciones tomadas. Si la situación del menor no es sino la de un accionista ó subscritor, no se tendrá sino el caso de un menor que es ó deudor ó acreedor de una cantidad, caso que se rige por las reglas generales de la tutela y no por las especiales de los tres artículos anteriores.

**Art. 482.** *Si el establecimiento no fuese social, el juez, tomando pleno conocimiento del negocio, autorizará al tutor para que por sí ó por los agentes de su confianza, dirija las operaciones y trabajos, haga pagos y ejecute todos los demás actos de un mandatario con libre administración, sin necesidad de requerir autorización especial, sino en el caso de una medida extraordinaria.*

**150** — Si el padre ó testador hubiere dejado al menor un establecimiento industrial ó comercial, es deber del tutor examinar si conviene ó no conservar y continuar su explotación y solicitar en consecuencia la



autorización judicial necesaria para hacerlo continuar ó cesar respectivamente, — art. 477, inc. 12; y desde que el juez resuelva la continuación, es por demás natural que autorice al tutor, — que es el representante legítimo del menor en todos los actos de la vida civil, — para que, sea por sí mismo, sea por agentes de su elección y confianza dirija los trabajos y administre el establecimiento con las facultades de una libre administración, sin necesidad de autorización *especial*, si no fuese el caso de una medida extraordinaria. Estas disposiciones del artículo concuerdan con las reglas generales del mandato que determinan los límites de las facultades de una *libre y general administración*, reglas que deciden: 1° que el mandato concebido en términos generales, aunque contenga la cláusula de general y libre administración y aunque el mandante declare que no se reserva ningún poder y que el mandatario pueda hacer lo que estime conveniente, no comprende sino los *actos de administración*; y 2° que el mandato general comprende los negocios *ordinarios*, con todas sus consecuencias, comprendiéndose por ordinarios aquellos para los cuales la ley no exige poderes *especiales*, y que todos los demás se reputan *extraordinarios* — arts. 1914 y 1728. Estas reglas, — como se vé, — se ilustran recíprocamente y las declaraciones contenidas en los artículos 1915 y siguientes sirven, — como dice nuestro codificador, — para salvar las dudas que puedan ofrecer en casos concretos.



**Art. 483.** *Si el juez ordenare que el establecimiento cese luego, ó cuando juzgare que su continuación sería perjudicial al pupilo, autorizará al tutor para enajenarlo, en venta pública ó privada, después de tasada ó regulada su importancia; y mientras no fuese posible venderlo, para proceder como el tutor lo encontrase menos perjudicial al menor.*

**151** — Por el artículo 476 se dispone que el juez puede dispensar que la venta de los muebles é inmuebles del menor se haga en remate público, cuando circunstancias especiales hagan más ventajosa su enajenación por acto privado, siempre que el precio que se ofrezca sea mayor que el de la tasación.

Y es conformándose con esta disposición que el presente dispone, que, cuando el establecimiento industrial ó comercial del menor deba cesar por mandato del juez, —el tutor debe ser autorizado para su enajenación en venta pública ó privada, después de tasar ó regular su importancia; tasación ó regulación que sirve para ajustar el precio en la venta privada, y para no aceptar en la pública propuesta que no alcance á la cantidad que el juez puede y debe fijar prudentemente como base para la enajenación. Esta fijación debe ser en la mayoría de los casos un acto moralmente necesario, como precaución judicial para que no sean sacrificados los intereses del menor, como fácilmente lo serían en una venta pública sin base para las posturas.



**Art. 484.** *Son prohibidos absolutamente al tutor, aunque el juez indebidamente lo autorice, los actos siguientes:*

- 1º Comprar ó arrendar por sí, ó por persona interpuesta, bienes muebles ó inmuebles del pupilo, ó venderle ó arrendarle los suyos, aunque sea en remate público; y si lo hiciere, á más de la nulidad de la compra, el acto será tenido como suficiente para su remoción, con todas las consecuencias de las remociones de los tutores por conducta dolosa;*
- 2º Constituirse cesionario de créditos ó derechos ó acciones contra sus pupilos, á no ser que las cesiones resultasen de una subrogación legal;*
- 3º Hacer con sus pupilos contrato de cualquier especie;*
- 4º Aceptar herencias deferidas al menor, sin beneficio de inventario;*
- 5º Disponer á título gratuito de los bienes de sus pupilos, á no ser que sea para prestación de alimentos á los parientes de ellos, ó pequeñas dádivas remuneratorias, ó presentes de uso;*
- 6º Hacer remisión voluntaria de los derechos de sus pupilos;*
- 7º Hacer ó consentir particiones privadas en que sus pupilos sean interesados;*
- 8º Prestar dinero de sus pupilos, por más ventajosas que sean las condiciones;*
- 9º Obligar á los pupilos, como fiadores de obligaciones suyas ó de otros.*



**152** — Ni como simple mandatario y menos aun como mandatario guardador de un menor de edad, puede el tutor ejecutar ciertos actos por más que lo autorizara indebidamente el juez. La naturaleza de las cosas en algunos casos, y en otros las precauciones que la ley toma justamente en favor del menor, la inducen á declarar prohibidos, pero *absolutamente* prohibidos al tutor, aunque el juez lo autorizase, los siguientes actos :

**153** — *Comprar ó arrendar por sí, ó por persona interpuesta, bienes muebles ó inmuebles del pupilo, ó venderle ó arrendarle los suyos, aunque sea en remate público.*

Permitir que el tutor tenga interés contra su pupilo es facilitar su mala administración. La ley no ha podido permitir que le fuera lícito colocarse por acto propio entre su interés personal y su deber, porque semejante facultad es inconciliable con su obligación de desempeñar la tutela como un buen padre de familia, y por eso le ha prohibido absolutamente comprar ó tomar en arriendo, sea directamente, sea por persona interpuesta, los bienes, de cualquiera clase que fueren de su pupilo; como también vender ó dar en arriendo á su pupilo los suyos, aunque sea en remate público.

Esta prohibición es la misma que el artículo 331 establece para los padres y es con mayor razón aplicable á los tutores.

Referentemente á la venta y á la compra, la repiten los artículos 1393 y 1395, diciendo el 1º que los tutores no pueden, bajo ninguna forma, vender bienes suyos á los que están bajo su guarda, y el 2º que es prohibido á los tutores comprar, aunque sea en remate público, los bienes de las personas que estén á su cargo; y referentemente al arriendo



la repite el artículo 1547 declarando, que, no pueden ser arrendatarios de ciertos bienes los que no pueden ser adjudicatarios de ellos. — art. 1395 citado, inc. 2°.

*Hinc* — se lee en las Pandectas — *tutor rem pupilli emere non potest. Idemque prorrigendum est ad similia; id est, ad curatores, procuratores, et qui negotia aliena gerunt.* Un tutor no puede comprar la cosa de su pupilo, lo que se extiende al curador, procurador, agente de negocios y otros.

Y en general, no es permitido al que administra una cosa comprarla ni por sí mismo, ni por intermediario.... y así es como debe entenderse lo que dicen Dioclesiano y Maximiano en un rescripto, «que no pudiendo el tutor de buena fe y regularmente comprar los bienes de su pupilo que deben ser vendidos, menos aun puede hacerlos comprar por intermedio de su mujer.»

*Et generaliter «non licet ex officio quod administrat quis, emere quid, vel per se, vel per aliam personam.» ... De tali auctione accipe quod rescribunt Diocl. et Max: «quum ipse tutor nihil ex bonis pupilli quæ distrahi possunt, comparare palam et bona fide prohibetur, multo magis uxor ejus hoc facere potest.* Lib. 18, tit. 1º, art. 1º, § 3.

Se hacía excepción cuando la compra era por acto ó en remate público.

Por la Ley 1ª, tit. 12, lib. 10 de la Nov. Recp., que es la 23, tit. 11, lib. 5 de las Recopiladas, se prohíbe al tutor comprar sea pública, sea secretamente, los bienes de su pupilo, bajo pena de nulidad y de cuatro tantos del valor de la cosa comprada, copiando en esto la ley romana.

**154—2º** *Constituirse cesionario de créditos ó derechos ó acciones contra sus pupilos, á no ser que las cesiones resultasen de una subrogación legal.*



En este caso como en el anterior inmediato, la ley busca que el tutor no se encuentre influenciado por un interés personal que lo impulse á olvidar el que tiene de hacer la administración de los bienes de su pupilo, buscando siempre y en todo caso el interés de éste. Es por eso que la misma ley dispone que no puede ser tutor el deudor ó acreedor del menor por cantidades considerables; y es de observar que la razón que impide al acreedor ser tutor es también la que impide al tutor, durante su administración, ó después de excusarse de ella, como se dice en las Pandectas, hacerse ceder ninguna acción contra su pupilo, ni por causa de donación, ni por causa de compra, bajo pena de perder la acción cedida y de quedar liberado de ella el pupilo:— *Qua ratione creditor pupilli ab ejus tutela removetur; eadem ratione tutor prohibetur, constante tutela aut etiam ea deposita, aliquam ullarum actionum cessionem adversus pupillum suum, sive ex causa emptionis, sive ex causa donationis in se suscipere: sin, tutorem actione cessa cadere, eamque rem fieri lucro pupilli.* — Lib. 26, tit. 1º, § 2º.

Otra razón de la ley consiste en impedir que el tutor, conocedor de los papeles y medios de defensa de su pupilo, pueda explotar su posición comprando créditos dudosos contra el menor para hacerlos prosperar, destruyendo á este fin los documentos ó papeles que los enervasen.

El art. 450 del código francés dispone como el nuestro, que el tutor *no puede aceptar la cesión de ningún derecho ó crédito contra su pupilo.*

No obstante esta prohibición absoluta, escritores de nota, como Moulón, sostienen que el tutor puede recibir por donación un crédito contra su pupilo; que si paga con su peculio propio una deuda de su



pupilo, adquiere contra éste una acción de gestión de negocios, y puede repetir el monto de su desembolso; y que aún puede, cuando paga con su dinero una deuda de su pupilo, estipular la subrogación y adquirir por este medio el crédito del acreedor a quien abonó, si el acto del tutor no importa un negocio que perjudique al menor.

Y Dalloz en «Códigos anotados» dice, de acuerdo con la jurisprudencia, que «el tutor que no puede hacerse cesionario de ningún derecho ó crédito contra su pupilo, tampoco puede, pagando la deuda del menor, hacerse subrogar en los derechos del acreedor,» pero que la prohibición de la ley no es aplicable «en el caso del pago por el tutor de una deuda que le es común con el menor,» ni cuando «adquiere por sucesión ó por testamento un derecho ó un crédito contra el menor,» ni cuando adquiere un derecho ó un crédito contra su pupilo por donación entre vivos, ni cuando se hace cesionario «de los derechos pertenecientes á un coheredero del menor en una sucesión indivisa con éste.»

En el campo de nuestra ley, sostenemos en toda su energía y en toda la extensión de sus términos, la prohibición legal y sus excepciones de derecho.

Se prohíbe *absolutamente* al tutor constituirse cesionario de créditos ó derechos ó acciones *contra* sus pupilos, salvo los casos en que las cesiones resulten de una *subrogación legal*.

Por consiguiente, se tiene en resumen: 1º, que no le está prohibido hacerse cesionario de créditos ó derechos que *no* sean *contra* sus pupilos y puede, por lo tanto, hacerse cesionario de «los derechos pertenecientes á un coheredero de menor en una sucesión indivisa con éste;» 2º que no pueden admitirse más excepciones que las permitidas por la ley, porque





cuando se está al frente de una prohibición *absoluta*, no es dado extender las excepciones legales á casos no comprendidos en la disposición excepcional.

Las permitidas son las «cesiones que resultasen de una *subrogación legal*,» tales como las contenidas en los casos enumerados por los artículos 802, 2063, 2066, 2072 y 2188.

Pero forzoso es decir que, es más aparente que real esta prohibición, porque con solo ser autorizado por el juez para el pago, se encontrará el tutor en el caso de la subrogación legal.

De dos clases es la subrogación: *legal* ú operada por la ley misma, la una, y *convencional* ó estipulada, la otra; y como la legal tiene lugar en favor «del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita ó expresamente el deudor, ó ignorándolo», art. 802, inciso 2º, resulta que, autorizando el juez el pago, — art. 477, inc. 2º, — el tutor se encuentra en el caso de la subrogación legal y adquiere contra su pupilo todos los derechos, acciones y garantías del primer acreedor; y como la conveniencia de la autorización para el pago está dejada á la apreciación judicial, es más aparente que real aquello de estar *absolutamente* prohibido al tutor, *aunque indebidamente lo autorice el juez*, constituirse cesionario de derechos ó acciones contra su pupilo, á menos que la cesión resulte de una subrogación *legal*.

**155 — 3º** *Hacer con sus pupilos contratos de cualquiera especie.*

Es esta una prohibición tanto más justa cuanto que está impuesta al padre con relación á sus hijos, en estos términos: *los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que estén bajo su patria potestad.* — art. 318.



La prohibición debe entenderse limitadamente, en armonía con su objeto, que es, asegurar una buena administración de los bienes del menor, alejando en ella al tutor de todo interés personal suyo á fin de que no se inspire sino en el interés de su pupilo. Está por consiguiente dentro de los límites de la prohibición todo contrato que importe un negocio ó una especulación, pero no está dentro de ella el acto ó contrato que importe un beneficio exclusivo del menor, del que no reporte ninguna ventaja el tutor, ó solo la tenga moderada y legítima. Por consiguiente, podrá hacer donación á su pupilo, para cuya aceptación debe darse al menor un tutor especial y acordar su autorización el juez.—art. 1842, inc. 2°; anticipar ó prestar fondos al menor con autorización judicial, bajo condiciones favorables, para pagar una deuda vencida, recargada de un alto interés, por ejemplo, ó adelantar fondos para el pago de los alimentos y educación del pupilo:—artº. 1904 y 1983.

**156—4°** *Aceptar herencias deferidas al menor, sin beneficio de inventario.*

El tutor no puede aceptar una herencia á nombre de su pupilo sino con beneficio de inventario, principio con el cual concuerdan los artículos 3367 y 3398; y es tan insalvable aquel deber, que el tutor no puede apartarse de él, ni aun con autorización judicial, de lo cual se deduce que debe responder á su pupilo de los daños é intereses que le hubiere causado su aceptación simple ó llana.—art. 447.

**157—5°** *Disponer á título gratuito de los bienes de sus pupilos, á no ser que sea para prestación de alimentos á los parientes de ellos, ó pequeñas dádivas remuneratorias, ó presentes de uso.*

El tutor tiene la administración de los bienes



del menor, lo que importa decir que está obligado a *conservarlos* y hacerlos prosperar. Luego es natural que le esté prohibido donarlos, aunque sea con autorización judicial, porque la donación importa para el donante la pérdida de la cosa. Sale de su patrimonio para entrar en el del donatario. *Donandi nulla ratiene res eorum, quorum administrant negotia, potestatem habent*, como dice el Cód. Romano, l. 16, tit. 37, lib. 5.

**158**— Se exceptúa, dice la ley, el caso de prestación de alimentos a los parientes de los pupilos, que bien puede decirse que no es una verdadera excepción, porque en la prestación de alimentos no hay, estrictamente hablando, una donación. Cuando los pupilos son demandados por prestación de alimentos, el tutor no tiene facultad para prestarlos sin autorización judicial, la cual no puede ni debe ser dada sino con conocimiento de causa, vale decir, después que el demandante hubiere probado los extremos de la ley, que son, necesidad de ellos, ó sea que le faltan los medios para alimentarse, que no es posible adquirirlos con su trabajo y que el demandado tiene obligación de prestarlos. Cuando el juez ha hecho esta última declaración, con fijación de la cantidad que debe dar, se está en el caso de un menor que tiene una deuda exigible, cuyo pago no es ni puede importar una donación.

**159**— Debe comprenderse en la excepción el caso en que la prestación de alimentos proceda, no de los vínculos de sangre, sino de la calidad de heredero,— art. 365,— porque allí donde está la razón de la ley allí debe regir su disposición, cuando no está dada en términos limitativos, como sucede con la del inciso que nos ocupa.



Se exceptúan también de la prohibición las pequeñas dádivas remuneratorias, ó presentes de uso que la costumbre ó la cultura imponen y las hacen las personas menos liberales, á grado que puede decirse que son moralmente obligatorias, como dice Moulron.

**160**—Por lo demás, el tutor que estuviese obligado, en representación de su pupilo, al pago periódico de la suma ó cuota alimenticia, no necesita de autorización judicial *especial* para el pago de cada cuota, sino que le basta la general dada por el juez para abonarla en los periodos determinados. — Arg. del art. 482.

**161** — *Hacer remisión voluntaria de los derechos de sus pupilos.*

Se trata aquí de la remisión voluntaria y puramente liberal, y entonces los mismos fundamentos que sustentan la prohibición de donar los bienes del pupilo sustentan la de remitir sus derechos.

Véase además lo dicho bajo el inciso 9º del art, 477.

**162** — 7º *Hacer ó consentir particiones privadas en que sus pupilos sean interesados.*

Por el artículo 471 se dispone que debe ser judicial toda partición en que los menores estén interesados, sea de muebles ó inmuebles, como también la división de la propiedad en que tengan una parte *pro indiviso*. Es lógico, por consiguiente, que se prohíba al tutor hacer ó consentir particiones privadas.

Véase lo dicho bajo el expresado art. 471.

Pero no se olvide que por el artículo 3549, se permite á los ascendientes que nombren tutores á sus descendientes, facultar á aquellos para hacer privadamente los inventarios, tasaciones y particiones y presentarlos después á la aprobación judicial.



La excepción, como se vé, es para los ascendientes, no para los jueces, los cuales no pueden en caso alguno autorizar á los tutores para hacer ó consentir particiones privadas.

**163—8°** *Prestar dinero de sus pupilos, por más ventajosas que sean las condiciones.*

Con esta prohibición y con el mandato del art. 458, por el cual se ordena que los sobrantes de las rentas del menor que no fuesen invertidos en la adquisición de inmuebles, sean *depositados á interés* en los bancos, se tiene todo un sistema para el manejo de los dineros del pupilo.

La ley no ignoraba que la hipoteca es una verdadera seguridad cuando sobre el valor del inmueble no se presta sino una cantidad que acrecida con los intereses en un tiempo mayor del plazo del crédito, no iguala al valor de la finca hipotecada; pero recordando que las buenas condiciones y el buen cálculo debían quedar forzosamente sometidos á la prudencia de los jueces y, por lo tanto, que no quedarían suprimidos los peligros, se ha ajustado á esta regla: hay que consultar más la seguridad que el lucro, y ha resuelto consiguientemente prohibir en absoluto dar en préstamo los dineros del menor, sin permitir por lo tanto otra colocación que su depósito á interés en los bancos.

**164—9°** *Obligar á los pupilos como fiadores de obligaciones suyas ó de otros.*

Esta prohibición está establecida para el padre por el artículo 331 y repetida por el 2045, inciso 3°, abrazando á tutores, curadores y á todo representante necesario, aunque fuere autorizado por el juez.

Los motivos que fundan la prohibición son inobjectables y los hemos recordado bajo el citado artículo 331.



## LA NULIDAD

**165**—Resta ocuparnos de este punto.

La ley prohíbe al tutor la ejecución de los actos que quedan ligeramente examinados.

Por el artículo 477 solo se le prohíbe ejecutar por su sola resolución los allí enumerados: se le impone la necesidad de la autorización judicial. Por el presente, se le prohíbe en absoluto, es decir, que no le es permitido ejecutar los de su referencia, ni aún con autorización judicial.

La ley no dice que es bajo pena de nulidad que hace esta prohibición; pero el artículo 18 declara que los actos prohibidos por las leyes son de *ningún valor* — nulos, — si la ley no designa otro efecto para la contravención.

Es absoluta, ó es relativa esta nulidad?

Las prohibiciones de la ley no tienen por objeto sino una protección á los menores, de donde resulta que la nulidad no puede ser sino relativa, y consiguientemente, que solo puede ser alegada ú opuesta por el menor y no por el tutor. Si el acto reporta beneficios al menor, éste podrá aceptarlo y exigir su cumplimiento; si le causa perjuicio, le opondrá su nulidad y las cosas volverán á su primitivo estado, pagando el tutor, además, los daños é intereses que hubiere ocasionado al menor. Refiriéndose á las compras y ventas prohibidas por los artículos 1393 y 1395, dice el 1396 que su nulidad no puede ser *deducida* ni *alegada* por las personas á las cuales comprende la prohibición. Lo mismo debe decirse respecto de los actos prohibidos por el art. 484 que nos ocupa, porque milita la misma razón. Solo



puede ser alegada ú opuesta por aquellos en cuyo favor es pronunciada por la ley: — artº. 1082 y 1083.

Pothier, III. 8, n. 13 dice. — «La nulidad de estas  
« ventas no es absoluta como la de las cosas que  
« estan fuera del comercio, ó cuyo comercio está  
« prohibido; no es pronunciada sino contra el tutor  
« ú otro administrador y en favor del menor ú otro  
« á quien la cosa pertenezca: no es sino el menor  
« ú otro de quien la cosa ha sido vendida quien  
« puede oponer el defecto de esta venta: si él encuen-  
« tra ventajoso el negocio, aceptará el negocio, y  
« el tutor ú otro administrador que ha comprado  
« no podrá oponer la nulidad. »

---

**Art. 484.** N° 1º. En contra, el Derecho romano, L. 5. Tit. 38, Lib. 4. Cód. Rom. — L. 5, § 2. Tit. 8, Lib. 26, Dig., y los Códigos: Francés, art. 450, Napolitano, 373, Sardo, 311, de Lusiana, 327 y de Holanda, 457. Puede deducirse entonces que todas las prohibiciones de los números que siguen podría salvarlas el tutor, siendo autorizado por el juez, lo cual sería dejar al arbitrio del juez toda la hacienda de los menores y la moral del cargo de tutor.

**Art. 485.** *El tutor percibirá por sus cuidados y trabajos la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor, tomando en cuenta, para la liquidación de ellos los gastos invertidos en la producción de los frutos, todas las pensiones, contribuciones públicas ó cargas usufructuarias á que esté sujeto el patrimonio del menor.*

**166**— La tutela es un cargo público, pero no es una carga irremunerable por su naturaleza.

Percibirá el tutor — dice la ley, — por sus trabajos y cuidados, la décima parte de los frutos líquidos



de los bienes del menor, tomando en cuenta, es decir deduciendo, para hacer la liquidación de ellos, los gastos invertidos en su producción y todas las pensiones, contribuciones públicas — generales ó locales — y las cargas usufructuarias á que estuvo sujeto el patrimonio del menor que ha estado bajo la administración del tutor. Esta décima no es debida cuando las rentas del menor no son bastantes para satisfacer los gastos de sus alimentos y educación, como lo veremos bajo el art. 487, donde también recordaremos las disposiciones legales que demuestran que la palabra *frutos* está empleada por el presente en el sentido de *rentas*: — frutos líquidos, rentas líquidas. Los gastos, contribuciones ó pensiones de que habla la ley son todos, sin distinción de ordinarios ó extraordinarios, porque de lo contrario la décima no sería de los frutos *líquidos* y sería mayor de la designada por la ley; y por cargas usufructuarias debe entenderse todo gasto ó pago hecho ó que deba hacerse por el usufructuario por razón ó causa del usufructo, como los impuestos públicos considerados como gravámenes á los frutos, las contribuciones directas sobre los bienes del usufructo, las reparaciones necesarias á su conservación, los gastos para el cerramiento obligado de la propiedad, para su deslinde *et cetera*. — art. 2912 y siguientes.

*Fructus eos esse constat qui, deducta impensa, supererunt.* L. 7, tit. 3, lib. 24, Dig.

---

**Art. 485.** L. 2, Tit. 7, Lib. 3, F. R. La tutela era gratuita por el Derecho romano, pero el magistrado podía señalar al tutor un honorario proporcionado á las facultades del menor. L. 33, § 3, Tit. 7, Lib. 26, Dig. Los Códigos francés, napolitano y sardo nada disponen á este respecto, El Cód. de Luisiana, art. 312, da al tutor el diez por ciento de las rentas del menor. El holandés no





le da honorario alguno, sino cuando los padres lo han señalado en su testamento. El de Baviera solo da al tutor el derecho á una remuneración, acabada la tutela, según hubiese sido su trabajo y el aumento de las rentas del menor. Lo mismo el de Prusia, cuando la tutela le hubiera absorbido mucho tiempo, ó hubiese tenido que hacer viajes en el interés del menor, art. 231. El de Austria dispone que pueda darse una retribución al tutor, la cual no debe pasar del cinco por ciento de las rentas del menor, arts. 266 y 267. El Cód. de Chile está conforme con nuestro artículo.

**Art. 486.** *Respecto á los frutos pendientes al tiempo de principiar la tutela, se sujetará la décima á las mismas reglas á que está sujeto el usufructo.*

**167** — De esta declaración resulta que cuando en el patrimonio del menor se cuente el derecho de usufructo, la décima del tutor podrá tomarse sobre los frutos naturales pendientes en el día del principio de la tutela, pero deduciéndose las indemnizaciones que el menor tuviera que hacer á terceros en razón del dinero ó del trabajo que hubiesen empleado por cuenta del propietario en la producción de tales frutos y consiguientemente de los gastos hechos para su percepción, porque «fructus eos esse constat qui, deducta impensa, supererunt» — art. 2898; pero no podrá pretenderse que se deduzcan los gastos que para la producción de los frutos hubiere hecho el menor antes del comienzo de la tutela, porque estando sujeta la décima á las mismas reglas á que está sujeto el usufructo y no siendo obligación del usufructuario pagar las labores, semillas ú otros gastos semejantes hechos antes de comenzado el usufructo, tampoco está obligado el tutor á descontar — para la fijación de su décima, — los que el menor hubiese



hecho antes de comenzada le tutela. — art. 2898 citado.

**168** — ¿Regirá la misma regla respecto de los frutos naturales pendientes á la terminación de la tutela? El artículo 536 del Código de Chile responde que sí. Su texto es este: « Respecto á los frutos pendientes al tiempo de principiar ó *espirar* la tutela, se sujetará la décima del tutor ó curador, á las mismas reglas á que está sujeto el usufructo. »

Nuestra ley no ha copiado esta disposición respecto de los frutos pendientes á la *espiración* de la tutela y creemos que con razón, porque estando establecido por el artículo 485 que el tutor percibirá por *sus cuidados y trabajos* la décima parte de los frutos líquidos, es justo que le sea acordada sobre los frutos pendientes y percibidos después de espirada la tutela, en proporción á los cuidados y trabajos que hubiere hecho durante ella. Goyena, en *Febrero Reformado*, T. 1º. *Origen de la décima*, Sec. 2ª.

**Art. 487.** *El tutor no tendrá derecho á remuneración alguna, y restituirá lo que por ese título hubiese recibido, si contrariase á lo prescripto respecto al casamiento de los tutores ó de sus hijos con los pupilos ó pupilas, ó si fuese removido de la tutela por culpa grave, ó si los pupilos solo tuviesen rentas suficientes para sus alimentos y educación, en cuyo caso la décima podrá disminuirse ó no satisfacerse al tutor.*

**169** — Este artículo contiene dos partes, la una simplemente dispositiva y la otra penal.



Por esta última se priva al tutor de la remuneración acordada por el artículo 485 si contraviene á lo dispuesto por el 169 —que prohíbe á los tutores y á sus desendientes legítimos que estuviesen bajo su potestad, contraer matrimonio con el pupilo ó pupila que han tenido ó tuvieren en guarda hasta que, fenecida la tutela, no hubiesen sido aprobadas las cuentas de la administración, ó cuando ha sido removido de la tutela por culpa grave, como, por ejemplo, por no haber hecho inventario en tiempo debido, no haber interrumpido—por negligencia—una prescripción, cuyo cumplimiento perjudique los intereses del menor, y con mayor razón cuando su remoción se deba á su conducta dolosa ó á causas cuyas consecuencias son iguales sobre el particular á la de los actos dolosos, como comprar ó arrendar por sí, ó por medio de terceros bienes de sus pupilos, ó venderles ó arrendarles los suyos, — arts. 484, inc. 2º y 491, inc. 3º; y por la primera se dispone que si los pupilos no tuviesen rentas suficientes para sus alimentos y educación, se puede disminuir la décima ó declararse no ser adeudada en el caso, una y otra cosa por decisión judicial cuando haya contienda.

**170** — Obsérvese que el presente artículo dice, cuando « los pupilos solo tuviesen *rentas* suficientes.... » y el 169, que el tutor pierde la asignación ó sea la décima que tiene, sobre *las rentas* del menor cuando contrae matrimonio, *et cetera*, lo que evidencia que las palabras *frutos* líquidos empleadas por el art. 485 equivalen á *rentas* líquidas. Véase Goyena —art. 253.



**Art. 488.** *Si el tutor nombrado por los padres hubiese recibido algún legado de ellos, que pueda estimarse como recompensa de su trabajo, no tendrá derecho á la décima; pero es libre para no percibir el legado, ó volver lo percibido y recibir la décima.*

**171**—La ley acuerda á los padres el derecho de nombrar tutor á sus hijos, porque sabe que elegirán personas de su amistad y confianza que cuiden debidamente de sus personas y bienes; y tomando en cuenta el hecho frecuente de que, á la vez que el nombramiento, hacen al nombrado un legado en mira de retribuir los servicios que le demandan con la tutela, dispone el presente artículo que cuando las circunstancias especiales del caso autorizasen á estimar que el legado es una recompensa á dichos servicios, el tutor no tendrá derecho á la décima si acepta y retiene el legado, pero le concede la libertad de devolver lo percibido á este título y recibir la décima.

**172**—Se concibe fácilmente la justicia de este derecho de opción por el legado ó la décima, cuando solo hay presunciones que autoricen á estimar que la intención del testador fué retribuir con el legado los trabajos del tutor; pero cuando en lugar de presunciones hay una cláusula expresa que declare que el legado es remuneratorio y donde se consigne la voluntad inequívoca del testador de no conceder mayor remuneración, ¿se acordará también al tutor el derecho de optar por el legado ó por la décima? En el artículo relativo de Freitas (1752) se resuelve por la negativa. Dice así:—«Sin embargo, si al



« tutor constituido por nombramiento de partes se  
« hubiese dejado algún premio ó legado *en recom-*  
« *pensa* de su trabajo, la remuneración será *única-*  
« *mente* ese premio ó legado, ya sea inferior, ya  
« superior al porcentaje del artículo antecedente, » —  
que es diez por ciento sobre el valor de la renta  
anual líquida de los bienes que hubiese adminis-  
trado. Pensamos en el campo de nuestra ley con  
este criterio de Freitas.

En esta materia la voluntad del testador es esti-  
mada como ley: — *Paterfamilias uti legassit super*  
*familia pecuniaque sua*, ITA JUST ESTO, — y aún  
puede decirse que la remuneración fijada importa  
una condición del nombramiento y, por consiguiente,  
cuando el tutor nombrado ha aceptado el cargo,  
se ha conformado con la remuneración y no cabe  
elegir entre ella y la décima.

---

De los modos de acabarse la tutela



**Art. 489.** *La tutela se acaba:*

*1º Por la muerte del tutor, su remoción  
ó excusación admitida por el juez;*

*2º Por la muerte del menor, por llegar  
este á la mayor edad, ó por contraer  
matrimonio.*

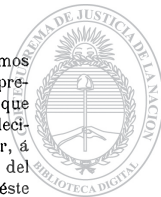
**173**—La tutela se acaba, ó por motivos referentes al tutor ó por motivos referentes al menor.

Los referentes al tutor son: 1º su muerte, 2º su remoción y 3º su renuncia admitida por el juez.

Los referentes al menor son: 1º su muerte, 2º su mayor edad y 3º su emancipación.

*Primer inciso.* La tutela es un cargo personal, que no pasa á los herederos porque no es parte del patrimonio, art. 413,—y por consiguiente, debe espirar y espira con la muerte del tutor. Es el mismo principio que preside el mandato: termina con la muerte del mandatario.—art. 1997, inc. 3º.

De la remoción ó sea la destitución nada hay que decir, sino que la autoridad judicial separa de su cargo al tutor inhábil ó indigno.—art. 491.



Y en cuanto á la excusación ó renuncia, ya hemos visto bajo el artículo 413 que la ley deja á la apreciación judicial la suficiencia de los motivos que invoca y con mayor razón debe pertenecerle decidir de la oportunidad del apartamiento del tutor, á fin de que no sean perjudicados los intereses del menor. — También en el mandato ordinario, éste concluye con la renuncia. — art. 1997, inc. 2º.

*Segundo inciso.* Desaparecida la persona del pupilo, es natural que fenezca la tutela, desde que no tiene por objeto sino la dirección y educación del menor y la administración de sus bienes, los cuales pasan por su muerte á sus herederos. También en el mandato ordinario la muerte del mandante pone fin al mandato. — art. 1997 inciso 3º. Fenece también la tutela por llegar el pupilo á la mayor edad, porque desde entonces desaparece su incapacidad y está consiguientemente habilitado para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna y sin necesitar de la autorización de nadie. — art. 129.

Fenece finalmente por el hecho de contraer matrimonio el menor, porque con el matrimonio adquiere su emancipación cuando lo ha contraído con la autorización necesaria. Véase lo que al respecto decimos bajo el artículo 131.

**174 — Tutela especial.** — Las causas que quedan enumeradas son generales y se aplican tanto á la tutela ordinaria como á la especial; pero esta última espira también por motivos que le son propios. Y así, en los casos de los incisos 1º, 4º y 5º del artículo 431 fenecerá la tutela cuando haya desaparecido la causa que motivó el nombramiento de tutor especial, y en los casos de los incisos 2º y 3º cuando por la muerte de los padres se nombra-se un tutor de mandato general á



quien corresponda administrar los bienes encargados al tutor especial.

**175**—Acabada la tutela, desaparecen las incapacidades procedentes de ella, porque cesada la causa cesan sus efectos, y por consiguiente el extutor podrá comprar ó arrendar los bienes de su expupilo, ó venderle ó darle en arriendo los suyos propios; constituirse cesionario de créditos, derechos ó acciones contra él y tratar y contratar con él, sin más excepciones que las expresamente establecidas por la ley, como la del art. 134 y la del 499.

---

**Art. 489.** L. 21, Tit. 16, Part. 6ª.

**Art. 490.** *Sucediendo la muerte del tutor, sus albaceas, ó sus herederos mayores de edad, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez del lugar, y proveer entretanto á lo que las circunstancias exijan respecto á los bienes y persona del menor.*

**176**—Si durante la tutela falleciese el tutor, sus albaceas ó sus herederos *mayores de edad*, deberán dar inmediatamente aviso al juez del lugar... dice nuestra ley, lo que es una prueba más de que la tutela no se transmite á los sucesores, pues de lo contrario las obligaciones ó deberes del cargo pesarian no solo sobre los mayores, sino también sobre los menores de edad.

Los herederos mayores están obligados á tomar las medidas exigidas por las circunstancias respecto de las personas y bienes del menor. Esto no importa la continuación de la administración tutelar, que terminó





con la muerte del tutor, sino un mandato de la ley con el fin de evitar el desamparo de la persona del menor y de sus intereses. Los herederos no tienen ni los numerosos deberes, ni las obligaciones severas del tutor. Deben proveer respecto de las personas y de los bienes del menor lo que las circunstancias exijan: sus alimentos, el cuidado de su persona, la conservación de sus bienes, ejerciendo su representación.

Nuestro artículo concuerda con el 1629 del proyecto de Goyena y con el 2010 del Código Napoleón, pero no con el 456 de este último, que es distinto.

En el mandato ordinario existe una disposición análoga tendente á evitar los perjuicios que el abandono acarrearía al mandante: «No obstante la cesación del « mandato—dice el art. 2003—es obligación del mandatario, de sus herederos, ó representantes de sus « herederos incapaces, continuar por sí, ó por otros los « negocios comenzados *que no admiten demora...*»

---

**Art. 490.** Véase el art. 3003 del Cód. de Luisiana.—Cód. francés, art. 2010.—Sardo 2043.

**Art. 491.** *Serán separados de la tutela:*

*1º Los inhábiles para ejercer este cargo desde que sobrevenga ó se descubra la incapacidad;*

*2º Los que no formen inventario de los bienes del menor en el término y forma establecidos por la ley, ó que no lo hubiesen hecho fielmente;*

*3º Los que se conduzcan mal en la tutela respecto á la persona, ó en la administración de los bienes del menor.*



**177**—La tutela es supletoria de la patria potestad, y tiene por objeto el bien del menor en su persona e intereses de fortuna. Por consiguiente, el tutor debe ser removido del cargo por causas justas, sin necesidad de que en todo caso impliquen culpa.

Deben ser separados:

**1º** *Los inhábiles para ejercer este cargo desde que sobrevenga ó se descubra la incapacidad.*

La enajenación mental, una enfermedad que llegare á producir la sordo-mudez, ó una debilitación cerebral que inhabilite para la deliberación razonada ó el cálculo en los negocios serán causas bastantes para separar al tutor de su puesto, porque no puede permitirse que por insuficiencia suya, —aunque sea inculpable, — sea perjudicado el menor y padezca la causa pública.

**178**—**2º** *Los que no formen inventario de los bienes del menor en el término y forma establecidos por la ley, ó que no lo hubiesen hecho fielmente.*

El inventario debe ser judicial y hacerse dentro del plazo designado por el juez, arts. 451—452, á menos que se trate de un tutor nombrado por el ascendiente del menor, á quien se hubiese concedido hacer privadamente el inventario para presentarlo después á la autorización judicial. Si el tutor falta á aquellos deberes, incurre en culpa grave y debe ser destituido, como debe serlo con mayor razón si ha procedido con infidelidad al hacerlo, sea omitiendo asentar bienes que existen, ó asentándolos con calidad inferior á la que tienen, aun cuando ofreciese afianzar su buena administración, porque es más expeditivo hacer que sea conservada la cosa del menor que hacer dar caución según el testamento: —*Satisfactio propositum tutoris male-volum non mutat. Expedit pupillo rem suam salvam... quám tabulas REM SALVAM FORE cautionis*



*habere*, como se dice en las Pand<sup>a</sup>. lib. 23—Reg. 345—y se repite en el Código.

**179**—3° *Los que se conduzcan mal en la tutela respecto á la persona, ó en la administración de los bienes del menor.*

Se porta mal el que no llena debidamente los fines de su mandato, ó sea el que falta á sus deberes; y cuando la falta es grave sea respecto á la persona, sea respecto á los bienes del menor, la remoción del tutor se impone.

Si acaeciére que mientras desempeña una tutela fuese removido de otra, su remoción de aquella se impone también, porque habiéndose hecho inhábil para ser nombrado tutor, no puede seguir desempeñando el cargo. — art. 432 inc. 13.

**180**—Si incurriere en la falta de comprar ó arrendar bienes de su pupilo, ó de venderle ó darle en arriendo los suyos, debe ser destituido. — art. 484 inc. 1°.

Y no se olvide que en materia civil, la falta grave se equipara al dolo, en el sentido de aplicarse á aquella las mismas leyes que en los casos de éste: — *magna culpa dolus est*, afirmación que anota así el ilustre Pothier: « No por su naturaleza sino en razón de circunstancias. Por ejemplo, si se ha probado que el tutor hacia sus propios negocios con bastante cuidado, entonces su gran negligencia en los de su pupilo sería una gran falta y esta falta un dolo, porque es contra la buena fe no dedicar á los negocios de otro, cuando se está encargado de ellos, los mismos cuidados que á los propios. »

**181** — Creemos útil consignar aquí siquiera una parte del derecho de las Pandectas sobre el particular: — lib. 26 tit. 10.



Es necesario saber que se puede denunciar á los tutores como sospechosos por fraude cometido en la tutela, si la han malversado, si han hecho algo perjudicial al pupilo ó aplicado alguna porción de sus bienes en su provecho, desde que administran la tutela.

Aun cuando el tutor no sea culpable sino de una gran negligencia, debe ser destituido porque una gran negligencia es asimilada al fraude.

En efecto, una gran negligencia es una falta, y una gran falta es dolo.

Una gran negligencia es una falta, es decir supone que se comprende lo que todo el mundo comprende.

Y la más grave de las faltas es no comprender lo que todo el mundo comprende.

*Sciendum est, aut ob dolum in tutela admissum, suspectum licere postulare; si forte grassatus in tutela est, aut sordide egit, vel perniciose pupillo, vel aliquid intercepti ex rebus pupillaribus jam tutor.*

*Sed et, «si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.»*

*Eninvero, «magna negligentia culpa est; magno culpa, dolus est.»*

*Lata autem culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt.*

*Imo hoc «latæ culpæ finis est, non intelligere id quod omnes intelligunt.»*

---

**Art. 491.** LL. 15, Tit. 16, y 1, Tit. 18, Part. 6ª.—L. 13, Tit. 51, Lib. 5, Cód. romano.

Nº 3º L. 1, Tit. 18, Part. 6ª.—Lib. 1, Tit. 26, §§ 5 y 12, Instit.

---

De las cuentas de la tutela



**Art. 492.** *El tutor está obligado a llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos, que la administración y la persona del menor hubiesen hecho necesarios, aunque el testador lo hubiera exonerado de rendir cuenta alguna.*

**182** — En ningún caso puede el tutor ser libtado de su obligación de rendir cuenta de la tutela que hubiese administrado. Si el ascendiente que ha hecho el nombramiento lo eximiese de esa obligación, se tendrá por no escrita la cláusula en que tal liberación se contenga. — art. 419.

Y aun cuando el propio menor lo eximiese de ella en su testamento, el tutor se conservará siempre obligado á rendir cuenta justificada de su administración. — art. 494.

Por consiguiente, es natural que esté obligado á llevar cuenta documentada y fiel de las rentas del



menor y de los gastos que la administración de sus bienes y sus alimentos y educación hubiesen hecho necesarios, á fin de rendirla debidamente á la expiración de la tutela, ó para darla con carácter provisorio en los casos del artículo 493.

Esta obligación insalvable del tutor es de orden público, porque vá en ello comprometido el presente y futuro de la sociedad y porque lo contrario sería admitir la dispensa del dolo y borrar el deber que la ley impone al tutor de administrar como un buen padre de familia y consiguientemente de responder de los daños resultantes de su falta. — art. 447.

**183 — ¿A quién debe ser dada la cuenta?**

Es claro que si la tutela ha expirado por la mayor edad del menor, es á este á quien debe ser dada. Si el menor se ha emancipado por el matrimonio, debe ser dada al emancipado, acompañado de un curador especial y judicialmente, según hemos dicho bajo el artículo 134; y si se trata de una tutela terminada por renuncia, inhabilidad, muerte ó destitución, debe ser rendida al nuevo tutor, judicialmente, como lo dispone el artículo 455.

La cuenta debe ser documentada en todas sus partidas, excepción hecha de aquellos gastos pequeños y ordinarios de que no es posible exigir recibos ó comprobación escrita. La prudencia judicial, dirá en cada caso cuáles sean esos gastos y en qué cantidad pueden ser admitidos sin comprobación.

---

**Art. 492.** Cód. de Chile, art. 415.



**Art. 493.** *En cualquier tiempo el Ministerio de Menores ó el menor mismo, siendo mayor de diez y ocho años, cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela.*

**184**—No basta nombrar tutor al menor: es necesario vigilar sus actos para impedir que haga el sacrificio de su pupilo.

A este fin la ley concede al Ministerio de Menores, que es un representante del menor, y al menor mismo, siendo mayor de diez y ocho años, el derecho de pedir que el tutor exhiba las cuentas de su administración cuando, por motivos que el juez tenga por suficientes, hubiese dudas sobre el buen manejo de los bienes.

Esta rendición provisoria de las cuentas es de gran importancia, porque puede poner de manifiesto —de tiempo en tiempo— la conducta del tutor y autorizar medidas de salvación de los bienes, y aun inhibir provisoriamente al tutor en la administración cuando motivos justos aconsejen tal medida. — art. 448.

En el derecho de las Pandectas se tiene que el emperador Gordiano dice en un rescripto, que, es necesario, durante la instancia, prohibir la administración al tutor denunciado y sustituirlo con otro hasta la sentencia á darse. « El presidente de la provincia ordenará que el tutor ó curador que denuncieis como sospechoso, se abstenga de administrar vuestros bienes durante la instancia; pero será necesario que se os dé otro que administre en este intervalo »:



*Pendente suspecti cognitione, tutori administrationem interdici, et alium interim subrogari debere rescribit Gordianus: « Eum quem ut suspectum tutorem « vel curatorem accusas, pendente causa cognitionis « abstinere ab administratione rerum tuarum, donec « causa finiatur, præses provinciæ jubebit. Alius « tamen interea in locum ejus in administratione « rerum ordinandus est. » — Lib. 26, tit. 10, § V.*

**185** — Concediéndose por el artículo 448 á los parientes del menor derecho para reclamar del juez las providencias necesarias á evitar los daños que la conducta irregular del tutor acarreará en los bienes del menor, es evidente que les asiste el derecho para pedir la exhibición de las cuentas de la tutela sea para justificar los cargos formulados, sea para descubrir y mejor apreciar la conducta del tutor.

Es explicito al respecto el art. 1766 de Freitas y también el 416 del Código chileno, y en nuestro derecho no es ni puede ser dudoso el punto.

**186** — *Por motivos que el juez tenga por suficientes.*

No es necesario que el menor, sus parientes ó el Ministerio público justifiquen hechos del tutor que hubieren acarreado perjuicios á los bienes de su pupilo. Basta que los que se le atribuyen sean de tal irregularidad que aconsejen una investigación para que el juez deba acceder al pedido y ordenar la exhibición de las cuentas.

La medida tiende más á vigilar los actos del tutor y á impedir que se perjudique al menor que á corregir los males causados; pero es indudable que la suficiencia de los motivos está dejada al juez, «ese buen varón al que la ley acude con tanta frecuencia





por tener en él tanta confianza » dada su importancia para decidir ella misma ó establecer reglas fijas de decisión.

**Art. 493.** El Cód. de Vaud, art. 264, manda al tutor dar cuenta anual de la tutela. — Cod. de Chile, art. 416, y las citas del artículo siguiente.

**Art. 494.** *Acabada la tutela, el tutor ó sus herederos deben dar cuenta justificada de su administración, al menor ó al que lo represente, en el término que el juez lo ordene, aunque el menor en su testamento lo hubiera eximido de este deber.*

**187** — Acabada la tutela, el tutor debe dar cuenta de su administración, dice nuestro artículo.

El tutor es un mandatario y está obligado como tal á rendir cuenta de sus actos. El artículo 1943 dice: — «El mandatario está obligado á dar cuenta « de sus operaciones, y á entregar al mandante « cuanto haya recibido en virtud del mandato, aunque « lo recibido no se debiese al mandante.» Y es obligación ineludible porque el tutor no puede ser libertado de ella ni por cláusula del testamento en que hubiese sido nombrado, art. 419, ni por disposición testamentaria del menor, ni del mayor de edad á quien la cuenta se deba. Respecto del menor, lo persuaden los términos explícitos del artículo que nos ocupa, y respecto del mayor se necesita poco esfuerzo para demostrarlo.

El objeto del artículo es establecer, como disposición general, que, expirada la tutela, el tutor debe dar cuenta; pero la expiración de la tutela tiene lugar



por llegar el pupilo á la mayor edad; luego la disposición del artículo debe comprender este caso como cualquiera otro y, por lo tanto, cuando dice «aunque *el menor* en su testamento lo hubiera eximido de este deber», usando de la palabra menor por exigencia de redacción, debe entenderse también del mayor de edad.

El artículo 496 lo pone en toda evidencia. Dispone que el tutor debe anticipar los gastos de la rendición de cuentas; pero que le serán abonados *por el menor* si aquellas estuvieren dadas en debida forma. ¿Quién duda que al decir *menor* se entiende también del mayor de edad á quien la cuenta sea debida? Es una disposición general para todos los casos de rendición de cuentas y se habla de menor solo por exigencia de redacción, pero comprendiéndose indiscutiblemente al mayor. Además, el deber de dar cuenta es de orden público, porque va en ello comprometida la moralidad de la administración de los intereses pupilares, que interesa en sus consecuencias ó proyecciones á la sociedad tanto ó más que al menor. Sostener que el mayor de edad puede, por cláusula testamentaria, eximir al tutor de su obligación de rendir cuenta, es autorizar la dispensa del dolo en contra de los intereses públicos, lo que no es aceptable. En vano se dirá que se ataca el derecho de libre disposición de lo suyo desde que en definitiva no hay sino la dispensa de los daños é intereses en que hubiere incurrido el tutor. Todo el mundo puede disponer de lo suyo, pero no puede disponer por *medios reprobados*. Desde que el deber de rendir cuenta es el alma de la tutela, y ese deber constituye un principio de orden público, nadie puede suprimirlo so pretexto de no proponerse sino dedicar parte de lo suyo al tutor.



Dediquelo por medios permitidos. « Quando dos  
« homes fiziessen compañía de so vno, diziendo el  
« uno al otro, que *maquer le fziesses algun engaño*  
« en la compañía, que *non* gelo dermandaria;  
« dezimos que tal pleyto *non vale* nin deue ser  
« guardado. Ca los pleytos que dan carrera á los  
« homes para fazer engaño, *non deuen valer*, » —  
dice la ley 5, tit. 10, part. 5ª.

**188**—La cuenta es debida no sólo por el tutor sino también por sus herederos: *Non solum pupillo adversus tutorem, sed « hanc actionem etiam in heredem tutoris competere constat. »* — Pand. lib. 27, tit. III. art. 1º.

Se trata de una obligación personal que pasa á los sucesores universales, en tanto cuanto la cuenta de la tutela abraza todas las obligaciones y todas las responsabilidades contraídas por el tutor con el hecho de la posesión de los bienes de su pupilo, la percepción de sus rentas, su inversión en alimentos y educación, la colocación de sus sobrantes en los bancos y por todo lo que debió hacer y no hizo y por todo lo que hizo y no debió hacer.

*In omnibus quæ fecit tutor quum, facere non deberet; item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc iudicio.* — Lib. 27, tit. 3, § 4.

**189**—Frecuentemente sucede que el menor ha tenido dos ó más tutores y entonces el último debe rendir cuenta que abraza toda la administración tutelar, es decir, la hecha por él y la hecha por su antecesor, con todas las responsabilidades procedentes de su omisión. Esto surge naturalmente del deber que al segundo tutor asiste de pedir cumplida cuenta á su antecesor, según la expresa disposición del artículo 455, y de la responsabilidad que contrae



por sus actos negativos ó sea por sus omisiones. art. 447. Y así, si ha omitido perseguir al heredero solvente del tutor anterior, en nombre de su pupilo, por las obligaciones que dicho tutor contrajera en su administración, el segundo tutor sustituye á este ó sea á su heredero. *Tutor, qui tutoris idoneum heredem convenire pupilli nomine noluit, damni vicarius substituitur.* L. 39, Cód. § 16, de admin. tut.

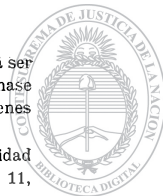
**190** — Lo mismo debe decirse respecto de cualquiera otro deudor del pupilo, quien por consiguiente puede ir contra su tutor, sin necesidad de perseguir él al anterior ó al deudor de quienes su tutor omitió reclamar lo que le era debido. Ver Pand. lib. 27, tit. 3, art. 5º, § 3.

---

**Art. 494.** L. 6, Tit. 11, Part. 3ª—L. 94, Tit. 18, Part. 3ª—L. 21, Tit. 16, Part. 6ª—L. 2, Tit. 7, Lib. 3, F. R. sobre la última parte L. 5, Tit. 10, Part. 5ª, Proyecto de Goyena, art. 255 y todos los códigos modernos.

**Art. 495.** *Contra el tutor que no dé verdadera cuenta de su administración, ó que sea convencido de dolo ó culpa grave, el menor que estuvo á su cargo tendrá el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio recibido, y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada, si ella pareciere al juez estar arreglada á lo que los bienes del menor podían producir.*

**191** — Cuando el tutor no dé cuenta justificada y verdadera de su administración, ó cuando fuese convencido de dolo ó culpa grave, asiste al menor el derecho de apreciar bajo juramento, dado en juicio,



el daño que hubiere recibido, y el tutor deberá ser condenado en la suma jurada, si el juez la estimase justa teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes del menor y lo que podían producir.

Es el juramento *estimatorio* que de conformidad con el Derecho romano permite la ley 6, tit. 11, part. 3ª que dice así: — « Rebelde seyendo el Guardador, de manera que non quisiesse dar cuenta « verdadera al huérfano, despues que fuesse de edad, « o a otro que la quisiesse rescebir en nome del... « o si le fuese provado, que al huérfano menoscabara « alguna cosa de lo suyo *por culpa* o por *engaño*... ; « decimos que estonce, en qualquier destos casos, « puede el juzgador *dar la jura*, a este que fué « huérfano, que jure, por quanto querria auer menos « aquella cosa que su guardador non le queria « entregar; o *en quanto aprecia el daño*, e el « *menoscabo* que recibió por razon del. E deuese « librar el pleyto por su jura; apreciando todavia « el Juzgador, e asmando, fasta que quantía manda « al huérfano que jure... »

*Item hoc casu adversus tutorem defertur iurjurandum in litem ei, qui rationem tutelæ reposcit.* Dig. lib. 27, tit. 3, n. XXVIII.

**192**—No se olvide que está desautorizada entre nosotros la teoría que divide la culpa en grave, leve y levísima:— nota de nuestro codificador al artículo 546, y por consiguiente que está dejado al arbitrio del juez apreciar la gravedad, siempre relativa, de la falta del tutor teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso y la trascendencia del acto con relación al mayor ó menor caudal del



menor, para decidir si ha ó no procedido como un *buen padre de familia*, — que es el tipo de la ley — art. 447 — menos sujeto á medida por cierto, — y hacerlo ó no pasible de los daños é intereses.

**Art. 495.** Cód. de Chile, art. 423.

**Art. 496.** *Los gastos de rendición de cuentas deben ser anticipados por el tutor; pero le serán abonados por el menor, si las cuentas estuviesen dadas en la debida forma.*

**193** — La rendición de cuentas es un deber del tutor en beneficio del menor. Es justo entonces que éste deba abonar los gastos de ella, que el tutor, sin embargo, está obligado á adelantar. Pero esta obligación pesa sobre el menor solamente cuando las cuentas están dadas en debida forma, es decir, cuando son verdaderas y justas, porque si el tutor fuese convencido de actos dolosos ó irregulares en contra del menor y una sentencia las modificara en sentido de las reclamaciones de éste, los gastos no deben ser á cargo suyo.

El artículo 471 del Cód. francés dispone también que los gastos de la cuenta definitiva de la tutela son á cargo del menor, pero que el tutor debe adelantarlos; y la jurisprudencia tiene establecido:

Que los gastos deben ser á cargo del tutor: 1º cuando ha retardado rendir cuentas y este retardo ha sido perjudicial á los intereses del menor; y 2º cuando el tutor es destituido. — Dalloz — Jurisp. Gral., *Minoridad*, 641; Laurent. — T. 5, n. 137.



Que no deben ser á cargo de los que la reciben cuando los gastos han sido provocados por contestaciones judiciales infundadas de los que las rinden. — Jurisp. Gral., 641 y D. P. 1854, 2ª parte, pág. 165.

**Art. 496.** Cód. francés, art. 471. — Holandés, 468. — Napolitano, 394. — Sardo, 347. — de Luisiana, 352. — L. 1, § 9, Tit. 3, Lib. 27, Dig.

**Art. 497.** *Las cuentas deben ser dadas en el lugar en que se desempeñe la tutela.*

**194** — Porque allí deben encontrarse, mejor que en otro, los instrumentos y pruebas de las cuentas y aún de los actos menos ostensibles del tutor.

El versículo 14 de la ley 32, tit. 2, part. 3ª, dice:

« . . . Quando algund ome ouiesse tenido en guarda  
« *bienes de huérfanos*, o de loco, o de desmemoriado,  
« o de Señor en razon de mayordomía, o ouiesse  
« seydo Maestro, o Guardador de moneda, o de  
« mineras, o guardador de montes, o de dehesas;  
« *que en aquellos lugares* es tenudo de responder,  
« *e de fazer cuenta*, sobre qualquier destas cosas,  
« o de otras semejantes, do usaua dellas por razon  
« del oficio que tenia. »

Véase lo que decimos bajo los artº. 434 á 439.

**Art. 497.** L. 32, Tit. 2, Part. 3ª. Véase la *Catorcena*. — L. 54, Tit. 3, Lib. 3, Dig. — L. 19, Tit. 1, Lib. 5, Dig.

**Art. 498.** *Serán abonables al tutor todos los gastos debidamente hechos aunque de ellos no hubiese resultado utilidad al menor, y aunque los hubiese anticipado de su propio dinero.*



**195** — Armonizan con esta disposición las siguientes, formando todas un cuerpo de doctrina.

Si el mandatario hubiese anticipado los fondos necesarios para la ejecución del mandato, debe reembolsárselos el mandante, aun cuando el negocio no le hubiese resultado favorable, ... con tal que no pueda imputarse falta alguna al mandatario. — art. 1983.

Toda persona, aunque sea incapaz de contratar, cuyos negocios hayan sido atendidos ó administrados por un tercero á quien ella no hubiese dado mandato para el efecto, queda sometida á las obligaciones que la ejecución del mandato impone al mandatario, siempre que el negocio haya sido útilmente conducido, aunque por circunstancias imprevistas no se haya realizado la ventaja que debia resultar, ó se haya interrumpido por causa de tales circunstancias. — art. 2331.

Á la verdad, basta que los gastos hayan sido útilmente hechos para que le sean abonados al tutor, aunque sucesos ó acontecimientos posteriores hubieran suprimido la utilidad ó interrumpidola, porque nadie responde de los acontecimientos ocurridos sin su culpa. Y así, si el tutor ha hecho viajes para los negocios del menor, los gastos de estos viajes deben serles abonados, según su calidad, si eran útiles para los negocios emprendidos, aunque circunstancias imprevistas les hubiesen arrebatado su utilidad. Así también, si ha hecho crecidos gastos para reparaciones á hacer en los edificios de una granja de su pupilo, aunque después estos edificios hayan sido incendiados por el fuego del cielo, el gasto no dejaría de serle reconocido. — Pothier — IX — *Tratado de las personas y de las cosas*, 72, n. 193.

Por lo demás, para decidir si los gastos han sido





*debidamente* hechos, vale decir, en armonía con el propósito útil que los inspirara, es necesario tener en cuenta la naturaleza del negocio, la fecha de su ejecución y todas las circunstancias especiales del caso, porque el conjunto de ellas dirá si el tutor no incurrió en falta, teniendo siempre presente el deber que le asiste de conducirse en todos los actos de administración con la prudencia y el celo de un buen padre de familia.

Este derecho del tutor contra su pupilo era ejercido en derecho romano por medio de la acción llamada *contraria de la tutela*, la cual comprendía no solo las cantidades adelantadas por el tutor y aquellas por las cuales se había obligado, sino también lo empleado en los negocios del pupilo antes ó después de su tutela... y es por eso que la l. 3, § VIII, tit. 4, lib. 27 del Digesto terminadiciendo:—*Deducuntur enim in tutelæ judicium, sumptus quoscumque fecerit in rem pupilli; sic tamen si ex bona fide fecit.*

**196**— La ley no pone límite al derecho del tutor: sus términos son amplios. *Serán* abonables al tutor —dice— *todos los gastos debidamente* hechos; luego debe serle abonado el monto total de ellos aunque exceda de las rentas del pupilo, en cuyo caso deberá tomarse lo necesario del capital.

La jurisprudencia francesa tiene consagrada igual decisión. Véase Dalloz — *Códigos anotados* — art. 471, n. 22, y en Jurisp. Gral. *Minoridad*, n. 736.

**197**— ¿Cómo deben ser justificados los gastos hechos por el tutor? Deben serlo por escrito, ó es admisible la prueba testimonial?

Los escritores franceses discuten el punto; pero la opinión que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia es que puede usarse de la prueba



testimonial, y se funda en que el art. 471 del Cód. Napoleón no requiere sino que el gasto esté *suficientemente justificado*, y es claro que con la prueba testimonial queda cumplida esta exigencia.

En el campo de nuestra ley, creemos que no cabe discusión. El artículo 492 decide formalmente que el tutor está obligado á llevar cuenta fiel y *documentada* así de la renta como *de los gastos* que la administración y la persona del menor hubiesen hecho necesarios. Luego la prueba debe ser instrumental y rechazarse la testimonial; y es concordantemente con esto que debe entenderse el artículo 494 cuando dice, que, el tutor debe dar cuenta *justificada* de su administración: justificada en la forma ó del modo exigido por el art. 492.

---

**Art. 498.** L. 3, Lit. 4, Lib. 27, Dig.— Véase el art. 471, Cód. Francés.— Holandés, 468.— Napolitano, 394.— Sardo, 347.— de Luisiana, 352.

**Art. 499.** *Hasta pasado un mes de la rendición de las cuentas, es de ningún valor todo convenio entre el tutor y el pupilo ya mayor ó emanciparlo, relativo á la administración de la tutela, ó á las cuentas mismas.*

**198**— El tutor está obligado á rendir cuentas de su administración y no puede ser eximido de esta obligación ni por cláusula del testamento en que fué nombrado, ni por cláusula testamentaria de su ex pupilo, sea menor, sea mayor de edad. artº. 419 y 494. Por consiguiente, debe ser reprobado todo acto ó contrato pasado entre el tutor y su pupilo



que tienda directa ó indirectamente á suprimir el cumplimiento de aquel deber, que es de orden público. Esta sola consideración enseña suficientemente la razón de ser del artículo que nos ocupa y justifica su disposición.

Pero aun hay más.

El menor que ha llegado á la mayor edad es una persona que ciertamente está en la plenitud de sus facultades, con capacidad legal para proceder por sí mismo y ejecutar todos los actos de la vida civil, pero que aún se conserva bajo la autoridad moral de su extutor por la influencia que el ejercicio de la tutela ha dado á este sobre aquel. El menor llegado á la mayoría ignora, antes de la rendición de cuentas y aun un tiempo después, el estado de sus negocios, porque su tutor los manejó siempre sólo, sin su concurso y prescindiendo de su voluntad.

El tutor, por el contrario, conoce el estado de ellos como conoce todos los detalles, todos los antecedentes y todos los efectos de sus actos en el manejo de los bienes de su pupilo. Este ha llegado á la mayor edad y con este hecho se ha habilitado, es verdad, para todos los actos de la vida civil, pero, con relación á sus propios intereses, cuánta diferencia entre él y su tutor. El menor hecho mayor ignorando todo; el extutor conociendo todo. La ley viene justamente en protección del primero y declara de ningún valor todo convenio entre el tutor y su pupilo ya mayor ó emancipado, relativo á la administración de la tutela, ó á las cuentas de ella, que se hiciere antes de pasado un mes de la rendición de las cuentas. Si después de este plazo el expupilo no se ha instruido suficientemente de ellas y del estado de sus negocios y por tal razón hace con su tutor un convenio que le perjudica, suya es la culpa: la



ley ha hecho lo bastante para impedir que fuera víctima de su tutor dándole tiempo para instruirse del estado de sus intereses y de la conducta de su tutor.

La ley declara *sin ningún valor*, es decir, nulo el convenio acordado entre el tutor y su expupilo dentro de un mes de la rendición de las cuentas. ¿De qué clase es esta nulidad? La respuesta está en el fin que ha inspirado á la ley para pronunciarla. Ha querido *protejer* al expupilo é *impedir* que el tutor consiguiera, por medios indirectos, escapar de su deber de rendir cuenta fiel y documentada de su administración. Luego la nulidad que pronuncia es simplemente relativa y solo puede alegar ú oponerla el expupilo y no el extutor. De lo contrario dejaría de ser una protección y se tornaría en un recurso común. « Toda transacción, « — dice Pothier, — todo contrato pasado entre el « tutor y el menor, llegado á la mayoría, antes « que el tutor haya rendido cuenta, no obliga *al* « menor, quien puede, cuando le parezca bien, « hacerse libertar de él y hacerlo declarar nulo, « aunque el acto haya pasado en su mayoría ; « porque en esta materia, el menor que llega á ser « mayor es reputado siempre *menor con relación á* « *su tutor*, hasta que éste haya rendido cuenta. » — IX — 71, n. 189.

199 — Nuestro artículo pone en la misma línea de nivel al emancipado, que es un menor de edad, que al mayor.

Ocupándonos del artículo 134 dijimos que el menor emancipado no puede, — ni aún con la conformidad del Ministerio de Menores, — aprobar las cuentas de su tutor, ni darle finiquito de ellas ; que las cuentas



deben ser dadas judicialmente y, para revestir autoridad contra el menor, s.r aprobadas por el juez.

Si estas conclusiones son verdaderas en el campo de nuestra ley, es evidente que el convenio que el menor emancipado hiciese con su tutor respecto de la administración, ó de las cuentas mismas, aún *despues* de un mes de la rendición de estas, necesita la aprobación judicial para su validez y eficacia contra el menor, porque si el negocio de que se trata afecta la administración ó las cuentas, no se comprende que se pueda prescindir de la autorización del juez, cuando estas la necesitan para su eficacia contra el emancipado. Lo que prueba á su vez que no es con acierto que la ley iguala en el caso al emancipado con el mayor de edad. El emancipado no necesita de la protección extraordinaria que á éste es acordada, para que el convenio con su tutor hecho antes ó después de presentadas las cuentas de la tutela, sobre las cuentas mismas, no sea eficaz en su contra sin la autorización judicial. Le basta su minoridad, porque ella sola hace necesaria la aprobación judicial.

Y no se olvide que cuando el contrato ó convenio importe una transacción, su nulidad es de derecho, porque el artículo 875 declara terminantemente en su inciso 5° que no es permitido á « los tutores « hacer transacciones con los pupilos que *se emancipan*, en cuanto á las cuentas de la tutela, *aunque fuesen autorizados por el juez*. » Y como en la generalidad de los casos el convenio que al tutor interesara hacer con su pupilo emancipado sería una transacción que lo libertara de responsabilidades, regiría el recordado artículo 875 y el acto sería ineficaz contra el menor.

**200** — La ley dice: « *todo convenio . . . relativo á la*



*administración de la tutela, ó á las cuentas mismas.»*

No es necesario, pues, que la extipulación entre el tutor y el expupilo abrace el conjunto de las cuentas: basta que se refiera á un capítulo de ellas para que la estipulación caiga bajo la disposición del artículo que nos ocupa. Y así, si el convenio tiene por objeto un inmueble determinado que hizo parte de los bienes administrados y su efecto es eximir al tutor del deber de dar cuenta de la administración de aquel bien, el artículo tendrá justa aplicación y será nulo consiguientemente el acto.

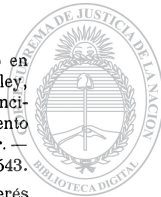
Para determinar la duración de la acción es necesario recordar, que, una es la acción de la tutela, ó sea la que asiste al menor ó sus sucesores para dirigirse contra el tutor por razón de la administración tutelar, y otra la acción de nulidad procedente del artículo que nos ocupa. La primera dura diez años según el artículo 4059 y la segunda dos según el artículo 4065, desde las respectivas épocas que en ellos se determinan.

---

**Art. 499** No hay ley sobre la materia, ni en el Derecho español, ni en el romano. El Cód. francés, art. 472, señala sólo diez días. Lo siguen el Sardo, art. 349.—de Nápoles, 395, y de Holanda, 470.

**Art. 500.** *Los saldos de las cuentas del tutor producirán el interés legal.*

**201** — Todo saldo, sea en favor ó en contra del tutor, sea en contra ó en favor del menor produce el interés legal, lo que importa decir que el tutor y el menor están igualados en la ley: tienen derecho igual; y desde que se trata de interés legal, es natural que no se necesite de demanda para que



corra sobre los saldos adeudados. Es el caso en que, por disposición explícita ó implícita de la ley, los intereses son adeudados desde el mero vencimiento del plazo, sin necesidad del requerimiento judicial ó extrajudicial por parte del acreedor.— Véase lo que decimos al respecto bajo el art. 543.

**202** — ¿Desde cuándo producen los saldos interés legal?

Contra el tutor, el interés corre desde la presentación de la cuenta, ó desde el vencimiento del plazo que el juez le hubiere señalado para su rendición, — art. 494, — porque desde entonces habrá incurrido en mora. — art. 656.

Contra el menor, el interés corre desde la presentación de la cuenta. Desde que la ley no dispone otra cosa, las partes deben ser colocadas bajo un pie de igualdad; y como en favor del tutor el saldo produce interés desde la presentación de su cuenta, lo mismo debe decirse respecto del menor.

**203** — Cuando el tutor hubiere adelantado fondos en la esfera de su administración y en el interés del menor, tiene derecho para incluir en la cuenta sus adelantos y cargar sus intereses al pupilo desde la fecha de la anticipación. — artº. 1983 y 1984.

No obstante la segunda parte del artículo 474 del Código francés, que el nuestro no ha seguido, la jurisprudencia ha resuelto que «cuando el tutor ha «adelantado ciertas sumas para las necesidades del «menor, cuya renta propia es insuficiente, tiene «derecho de cobrar en su cuenta los intereses de «cada una de estas sumas desde el día en que «las adelantó.» — Dalloz, Rep. 20, Dbre. 1869, D. P. 71, 1, 309, lo que se encuadra estrictamente en nuestro derecho que: 1º declara que las disposi-



ciones relativas al mandato son aplicables á las representaciones necesarias en todo lo que no se oponga á disposiciones especiales sobre ellas, art. 1904, inciso 1º; y 2º que los saldos producen interés contra el menor, por obra de la ley misma, sin exigir la interpelación por parte del tutor, que es requerida por el segundo inciso del artículo 474 del Código Napoleón.

---

**Art. 500.** Cód. francés, art. 474.—Napolitano, 397.—Sardo, 351.—Holandés, 471.—de Luisiana, 353, y L. 2, Tit. 56, Lib. 5, Cód. Rom.—L. 28, Tit. 7, Lib. 26, Dig.—Lib. 3, Tit. 4, Lib. 27, Dig.

**Art. 501.** *Los que han estado bajo tutela, acabada esta, pueden pedir la inmediata entrega de los bienes suyos que estén en poder del tutor, sin esperar á la rendición ó aprobación de las cuentas.*

**204**—La mayor edad habilita, desde el día que comenzase, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil y es natural que, cuando el menor se liberta de la autoridad tutelar, en razón de su mayor edad, deba, para que su personalidad sea plena, completa, en derecho y en hecho, que á la posesión de las facultades de carácter civil acompañe la posesión de los bienes.

Responde á esta idea el artículo 130 cuando dispone que, para que los menores llegados á la mayor edad entren en la posesión y administración de sus bienes, cuando la entrega de estos dependa de la orden de los jueces, *bastará que simplemente presenten la prueba legal de su edad.* Ante el hecho de la mayoridad, probado por los medios legales, el





magistrado debe expedir la orden de entrega de los bienes; y responde á la misma idea el artículo que nos ocupa al acordar al menor llegado á la mayor edad el derecho de pedir á su tutor la *inmediata* entrega de sus bienes que estén en su poder, sin esperar á la rendición de cuentas, ni menos á su aprobación.

**205** — Dada esta resolución, de preguntar es, si el tutor tiene el derecho de retención?

Si para garantir el pago del saldo que sus cuentas arrojaren en su favor, saldo resultante de las distintas partidas del *debe* y del *haber*, el tutor pretendiese *retener* el todo ó una parte de los bienes de su pupilo, seguramente que en tal caso no le asiste el derecho de retención, porque no pueden concurrir las condiciones requeridas por la ley, que son: 1ª La posesión de la cosa de otro por el acreedor; 2ª Obligación de parte del propietario respecto del poseedor; y 3ª Conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene. — artº. 3973 y 3974, con la nota de nuestro ilustre codificador al primero; pero la cuestión se presentará si el tutor pretende retener uno ó más bienes determinados para asegurarse el pago de los desembolsos hechos en mejoramiento ó conservación de dichos bienes, porque entonces se encontrarán reunidas las condiciones recordadas.

Tendrá entonces derecho de retención?

Por nuestro antiguo derecho, el administrador de cosas ajenas tenía derecho para retenerlas en razón de las expensas ó gastos que hubiese hecho en su administración, como resuelven la « Curia — Comercio Terrestre — Cap. *Cuentas* con Ley 29, tit. 12, part. 5ª, y Gregorio López, quien en su glosa recuerda la ley romana 6, § 3 D. *de negot. gest.*; » decisión que el artículo 1990 del Código consagra en estos térmi-



nos: — «Hasta que el mandatario sea pagado de los adelantos y gastos, y de su retribución ó comisión, puede retener en su poder cuanto bastare para el pago, *cualesquiera bienes* ó valores del mandante que se hallen á su disposición.»

Esta retención no es la constitutiva del privilegio creado por los artículos 3973 y 3974, porque es concedida sobre *cualesquiera bienes* ó valores del mandante, aun cuando lo adeudado al mandatario no haya nacido con ocasión de aquellas cosas; y como por el artículo 501 que nos ocupa se dispone, — combinación con el art. 531, — que el tutor está obligado á hacer al menor *inmediata* entrega de sus bienes, acabada que fuese la tutela, sin poder alegar, para excusar ni retardar el cumplimiento de esta obligación, el que aún no hubiere presentado sus cuentas, ó que no han sido aprobadas, es evidente: 1° que el recordado artículo 1990 no es aplicable á los tutores; 2° que con su disposición no se resuelve la cuestión que nos ocupa, que consiste en saber, si el tutor tiene el derecho de retención consagrado por los artículos 3973 y 3974.

**206** — En esta cuestión, nuestra opinión es por la negativa, y la fundamos en los términos y en el espíritu de la ley.

*Los términos.* — Son tan absolutos como enérgicos. Acabada la tutela, el tutor tiene el deber de hacer *inmediata* entrega de los bienes del menor: no puede excusarlo, ni retardarlo, ya porque aún no hubiere presentado sus cuentas, ya porque aun no hubieren sido aprobadas. El menor puede pedir la entrega de sus bienes al día siguiente de expirada la tutela y el tutor está en la obligación de hacer la entrega *inmediatamente*. Reconocerle derecho de retención es contradecir la disposición absoluta y enérgica



de la ley. De otra parte, el crédito del tutor, invocado para la retención, debe figurar en las cuentas generales y puede ser modificado y aún suprimido por las responsabilidades contraídas por el tutor en la administración. Reconocerle derecho de retención es quebrar la unidad de las cuentas y consiguientemente hacer depender la entrega de los bienes del resultado de la discusión sobre las partidas de cargo y descargo de las cuentas, lo que es contrario á los términos de la ley.

*Su espíritu.*—Hemos visto que la idea á que obedece la ley es la de que, llegado el menor á la mayor edad, entre de lleno é inmediatamente en sus facultades y derechos de carácter civil así como en la posesión de sus bienes. Este espíritu de la ley no se hermana con el derecho de retención, y debe prevalecer porque es la ley misma.

Las fuentes concurren á sustentar esta opinión. Goyena en su artículo 265 niega el derecho de retención en el caso que nos ocupa, porque lo contrario «favorecería — dice — la malicia de un «tutor codicioso: el derecho de retención, poco «favorable por regla general y admitido únicamente «en casos especiales, *no puede tener lugar*, atravesándose consideraciones tan piadosas y delicadas «como las referentes al menor. »

---

De la curatela

CAPÍTULO PRIMERO

Curatela á los incapaces mayores de edad



**Art. 502.** *Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes.*

207 — La ley dá tutor al menor de edad que no está bajo la patria potestad, — art. 411, — y dá curador al mayor de edad incapaz, — art. 502 que nos ocupa, y al emancipado igualmente incapaz — artº. 510 á 513. — La incapacidad á que se refiere es la absoluta, procedente de la locura ó sordo-mudez, como lo veremos bajo el artículo inmediato siguiente.

El código se ha apartado sobre el particular de lo que disponían nuestras viejas leyes. Según estas, la tutela no duraba sino durante la impubertad del menor, y de allí en adelante venía la curatela, hasta la mayor edad. Hoy, el menor de edad que no está sujeto á la patria potestad debe estar bajo tutela, hasta que alcance la mayoría, ó la emancipación



por el matrimonio: — artículos 411, 128, 131 y 133. Armoniza con este principio el que la curaduría se dé sólo para el mayor de edad ó para el emancipado incapaces, que es lo que en nuestra opinión se consagra por el código.

Los siguientes conceptos del ilustre Pothier parecen escritos en presencia de nuestro código. « Cuando « una persona mayor ó emancipada pierde el uso « de la razón, ... el juez... le prohíbe la administración de sus bienes y le nombra un curador. « Se nombra también curador á los que algún defecto « corporal les impide administrar sus bienes: tales « son los sordos y los mudos de naturaleza. Solamente las personas mayores ó emancipadas están « sujetas á esta interdicción y á que se les nombre « esta clase de curadores, pues los menores que « están bajo la patria potestad, ó bajo la autoridad « de su tutor, siendo gobernados por su padre y « madre, ó por su tutor, no tienen necesidad de « que se les nombre otra persona que los gobierne. » IX, 74, n.º. 200 y 201.

**208** — Se dice que « también al menor de edad púber (145) se da curador, » y se cita en apoyo de esta conclusión los artículos 149, 154, 510, 512.

Pensamos que ella es todo un error en el campo de nuestra ley y que los artículos citados no la sustentan. — Vamos á analizarlos ligeramente.

**209** — El artículo 149 sirve para demostrar que se puede pedir la declaración de la enajenación mental del adulto, pero no sirve para demostrar que se le debe nombrar *curador*.

La declaración de su enajenación mental, ó sea de su incapacidad absoluta es perfectamente útil, porque sin ella el testamento hecho, el reconocimiento de un



hijo natural y el matrimonio contraído por el menor en sus intervalos lúcidos serían válidos, — artº. 320 y 140, — mientras que, después de la declaración judicial de la locura, aquellos actos y cualesquiera otros que ejecutase el incapacitado, aunque fuese en sus momentos de razón, serían absolutamente nulos, — artº. 140 y 506. — Pero, del hecho ó de la circunstancia de que pueda pedirse la interdicción absoluta ó sea la declaración de la insania del menor adulto no se deduce que se le deba nombrar curador. Tal conclusión sería verdadera si fuese verdad que no puede estar bajo la autoridad de sus padres, ni bajo la de su tutor un menor adulto que fuese declarado insano; pero esto es insostenible ante los artículos 299, 411 y 430 que declaran que toda persona, de uno ú otro sexo, que sea menor de edad, ó está bajo la patria potestad, ó está bajo tutela. No puede argüirse en contra con el inciso 1º del art. 57, porque cuando dice que los representantes de las personas por nacer son sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos, *los curadores que se les nombre*, se refiere á los curadores que se nombre á los padres incapaces, los cuales son á la vez representantes de las personas por nacer en calidad de *tutores*. — art. 514. Ciertamente que esto no satisface en el caso en que *falten* los padres, pero ello solo hace evidente una cosa y es, que es incompleta la redacción del inciso. Ha debido decir así: « De las personas por nacer, sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos, los *tutores* ó curadores que respectivamente se les nombre. » Lo mismo decimos del artículo 61. Tiene por objeto una disposición general que abraza así los casos de los incapaces menores de edad, como de los incapaces mayores, y es evidente que ha debido decirse:



« cuando los intereses de los incapaces... estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, *tutores* ó curadores especiales para el caso de que se tratare. » — art. 431, inc°. 1° y 4°.

**210** — Tampoco puede argüirse con el artículo 149, — para cuya recta inteligencia es necesario no olvidar su encadenamiento lógico con el anterior 147. Trátase de los *mayores de edad* denunciados como dementes y se ordena por dicho artículo 147 que se nombre un curador provisorio que los represente y los defienda en el pleito, pleito cuyas gravísimas consecuencias pueden ser estas: declarar al denunciado incapaz para administrar sus bienes y aún para ejecutar cualquiera acto jurídico, y lo que es más, perder su libertad y ser encerrado en una casa de insanos. Después de esto, ocúpase la ley del caso en que el denunciado como loco sea un *menor de edad* y declara el artículo 149 que « su padre ó su tutor *ejercerán las funciones* del procurador provisorio. » Ejercerán las funciones, es decir, el padre ó el *tutor* representarán y defenderán al menor, como el curador provisorio dado al mayor representa y defiende á éste. No hay en este concepto de la ley, ni en su espíritu nada, absolutamente nada que autorice á deducir que la patria potestad y la tutela fenecen por la insania del pupilo ó del hijo de familia. Decir que el padre y el tutor representarán y defenderán al hijo de familia ó pupilo en el pleito sobre insania, como el curador provisorio representa y defiende al mayor en pleito igual, no es decir ni remotamente que deba nombrarse *curador* al menor que está ó bajo la patria potestad ó bajo tutela.

**211** — Los artículos 510 y 512 sirven para demostrar



que al menor de edad *emancipado* se dá curador, pero no sirven para demostrar que se deba dar curador al menor adulto que no ha contraído matrimonio, vale decir, al menor que está ó bajo la autoridad de sus padres, ó bajo la autoridad de su tutor.

**212** — Si después de lo dicho en este ligero análisis, se recuerda que no hay una sola consideración jurídica que preste á la conclusión que combatimos el prestigio de una buena doctrina, se debe concluir, no solo con sujeción á nuestra ley, sino también á los principios del derecho, que, el menor de edad adulto loco continúa bajo la autoridad de sus padres ó de su tutor, que á estos corresponde la administración de sus bienes bajo la vigilancia del Ministerio de Menores y la alta dirección del magistrado y que les son aplicables los artículos 515 á 517.

**213** — Esto mismo se encuentra consignado en las antiguas fuentes. Se tiene costumbre de dar curadores á los pródigos y á los locos que han alcanzado la mayor edad, se dice en el Dig. tit. 10, libro 27: — «*Curatores, impleta legitima ætate, prodigis vel furiosis solent tribui.*»

Tampoco se dá curadores por estos vicios sino á aquellos que han alcanzado la mayor edad. En efecto, «si aquel ó aquella que tiene tutor es atacado de locura, se conserva en tutela. Tal fué la opinión de Q. Mucio, que ha adoptado Juliano, y este es el derecho que nos rige. Esta es la razón por qué, si aquellos que tienen tutores, ó que aún no los tienen, pero que por su edad deben tenerlos, caen en demencia, no por eso se les pone en curatela, sino que se les dá tutores,— porque á este respecto la ley de las XII tabas no ha sido extendida al pupilo de





uno ú otro sexo. *Item, his demum propter hæc vitia curatores dantur, qui minorem ætatem egressi sint. Enimvero, «qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere cœperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent. Quæ sententia quinti quoque Mucii fuit, et a Juliano probatur. Eoque jure utimur, ut cesset cura, si tutelæ ætas indulgeat. Quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur: sive non habent et furor eis accesserit, nihilominus tutores accipere poterunt; quia lex XII Tabularum ita accepta est. ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.* Lug. cit. n. 4.

---

**Art. 502.** Véase Cód. francés, art. 489 — de Nápoles, art. 412 — Sardo, 368.

**Art. 503.** *Son incapaces de administrar sus bienes: el demente aunque tenga intervalos lúcidos, y el sordo-mudo que no sabe leer ni escribir.*

**214**— Los locos ó insanos declarados tales por sentencia pasada en cosa juzgada son absolutamente incapaces para obrar por sí mismos, — art. 54, inciso 3º. — aún en sus intervalos lúcidos, porque mientras una segunda sentencia no pone término á la declaración de la primera, esta impera por completo, y por consiguiente, el declarado insano es en todo momento incapaz para administrar sus bienes. — art. 150.

Del mismo modo, el sordo-mudo que no sabe leer ni escribir, vale decir, el que no puede darse á entender por escrito — art. 153 — y declarado tal por sentencia es igualmente incapaz, con incapacidad absoluta para obrar por sí mismo en los actos de



la vida civil, — inciso 4° del art. 54 citado y, por consiguiente, es incapaz para administrar sus bienes. Siendo así, es natural que la ley disponga que se les nombre curador que administre sus bienes, el cual debe hacerlo como un buen padre de familia, llevar cuenta documentada de los gastos y aplicar preferentemente las rentas del incapaz á procurar su curación ó sea el restablecimiento de su capacidad. — artº 515 y el 509 con sus concordantes.

---

**Art. 503.** L. 13, Tit. 1, Part. 6ª — Tit. 23, § 3, Lib. 1. Instit., y los Códigos citados en el artículo anterior. El Derecho romano declaraba válido el testamento del demente, hecho en los intervalos lúcidos. Lo mismo podría inferirse de la ley citada. Pero el testamento era un acto revocable como no lo serian los demás que se permitieran al demente en los intervalos lúcidos. Los artículos citados de los Códigos extranjeros no hablan de los sordo-mudos. El Derecho romano los declara incapaces. L. 8, Tit. 5, Lib. 26, Díg. Lo mismo el Derecho de las Partidas, L. 60, Tit. 18, Part. 3ª. — L. 2, Tit. 11, Part. 5ª.

**Art. 504.** *La declaración de incapacidad y nombramiento de curador pueden pedirla al juez, el Ministerio de Menores y todos los parientes del incapaz.*

**215** — Pueden también pedirla el esposo ó la esposa no divorciados, el respectivo cónsul, si el denunciado fuese extranjero, y cualquiera persona del pueblo, si el insano fuese furioso ó incomodase á sus vecinos. — artº. 144 y 156.

---

**Art. 504.** A ejemplo de la tutela, L. 13, Tit. 16, Part. 6ª, y LL. 10, Tit. 58, y 6, Tit 56, Lib. 6. Cód. Rom. — Cód. francés, arts. 490 y 491 — Napolitano, 413 y 414 — Sardo, 370 — el de Luisiana, arts. 381 y 385, admite á los extraños y aun el procedimiento de oficio, si los parientes no se presentasen. El Cód. de Vaud aun admite á la municipalidad, art. 290.



**Art. 505.** *El juez, durante el juicio, puede, si lo juzgase oportuno, nombrar un curador interino á los bienes ó un interventor en la administración del demandado por incapaz.*

**216** — La materia de este artículo es proveer á la defensa y seguridad de los bienes del denunciado como incapaz.

Por el artículo 147 se dispone que interpuesta la solicitud ó pedido demandando la declaración de insania, debe nombrarse al denunciado un curador provisorio que lo represente y lo defienda en el juicio, hasta su terminación definitiva. Esta providencia responde principalmente á la persona del denunciado.

El artículo que nos ocupa autoriza al juez para, si lo creyere oportuno, nombrar un interventor en la administración del demandado, ó suspender á éste en la administración y encargarla á un curador interino.

La autorización acordada se torna en obligación cuando las circunstancias del caso exigen, como condición de salvación de los bienes, la adopción de una de las medidas legales. Si no hay motivos que hagan creer una completa enajenación mental, el juez debe limitarse á nombrar un interventor en la administración del denunciado; si, por el contrario, los actos de éste denuncian abiertamente su insania, debe declararlo separado de la administración de sus intereses y nombrar un curador que la tenga provisoriamente hasta que la sentencia definitiva resuelva lo que corresponda, — bien entendido que la entrega de los bienes no debe ser hecha al curador interino sino bajo inventario. — art. 509 y sus correlativos.



Lo que decimos respecto del denunciado loco procede también respecto del sordo-mudo, como lo persuade el artículo que nos ocupa y además los 154, 503 y 504.

**217** — En cuanto á la elección del curador provisorio, no es ni puede ser dudoso que el juez tiene un poder discrecional, regulado por su conciencia. No puede exigirsele, por lo tanto, que en todo caso nombre á un pariente del denunciado, pero es indudable que cuando motivos especiales no se opongan, la elección debe recaer preferentemente en los miembros de la familia, y especialmente en la esposa si se trata de un casado. Arg. de los arts. 510 á 512.

**218** — ¿Cuáles pueden ser los poderes del curador provisorio? No pueden ser otros que los que tiene el curador definitivo, según el artículo 509, debiendo el juez limitar la administración de aquel á lo necesario y urgente, por el medio indirecto de negar su autorización para todo otro acto que no sea meramente conservatorio.

---

**Art. 505.** Cód. francés, art. 497 — Napolitano, 420 — Sardo, 378 — Holandés, 495.

**Art. 506.** *Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare.*

**Art. 507.** *Los anteriores á la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados.*



**219**— Cuando una sentencia pasada en cosa juzgada declara que el demandado es insano, ó sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito, el denunciado queda afectado de incapacidad *absoluta* para obrar por sí mismo en los actos de la vida civil, en tanto que aquella sentencia no es dejada sin efecto por otra contraria. Véase lo que sobre el particular decimos bajo el artículo 140.

Por consiguiente, todo y cualquiera acto de carácter civil que el declarado incapaz ejecutare posteriormente á dicha sentencia, será nulo con nulidad absoluta, porque será acto, — si se trata del sordo-mudo, — sin manifestación de voluntad, y, si del insano, sin el entendimiento y la deliberación necesaria para que haya acto humano. Un loco es incapaz de consentir, y un sordo-mudo que no sabe leer ni escribir es incapaz de hacer manifestación de voluntad; luego son absolutamente incapaces de ejecutar un acto jurídico y consiguientemente nulos ó «*de ningún valor los de administración que celebraren,*» como dice nuestro artículo.

**220**— Si son nulos los actos de administración, son nulos con mayor razón los de enajenación, como la venta, permuta, donación, *et cétera*, y los constitutivos de derechos reales como la hipoteca, servidumbre, anticresis, porque si hay incapacidad para lo menos debe haberla para lo más.

**221**— Para la declaración de nulidad de los actos posteriores á la sentencia que declara la insania ó sordo-mudez del demandado, no hay necesidad de justificar en cada caso su incapacidad. La pronunciada por la sentencia rige sobre todos ellos, mientras en nuevo juicio y una nueva sentencia no declara al primero en completo restablecimiento de su razón y



al segundo con capacidad para darse á entender sea verbalmente, sea por escrito.

**222** — En vano se alegaría que el acto fué ejecutado en los momentos lúcidos del insano: la sentencia que declara su incapacidad rige todos sus actos, sin solución de continuidad en el tiempo y, por consiguiente, en el campo de la ley, son tan nulos los ejecutados en intervalos lúcidos como los ejecutados en pleno desarrollo de su enfermedad. — Véase lo que decimos al respecto bajo el art. 140.

En la jurisprudencia francesa se establece que, « la nulidad pronunciada por el artículo 502 reposa « sobre una *presunción legal*; de suerte que los « terceros no podrán ser admitidos á pedir el man- « tenimiento de los actos ofreciendo probar que « fueron ejecutados en un intervalo lúcido. » Dalloz — J. G. *Interdicción* — n. 203.

**223** — Los términos así del artículo 506 como del 507 evidencian que los efectos de la sentencia que declara la incapacidad no remontan á la fecha de la demanda, sino que solo principian desde que la sentencia concluye el juicio, ó sea desde la definitiva que se hiciese ejecutoria. Por consiguiente, solo los actos posteriores á dicha sentencia son nulos de pleno derecho en fuerza de la sentencia misma, sin necesitarse probar en cada caso la incapacidad del declarado incapaz. Por lo tanto, las estipulaciones concluidas ó los actos ejecutados en el intervalo entre la fecha de la demanda y la fecha de la sentencia que pone fin al juicio de interdicción declarando la incapacidad, no son posteriores á la sentencia, y, para que sea pronunciada su nulidad, es necesario probar, según el artículo 507, que la causa de la



interdicción declarada existía públicamente en la época en que pasaron los actos.

**224** — Por lo demás, con la sentencia que declara la incapacidad cesa el mandato conferido por el declarado incapaz, como cesa el que á él le hubiere sido conferido. — art. 1997, inciso 4°.

**225** — *Actos anteriores á la sentencia de incapacidad.* — La ley dice — 507 — que los actos ejecutados por el declarado incapaz, *anteriores* á la declaración de incapacidad, podrán ser anulados si la causa de la interdicción declarada existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados.

Los actos *posteriores* á la declaración judicial de incapacidad son nulos de pleno derecho, pero los anteriores no, y solo *podrán ser anulados* si la causa que sirvió de base á la sentencia de incapacidad existió en la época de los actos y era pública ó notoria. Se está al frente de un insano ó de un sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito, vale decir, de una persona incapaz de consentir ó de hacer manifestación de voluntad, y como se parte del antecedente de que estos defectos son públicos en las épocas de sus actos, se tiene que los que contrataron con ellos no podían ignorar su incapacidad y consiguientemente que obraron con dolo. Sobre tales bases, los actos pueden y deben ser anulados, si circunstancias especiales de la causa no impusiesen mantenerlos, rechazando el pedido ó tacha de nulidad. Y así, como los actos ejecutados por el insano anteriormente á la declaración judicial de su incapacidad son válidos si fueron hechos en un intervalo *lúcido*, es evidente que los terceros pueden alegar y probar esta circunstancia y que, probada, el juez debe declarar la validez.



**226** — ¿Cómo se justifica la insania ó sordo-mudez con las calidades de publicidad ó notoriedad? No es dudoso que puede probarse por testigos, porque se trata de hechos simples respecto de los cuales ni los incapaces, ni los terceros que con ellos contrataron estaban obligados á munirse de prueba instrumental, sin que haya en esto una violación del principio consagrado por el artículo 1227.

**227** — Para declarar la nulidad, no es necesario justificar que el tercero procedió con dolo. Desde que esté probado que en la época de los actos la causa de la insania declarada por el juez existía *públicamente*, y, por tanto, que era habitual, se tiene que el sujeto era incapaz de consentir y nulos, por consiguiente, los actos ejecutados con tal incapacidad. Un loco no es capaz de consentir, y un sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito no puede hacer manifestación de voluntad; luego, es nula toda estipulación que acordasen, porque no existe el consentimiento común que es esencial para la validez de los actos jurídicos, haya ó no haya dolo de la otra parte. — art<sup>s</sup>. 1178 y 934.

**228** — De este principio, — que es fundamental, — derivan consecuencias importantes, como estas: La nulidad de un billete á la orden, suscrito por un individuo en estado de demencia notoria y afectado más tarde de interdicción, puede ser pronunciada respecto de los terceros portadores de buena fe como del beneficiario mismo. — Dalloz — Códigos anotados — art. 503, n. 20; Laurent — T. 5<sup>o</sup>, n. 315.

La nulidad de la venta entraña la nulidad de la reventa, aunque haya sido hecha bajo licitación judicial y aunque el nuevo adquirente sea de buena fe. — Cita anterior, n. 17, y art. 1085, de nuestro código.





La venta de un inmueble, hecha por un individuo cuya demencia era notoria en aquella época, puede ser anulada aún cuando esta notoriedad no haya sido conocida por el adquirente y que la mala fe de este no sea probada. — n. 21.

Es que la ley francesa, como la argentina, no requiere, para que pueda ser pronunciada la nulidad, sino que la causa que sirvió de fundamento á la sentencia de incapacidad haya existido notoriamente, — *públicamente*, — como dice la ley argentina, — en la *época* en que se ejecutó el acto de que se trata. La ley no requiere que se pruebe que el tercero procedió de mala fe, ni siquiera que haya llegado hasta él la noticia de que existiera y fuera pública la insania ó sordo-mudez del posteriormente declarado incapaz.

**229** — Es en todo y en cualquiera caso que puede aplicarse el artículo 509 que nos ocupa? No. — Se requieren, como justamente lo hace notar Laurent, dos condiciones: la 1ª, que la persona de cuyo acto se trate haya sido declarada incapaz por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; y la 2ª, que *la causa* que dió margen á la declaración de incapacidad haya existido públicamente en la época en que fué ejecutado el acto. Los términos de nuestro artículo hacen evidente que la ley impone estas condiciones.

**230** — Y bien, cuando no se encontraren cumplidas ¿será verdad que no pueda deducirse ú oponerse la nulidad del acto ejecutado por el insano ó sordo-mudo? Ciertamente que no; solo que entonces se recurrirá al derecho común, según el cual, debe probarse que en la fecha del acto ó en el momento de ejecutarse, la persona de que se trata no podía consentir en razón de su enajenación mental, sea habitual, sea accidental, ó que padecía de sordo-



mudez, con la circunstancia de no saber darse a entender por escrito. Se tendrá que incapaz, la una, de consentir, y de manifestar su voluntad, la otra, no habrá acto jurídico, estipulación ó contrato por falta de consentimiento. — art<sup>s</sup>. 955 y 1079.

**231** — Cuando el declarado incapaz por sentencia dice de nulidad de un acto, deduciendo la acción conferida por el artículo 507, ¿podrá serle opuesta la prescripción de diez ó veinte años, cuando ha pasado este tiempo desde la fecha del acto hasta la fecha en que es deducida la acción? Creemos que no: la prescripción de una acción no corre, no puede correr, sino, cuando más temprano, desde la fecha en que nace la acción. La concedida por el artículo 507 no nace sino desde la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declara la incapacidad, luego solo desde esta fecha puede principiar á correr la prescripción contra dicha acción; pero es que la prescripción no corre ni desde entonces, porque la ley declara que no corre contra el que está bajo curatela, que en el caso vale decir contra el declarado incapaz por sentencia. — art. 4000.

**232** — Desde que la acción del artículo 507 solo se dá contra los actos *anteriores* á la sentencia de incapacidad, hay que establecer la verdadera fecha de los actos pasados bajo firma privada del declarado incapaz, cuando no ha adquirido fecha cierta, porque es fácil aperebirse del interés del tercero en su antedatación para escapar del artículo 506, que no requiere para la declaración de la nulidad sino que el acto se ejecutara con *posterioridad* á la sentencia, y aun para escapar del 507 haciendo aparecer que se practicó en un tiempo anterior á las primeras manifestaciones de la insania.



Tratándose del que está bajo la influencia de una declaración judicial de incapacidad, es claro que este signatario no puede ser llamado á reconocer su firma, aparecida al pie del documento. — art. 1061; pero, partamos del supuesto de existir una sentencia dada en juicio contradictorio que declara que la firma es puesta de puño y letra del incapaz. Esta sentencia ocupa el lugar de la confesión ó reconocimiento y surte sus efectos y, por consiguiente, el instrumento así reconocido tiene entre sus signatarios el mismo valor que el instrumento público. — artº. 1060 y 1062. Pero la sentencia no declara sino lo dicho: — que la firma aparecida al pie del documento es de puño y letra del incapaz, que es puesta por él allí, y este reconocimiento importa también el reconocimiento del cuerpo del instrumento y, por lo tanto, de su fecha. Pero, no obstante de reconocerse que en el documento se escribió la fecha en él aparecida, puede no ser verdad que esa sea la verdadera fecha del acto y, por consiguiente, el curador del incapaz puede alegar que el instrumento fué antedatado. A su parte le corresponderá rendir la prueba, porque el *onus probandi* incumbe al que afirma. ¿De qué clase puede ser esta prueba? La respuesta se encuentra en la última parte del artículo 1225. Cuando la cuestión versare sobre los vicios de error, violencia, dolo, fraude, falsedad del instrumento, ó simulación, son admisibles todos los medios probatorios recordados en el artículo 1224 y, por consiguiente, puede emplearse la prueba por testigos.

---

**Art. 506.** Cód. francés, art. 502 — Holandés, 500 — Sardo, 381, y véase L. 5. Tit. 11, Part. 5ª — LL. 10, Tit. 10, Lib. 27, y 6, Tit. 1, Lib. 45. Dig.

**Art. 507.** Cód. francés, art. 503, — Holandés, 501 — Sardo, 385 — de Luisiana, 394, y véase L. 18, Tit. 1, Lib. 28, Dig.



**Art. 508.** *Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, á no ser que esta resulte de los mismos actos, ó que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad.*

**233** — Bajo los dos artículos anteriores hemos visto que cuando una persona es declarada incapaz por sentencia, los actos de ella posteriores á la declaración son nulos, sin tener necesidad de justificar en cada caso su incapacidad, y que los anteriores *pueden ser* declarados nulos, si se demuestra que la causa de la interdicción declarada existía públicamente en la época en que se ejecutaron los actos. Fuera de este último caso, la declaración de nulidad por causa de locura ó de enajenación de la razón no puede obtenerse sino con sujeción á los principios del derecho común, según los cuales es necesario probar que el que ejecutó el acto no pudo prestar su consentimiento, porque en su fecha ó en el momento de ejecutarlo carecía del ejercicio de su razón. — Hay sensible diferencia entre la acción del art. 507 y la acción de derecho común concedida por los artículos 955 y 1079. Para aquella no se necesita probar sino que la causa de la interdicción declarada existía *en la época*, es decir, dentro de un tiempo más ó ménos próximo y al rededor de la fecha del acto, en tanto que para la de derecho común es necesario probar que, en la fecha ó en el momento de la ejecución del acto, el que lo ejecutó no disponía del uso de su razón. Este derecho que le corresponde en vida al que ejecutó el acto debiera pasar á sus herederos, porque importando una acción para dejar sin efecto



una estipulación ó un contrato que perjudica á sus intereses, es una acción que está en su patrimonio y que debe consiguiente pasar á sus herederos.

Sin embargo, el presente artículo 508 establece una gran limitación diciendo, que, después que una persona ha fallecido, sus actos entre vivos no podrán ser impugnados por causa de incapacidad, sino en estos dos casos de excepción: — 1° cuando la incapacidad resulte probada por los actos mismos; y 2° cuando estos han sido ejecutados después de interpuesta la demanda de incapacidad.

**234** — ¿Cuál es la razón de esta limitación al derecho de los herederos?

Los escritores que estudian el Código Napoleón, cuyo artículo 504 sirve de fuente al nuestro, no alcanzan á descubrirla satisfactoria, como lo declaran Mourlon — n. 1305 y Laurent. T. 5, n. 324, — y las que expone Goyena bajo el art. 290 de su proyecto, no son sino el resumen de lo que se ha dicho para fundar la resolución del Código francés. Las dos más admisibles son las que Laurent recuerda y son 1° que la resolución del artículo es una especie de pena á los herederos, por su falta de haber dejado pasar el tiempo sin demandar en vida del insano la declaración de su incapacidad, y 2° la dificultad de hacer la prueba de la incapacidad después que la persona ha fallecido. — N. 324 citado.

**235** — Como quedan recordadas, las dos excepciones á la limitación son:

*La primera*, cuando la incapacidad resulta probada por los mismos actos. No será entonces invocable la razón de la ley, consistente en la dificultad para hacer la prueba de la incapacidad, después que la persona ha fallecido. No habrá que buscar esa



prueba, desde que los mismos actos de que se trata la suministran amplia y perfecta, independientemente del testimonio de los hombres, siendo además imposible, en decir de Goyena, que la justicia pueda consagrar disposiciones que pertenecen evidentemente á la locura, en lugar de ser el fruto de la razón, de la reflexión y de una sana libertad de espíritu.

**236** — Cuando la prueba suministrada por los mismos actos no es precisa é irrefragable ¿ será admitido al interesado completarla, rindiendo de su parte la necesaria para complementar aquella? El claro espíritu de la ley y la circunstancia de tratarse de una excepción, imponen la negativa. Se permite, contra la regla general, atacar la validez del acto por vicio de locura cuando del acto mismo resulte la prueba de esta. Cuando la prueba no resulta solamente del acto, sino también de la rendida en juicio por el interesado, se estará fuera de la excepción legal y se habrá creado otra por interpretación. Ya habrán dos excepciones: la una, cuando la prueba resulta del acto mismo, que es la de la ley, y la otra, cuando la prueba resulta en parte del acto atacado y en parte de la rendida por el interesado en juicio. Esto solo evidencia que la negativa se impone, como hemos dicho.

**237** — *La segunda*, cuando el acto se ha consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad.

La justicia de esta excepción es evidente. Si una de las razones que fundan la regla es la indolencia de los herederos, ella no existe en el caso de la excepción, porque precisamente es establecida para cuando la demanda de incapacidad fué interpuesta en vida del estimado insano. Sería injusto suprimir



en el heredero el ejercicio de un derecho que en vida del causante importaba una obligación, porque es una obligación la que se entraña en la facultad conferida por el artículo 504.

**238**—Pero la demanda de interdicción pudo ser abandonada ó porque el demandante no confiaba en el resultado del juicio, ó solamente por razones de economía. En este último caso, la jurisprudencia francesa es en sentido de que « los « actos ejecutados por un individuo cuya demanda « de interdicción, antes de su muerte, había sido « abandonada únicamente por razones de economía, « pueden ser atacados por sus herederos por causa « de demencia ». Dalloz, J. G. *Interdicción*, 239.

**239**—La ley se refiere expresamente á *actos entre vivos*, lo que importa decir que su disposición no se aplica á los efectos originados por su inacción y, por consiguiente, á la prescripción, por ejemplo, que se hubiere cumplido contra el denunciado, fallecido antes de pronunciada su incapacidad.

Es importante y manifestamente fundada la siguiente resolución de los tribunales franceses :

« La facultad de atacar por causa de demencia « los actos ejecutados por un individuo muerto sin « haber sido interdicto, cuando su interdicción ha « sido provocada antes de su muerte, ó cuando la « demencia resulta del acto atacado, no se aplica « sino á los actos que implican, de parte de este « individuo, alguna cosa activa, y no se extiende á « los hechos que suponen una simple inacción, y « — por consiguiente — á una extinción de derecho

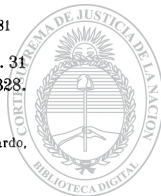
« resultante de la prescripción ». Dalloz — Rep. 31 dic. 1866 — D. P. 67 — 1.351; Laurent. T. 5, n. 328.

**Art. 508.** Cod. francés, art. 504 — Napolitano, 427 — Sardo, 386, y véase L. 1, Tit. 14, Part. 3ª.

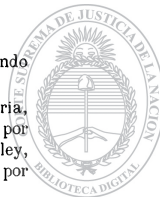
**Art. 509.** *Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto á su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán á la curaduría de los incapaces.*

**240** — Desde que se trata de personas que han perdido el uso de la razón, ó de sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito, nada más justo que asimilarlos á los menores de edad en cuanto á su persona y bienes, y establecer consiguientemente que las leyes sobre la tutela de estos se aplicarán á la curaduría de aquellos incapaces, sin que esto obste á las diferencias impuestas por la naturaleza de las cosas. La principal obligación del tutor, — por ejemplo, — es la educación del niño y la economía en la aplicación de sus rentas para que á su mayor edad disponga de un capital, en que repose su vida independiente; la del curador de un loco no es ni puede ser otra que cuidar que recobre su razón, y á este objeto deben ser aplicadas preferentemente las rentas de sus bienes. — art. 515.

Por lo demás, de la propia manera que los menores de edad tienen por domicilio el de sus tutores, los mayores de edad incapaces tienen por suyo el de







sus curadores, — art. 90, inciso 6º, — perdiendo consiguientemente el anterior que tenían.

Y del mismo modo que la tutela es testamentaria, legítima ó dativa, la curaduría es dada también por testamento de los padres, — art. 513, — por la ley, — artº. 510, 511, 512 — y en los demás casos por el juez. — 502.

**241** — Estando declarado en términos absolutos, que las disposiciones legales sobre la tutela se aplicarán á la curaduría de los incapaces mayores de edad ó de los menores emancipados, no puede ser dudoso que las causas de inhabilidad ó remoción de los tutores son aplicables al curador de los dichos incapaces. Exceptuamos la causal enunciada en el inciso 1º del artículo 432, porque estimando, como decimos bajo el artículo inmediato siguiente, que él confiere la curatela de la mujer declarada incapaz al marido mayor ó *menor* de edad, y la curatela del marido á la mujer mayor ó *menor* de edad, es natural que pensemos que esta disposición importa una excepción al citado inciso 1º del art. 432.

---

**Art. 509.** L. 13, Tit. 16, Part. 6ª — L. 5, Tit. 11, Part. 5ª — Cód. francés, art. 509 — Holandés, 506 — de Luisiana, 361 y 362 — Prusiano, 553.

**Art. 510.** *El marido es el curador legítimo y necesario de su mujer, declarada incapaz, y esta es curadora de su marido.*

**242** — Por derecho romano no era permitido que el marido fuese dado por curador de su esposa caída en demencia: *Virum uxori mente captæ curatorem*



*dari non oportet*, y dando la razón de esta disposición dice el ilustre Pothier: «A fin de no colocar el « matrimonio en el caso prohibido; porque estaba « prohibido el matrimonio entre el curador y aquella « cuya curatela tenía; y también á fin de que en « el caso que la mujer recobrarse su razón, su marido « no abusase de su autoridad para no dar cuenta « exacta de su administración. » — *Ne deducantur nuptiæ in casum prohibitum; prohibentur enim nuptiæ inter curatorem et eam quæ in ejus curatione est: et ne, si quandoque resipuerit mulier, vir auctoritate maritali abutatur, ne (ut par est) rationes administrationis reddat.* Pand. lib. 27, tit. 10, § 2, n. 9.

El Código francés — art. 506 — declara que «*el marido es, de derecho, el tutor de su mujer interdicta,*» pero no hace igual declaración en favor de la mujer respecto de su marido, sino solamente que «*podrá ser nombrada tutora de este.*» — artículo 507.

Nuestra ley es más perfecta, porque se ajusta á la naturaleza de las cosas. Dado el amor que los confunde el uno con el otro y el vínculo que los liga ¿quién puede ser curador más cumplido de la mujer que su esposo? ¿Quién puede ser curador más cumplido del hombre que su esposa?

**243** — Como la ley no distingue entre marido *mayor* y marido *menor* de edad, ni entre esposa *mayor* y esposa *menor* de edad, no es dudoso que la curatela es conferida á uno y otro en los dos casos.

**244** — ¿Regirá el artículo en aquellos en que los esposos están divorciados ó en separación personal?

La ley no distingue, es verdad, y esta consideración autoriza la duda; pero cuando la razón de la ley no solo permite sino que exige hacer distinciones, es forzoso establecerlas también en la aplicación de



la disposición legal. La razón por qué es dada al marido la curaduría de su mujer y á ésta la curaduría de aquel, es el amor que los une, amor que asegura los afanes y cuidados del uno para con el otro; pero cuando el desafecto, cuando el odio ha sustituido al cariño y roto la integridad del matrimonio ¿cómo admitir que también entonces corresponda al marido, por derecho, la curaduría de su mujer y á esta la curaduría de su marido? ¿Cómo admitir que la ley que crea y organiza la curatela en protección de las personas y bienes de los incapaces, los ponga bajo la autoridad de los que los harían víctimas de sus odios? Además, el argumento que proporciona el claro espíritu de los artículos 144, — inciso 1º y 432 — concurre para decidir que la curaduría legítima acordada al marido respecto de su esposa incapaz y la acordada á esta respecto de su esposo, no se aplica cuando los esposos están divorciados ó separados de cuerpo.

La jurisprudencia francesa tiene decidido que « el artículo 506 es inaplicable en caso de separación de cuerpo; por consiguiente, el marido, aun cuando la separación haya sido pronunciada en su beneficio, no puede pretender que la tutela (curatela entre nosotros) le pertenezca de derecho... » y jurisprudencias de la talla de Aubry y Rau y Laurent sostienen igual doctrina.

**245** — Desde que la incapacidad es pronunciada, se suspende la patria potestad y pasan á la madre los derechos y deberes del padre sobre la persona y bienes de sus hijos, adquiriendo ella de consiguiente el gobierno de las personas de estos



y la administración de sus bienes. — art. 339 y 344. Esto le corresponde por ley y en su calidad de madre, independientemente de toda otra investidura ó mandato; pero como también es *curadora* de su marido, se encuentra con dos fuentes de facultades: — como madre, con los poderes y derechos de la patria potestad, y como curadora, con las obligaciones y atribuciones anexas á esta calidad.

Por consiguiente, respecto de la persona de sus hijos, ó sea á su gobierno y educación, y respecto del manejo de sus intereses, sus deberes y facultades serán determinados de conformidad á las disposiciones sobre la patria potestad, con las limitaciones legales cuando fuere menor de edad — art. 135; — y los relativos á la curatela de su esposo incapaz, con sujeción á las de la tutela en general, — art. 509, y á las especiales de la curaduría. — art. 515 á 517.

No nos detenemos en los detalles de esta distinción, porque sería traspasar en mucho los límites que nos hemos impuesto en estas «Notas».

**246** — En su calidad de curadora, la mujer del esposo incapaz tiene la administración de los bienes de la sociedad conyugal y de los propios del marido y también la de los propios de ella, con las mismas facultades y responsabilidades del marido, — art. 1318, pero con las limitaciones recordadas por el 1319 y las establecidas á la administración tutelar.

---

**Art. 510.** Cód. francés, art. 506. Todos los Códigos extranjeros permiten solo que la mujer sea nombrada curadora del marido. Véase Goyena, art. 292.



- Art. 511.** *Los hijos varones mayores de edad, son curadores de su padre ó madre viudo declarado incapaz. Si hubiere dos ó mas hijos, el juez elegirá el que deba ejercer la curatela.*
- Art. 512.** *El padre, y por su muerte ó incapacidad la madre, son curadores de sus hijos legítimos solteros ó viudos que no tengan hijos varones mayores de edad, que puedan desempeñar la curaduría.*

**247**—Se trata de curadores legítimos, ó sea de aquellos á quienes corresponde por ley la curaduría de personas determinadas, y se tiene que:

1º El hijo mayor de edad es curador de su padre ó madre viudo declarado incapaz; y

2º Que el padre, y por su falta ó incapacidad la madre son curadores de sus hijos legítimos, solteros ó viudos que no tengan hijos varones mayores de edad que puedan desempeñar la curaduría.

**248**—Por derecho de las Pandectas se establece lo siguiente:

« Es necesario que el procónsul dé curador á los  
« que no son capaces de administrar sus bienes.

« Tampoco dudará que el hijo pueda ser dado  
« por curador á su padre, bien que Célsio y muchos  
« otros jurisconsultos hayan pensado lo contrario,  
« porque les pareciese inconveniente que un padre  
« fuese gobernado por su hijo; sin embargo, Anto-  
« nino el Piadoso, en un rescripto á Justio-Céler  
« y los dos hermanos han dicho que era necesario  
« dar al hijo por curador de su padre, con preferencia  
« á un extraño, cuando la conducta de este hijo  
« lo hiciese merecedor de esta confianza ».



« Por otra parte: — Se pretendía que no era dado  
« dar la curatela de un padre interdicto á su hijo;  
« pero hay un rescripto de Antonino el Piadoso,  
« según el cual es mejor darse á él antes que á  
« un extraño, si es digno de ella.

« Se puede igualmente dar al hijo la curatela  
« de su madre loca, porque, bien que la autoridad  
« de ciertos padres sea desigualmente repartida  
« entre ellos, sus descendientes debían tener por  
« ellos los mismos respetos y la misma ternura».

*His qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis  
non possint, dare curatorem proconsulem oportebit.*

*Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare.  
Quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios  
plerosque relatum, quasi indecorum sit patrem á filio  
regi, attamen divus pius Justio-Celeri, item divi  
fratres rescripserunt, filium, si sobrie vivat, patri  
curatorem dandum magis quam extraneum.*

*Et alibi: — «Curatio autem ejus, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda: sed extat D. Pii rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tamen probus sit.*

*Similiter: — furiosæ matris curatio ad filium pertinet; pietas enim parentibus, et si inæqualis est eorum potestas, æqua debetur. L. 27, tit. 10. § II al fin.*

**249** — Después de decidir que los hijos mayores de edad son curadores « de su padre ó madre viudo declarado incapaz, » la ley dispone que cuando hubieren dos ó más hijos, el juez elegirá el que deba ejercer la curatela. Ajustándose al principio de que la tutela no debe ser servida sino por una sola persona — art. 420, — el que nos ocupa establece también que la curatela de los mayores incapaces debe desempeñarse por una sola, eligiendo el juez,



entre las varias á quienes corresponda, con el criterio establecido por el artículo 425.

**250** — Cuando se dice «de su padre ó madre *viudo*...» se legisla sobre lo que generalmente sucede, sin perjuicio de los casos de una naturaleza semejante. Y así, se habla del padre ó madre *viudo*, porque si no es viudo es claro que vive el otro cónyuge, el cual es curador de su consorte incapaz — art. 510; — pero, no es ni puede ser dudoso que cuando viven los dos esposos y los dos son incapaces, ó cuando el que no es incapaz estuviese inhabilitado por cualquiera causa para ejercer la curatela de su consorte, corresponde esta á los hijos varones mayores de edad, del mismo modo que en el caso de viudez.

**251** — Así también, cuando el artículo 512 habla de hijos solteros, debe entenderse de solteros *mayores de edad*, porque los que sean menores están ó bajo la autoridad paterna, ó bajo la tutelar, y no bajo curatela. — Véase lo que al respecto decimos bajo el art. 502.

Y cuando dice *viudos* es porque supone que no existe el otro consorte, ó que existe pero que es inhábil, porque si existe y es hábil, á él corresponde la curaduría. — art. 510.

---

**Art. 511.** LL. 2 y 4, Tit. 10, Lib. 27, Dig. — Proyecto de Goyena, art. 293.

**Art. 512.** Proyecto de Goyena, art. 293.



**Art. 513.** *En todos los casos en que el padre ó madre puede dar tutor á sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento á los mayores de edad, dementes ó sordo-mudos.*

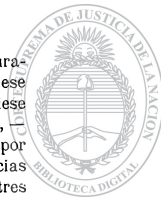
**252** — Dados los términos explícitos de este, hay necesidad de tener presente los artículos 417 y 428 porque á ellos se hace referencia.

Hay, como se vé, curadores testamentarios como hay tutores de igual origen; pero de observar es que la ley no prefiere á aquellos sobre los legítimos como prefiere á los tutores en su caso, y esto se deduce del orden en que los trata. Respecto de los tutores, la ley se ocupa primero de los testamentarios y después de los legítimos, y respecto de los curadores sigue el orden inverso: trata primero de los legítimos y después de los testamentarios. Goyena dice bajo su artículo 292: — « La curaduría legítima, — contra lo que sucede en la tutela, — prefiere á la testamentaria. »

En el derecho romano no había curatela testamentaria, pero estaba establecido que el curador nombrado por testamento del padre debía ser *confirmado* por el magistrado.

Y así por ejemplo, si un padre ha dado por su testamento, un curador á su hijo púber, bien que mayor de veinte y cinco años, porque éra loco, el pretor debía darle este mismo curador, conforme á la voluntad del padre, según el rescripto de Marco-Aurelio: — « *Si furioso puberi, quamquam majori annorum viginti-quinque, curatorem pater testamento dederit, eum prætor dare debet, secutus patris voluntatem manet enim ea datio curatoris apud prætorem, ut rescripto divi Marci continetur.* »





Y Justiniano ha decidido igualmente, que, el curador dado al hijo por su padre, sea que hubiese instituido á su hijo por heredero, ó que lo hubiese desheredado, debía ser confirmado sin caución, — bastando al respecto la voluntad del padre, — por el prefecto de la ciudad de Roma, y en las provincias por el presidente, en presencia del obispo y tres de las personas principales de la ciudad. Pand. l. 27, tit. 10, n. 8.

---

**Art. 513.** L. 16, Tit. 10, Lib. 27, Dig. Véase Cód. Sardo, art. 390.

**Art. 514.** *El curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de estos.*

**253** — Es tan natural, sencilla y conveniente esta decisión que con justicia dice de ella Goyena bajo su artículo 296: — «Esta disposición es sencilla, útil « y necesaria: el curador debe desempeñar todo « lo que estaba á cargo de la persona sujeta á « interdicción y representada por él.»

Así habrá unidad en el manejo de los intereses del padre ó madre y de sus hijos y será menos dispendiosa la administración de los unos y de los otros.

---

**Art. 514.** Cód. Holandés, art. 507, — Proyecto de Goyena art. 296.



**Art. 515.** *La obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y á este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes.*

**254—** Este es uno de los puntos en que se diferencia la administración de la curaduría de la administración tutelar. Tratándose de un niño, su educación es el objeto fundamental, y es justo que en la administración de sus intereses se procure su acrecentamiento para que, llegado á la mayor edad, se desenvuelva en la vida social sobre la base de una fortuna ó bienes propios. Pero cuando se trata de un desgraciado loco, ó de un sordo-mudo, que no sabe darse á entender por escrito, qué valor pueden tener para ellos los bienes de fortuna? Es evidente que la natural y más justa aplicación de sus rentas es procurar su curación, y por tanto es inobjetable la decisión de la ley sobre el particular.

**255—** Cuando las rentas del incapaz no fuesen bastantes para sus alimentos, el curador debe pedir y el juez autorizar que se emplee una parte del principal, — art. 461, — y cuando fuese indigente, debe el curador solicitar autorización judicial para pedir ó sea demandar de los parientes la prestación de alimentos.— art. 462.

**256—** Es natural que si el incapaz tiene hijos, no debe hacerse de sus rentas la ordenada aplicación sino después de prestados los alimentos á los hijos. Es esta una obligación sagrada del padre que no puede ser desatendida.

---

**Art. 515.** Cód. francés, art. 510. — Napolitano, 433. — Sardo 393.



**Art. 516.** *El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe á sí mismo ó dañe á otros. No podrá tampoco ser trasladado á una casa de dementes sin autorización judicial.*

**257**—Obedece este artículo al respeto que se debe á la libertad individual, la cual no puede ser suprimida como acto de justicia sino en el carácter de medida necesaria y extrema. El sentimiento humano acompaña á la decisión de la ley, condenando todo rigor innecesario con el desgraciado...; y como su colocación en una casa de alienados importa la supresión de su libertad y el abandono forzado de su hogar, es con razón que la ley declara que para tal medida es necesaria autorización judicial.

---

**Art. 516.** Cód. de Chile, art. 466.

**Art. 517.** *El declarado incapaz no puede ser transportado fuera de la República sin expresa autorización judicial, dada por el consejo cuando menos de dos médicos, que declaren que la medida es conveniente á su salud.*

**258**—La ley viene en auxilio del enfermo contra la posible explotación del egoísmo que busque alejar de su domicilio al loco para usurpar sus bienes. Sacar al enfermo de su casa, del centro de sus recursos y de las atenciones de los suyos, es medida que no puede ser autorizada sino por el juez, con



conocimiento de causa, que consiste en el consejo de médicos que declaren que la medida es conveniente para su salud. Y solo esta causa debe autorizar la traslación del incapaz fuera de la República, porque la ley tiene declarado explícitamente, bajo el art. 515, que la obligación principal del curador del incapaz es cuidar que recobre su capacidad y los actos del juez deben tender á idéntico fin.

---

**Art. 517.** Cód. de Luisiana, art. 410.

**Art. 518.** *Cesando las causas que hicieron necesaria la curatela, cesa tambien esta por la declaración judicial que levante la interdicción.*

**259**—Nadie es tenido por incapaz sino cuando una sentencia dada en juicio lo declara insano, ó sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito. Mientras no es revocada por otra sentencia posterior, la primera rije todos los actos del incapaz, sin solución de continuidad en el tiempo, aun cuando el loco tuviere intervalos lúcidos más ó menos largos.

Se necesita, pues, para hacer cesar su incapacidad que una sentencia dada en juicio declare, sobre la base de las pruebas ó informaciones ciertas del caso, que el anteriormente alienado ha recuperado el uso de la razón y levante por consiguiente su interdicción, ó que el sordo-mudo de la referencia sabe actualmente darse á entender sea por palabras, sea por escrito.

**260**—El derecho de demandar el desembargo de la interdicción corresponde á todos los que pueden pedir la declaración de la incapacidad, y de sostenerse es, aún contra el rigorismo de los principios, que puede



provocarlo el mismo declarado incapaz, con asistencia del Ministerio de Menores.— art. 150. « El *interdicto* « podrá por sí solo pedir la revocación, aun contra « la voluntad de su curador, que en este caso habrá « de ser parte en la causa »,— dice Goyena bajo su art. 308.

« Al interdicto es permitido — dice la jurisprudencia francesa,— provocar él mismo, sin asistencia de su tutor, el desembargo de su interdicción, sobre todo cuando tiene por tutor... á alguno de los parientes sucesibles, interesado por lo mismo á que el interdicto no recupere la administración de sus bienes.»—Dalloz — Códigos Anotados — art. 512 — n. 2.

---

**Art. 518.** L. 1, Tit. 10, Lib. 27, Dig.— Cód. francés, art. 512.  
— Sardo, 395.— Napolitano, 435.— Holandés. 516.

## Curadores á los bienes



**Art. 519.** *Los curadores á los bienes podrán ser dos ó más, según lo exigiese la administración de ellos.*

**261** — Se ha tratado de la tutela,—que es dada á los menores de edad, para el gobierno de las personas y la administración de sus bienes,—y de la curatela dada á los *mayores de edad*, incapaces de administrar los suyos, con la obligación principal en el curador de procurar la curación del incapaz.

Ocúpase ahora la ley de la segunda clase de curaduría, que solo tiene por objeto la conservación y administración de los bienes, con total independencia de las personas, y principia declarando, que, estos curadores pueden ser dos ó más, según lo exigiese la administración, sea por el número, por la ubicación, ó por la naturaleza de los bienes.

**262** — Son no pocos los casos en que procede y está impuesto el nombramiento de un curador de bienes. Y así, cuando se ha pedido la declaración de la ausencia de una persona con presunción de fallecimiento, el juez de la causa debe nombrar un



defensor al ausente y *un curador á sus bienes*. art. 115.

Cuando en el juicio provocado sobre denuncia apareciese esta notoria, el juez debe nombrar un curador provisorio que administre los bienes del denunciado. — art. 148.

Igual nombramiento puede hacerse en el caso del artículo 505.

Ya hemos de ver al ocuparnos del artículo 522 la diferencia que hay entre la administración de bienes en la curatela de un loco, de un sordomudo, etc. y la simple curaduría de bienes, diferencia que se encuentra establecida en nuestras más remotas fuentes.

**Art. 520.** *Se dará curador á los bienes del difunto cuya herencia no hubiese sido aceptada, si no hubiese albacea nombrado para su administración.*

**263** — La ley se preocupa de la conservación de los bienes sucesorios, porque la consagración de las sucesiones obedece á miras políticas y á propósitos sociales de trascendencia, y por eso ordena el nombramiento de un curador cuando la herencia no ha sido aceptada. De lo contrario se perderían los bienes.

**264** — La herencia se defiende ó por la voluntad particular, ó por la ley, ó por una y otra al mismo tiempo; y como la ley habla en general al disponer el nombramiento de un curador de los bienes cuando la herencia *no ha sido aceptada*, su disposición se aplica así cuando se trata de una herencia



deferida por testamento como cuando se trata de una deferida por la ley.

**265**—A nadie es permitido demandar que el heredero acepte ó repudie una herencia deferida, sino después de pasados nueve días desde la muerte del *de cuius*, — art. 3391 ; — y como el heredero tiene treinta para deliberar, — art. 3348, — los jueces pueden, á petición de interesados, dictar entre tanto las medidas necesarias para la seguridad de los bienes, según el artículo 3391 citado, pudiendo ser una de esas medidas el nombramiento de un curador interino cuando las particularidades de la causa lo hagan indispensable para asegurar la conservación de los bienes.

**266**—Procede también el nombramiento de curador en todos los casos en que *se reputa* vacante una sucesión, — art. 3573, nombramiento que debe hacerse sea á petición de cualquiera que tenga que deducir reclamos contra la sucesión, sea por los herederos en grado sucesible en caso de renuncia ó inacción del inmediatamente llamado á ella, sea por el Ministerio Fiscal en representación del Estado nacional ó provincial, ó sea por el mismo juez en el solo interés de la causa pública. — art. 3574.

**267**—Para que sea reputada vacante una sucesión basta que renuncie el heredero instituido, si se trata de una sucesión testamentaria, ó el heredero de primer grado, si de una sucesión legítima, sin necesidad de que los herederos más remotos renuncien también. — art. 3573.

Por consiguiente, los acreedores, por ejemplo, de la sucesión están habilitados para pedir el nombramiento de un curador con solo la renuncia de los herederos de primer grado, sin necesidad de





esperar que los más remotos hagan también su renuncia de la herencia, y menos de probar que tienen resuelto no presentarse á aceptarla.

Hemos de volver sobre estos puntos cuando nos ocupemos del título sobre « *Sucesiones vacantes* ».

**268**— La ley dice que se nombrará curador á los bienes de la herencia no aceptada, *si no hubiese albacea nombrado para su administración*.

Se ha observado que esto es una novedad en las leyes codificadas y aun en la doctrina de los jurisconsultos, lo que ciertamente es una verdad; pero lo que es del caso dejar establecido es, que, la ley autoriza al testador para el nombramiento de albacea con facultad de administrar los bienes fincados cuando el heredero instituido no aceptase la herencia.

¿Es útil esta innovación? La estimamos así y aun la conceptuamos sabia, porque si las facultades del albacea administrador han de ser limitadas con sujeción al artículo 522, se trata de un verdadero curador de los bienes; y apenas es necesario recordar que en el testador se encuentran, en garantía del acertado nombramiento, las cualidades que en los ascendientes para nombrar tutor ó curador á sus descendientes.

**Art. 521.** *Si hubiese herederos extranjeros del difunto, el curador de los bienes hereditarios será nombrado con arreglo á los tratados existentes con las naciones á que los herederos pertenezcan.*

**269**— Obedeciendo á tradiciones internacionales y á impresiones un tanto ásperas con la soberanía y el



crédito de los gobiernos, el argentino ha firmado tratados que autorizan la intervención de los cónsules extranjeros y sus representantes en el nombramiento de curador á los bienes, en las sucesiones intestadas de sus nacionales respectivos.

Entre otros, están los siguientes: tratado con Portugal, año 1852, art. 14; con los Estados Unidos de Norte-América, año 1853, art. 9; con Chile, año 1855, art. 26; con Cerdeña, año 1855, art. 10; con Perú, año 1876, art. 15, *et cétera*; y como los tratados públicos con las potencias extranjeras tienen por la Constitución artículo 31 la autoridad de ley suprema, el artículo que nos ocupa hace bien en declarar que en los casos de su referencia, el nombramiento de curador se hará con sujeción á los tratados existentes.

Tal intervención es una excepción á la ley común y es, por consiguiente, de interpretación restrictiva.

**Art. 522.** *Los curadores de los bienes están sujetos á todas las trabas de los tutores ó curadores, y solo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas.*

**270**—Cuando los curadores de los bienes están sujetos á todas las trabas ó limitaciones de los tutores y curadores dados á las personas, y su administración está circunscrita á los actos de mera conservación de los bienes y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas, se hace sensible la diferencia entre la administración de los unos y la de los otros. La de los tutores y curadores dados á las personas es verdadera administración, porque su objeto es no solo



la conservación de los bienes, sino también su aumento ó prosperidad, mientras que la de los curadores dados á los bienes está, por punto general, limitada á los simples actos de custodia y conservación.

Hay una gran diferencia — se dice en las Pandectas — entre la curaduría dada á los bienes y al vientre y aquella que se da á un loco, á un pródigo, ó á un pupilo, porque en la de estos se confiere en verdad la administración de los bienes, y en la de aquellos se dá solamente la guarda de ellos y la facultad de vender las cosas que se deterioran: — *Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi, pupillive, magna est differentia. Quippe quum illis quidem plane rerum administratio; duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quæ deteriores futuræ sunt, venditio, committitur.* Lib. 27, tit. 10, art. II.

**271** — Las trabas á que están sujetos los curadores de los bienes son no solo las relativas á los poderes de administración, sino también y con mayor razón las absolutas, referentes á la libertad de acción y de adquisición. Y así, los curadores no podrán comprar por sí, ni por interpuesta persona los bienes de cuya custodia estuviesen encargados y cuya venta fuese autorizada por el juez. — art. 484.

**272** — El artículo que nos ocupa, que limita en mucho las facultades administrativas del curador, y el 3575 que le concede el ejercicio activo y pasivo de los derechos hereditarios y las facultades del heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario, son evidentemente inconciliables, porque ni siquiera puede decirse que el 3575 constituye una excepción aplicable á las sucesiones estimadas vacantes, desde que el 522 se refiere á los curadores nombra-

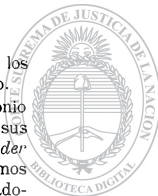


dos en el caso del art. 520, el cual trata precisamente de cuando el heredero *no acepta* la herencia, que es uno de los expresados por el 3573 y en los cuales la ley reputa vacante la sucesión.

La jurisprudencia se encargará de aproximar y armonizar ambas disposiciones, ó de fijar su respectiva aplicación al favor de las circunstancias especiales de cada caso.

**Art. 523.** *A los curadores de los bienes corresponde el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores.*

**273** — Los curadores de los bienes son virtualmente representantes de sus dueños en cuanto á los hechos ó actos ejecutados, ó que deben ejecutar para su conservación y para el cumplimiento de los demás deberes de su mandato, siendo esta la razón por qué la ley dice, que, á los curadores de los bienes corresponde el *ejercicio de las acciones y defensas* JUDICIALES de sus *representados* y, por consiguiente, y con mayor razón las extrajudiciales; de lo que se deduce, que, estando como están facultados para el cobro de los créditos, pueden demandar judicialmente á los deudores, sin poder oponérseles el artículo 1922, porque, como queda dicho, les corresponde el ejercicio de las acciones *judiciales* que asisten á sus representados. Pueden, por la misma razón, instaurar demanda judicial para interrumpir una prescripción, acto que les corresponde á doble motivo, por decir así, como



quiera que tiene por objeto *la conservación* de los bienes, que es el principal objeto de su mandato.

Desde que con relación á los bienes ó patrimonio de que están encargados son representantes de sus dueños, es natural que estén obligados á *defender* á éstos contra terceros y que, á su vez, estos últimos estén autorizados para hacer valer contra los curadores los créditos que tuvieren contra los bienes de sus mandantes.

**274** — Y desde que los curadores son representantes de los dueños de los bienes, puede decirse con entera propiedad que son representantes de la sucesión estimada vacante, así respecto de los acreedores como respecto de los que apareciesen á reclamarla como herederos.

Hemos de ocuparnos más detenidamente de estos y otros puntos cuando estudiemos el título sobre *sucesiones vacantes*, limitándonos á decir en terminación de estas notas, que, sus curadores no pueden en caso alguno recibir pago, ni el precio de las cosas que se vendiesen. — art. 3575, — á grado que los pagos que los deudores hereditarios hiciesen á los curadores, no los eximen de sus obligaciones, sino en cuanto las sumas pagadas hubiesen sido aplicadas en beneficio de la sucesión. — art. 3577.

**Art. 524.** *La curaduría de bienes se acaba por la extinción de estos, ó por haberse entregado á aquellos á quienes pertenecían.*

**275** — Extinguidos los bienes queda extinguida su curaduría, porque no hay materia de que deba ocuparse. Esto es natural, como natural es también que se extinga con la entrega de los bienes á aquellos

á quienes pertenezcan, sea el heredero instituido, sean los sucesores *ab intestato*, sea el fisco nacional ó provincial. Tal es la regla general.

**276** — La curaduría provisoria de los artículos 148 y 505 se acaba por el nombramiento de curador definitivo, ó por la sentencia que rechaza la demanda de interdicción ó sea de incapacidad, y la de los artículos 115 y 118 al fin, del modo y causas designados en el artículo que nos ocupa.

Por lo demás, todo curador, sea provisorio, sea definitivo, debe rendir cuenta de su administración, dándola á aquel á quien corresponda los bienes, ó al curador que lo sustituya. — arts. 494-455.



## Del Ministerio Público de Menores



**Art. 525.** *El defensor oficial de menores debe pedir el nombramiento de tutores ó curadores de los menores ó incapaces que no los tengan; y aun antes de ser estos nombrados, puede pedir también, si fuese necesario, que se aseguren los bienes, y se pongan los menores ó incapaces en una casa decente.*

**277** — Suprimidos los dos grandes privilegios que las viejas leyes acordaban á los menores de edad, — la hipoteca legal y la restitución *in integrum*, — la ley los ha sustituido organizando con detenimiento la tutela, limitando en mucho las facultades del tutor, requiriendo la autorización judicial para los actos de importancia y dando á los incapaces la promiscua representación del Ministerio Público de Menores, al que impone deberes y responsabilidades definidas.

Entre aquellos están los determinados en el presente artículo, que por desgracia son frecuentemente olvidados.



Es tan importante la misión del Defensor de Menores que bien puede decirse, que, en sus manos está la mitad del porvenir de la sociedad. De su celo depende en mucho que los niños se eduquen debidamente y que sus bienes se conserven y prosperen. Para asegurar estos resultados, es deber suyo pedir que se nombren tutores ó curadores á los incapaces y, aun antes de que tales nombramientos se hagan, solicitar, si fuese necesario, que se aseguren los bienes y se coloque á los menores é incapaces en casas *decentes*, como dice la ley, que son aquellas en que reinan los preceptos de la moral cristiana.

**Art. 526.** *El nombramiento de los tutores y curadores, como el discernimiento de la tutela y curatela, debe hacerse con conocimiento del defensor de menores, quien podrá deducir la oposición que encuentre justa, por no convenir los tutores ó curadores al gobierno de la persona y bienes de los menores ó incapaces.*

**278**—Esta es una de las muchas disposiciones legales que demuestran la importancia del Ministerio de Menores así con relación á la persona como á los bienes del incapaz, y las responsabilidades que sus funcionarios contraen, sin perjuicio de ser el siguiente inmediato el que más lo evidencia.





**Art. 527.** *El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto ó pleito sobre la tutela ó curatela, ó sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores ó curadores. Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores é incapaces, y en las enajenaciones ó contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan á los tutores ó curadores, cuando estos no lo hiciesen. Puede pedir la remoción de los tutores ó curadores por su mala administración, y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores é incapaces.*

**279** — El presente artículo repite con detalles lo que en términos comprensivos y enérgicos estatuye el 59 cuando dice que, á más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que es parte *legítima y esencial* en todo asunto judicial ó extrajudicial, de jurisdicción contenciosa ó voluntaria, en que los incapaces demanden ó sean demandados, ó en que se trate de las personas ó bienes de ellos, bajo pena de *nulidad* de todo y cualquiera acto y de todo y cualquiera juicio que hubiese lugar sin su participación; siendo una consecuencia necesaria de esta amplia representación y de los fines á que responde, el que el Defensor de Menores esté facultado para deducir las acciones que correspondan á los tutores y curadores, cuando estos no lo hiciesen, á solicitar ó



demandar su remoción por causas justificadas y a ejecutar todos los actos que correspondan á su deber de velar por que el gobierno de las personas y la administración de los bienes que ejerzan los tutores y curadores sean ordenados y consulten siempre el bien de los incapaces.

**Art. 528.** *Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas ó bienes de los menores é incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores.*

**280** — El artículo 59 declara que el Ministerio de Menores es parte legítima y esencial en todo acto ó contrato, judicial ó extrajudicial, referente á la persona ó bienes de los incapaces, bajo pena de *nulidad* del acto ó contrato ejecutado sin su participación, y el 528 que nos ocupa repite esta decisión declarando, que, *son nulos* los actos ó contratos en que se interesen las personas de los menores é incapaces si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores; y como la nulidad de un acto es manifiesta cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo — 1072, se tiene que estarán afectados de nulidad de esta especie los actos en que estuviesen interesados los menores de edad ó sus intereses y que se hubiesen ejecutado sin la intervención del Ministerio de los de su clase.

**281** — ¿Es absoluta esta nulidad? ¿Es simplemente relativa? Ya tenemos contestadas estas preguntas bajo el artículo 59 antes citado, y nos referimos á lo dicho allí para no incurrir en repeticiones.





## LIBRO SEGUNDO

DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES CIVILES

### SECCIÓN PRIMERA

PARTE PRIMERA

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL ( <sup>a</sup> )

#### TÍTULO PRIMERO

##### De la naturaleza y origen de las obligaciones

**Art. 529.** *Las obligaciones son: de dar, de hacer ó de no hacer.*

**282** — Baudry y Barde adoptan, con razón á nuestro juicio, la definición que la ley romana hace de la obligación: es — dicen — un lazo de derecho por el cual una ó varias personas determinadas están civilmente apremiadas hácia una ó varias otras, igualmente deter-

---

(\*) Todos los Códigos de Europa y de América, imitando al Código francés, al tratar de las obligaciones ponen la inscripción: « *De los contratos ó de las obligaciones convencionales* », equivocando los contratos con las obligaciones, lo que causa una inmensa confusión en la jurisprudencia, y produce errores que no



minadas, á dar, hacer ó no hacer alguna cosa. *Obligatio est* — dice Justiniano — *juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ.* — *Inst. lib. 3, tit. 14, de oblig. pr.* — bien entendido que, como lo hace notar Pothier, la palabra general *solvere* signigca también dar y hacer.

La obligación supone necesariamente dos personas con roles distintos: la una como sujeto pasivo de la obligación, que se llama *deudor*, y la otra como sujeto activo que se llama *acreedor*; y se percibe fácilmente que para la primera importa una limitación de su libertad, una necesidad jurídica que toma el nombre de *deuda*, y para la otra un derecho exigible que se denomina *crédito*. — art. 530.

**283** — Las obligaciones son de *dar, hacer ó no hacer*, dice nuestra ley, adoptando la fórmula doctrinaria que abraza todas las clases y todos los objetos de la obligación.

*Dar* significa entregar una cosa, mueble ó inmueble,

---

pueden corregirse. Zachariæ, al llegar á esta parte del Código francés, dice así: «Nada más vicioso que el método seguido por los redactores del Código. — Hay cinco fuentes de las obligaciones: 1<sup>a</sup> Los contratos ó convenciones; 2<sup>a</sup> los cuasi-contratos; 3<sup>a</sup> los delitos; 4<sup>a</sup> los cuasi-delitos; y 5<sup>a</sup> la ley. Era evidente que para proceder con orden, debieron abrazar en un solo título todas las obligaciones en general; pero los redactores del Código, al contrario, han comenzado por dividir la materia de las obligaciones en general, en dos títulos: el uno de las obligaciones convencionales, y el otro de las obligaciones que se forman sin convención; y como para disimular la unidad natural de la materia que sometían á esta división ilógica, han afectado reservar el nombre de obligación para las que resultan de los contratos, dando á las otras el nombre de *engagement*, como si no fuesen palabras sinónimas. Este primer vicio que causa una mezcla de las ideas más incoherentes, nace de haber olvidado que una cosa es el contrato que da nacimiento á la obligación y otra la obligación convencional, que



con el fin de constituir sobre ella derechos reales, ó de transferir solamente su uso ó su tenencia, ó de restituirla á su dueño, según la expresa declaración del artículo 608.

*Hacer* comprende el acto ó sea el hecho materia de la obligación que deba ser ejecutado por el obligado mismo, ó por otro, si no fué elegida la persona del deudor «para hacerlo por su industria, arte ó calidades personales» — como se dice en los artículos 659 y 660; — y

*No hacer* importa, no pura y simplemente una negación, ó una omisión, con absoluta independencia de la libertad ó derecho del obligado, sino al contrario — se necesita que en la omisión estipulada se entrañe una verdadera limitación, modificación, ó supresión del derecho del deudor para que pueda decirse que hay una obligación jurídica. Y así, el propietario que se obliga á no llevar sus construcciones más allá de una altura determinada, ó á no abrir ventanas en

---

no es sino el efecto del contrato. Ha resultado de esto que no hay un título de las obligaciones en general que nacen de tan diversas causas, y que, al tratar de los efectos de las obligaciones y de las causas de ellas, se trate únicamente de los efectos y causas de los contratos, que solo son una de las fuentes de las obligaciones ».

Ortolan, conforme con Zachariae, dice: « Hay dos fuentes de las obligaciones en el derecho civil. *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. Esta es la regla del Digesto. Cuando la jurisprudencia halla otros casos de obligaciones, los refiere sin embargo, á las dos fuentes primitivas, y los asimila á ellas. Se dice que son figuras variadas de aquellas causas legítimas de las obligaciones, *variae causarum figurae*: que la obligación nace como nacería de un contrato (*quasi ex contractu*), ó como nacería de un delito (*quasi ex delicto*). Es preciso añadir las obligaciones que resultan de las relaciones entre las personas, por la constitución de la familia, que son las que se dicen origi-



pared de su exclusiva propiedad, contigua á finca ajena, se desnuda del derecho que le acuerda la ley — arts. 2552 -2689, — para hacer aquello que se obligó á *no hacer*. — Esto debe entenderse respecto de las obligaciones que proceden de estipulación entre parte y parte, vale decir, entre deudor y acreedor.

En cuanto á las que proceden solo de las relaciones civiles ó sea de la ley, son también de dar, hacer ó no hacer. Respecto á las dos primeras pueden servir de ejemplo las que nacen de las relaciones de familia, como son las consistentes en el deber del padre de dirigir á sus hijos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos, y la relativa, de igual vigor, del hijo, de alimentar y prestar sus atenciones y cuidados personales á sus padres que los necesiten; y en cuanto á la última, ó de *no hacer*, sirve de ejemplo la obligación impuesta al propietario de no hacer en su propiedad escavaciones que puedan causar la ruina de los edificios contiguos ó conmover sus bases y producir deterioros.

---

nadas de la ley (*quæ ex lege nascuntur*) ». Tom. II, Tit. *De las obligaciones*.

Teniéndose presente, pues, los diversos orígenes de las obligaciones, se advertirá la razón de las diferencias de nuestros artículos, comparados con los de los Códigos de Europa y América. En estos se trata solo de las obligaciones convencionales, y en nuestro proyecto, de las obligaciones en general.

Por esto también serán muy diversas las causas y los efectos de las obligaciones determinadas en nuestros artículos, de las que señalan los Códigos citados.

Para tratar de los derechos personales en las relaciones civiles, tratamos de las obligaciones; porque la teoría de los derechos personales se reduce á la exposición de los principios concernientes á las obligaciones que forman su objeto. La relación que existe entre un derecho personal y la obligación que le corresponde, puede compararse á la que tiene el efecto con la causa que lo produce.



—art. 2649; porque si las hiciese con perjuicio de tercero, tiene que satisfacer los daños é intereses causados.

**284** — Es necesario no confundir los deberes generales impuestos por la ley en respeto á los derechos de todos y cada uno, con la obligación jurídica propiamente dicha. Esta es el vínculo de derecho que acuerda á persona ó personas determinadas la facultad de exigir de otra ú otras una cosa, ó el acto positivo ó negativo que constituye la materia de la obligación. Las obligaciones ó deberes generales son los impuestos por la ley para garantizar el libre ejercicio de las facultades y de los derechos humanos, limitando los derechos de cada uno en favor de todos y los derechos de todos en favor de cada uno. En sociedad, los derechos no son absolutos: la ley necesita limitar su ejercicio en tanta cantidad cuanta es necesaria para la existencia y el ejercicio de los derechos de los demás. Los derechos de muchos no coexisten sino á condición de sus limitaciones recíprocas, y estas limitaciones impuestas por la ley constituyen los deberes generales de los hombres en sociedad.

---

**Art. 529.** Nos abstenemos de definir, porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo solo pueden admitirse aquellas definiciones, que estrictamente contengan una regla de conducta, ó por la inmediata aplicación de sus vocablos, ó por su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones. La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo caso es extraña á la ley, á menos que sea legislativa, es decir,





que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, á las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley. Lo que pensamos sobre las definiciones se extiende por los mismos motivos á toda materia puramente doctrinal, á lo que generalmente se llama principios jurídicos, pues la ley no debe extenderse sino á lo que dependa de la voluntad del legislador. Ella debe ser imperativa, y sea que mande ó prohiba, debe solo expresar la voluntad del legislador. Así como existe una diferencia notable entre la jurisprudencia y la legislación, así también la ley nada tiene de común con un tratado científico de derecho.

Contrayéndonos al artículo 530, entendemos por la palabra *dar*, las prestaciones que tienen por fin un cambio en el derecho de las cosas, en el sentido que el deudor debe procurar al acreedor la propiedad ó algún derecho real. *Dare, est accipientis facere*. Instit. § 14, *De actionib.* La expresión es empleada, ya en un sentido amplio, ya en un sentido estricto. La misma expresión aun se aplica á actos que no se refieren al derecho de las cosas, sino que deben simplemente aumentar el patrimonio del acreedor por una cesión, por ejemplo, ó librándole de una deuda.

*Prestar* equivale á entregar, suministrar, procurar alguna cosa por otro título que el de la propiedad. Nosotros tomamos la palabra *prestar*, prestación, en un sentido general que abraza una y otra idea.

La expresión *hacer, facere*, se emplea muchas veces tanto en el sentido positivo como en el sentido negativo (Instit. *De verb. oblig.*, § 7—L. 75, Dig. cod.). El hecho comprende todos los actos ú omisiones que no pueden entrar en la dación: yo puedo obligarme á construir una casa, ó puedo también obligarme á no impedir que un tercero pase por mi propiedad. Savigny, *Derecho de las Obligaciones*, § 28.—Ortolan, *Generalización*, n° 69.

**Art. 530.** *El derecho de exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer ó no hacer, ó de dar una cosa, es una deuda.*

**285**—En una obligación jurídica se distinguen dos relaciones de naturaleza distinta. La una es pasiva, y hace relación al deber en que está el obligado de



cumplir la prestación que es objeto de la obligación y se denomina *deuda*, y la otra es activa, y hace relación al derecho del interesado para exigir que el obligado dé, ó haga ó no haga á lo que está obligado y se denomina *crédito*. La palabra *obligación*, en un sentido más propio y menos extenso, no comprende sino las *obligaciones perfectas*, que también se denominan *personales*, dice Pothier, II, n. 1, — y escribe Bugnet con tal motivo: — «Así llamadas porque producen una « relación especial entre dos personas determinadas: « esta relación, mirada activamente, toma el nombre « de *crédito*, y pasivamente, el de *deuda*.»

No es apropiada la cita del n. 69, — de «Generalización del Derecho romano» por Ortolan que se hace en la nota al presente artículo, correspondiendo en todo caso hacerse del n. 68, que pertenece á la *Segunda Parte*, tit. —1º— Cap. 2º. *Noción general de la obligación, ó deuda personal.*

---

**Art. 530.** Ortolan, *Generalización*, N.º. 69. — Zachariæ: nota 2º al § 525, (léase 524.)

**Art. 531.** *A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda á derechos reales.*

**286—**El derecho entraña siempre una relación entre persona y persona, de las cuales la una es el sujeto activo del derecho y la otra el sujeto pasivo, y en este concepto el derecho es siempre y en todo caso personal; pero, abstracción hecha del deber que tienen todos de no lastimar, ni obstaculizar el ejercicio del derecho particular ó general de cada persona, casos hay en que el derecho consiste en la facultad de usar



ó disfrutar de una cosa, con independencia de toda otra persona determinada, y entonces se dice que se tiene un derecho *real*, así como se dice que se tiene un derecho *personal* cuando consiste en la facultad de obligar á una ó más personas determinadas á dar, hacer ó no hacer aquello que es objeto de su obligación.

Estimando que no puede decirse ni con más claridad ni con más laconismo que lo que Ortolan escribe sobre esta materia, creemos hacer un bien transcribiendo el número 66, de su Generalización del derecho romano, que dice así:

**287 — Idea del derecho personal y del derecho real.**

N. 188. «Haciendo un momento abstracción de las  
« tradiciones romanas para recurrir al razonamiento  
« filosófico puro, he aquí la noción que creemos poder  
« dar al respecto.

«No existe derecho sino de persona á persona: todo  
« derecho tiene pues necesariamente un sujeto activo  
« y uno ó varios sujetos pasivos, los cuales, sean activos, sean pasivos, no pueden ser sino personas.  
« Bajo esta relación, todo es pues personal.

« Todo derecho, á más del sujeto activo y del  
« sujeto pasivo, tiene además y necesariamente un  
« objeto, el cual, en su más grande generalidad,  
« está designado con el nombre de cosa. Todo  
« derecho tiene por consiguiente por objeto una  
« cosa, y, bajo esta relación, todo derecho es real.

« Así, todo derecho, sin excepción, es á la vez  
« personal, en cuanto á su sujeto tanto activo como  
« pasivo; y real, en cuanto á su objeto.

N. 189. «Pero la manera cómo pueden figurar y  
« funcionar en el derecho sean las personas en  
« calidad de sujeto activo ó pasivo, sean las cosas



« en calidad de objeto, presenta dos faces distintas.

« Todo derecho en definitiva, si se quiere ir al fondo de las cosas, se resume en la facultad para el sujeto activo de exigir del sujeto pasivo alguna cosa; pero la sola cosa que sea posible exigir inmediatamente de una persona es, que haga ó que se abstenga de hacer, es decir, un acción ó una inacción. Es á esto verdaderamente que se reduce todo derecho. Esta necesidad, para el sujeto pasivo, de hacer ó de abstenerse, es lo que se llama en el lenguaje juridico, una obligación. Todo derecho en definitiva y sin excepción, si se quiere ir al fondo de las cosas, consiste pues en obligaciones.

*N. 190.* « Pero estas obligaciones son de dos clases :

« La una general, que pesa sobre la masa, sobre el conjunto de todas las personas, y que consiste en la necesidad, para todos sin distinción, de dejar hacer al sujeto activo del derecho, de dejarle sacar el provecho, la utilidad que su derecho le concede, de no oponerle ningún tropiezo, ningún obstáculo. Hay en esto un obligación general de abstención. Esta obligación existe en todo y cualquiera derecho ; y en todo y cualquiera derecho, cada uno está obligado á abstenerse de toda traba, de todo obstáculo al goce, al ejercicio del derecho. Se puede decir que en todo derecho hay siempre, de una parte, el sujeto activo á quien le es atribuido el derecho, y, de otra parte, la masa de todos los hombres, de todas las personas, obligadas á abstenerse, de dejar hacer á aquel á quien el derecho pertenece, de dejarlo sacar libremente el provecho, las ventajas.

*N. 191.* « Pero si esta obligación general y colec-



« tiva existe en todo derecho, hay casos en que  
« es sola, en que no existe otra, en que el derecho  
« confiere al sujeto activo la facultad de sacar  
« directamente de una cosa una utilidad, una ven-  
« taja más ó menos extensa, sin más obligación  
« que la impuesta á todos de dejarle hacer, de  
« abstenerse de toda turbación ó de todo obstáculo.

« Hay casos, al contrario, en los cuales á más  
« de esta obligación general siempre existente, el  
« derecho confiere al sujeto activo la facultad de  
« obligar á una persona determinada á una acción.  
« como dar, ejecutar, hacer alguna cosa, ó á una  
« inacción, como sufrir, dejar hacer alguna cosa. En  
« este caso el sujeto pasivo del derecho es, por así  
« decir, doble; de una parte, la masa, el conjunto  
« de todas las personas, obligadas todas, únicamente,  
« á no oponer ningún obstáculo al goce del derecho;  
« de otra parte, el sujeto individualmente pasivo,  
« obligado á hacer, ó no hacer alguna cosa.

« Se acostumbra, sea por no haberse dado de  
« ello suficiente cuenta, sea porque, existiendo en  
« los dos casos, no es necesario detenerse en elló  
« para marcar la diferencia, hacer abstracción de la  
« obligación general que pesa siempre sobre el con-  
« junto de todas las personas.

« Hecha así esta abstracción, la diferencia que  
« existe entre los dos casos se revela en estos  
« términos:

« En el primer caso no existe ninguna persona  
« que sea individualmente el sujeto pasivo del dere-  
« cho; de modo que analizando este derecho no se  
« encuentra en él, aparte de la masa de todas las  
« personas obligadas, cada una, á abstenerse de  
« toda turbación, sino una persona, sujeto activo,



« y una cosa, objeto del derecho. Es este derecho  
« el que ha sido llamado *real*.

« En el segundo caso, existe, además, otra persona  
« como sujeto individualmente pasivo del derecho,  
« es decir, contra la cual el derecho es personal-  
« mente atribuido.

« Se encuentra allí por elementos, aparte de la  
« masa general, obligada á abstenerse de toda  
« turbación, una persona sujeto activo ; una persona,  
« sujeto pasivo ; y una cosa objeto del derecho. Este  
« es el derecho que ha sido denominado *personal*.

*N. 192.* « En suma, un derecho personal es aquel  
« en el cual una persona es individualmente sujeto  
« pasivo del derecho.

« Un derecho real, es aquel en el cual ninguna  
« persona es individualmente sujeto pasivo del  
« derecho.

« Ó en términos más simples:

« Un derecho personal es aquel que dá la facultad  
« de constreñir individualmente á una persona á  
« una prestación cualquiera, es decir á dar, á prestar,  
« á hacer ó á no hacer alguna cosa.

« Un derecho real es aquel que dá la facultad de  
« sacar de una cosa cualquiera una ventaja más ó  
« menos grande.

« Abstracción hecha, en el uno como el otro caso,  
« de la masa de todas las personas, obligadas  
« siempre cada una á abstenerse de toda turba-  
« ción, de todo obstáculo al goce y ejercicio del  
« derecho.

« La noción así dada es amplia: todos los dere-  
« chos sin excepción, de cualquier modo que sean  
« adquiridos, ejercidos ó perseguidos en justicia, y  
« cualquiera que sea la cosa corporal ó incorporal



« que sea su objeto se colocan en una ú otra cate-  
« goria.

« No es arbitraria, sino forzosamente procedente  
« de la naturaleza de las cosas....

N. 193. « Por lo demás, los derechos personales  
« existen, en la sociedad, respecto de todos, del  
« mismo modo que los derechos reales. Es un  
« error figurarse lo contrario. Cuando soy acreedor,  
« ello es una verdad no solamente para mi deudor  
« sino para todos. Mi derecho de crédito existe  
« y hace parte de mi fortuna, en esta calidad,  
« respecto de cada uno: — será protegido, si fuere  
« necesario, contra cada uno si es posible que un  
« tercero lo lastime. Pero, á más de la masa  
« general, mi deudor es individualmente el sujeto  
« pasivo de este derecho. En el derecho real, al  
« contrario, ninguna persona, si no es la masa  
« general, es individualmente el sujeto pasivo:—  
« ni la una ni la otra. »

**288**—En la exposición de Ortolan, que queda  
transcrita, se encuentran la explicación y el funda-  
mento de las dos conclusiones contenidas en el  
presente artículo.

Hecha abstracción de la masa general de los  
hombres, obligada siempre á no lastimar ni obsta-  
culizar el derecho de cada uno, en la obligación se  
encuentran siempre dos personas, de las que la  
una es el sujeto pasivo y la otra el sujeto activo  
del derecho, designado aquel con el nombre de  
*deudor* y el de *acreedor* este; y como en la obli-  
gación jurídica hay un vínculo de derecho que faculta  
al acreedor á exigir del deudor la prestación á que  
está individualmente obligado, es evidente y está  
en la naturaleza de las cosas el que á todo derecho  
personal corresponda una obligación personal.



Hecha la misma abstracción de la obligación general de la masa de los hombres, en el derecho real no existe una persona que sea el sujeto pasivo, ó sea que esté individualmente obligada en favor del poseedor del derecho ó del sujeto activo, el cual no está en relación directa sino con la cosa objeto de su derecho; por lo cual es igualmente evidente y está en la naturaleza de las cosas el que, á un derecho real no corresponda una obligación personal.

En su nota al título « *De los derechos reales* » nuestro codificador se detiene sobre el particular siguiendo á Demolombe, Ortolan, Maynz y otros, pudiendo decirse con acento firme que nadie adelanta las explicaciones y razonamientos de Ortolan.

---

**Art. 531.** Aubry y Rau, § 296. — El Cód. francés distingue las obligaciones en personales y reales, como distingue los derechos. Sus comentadores dicen que una obligación es real, cuando incumbe al deudor, no relativamente á su persona, sino solo en su calidad de poseedor de una cosa cierta; en otros términos: cuando el deudor, obligado al cumplimiento de la obligación, no lo es personalmente ó con su patrimonio, sino solo como poseedor de ciertas cosas; y que así la obligación de un tercer poseedor de un inmueble hipotecado, de pagar, ó hacer entrega del inmueble, es una obligación real. — Toullier, tom. 3, núm. 344 y siguientes. — Zachariæ, § 529. Nosotros decimos que el derecho puede ser un derecho real, como la hipoteca; pero la obligación del deudor es meramente personal con el accesorio de la hipoteca, pero esta no es una obligación accesoria. Cuando la cosa sale del poder del que la obliga, y pasa á otro poseedor, éste se halla en la misma posición respecto del acreedor, que tiene un derecho real, que cualquiera otra persona, á quien se prohíbe impedir el ejercicio de los derechos reales; pero no le constituye la posición de deudor. Marcadé dice, respecto á esto: « Cuando me habeis vendido vuestra casa, estais obligado á no molestarme en el goce del inmueble: pero esto no es una obligación de no hacer, pues no os privais de ningún derecho. Esta necesidad nada tiene que os sea personal: ella es común á todos; es para vos, como para





los otros, la consecuencia y correlación de mi derecho real existente *erga omnes*. Esta necesidad general y común á todos, que corresponde á un derecho real, forma un deber que cada uno está sin duda en el caso de respetar, como una obligación personal, más no constituye una obligación.»—Sobre el art. 1101, núm. 387.

Ortolan dice: «Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Ó en términos más sencillos, un derecho personal es aquel que dá la facultad de obligar individualmente á una persona á una prestación cualquiera, á dar, á suministrar, á hacer ó no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor ó menor». — *Generalización*, § 67.

**Art. 532.** *Los derechos no transmisibles á los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles á los herederos del deudor, se denominan en este Código: DERECHOS INHERENTES Á LA PERSONA, OBLIGACIONES INHERENTES Á LA PERSONA.*

**289**—No obstante las observaciones que pudieran hacerse con el artículo 1229, estimamos que la declaración del presente es amplia y que alcanza lo que alcanzan sus términos. Basta, por consiguiente, que los derechos y las obligaciones no sean transmisibles á los sucesores universales para que se los estime inherentes á las personas, ora sea que la causa que impida la transmisión sea la *naturaleza* del derecho ó de la obligación, ora una *disposición legal*, ora una *estipulación* de las partes.

Recordemos algunos casos.

**290**—1º Es intransmisible la acción de divorcio: por su naturaleza, el derecho para pedir separación es personalísima, en el cónyuge ofendido, y no hay



interés, moral ó pecuniario, que pueda autorizar su transmisión á los herederos.— art. 207.

2º El deber que tiene el marido de hacer los gastos judiciales, necesarios para salvar los derechos de su esposa, es intransmisible, porque es deber impuesto al marido en su calidad de tal. El esposo es el obligado por ser esposo: cuando no hay esposo, porque ha fallecido, espiran sus deberes, impuestos por aquella calidad y, por consiguiente, no pasan á sus herederos.

3º Es intransmisible el derecho que el marido tiene para desconocer la legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, y es intransmisibilidad decretada por la ley.— art. 292.

4º Es igualmente intransmisible, por obra de la ley, el derecho que el hijo desconocido por su padres tiene para reclamar su filiación legítima, siempre que el hijo muera siendo mayor de edad y sin haber entablado la acción.— art. 293.

5º Es intransmisible, por su naturaleza, una pensión alimenticia, porque no teniendo por objeto sino las necesidades personales del acreedor, con la muerte de este se extingue la obligación de abonarla.— art. 2110.

6º Es también intransmisible el derecho á una renta vitalicia, porque con la muerte de aquel en cabeza de quien ha sido constituida se extingue la obligación de abonarla.— art. 2117.

7º No se transmite á los herederos del vendedor el derecho adquirido por pacto de preferencia, hecho en la compra-venta, y ni siquiera es cesible.— artº. 1430 y 1487.

8º Tampoco se transmite la obligación de hacer cuando la persona del deudor ha sido elegida por



su industria, arte, ó calidades personales. Lo que se buscaba era un hecho del obligado mismo, hecho que se hace imposible con la muerte del que debía ejecutarlo. — art. 660.

9º Es también intransmisible el usufructo, porque la ley no permite que se lo constituya para durar *después* de la vida del usufructuario, ni á favor de una persona *y sus herederos*. — arts. 2859, 2954 y 2955.

10. Son del mismo modo intransmisibles los derechos de uso y habitación. — art. 3003.

11. La servidumbre personal, ó sea la constituida como facultad dada puramente al individuo, no se transmite á sus herederos. — art. 3038.

12. El derecho de aceptar una donación es intransmisible, porque la ley dice que si el donatario muere sin haberla aceptado, los herederos nada pueden reclamar del donante. — art. 1830.

13. Es intransmisible á los herederos del donante la reversión que se hubiese reservado de las cosas donadas. — arts. 1875 y 1876.

14. Es intransmisible la acción civil procedente de delito que no ha causado sino agravio moral, como la injuria, la difamación, cuando el ofendido ha muerto sin entablarla. — art. 1133.

15. La obligación de prestar alimentos, fundada en vínculos de sangre, y el derecho á pedirlos, fundado en el mismo título, espiran, por su naturaleza, con la muerte de las personas y no son, por consiguiente, transmisibles.

16. El usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos que están bajo su potestad, es intransmisible á sus herederos. Es evidentemente un derecho personalísimo acordado *al padre* sobre bienes del hijo que está bajo *la patria potestad*. Desaparecido el



padre, espira el derecho: acabada la patria potestad acaba el derecho.—artº. 298 y 338 y sus concordantes.

**291**—La intransmisibilidad de los derechos y obligaciones, fundada en estipulación de las partes, es punto que no puede ser dudoso. Desde que no haya ley que lo prohíba y desde que no se comprometa un principio de orden público, debe reconocerse en las personas amplia libertad para estipular que los derechos y obligaciones acordadas no pasen ni á los herederos del acreedor, ni á los herederos del deudor, y entonces se tendrán derechos y obligaciones inherentes á las personas por voluntad de las partes contratantes.

**Art. 533.** *No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, ó de uno de los actos lícitos ó ilícitos, de las relaciones de familia, ó de las relaciones civiles.*

**292**—La cuestión de la *causa* es cuestión muy estudiada y todavía debatida.

Generalísimamente es tratada solo con relación á los contratos ó estipulaciones, en tanto que es indudable que las obligaciones nacen no solamente de los convenios ó sea de la voluntad común de las partes, sino también de los hechos, positivos ó negativos, de los actos lícitos ó ilícitos, de las relaciones civiles, ó de las relaciones de familia, como dice nuestro artículo, que bien pudo suprimir esta última frase, sin incurrir en defecto, porque las relaciones de familia reconocidas y sancionadas por la ley quedan comprendidas en la frase general de *relaciones civiles*.



Estudiada con relación á los contratos, distinguidos escritores modernos como Laurent, Baudry y Barde aceptan de lleno, y sin discrepancias, la doctrina de Domat, que se resume así: —Principia por explicar que las relaciones de los hombres producen cuatro especies de convenciones: —aquellas en que se dan recíprocamente una cosa por otra, como en la compra-venta ó el cambio ó trueque; en que hacen alguna cosa el uno para el otro, como si se encargasen recíprocamente, el uno de los negocios del otro; ó bien en que el uno hace y el otro dá, como cuando un mercenario dá su trabajo por cierto precio ... « En estas tres primeras suertes de convenciones, dice, se hace un comercio en que nada es gratuito, y *la obligación del uno es el fundamento de la obligación del otro*. Y en las convenciones en que *una sola* parte aparece obligada, como en el préstamo de dinero, la obligación de aquel que toma en préstamo ha sido precedida, de parte de la otra, de la que esta debía dar para formar la convención. Así, la obligación que se forma en estas clases de convenciones en provecho de uno de los contratantes, tiene siempre su causa en la obligación de la otra, y la obligación sería nula si, á la verdad, no tuviere causa. . . . En la donación y en los otros contratos en que una sola hace ó dá, y en que la otra no hace ó nada dá, la aceptación forma la convención; y la obligación de aquel que dá tiene su fundamento en algún motivo razonable y justo, como un servicio hecho, ó algún otro mérito del donatario, ó *el solo placer de hacer el bien*. Y este motivo hace lugar de causa de parte de aquel que recibe y no dá nada. »

Por consiguiente, en la compra-venta, por ejemplo, el *objeto* de la obligación del vendedor es la cosa y el *objeto* de la obligación del comprador es el precio,



pero, la *causa* de la obligación del vendedor es la *obligación* del comprador, y la *causa* de la obligación del comprador es la *obligación* del vendedor. No es posible, por lo tanto, confundir la *causa* con el *objeto* de la obligación. Si el vendedor se obliga á entregar la cosa es porque el comprador se obliga á entregar el precio. El vendedor tiene interés del precio y para conseguirlo se obliga á entregar la cosa: el comprador tiene interés de la cosa y para conseguirla se obliga á entregar el precio. Luego la obligación del uno es la causa de la obligación del otro; pero la obligación, que es un vínculo de derecho, no se confunde con la materia ú objeto de ella. Todo esto en cuanto hace á los contratos bilaterales.

Respecto de los unilaterales, la causa de la obligación varía según sea la naturaleza del acto de que se trate. En la donación, por ejemplo, la causa no se encuentra sino en la voluntad del donante, movida por una impulsión cualquiera, como la gratitud, el mérito del donatario, ó el cariño espontáneo del donante, etc. En el préstamo de dinero, la obligación del que lo recibe tiene su causa en la prestación que le es hecha por el que lo entrega. Se obligó á devolver desde que lo recibiera; por consiguiente, desde que lo recibió, está sujeto á la obligación de devolverlo. En la prenda ha precedido la estipulación de su prestación, y desde que ha sido constituida por la entrega de la cosa, el acreedor prendario está obligado á la devolución en tiempo debido.

**293**—Pero nuestra ley se ocupa no solo de las obligaciones que proceden de los contratos, sino también de las que nacen de los hechos en general,



de los actos ilícitos, de los delitos y de las relaciones legales, comprendiendo en estas palabras lo que el artículo llama relaciones civiles y relaciones de familia.

Los hechos susceptibles de producir adquisición, modificación, extinción, ó transferencia de derechos y obligaciones, art. 930, ó sean los hechos humanos ejecutados con discernimiento, libertad é intención son fuentes de obligaciones. Lo son igualmente los involuntarios en cuanto el autor del hecho se hubiere enriquecido con el daño ajeno. — art. 941.

Los actos ilícitos, ó sea el delito civil y el delito de derecho criminal imponen la obligación de reparar los daños causados, en garantía y satisfacción de los derechos; y aun cuando se trate de actos ilícitos que no son delitos, el que ejecuta un hecho cualquiera, positivo ó negativo, que por su culpa ó negligencia causa un daño á tercero está obligado á la reparación del daño y satisfacción de los intereses. — art. 1143.

**294** — Y bien, cualquiera que sea su origen, allí donde exista una obligación allí habrá una causa de deber. No se concibe lo contrario. Las relaciones de familia, por ejemplo, ó más brevemente dicho, la ley, es fuente de obligaciones positivas. Entre ascendientes y descendientes y entre hermanos legítimos, la obligación de prestarse alimentos es formal y es impuesta puramente por la ley. Tienen el mismo origen las obligaciones del marido para con su mujer, de prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios, hacer los gastos judiciales que fuese menester para salvar sus derechos, prestarle alimentos, etc., etc.

**295** — No hay obligación sin causa, vale decir,



que la obligación sin causa es nula, y, como derivado natural, que también es nula la que solo se funda en causa falsa, sin que exista causa verdadera que la sustente, todo lo cual vamos á verlo oportunamente.

**Art. 533.** El Cód. francés y los demás Códigos que lo han tomado por modelo, han confundido las causas de los contratos con las causas de las obligaciones. Como estas nacen, á más de los contratos y cuasi-contratos que son los actos lícitos, de los actos ilícitos, delitos y cuasi-delitos, y de las relaciones de familia, la causa de ellas debe hallarse en estas fuentes que las originan, y no solo en los contratos. Ortolan, después de hablar de las causas de las obligaciones que nacen de los contratos, continúa así: «Si una persona ha causado perjuicio á otra ya voluntariamente, y con mal propósito, ya involuntariamente, pero por culpa suya, el principio de la razón natural, de que es preciso reparar el mal que se ha causado, nos dice que aquí hay un hecho productor de obligación. Si una persona encuentra que tiene por una circunstancia cualquiera lo que pertenece á otra: si aparece enriquecida de un modo cualquiera en detrimento de otra, ya voluntaria, ya involuntariamente, el principio de la razón natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligación de restituir aquello con que se ha enriquecido, nos dice también que hay en esto un hecho causante de obligación. Así, por un lado el consentimiento de las partes, los contratos por otro, los innumerables hechos que son producto, ya de la voluntad ó actividad del hombre, ya de causas que son independientes de él, por efecto de las cuales puede una persona haber ofendido por culpa suya á otra, ó haberse enriquecido con perjuicio de alguno, nos ofrecen diariamente innumerables y repetidas causas de obligaciones. Añádanse á esto, en la constitución de la familia, ciertas relaciones entre personas, que deben producir vínculos de derecho, obligaciones de unas con respecto á otras, por ejemplo, produciendo el hecho de la generación, obligación entre el padre y la madre por una parte, y los hijos por otra, por la causa de que unos han dado la existencia y los otros lo han recibido, teneis otra fuente de obligaciones según los principios de la pura razón filosófica. Tom. 2, pág. 160.

Por todo esto, el artículo dice que la causa de las obligaciones





debe derivarse de uno de los hechos ó de uno de los actos lícitos, ó ilícitos, de las relaciones de familia ó de las relaciones civiles.

Marcadé, en su comentario al Cód. francés, art. 1108, demuestra también que las causas de las obligaciones son diferentes de las causas de los contratos.

**Art. 534.** *Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario.*

**296**—Lo que quiere decir este artículo es que, aunque la causa no esté expresada *en el instrumento* de la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario.

La presunción legal establecida es evidentemente justa, porque nadie suscribe una obligación cuando no existe causa de deber, y el solo hecho de existir subscripta una por el que aparece deudor, dá derecho al acreedor para exigir su cumplimiento. La subscripción, por el deudor, del instrumento de la obligación demuestra *prima facie* la existencia de causa:—por consiguiente es justa la presunción creada por la ley.

**297**—Esta presunción es simplemente *juris* y puede, por lo tanto, el deudor, que es á quien perjudica, probar lo contrario. Mientras esta prueba no es dada, prevalece la presunción, y la obligación debe cumplirse sin que nada tenga que probar el acreedor.

**298**—El artículo 1132 del Código francés está concebido así: «La convención no es menos válida «aunque la causa no sea expresada en ella.»

Se ha discutido mucho sobre el valor y alcance de esta declaración, pero la jurisprudencia y la doctrina han decidido en el sentido del artículo



534 que nos ocupa, es decir, que se presume que existe causa y que la prueba contraria debe darse por el deudor. Véase Dalloz: Códigos Anotados, art. 1132; Laurent—t. 16—n. 165 y sig<sup>s</sup>; Baudry y Barde—«Obligaciones»—t. 1<sup>o</sup> n. 317 y siguientes.

299—Se arguye diciendo, que, se impone al deudor una prueba casi imposible como es la prueba de la negación.

Sacada la cuestión del terreno puramente abstracto y llevada á la vida real, difícilmente ocurrirá un caso en que la negociación entre las partes no dejara rastros que permitan conocer la causa atribuida á la obligación, y el deudor podrá entonces probar un hecho positivo como es la falsedad de la causa ó la falta de causa, demostrando la violencia que se le hubiese hecho, ó el error en que hubiere incurrido; y si apesar de esto su posición en la causa es difícil, es del caso repetir con Laurent: «Cuando es por *falta* de aquel á quien incumbe «la prueba que se encuentra en el caso de probar «un hecho negativo, no tiene derecho para quejarse «que se le imponga una prueba imposible.»—T. 16, n. 168 al fin.

---

**Art. 534.** Cód. francés, art. 1132.—Sardo, 1223.—de Nápoles, 1086.—Holandés, 1272.

**Art. 535.** *La obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera.*

300—Cuando en el instrumento de la obligación se consigna su causa, queda esta amparada por la presunción de verdad. Se presume verdadera la



causa expresada, pero no puede negarse al deudor su derecho de probar que es falsa, sea porque hubo error á su respecto, sea porque es simulada. Es un derecho que no puede ser desconocido desde que no hay ley que lo niegue, como no es dudoso que á él incumbe rendir la prueba de la falsedad alegada.

**301**—El acreedor tiene á su vez derecho á probar que, independientemente de la causa expresada en el instrumento, tachada por el deudor, existe una causa verdadera y lícita en que se funda la obligación. Este derecho del acreedor está reconocido por la ley, porque desde que dice, que, no obstante la falsedad de la causa expresada, la obligación es válida *si se funda en otra causa verdadera*, reconoce en el acreedor el derecho de probar la existencia de esta causa, porque á nadie sino á él interesa hacer esta prueba para mantener la validez de la obligación.

**302**—¿ Por qué medios puede hacerse la prueba de la falsedad de la causa enunciada en el instrumento ?

Creemos que debe distinguirse el caso de cuando es un tercero legítimamente interesado quien alega la falsedad, de cuando la alega el deudor.

Los terceros pueden usar de todos los medios probatorios y por consiguiente de testigos para justificar el error, violencia, simulación en fraude de la ley, *et cétera*, porque ella misma declara que en estos casos la prueba puede hacerse por todos los medios de derecho, art. 1225, desde que tales terceros sean extraños, es decir, no sean causantes de los vicios de que se trata; con la particularidad de que la simu-



lación es para ellos de prueba privilegiada, ó sea de presunciones: — *dolum ex perspicuis indiciis probari convenit*.

Cuando el que alega la falsedad es el mismo que aparece deudor en el instrumento, puede, sin duda, probar con testigos que padeció error sustancial que desnuda de validez al acto, porque la ley le permite este medio probatorio, art. 1225; pero si se trata de falsedad de causa por simulación, hay que distinguir entre la simulación inocente y la ejecutada en fraude de la ley. El deudor que ha incurrido en la última no tiene acción que deducir, porque la ley se la niega en absoluto, art. 993; si se trata de simulación inocente, la prueba debe ser hecha con contra-documento de la otra parte, art. 994, porque no es dado probar con testigos nada que esté en contra ó fuera de lo establecido en el instrumento de la convención ó contrato.

**303** — Puede ocurrir que la prueba invocada demuestre á la vez, de una parte, la simulación, y de otra parte la verdadera causa de la obligación. En tal caso, la prueba invocada es indivisible, como sucedería, por ejemplo, si consistiese en los libros de una de las partes, en que se declarase la falsedad de la causa expresada en el instrumento de la obligación y se consignase la causa verdadera de ella. No se podría dar por probada la falsedad por los libros y admitir una prueba distinta de ellos acerca de la causa verdadera. La prueba por los libros sería indivisible. Laurent, Tom. 16, n. 174 y la sentencia de la Corte de Casación que cita.

Se estará también en el caso de una prueba indivisible cuando se trate de un instrumento privado



reconocido y suscrito por el acreedor y presentado por el deudor, en que se declare ser simulada la causa de la obligación enunciada en el documento de ella, y en que se consigne la verdadera causa. — art. 1063.

**Art. 535.** Cód. de Luisiana, art. 1891.— Holandés, 1372.

**Art. 536.** *La obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria á las leyes ó al orden público.*

**304**— Todo acto jurídico que tenga por objeto hechos que sean ilícitos, contrarios á las buenas costumbres, ó prohibidos por las leyes, es nulo y, por consiguiente, nula la obligación procedente de dicho acto; art. 987. Se estará en presencia de actos prohibidos, cuya nulidad es su sello natural, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención. — art. 18.

Si hay causa torpe, vale decir, ilícita, así de parte del que recibe, como de parte del que dá, ninguno de ellos tiene acción para exigir el cumplimiento de la obligación; pero, si ha sido cumplida, no hay derecho para repetir: *Ubi dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus*. Si solo hay torpeza en el que recibe, el que ha dado en cumplimiento de la obligación estipulada tiene derecho á repetir: *Quoties autem accipientis turpitudine versatur, repeti potest*. Ll. 3 y 4, § 2, ff. de *Condict ob turp. caus.* y art. 829 de nuestro código.

**305**— Si hubo torpeza de una y otra parte, ninguna de ellas puede demandar la nulidad de la estipula-



ción ó contrato. En vano se dirá que se trata de una nulidad absoluta y manifiesta que desnuda al acto de existencia legal. Aun cuando así sea, como así es, á ninguna le es dado, sin embargo, pedir la declaración de nulidad, porque la ley se opone terminantemente á ello. La nulidad absoluta puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, *excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba*, dice el art. 1081.

**306** — ¿Cuándo es ilícita la causa? Cuando es contraria á las leyes ó al orden público, dice nuestro artículo.

Pero también es ilícita cuando es contraria á la moral y á las buenas costumbres, como lo persuaden los artículos 21, 560, 564, 598, 988, etc.

**307** — Resulta del artículo que nos ocupa y de los anteriores 533 y 535:

1º Que no hay obligación donde no hay causa para ella;

2º Que tampoco la hay cuando es falsa la causa enunciada en el instrumento de ella y no existe otra causa verdadera y lícita que la sustente; y

3º Que es absolutamente nula, lo que importa decir, sin existencia legal é inconfirmable, art. 1081, la que se funda en una causa ilícita.

**308** — ¿Cómo se prueba la causa ilícita? Por todos los medios de derecho. El artículo 1225 declara terminantemente que, cuando la cuestión versare sobre *fraude*, la prueba puede hacerse por todos los medios probatorios designados en el mismo, y por fraude se entiende no solo el ejecutado contra los derechos particulares ó sea de las personas, sino



también el ejecutado contra ley, es decir, para burlar sus disposiciones.

**309** — Nuestro artículo dice que la causa es ilícita cuando es *contraria á las leyes*... ¿Bastará que la obligación estipulada sea contraria á la ley para que se diga que hay causa ilícita y nula, por consiguiente, la obligación? Cuando las disposiciones legales miran al solo interés de los particulares, estos tienen perfecto derecho para apartarse de ellas y estipular como crean convenirles: solo las leyes que miran al orden público y á las buenas costumbres no pueden ser contrariadas por convenciones particulares. — art. 21. Luego es evidente que el artículo que nos ocupa debe ser entendido con esta limitación.

*Orden público.* — No intentamos definirlo, porque comprendemos que es muy difícil encontrar una definición que satisfaga á la filosofía y el derecho público, abarcando toda la materia y estableciendo líneas de separación bien determinadas; pero los atributos de la soberanía están establecidos y nuestra ley fundamental, organizadora del gobierno político del Estado, tiene consignadas máximas y reglas políticas que servirán siempre para decidir, en los casos ocurrentes, cuando una obligación ó una estipulación sea contraria al orden público. La soberanía reside en el pueblo; la soberanía es incesible, es irrenunciable, es imprescriptible. Las funciones públicas no son propiedad particular en ningún caso; son consagradas al servicio del interés público y deben ser desempeñadas con moralidad y con sujeción á las leyes que las regulan. Todo ejercicio de ellas que se inspire en el interés particular lastimando el interés general, es reprobado. Con estos y otros principios consignados en nuestra constitución



pueden resolverse con acento firme las cuestiones ya ocurridas ante nuestros tribunales y otras que puedan llevarse á su decisión. No se olvide la necesidad de que predominen siempre las reglas de la moral cristiana, hermanadas con los deberes legales: —de lo contrario, el espíritu de tráfico que tiende á invadirlo todo, como lepra de nuestro medio social, hará presa hasta de la conciencia.

---

**Art. 536.** Cód. francés, arts. 1131 y 1133. — Napolitano, 1085 y 1087. — Sardo, 1221 y 1224. — Holandés, 1371 y 1373.

**Art. 537.** *Las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores á quienes se transmitiesen.*

**310** — Es un *axioma* que la obligación surte efecto entre deudor y acreedor, y procede de la naturaleza de la obligación misma. Siendo un vínculo de derecho por el cual una persona, que se llama deudor, se obliga en favor de otra que se llama acreedor, á dar, hacer, ó no hacer alguna cosa, es evidente que debe producir y produce efecto entre el deudor y acreedor en el sentido de que este tiene derecho á exigir el cumplimiento de la obligación y aquel el deber de cumplirla. — art. 539.

**311** — Tratándose de las obligaciones se trata del derecho personal en las relaciones civiles, porque bien puede decirse que la obligación es la medida del derecho personal, y por lo tanto, es fuera de duda que cuando nuestro artículo habla de las *obligaciones*, entiende también hablar de los derechos personales, porque son dos relaciones tan íntimamente unidas que no es posible que exista la una sin la





otra. Donde hay una obligación hay un derecho personal, y donde existe un derecho personal hay una obligación que le es relativa. — art. 531. De consiguiente, cuando la ley dice que las obligaciones surten efecto entre deudor y acreedor, dice también que los derechos personales surten efecto entre el acreedor y el deudor, entendiéndose por efecto el definido por el artículo 539 antes citado.

**312**—Pero las obligaciones surten efecto no solo entre el deudor y acreedor, sino también entre sus sucesores á quienes se transmitiesen, dice nuestro artículo.

Tratándose de las obligaciones que nacen de los contratos, es de derecho que se transmiten activa y pasivamente á los sucesores y herederos universales, salvo que se opongan á ello la naturaleza del derecho ó de la obligación, una cláusula del contrato, ó la disposición de la ley, ó para decirlo más brevemente, salvo que se trate de obligaciones ó derechos inherentes á la persona. — artº. 1229 y 532.

Pero se transmiten á los sucesores no solo las obligaciones y los derechos nacidos de los contratos, sino también todo derecho y toda obligación nacidos de cualquiera otra causa, como son los delitos, los cuasi delitos, la ley. ¿Quién duda que la obligación de reparar el daño causado por un delito, por ejemplo, — se transmite á los herederos ó sucesores universales? La sucesión es la transmisión de los derechos *activos* ó *pasivos* que componen la herencia de la persona muerta, y la sucesión ó sea la transmisión de los derechos y obligaciones se opera en el mismo instante en que se produce la muerte. — artº. 3313 y 3316, sin exceptuar de la transmisión sino las obligaciones y los derechos denominados inherentes á la persona. — art. 532.



**313**— Se transmiten también los derechos á título singular por la *cesión* de ellos, sea por contrato oneroso, sea gratuitamente, con excepción de los incesibles por su naturaleza, por ley, ó por estipulación de las partes, todo lo cual es conforme con las disposiciones del título *De la cesión de créditos*.

Y bien, en todos los casos en que los derechos y las obligaciones se transmiten, producen efecto entre los sucesores del acreedor y los sucesores del deudor, del mismo modo que entre los acreedores y deudores originarios, sin perjuicio de la división del crédito ó de la deuda entre los sucesores y de las modalidades creadas por la ley. — artº. 3519 y 3524.

**314**— Cuando nuestro artículo declara que las obligaciones no producen efecto *sino* entre acreedor y deudor y sus sucesores á quienes se transmiten, declara implícitamente que no benefician ni dañan á terceros y, por consiguiente, que ni pueden serles opuestas, ni pueden ellos alegarlas para exigir su cumplimiento, — art. 1195. No es sino una aplicación de este principio el artículo 885 que declara, que una transacción hecha por uno de los interesados, no perjudica ni aprovecha á terceros, ni á los otros interesados, aun cuando se tratase de obligaciones indivisibles. Del mismo modo, el convenio que hicieron entre sí los herederos de una sucesión sobre el modo ó proporción con que deban concurrir para el pago de las deudas, no perjudica, ni aprovecha á los acreedores hereditarios. Sin embargo, « el « artículo 1165, del Código francés, dice la Corte « de Casación, significa solamente que las conven- « ciones no crean derechos sino en provecho ó « detrimento de las partes contratantes ó de sus « causahabientes. Pero de ello no se podría deducir « que una convención no pueda ser opuesta á terceros



« ó invocada por ellos *como un hecho que viene en* »  
« apoyo de una argumentación. » Dalloz — Cód.  
Anot. art. 1165, n. 26.

**315**—El principio de que las obligaciones ó las estipulaciones de que proceden no benefician, ni perjudican á terceros, sufre excepciones que la misma ley crea. Así, por ejemplo, la quita estipulada entre el deudor y su acreedor puede ser opuesta *en su nombre personal* por el fiador, aun cuando este no haya intervenido en el convenio — art. 2055. El concordato es otro ejemplo, pues la ley lo declara obligatorio aún para aquellos acreedores que no han tomado en él participación directa, ni indirecta.

---

**Art. 537.** LL. 11, Tit. 14, Part. 3ª, y 3. Tit. 11, Lib. 1, F. R—  
Cód. francés, art. 1165.—Sardo, 1192.—Napolitano, 1118.—  
Holandés 1376.

**Art. 538.** *Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, este podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada.*

**316**—Observemos ante todo que este artículo no importa una verdadera excepción al principio que dice, que, las estipulaciones entre parte y parte no perjudican ni aprovechan á terceros, porque cuando el tercero en cuyo favor se ha estipulado algo, lo acepta y hace saber su aceptación al obligado antes de ser revocada la cláusula respectiva, deja de ser



tercero y se torna en verdadero interesado, en parte en el acto. Hay en el fondo un caso más favorable que el que permite la ratificación, cuyo efecto se retrotrae á la fecha del acto, art. 1970, porque el que contrajo la obligación á favor del tercero sabía que aquel con quien contrató no era mandatario del tercero, ni invocaba su representación.

« La aceptación posterior del tercero constituye « *un verdadero contrato respecto de él*, como si « hubiera aceptado *al tiempo de celebrarse*, » dice Goyena, de quien ha copiado nuestro ilustre codificador.

**317** — Nuestro artículo parte del hecho de que los contratantes estipulan para sí, esto es, que tratan y convienen en nombre propio, pero que al mismo tiempo estipulan una ventaja en favor de un tercero. La aceptación de éste surte el efecto de una autorización previa, y le dá derecho para pedir el cumplimiento del contrato, dice el artículo 1196, concordando con el presente.

**318** — La aceptación es necesaria para la existencia del contrato, y no es dudoso que antes que sea hecha, el donante puede revocar la donación. ¿Con ó sin el concurso de aquel con quien contrató? La regla general no puede ser sino esta: — la revocación no puede emanar *de solo el deudor*.

---

**Art. 538.** Proyecto de Goyena, art. 977. — Cód. francés, 1121. — Sardo, 1208. — Holandés, 1353. — Napolitano, 1075.



**Art. 539.** *Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:*

*1º Darle derecho para emplear los medios legales, á fin de que el deudor le procure aquello á que se ha obligado;*

*2º Para hacérselo procurar por otro á costa del deudor;*

*3º Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.*

*Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente, ó el derecho de repeler las acciones del acreedor, si la obligación se hallase extinguida ó modificada por una causa legal.*

**319**—Siendo la obligación un vínculo de derecho que obliga á una persona en favor de otra, que se llama acreedor, á dar, hacer ó no hacer alguna cosa, es evidente que el primer y natural efecto de ella sea, para el acreedor, la facultad de emplear los medios legales á fin de que el deudor le procure aquello á que se obligó. Si el objeto de la obligación es dar alguna cosa, el deudor contrae la obligación de velar por su conservación, de modo que si por su culpa se deteriora ó se pierde, tiene que responder de las consecuencias de su falta.

Otro de los efectos es autorizar al acreedor á hacerse procurar por un tercero, á costa del deudor, lo que éste debió procurarle en cumplimiento de



su obligación. Esta facultad no es absoluta como veremos en su lugar correspondiente. — art. 664.

El tercer efecto respecto del acreedor es el derecho que tiene para hacerse indemnizar los daños e intereses que le causara sea la inejecución de la obligación, sea el retardo en cumplirla. — artº. 540, 545 y 542.

**320**— Los medios autorizados por la ley para obligar al deudor á cumplir su obligación no son uniformes, ni dados sin tener en cuenta la naturaleza ú objeto de ella. Por punto general, no es permitido el empleo de la fuerza; pero se la permite en las obligaciones de *dar*, porque puede ser empleada sin hacerse violencia á la persona del deudor, si no se interpone indebidamente. Una sentencia que ordenase la entrega de un campo, por ejemplo, debe ser ejecutada aun por la fuerza pública puesta á disposición de los jueces. — Véase lo que decimos bajo los artículos 608 y 663.

Pothier señala como efecto de la obligación respecto del acreedor, entre otros, el derecho que le asiste, cuando la obligación es de suma líquida, para oponerla en compensación hasta la concurrencia de lo que él debiese á su deudor; II, 70, n. 150, lo que es de expreso derecho. — artº. 852 y 853.

**321**— *Respecto del deudor*, el efecto natural del cumplimiento exacto de la obligación, ó sea su *pago*, es conferirle el derecho de obtener la declaración de su liberación. No hay por qué insistir en esta conclusión evidente.

Le asiste también el derecho de repeler la acción de su acreedor si la obligación está extinguida ó



modificada por una causa legal, como la prescripción, la delegación, 848; la confusión, 896; la renuncia, 902; la remisión de la deuda, 910, etc., de todo lo cual hemos de ocuparnos oportunamente.

**Art. 539.** El Cód. francés, y los otros de Europa que regularmente lo siguen confunden los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones. ¿Cómo tomar como una misma cosa, dice Marcadé, el efecto del contrato y el efecto de la obligación, cuando las más veces la obligación no es sino un efecto del contrato? Los efectos de los contratos son: 1° crear obligaciones; 2° extinguir obligaciones; 3° transferir la propiedad ó sus desmembraciones. En cuanto á los efectos de la obligación consisten únicamente en permitir al acreedor emplear los medios legales: 1° para forzar á su deudor á procurarle aquello que se obligó; 2° para hacérselo procurar por otros, si hay lugar, á costa del deudor; 3° como último recurso, para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Si la obligación no produce jamás los efectos del contrato, el contrato recíprocamente no produce los efectos de la obligación. Sin duda que si el contrato puede producir la obligación misma, puede arrastrar consigo los efectos de esta obligación; mas los llevará como consecuencias ulteriores y no como engendrados por él. En segundo lugar, el contrato puede bien existir sin hacer nacer obligación alguna, produciendo solo extinción de obligaciones, ó transmisión de derechos reales. En fin, si la obligación y por consecuencia sus efectos, pueden resultar del contrato, pueden también nacer de otro origen: por lo tanto, los efectos del contrato no pueden ser jamás producidos por la obligación. Y en cuanto á los efectos de la obligación, existen regularmente sin que haya ningún contrato. Recíprocamente un contrato podrá existir sin que haya ningún efecto de obligación; y en el caso mismo que ese efecto descendiese de una obligación, no sería sino como una consecuencia remota: no sería como efecto del contrato, sino como efecto de la obligación, la cual habría siempre producido ese efecto, aunque no tuviera el contrato por principio.» Tom. 4, págs. 460 y 461.



**Art. 540.** *El deudor es responsable al acreedor de los daños é intereses que á este resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación.*

**322** — Las obligaciones deben ser cumplidas siempre y en todo caso con buena fe. Este deber de moral es también un deber legal, de tal suerte que no es permitido dispensar el dolo al contraerse la obligación, lo que importa decir que jamás puede tener el deudor la facultad de proceder con buena ó con mala fe. El acreedor puede perdonar á su deudor los daños que con su mala fe le hubiere causado, pero nunca puede libertarle de su deber de proceder y cumplir con buena fe sus obligaciones. Por consiguiente, el deudor responde al acreedor por los daños é intereses que á éste resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación.

**323** — Se llama *daños é intereses* la pérdida que se ha tenido y la ganancia que se ha dejado de percibir: *quantum mea interfuit; id est quantum mihi abest, quantumque lucrare potuit.* « ... El « valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la « utilidad que haya dejado de percibir el acreedor « de la obligación, por la inejecución ( falta de « cumplimiento ) de ésta á su debido tiempo » — dice el artículo 553.

**324** — Como hemos de verlo en su lugar correspondiente, los daños é intereses de que es responsable el deudor doloso son, no solo los ocasionados por él, sino también los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes como consecuencia necesaria y directa del hecho ó acto doloso. — artº. 554 y 555.





**Art. 541.** *El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación.*

**325** — Si fuese permitido dispensar el dolo al contraerse la obligación, se tendría por resultado que el deudor quedaba facultado para proceder con buena ó con mala fe en el cumplimiento de ella, es decir, á faltar á su voluntad y sin responsabilidad, á la moral y á las buenas costumbres, lo que no es dado admitir. — art. 21. Los principios de la moral cristiana, que son la base de las *buenas costumbres*, no pueden ser dispensados en las convenciones, en términos que el deudor quede facultado para faltar á ellos sin incurrir en responsabilidad. En vano se dirá que las consecuencias solo recaerán sobre los intereses privados. La sociedad está interesada en que las buenas costumbres ó sean los principios de la moral, presidan siempre las relaciones jurídicas entre los hombres, y á nombre de ese interés, que no es otro que el de su destino, la ley prohíbe la dispensa del dolo al contraerse la obligación. No son sino corolarios de este principio las reglas de derecho que, entre otras, dicen: — *Semper qui dolo facit quominus haberet, pro eo habendus est ac si haberet*: — *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*.

La ley 29, tit. 11, part. 5ª es ampliamente expresiva: — « Condicion, o prometimiento faziendo algund  
« ome a su mayordomo, o a su dispenserero, que  
« *non le demandasse engaño, nin furto que le fiziesse*  
« *dende adelante*; NON VALDRÍA tal pleyto, ni tal  
« *promission*,... porque los tales pleytos podrían  
« dar carrera á los omes, de fazer mal... Mas los  
« otros que ouiessen *ya fechos en ante de la*  
« *promission* bien se podrían quitar por pleyto,



« o por postura... E a lo que dize en esta ley de  
 « los mayordomos, e de los despenseros, entiendese  
 « tambien de todos los otros omes, que tal pleyto,  
 « o promission fiziessen entre si, sobre cualquier  
 « fecho que sea semejante destos. »

Namur, copiando las leyes romanas, dice con laconismo y precisión: « El deudor es siempre responsable del daño cuando la inejecución de la obligación es el resultado de su dolo. No se puede derogar esta regla por convención: el pacto *ne dolus praestare* no es válido, porque es contrario á las buenas costumbres. Pero cuando el dolo ha sido cometido, el acreedor puede transar sobre los daños é intereses que le son debidos, y aún perdonarlos completamente, atendido á que no se trata entonces sino de renunciar un derecho adquirido y que tal renuncia nada tiene de inmoral. »

---

**Art. 541.** L. 29, Tit. 11, Part. 5ª. LL. 27, § 30, Tit. 14, Lib. 2, y 5, Tit. 7, Lib. 26, Dig.

**Art. 542.** *El deudor es igualmente responsable por los daños é intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación.*

**326** — El deudor debe cumplir la obligación en el tiempo debido, designado por acuerdo de las partes, por la ley, ó por el juez. Si no la cumple entonces es constituido en mora y contrae el deber de indemnizar á su acreedor los daños é intereses que le hubiere causado su demora en cumplirla. Es claro: ha incurrido en falta, su falta ha perjudicado al acreedor, luego debe indemnizarle. — art. 1143.



**327** — ¿Debe esta indemnización en todo y cualquiera caso en que hubiese demora? Ciertamente no.

En toda mora hay retardo, pero no todo retardo importa mora. La *mora* es un término técnico que denota una demora caracterizada, ó sea aquella que, por disposición de la ley, por estipulación de las partes, ó por interpelación del acreedor, pone al deudor en el deber de satisfacer los daños é intereses causados por su retardo en el cumplimiento de la obligación, art. 543, bajo cuyo estudio recordaremos algunos casos ó ejemplos de la mora por las causales enunciadas.

**328** — En la doctrina se hace diferencia entre los daños é intereses moratorios y los compensatorios. Se llaman *moratorios* los que son debidos *propter moram*, es decir, los que son causados al acreedor por el retardo en el cumplimiento de la obligación; y se llaman *compensatorios* los daños é intereses causados por la inexecución plena de la obligación, porque la indemnización que entonces se hace compensa el daño sufrido y los beneficios que el acreedor hubiese obtenido si la obligación hubiese sido cumplida. No es muy feliz la doctrina corriente en este punto.

**329** — Para que el acreedor tenga derecho á indemnización se requieren las circunstancias siguientes: 1ª que haya sufrido daños y perjuicios reales; 2ª que la demora sea imputable al deudor; y 3ª que los daños é intereses de que se trate hayan sido causados posteriormente á la mora.

**330** — La *primera condición* se evidencia por si misma, puede decirse, porque no se concibe que se pida indemnización de daños y perjuicios cuando no se ha recibido perjuicio ó daño alguno. Las leyes



de las Partidas que nuestro codificador cita en su nota exigen esta condición, como la exige también inequívocamente el artículo que nos ocupa. «El deudor es responsable, dice, por los daños é intereses que su morosidad *causare* al acreedor;» luego si no hay daños y perjuicios causados no hay responsabilidad en el deudor, aunque haya incurrido en mora en el cumplimiento de su obligación.

Por lo demás, es el acreedor quien tiene que probar haber sufrido los daños é intereses que reclama, porque el *onus probandi* incumbe al que afirma.

**331** — *La segunda condición* es igualmente verdadera, sin la menor duda. Donde no hay falta ó culpa no hay responsabilidad, porque se estará en presencia de un hecho producido sin intención y libertad que no produce obligación alguna. — art. 934. Y así, si la inexecución parcial, la demora, que ha ocasionado los daños y perjuicios, es debida á caso fortuito ó fuerza mayor, que son sinónimos, el deudor no será responsable, porque no le es imputable la demora. Es hija de una fuerza extraña á su voluntad y superior á ella, como el fuego del cielo, la muerte, las inundaciones, el temblor terrestre, etc., que son accidentes naturales, y otros que proceden del hecho del hombre como la invasión militar, el bombardeo, el bloqueo, las disposiciones de la autoridad pública, comprendidas en la frase *hecho del príncipe*.

Como ejemplo de casos en que el deudor no incurre en mora, porque no le es imputable el retardo, dice el derecho romano: — No se estima haber incurrido en mora si el deudor ha sido forzado á ausentarse en servicio de la república tan repentinamente que no ha podido encargar su defensa á nadie; si ha sido detenido ó apresado; si ha caído



en manos de los enemigos: — *Sed et si republicæ causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videtur: sive in vinculis, hostiumve potestate esse cæperit.* Pand. lib. 22, tit. I, n. LVIII.

Cuando estos casos de fuerza mayor han impedido el cumplimiento de la obligación, la demora no es imputable al deudor y, por consiguiente, no es responsable de los daños é intereses que ella hubiere ocasionado al acreedor. — art. 547.

Se exceptúan estos tres casos: — 1º cuando el deudor hubiese tomado á su cargo las consecuencias del caso fortuito: 2º cuando por su culpa hubiese ocurrido este y 3º cuando el caso fortuito ocurre estando ya el deudor constituido en mora, que no sea motivada por caso fortuito ó fuerza mayor.

**332 — La tercera condición** surge de la naturaleza de las cosas y de los términos de la ley misma. Cuando el acreedor deja pasar el plazo y no requiere el cumplimiento de la obligación, se estima que no tuvo interés en su inmediato cumplimiento y que la demora en cumplirla no le perjudica. Si la demora le ha perjudicado realmente, debe culparse á sí mismo de no haber constituido en tiempo *en mora* al deudor para tener derecho á reclamarle los daños causados por ella. Hemos dicho bajo el n. 227 que la *mora* implica retardo, pero que no todo retardo importa mora en el deudor. Para esta es necesario un requerimiento por parte del acreedor, art 543, y la ley solo hace responsable al deudor moroso por los daños que causase *su demora*, pero la calificada, es decir, la *mora*, tomada esta palabra en su significado técnico. Por lo tanto, el deudor no responde sino de los daños é intereses causados por su mora,



ó sea de los posteriores á la época en que fue constituido en deudor moroso. Véase Laurent, T. 16, n. 242 y Baudry y Barde: *De las obligaciones*, T. 1º, n. 468, y los autores y resolución que citan.

**333** — No es necesario que el deudor haya incurrido de mala fe en la demora para que sea pasible de los daños é intereses. Basta para que responda de ellos, que la mora le sea imputable, aunque tenga buena fe, es decir, aunque haya incurrido en retardo solo por olvido ó negligencia. Desde que hay culpa, aunque no haya dolo, la responsabilidad existe. — art. 545.

**334** — Cuando el caso sea de aquellos en que no es necesaria la interpelación del acreedor, porque en razón de la naturaleza y circunstancias de la obligación, por estipulación de las partes, ó por disposición de la ley el deudor responde de los daños ó intereses causados por el solo hecho de no haber cumplido la obligación en el término fijado, se estará siempre en el caso de daños é intereses *moratorios*, porque en cualquiera de ellos *la mora* se produce por la sola inexecución de la obligación dentro del plazo acordado. — art. 543, 2ª parte.

**335** — ¿Cuáles son los daños é intereses de que responde el deudor por inexecución parcial ó total de la obligación? Esta pregunta encontrará su respuesta cuando tratemos de los artículos 554 y 555, que es donde corresponde estudiar el punto.

**336** — Por lo demás, en el derecho de las Pandectas se resuelve terminantemente que la mora en que incurre el deudor principal perjudica al fiador, mientras que la de éste no perjudica á aquel: — « *Mora rei fidejussori quoque nocet. — Si fidejussor solus moram fecerit, reus non tenetur.* »



Y la jurisprudencia francesa tiene decidido que « la » constitución en mora del deudor principal perpetúa « la obligación de la caución, pero que la constitución « en mora del fiador es sin efecto respecto del « deudor. » Dalloz, J. G. Oblig., 763.

**Art. 542.** Sobre la mora pueden vérselas LL. 4, Tit. 3; 28, Tit. 8; 8, Tit. 14; y 35, Tit. 11, Part. 5. Véase Maynz que trata perfectamente la materia.

**Art. 543.** *Para que el deudor incurra en mora debe mediar requerimiento judicial ó extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:*

*1º Cuando se haya estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca.*

*2º Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, fué un motivo determinante por parte del acreedor.*

**337** — Cada uno debe velar por sus intereses y, por consiguiente, el acreedor debe interpelar á su deudor por la prestación que le es debida, no solo para despertar su actividad, sino también para colocarlo en una situación jurídica de inequívoca responsabilidad.

Bajo el artículo anterior inmediato hemos dicho que la mora no es el simple retardo en el cumplimiento de una obligación, sino un retardo en virtud del cual el deudor está obligado á los daños ó intereses. Es un retardo caracterizado por la interpelación del acreedor, que, á la vez que previene á su deudor



que la demora le perjudica, le impone la carga de los daños é intereses, porque no puede alegar que ignoraba que su demora perjudicaría sus intereses.

**338** — El requerimiento ó la interpelación de pago, ó sea para el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, art. 759, puede ser, según la ley, judicial ó extrajudicial. Haciéndose del primer modo, el acto se practicará por escrito, porque no en otra forma se verifican los procedimientos judiciales de este carácter. De consiguiente, la prueba de la interpelación judicial debe ser escrita.

Cuando la interpelación se hace extrajudicialmente, la ley no dice si debe hacerse por escrito ó de palabra, y si la prueba puede ó no hacerse por testigos. Desde que no exige expresamente, ni se deduce de sus términos que deba hacerse por escrito, debe decirse que la ley permite la interpelación verbal y, por consiguiente, la prueba testimonial.

**339** — Para la interpelación debe tenerse presente estas reglas generales contenidas en nuestra ley, — artº. 604, 652, 784, salvo casos especiales, como el del artículo 788 y otros.

Jamás puede demandarse una cosa antes del término en que, por la naturaleza de las cosas, pueda ser entregada; y en las obligaciones que tienen establecido un término para el pago, no se puede pedir la cosa debida sino después de la expiración del término. *Nihil peti potest ante id tempus quo per rerum naturam persolvi possit. Et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo præterito peti non potest.* Celso — lib. 12, digest.

**340** — No siempre es necesaria la interpelación del acreedor para que quede constituido en mora el





deudor. Casos hay en que la mora existe, sin previo acto del acreedor, y son, según nuestro artículo:

1º Cuando se haya estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca; y

2º Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, fué un motivo determinante por parte del acreedor.

Hay necesidad de establecer un tercer caso, porque las disposiciones legales lo imponen, y es:

3º Cuando la ley misma declara explícita, ó implícitamente la mora del deudor, imponiéndole en consecuencia el pago de los daños é intereses desde el vencimiento del plazo, ó desde la fecha del hecho.

**341 — Primer caso:**—En derecho romano se ha disputado siempre la cuestión de saber si, cuando se ha fijado un día para el pago, el deudor debía no obstante ser interpelado de pagar para ser constituido en *mora*. Pothier dice que Donelle, Robert y otros están por la negativa, pero que Ferret, Bachovius y otros piensan lo contrario. Pand. lib. 22, tit. 1º, § 1º, nota I.

Esta cuestión está resuelta por la afirmativa en nuestra ley, puesto que declara, que la interpelación solo es innecesaria cuando se ha *estipulado expresamente* que el nuevo vencimiento del plazo produzca la mora del deudor y lo haga, por consiguiente, responsable de los daños é intereses de la inejecución. Entonces puede decirse con el antiguo proverbio: *dies interpellat pro homine*. La disposición es jurídica y justa, porque como solo se trata de intereses privados, debe ser permitida la estipulación, la que, una vez acordada, constituye regla á la cual deben ajustarse las partes como á la



ley misma, art. 1231 ; siendo apenas necesario recordar que, no habiendo términos sacramentales en nuestro derecho, no es necesario que se diga en el instrumento de la obligación de un modo invariable que queda «estipulado expresamente» que el mero vencimiento del plazo produzca la mora, sino que basta que el acuerdo ó sea la voluntad común de las partes esté expresamente establecida en aquel sentido. Y así, si en una obligación á plazo se estipula que, si el deudor no la cumple dentro del término convenido, responderá de los daños é intereses causados, se estará evidentemente dentro del *primer caso* que nos ocupa, porque está expresamente consignada la común voluntad de las partes en el sentido de que el mero vencimiento del plazo constituye en mora al deudor. Igual cosa debe decirse en el caso de una cláusula que estableciese, que, todo retardo en la entrega, por ejemplo, de una mercadería vendida, dentro de un plazo estipulado, entrañará, por cada día de retardo, una disminución á hacerse, á título de indemnización, sobre el monto de la cuenta de venta.

**342** — Y del propio modo que es permitido estipular que el mero vencimiento del término produzca mora, no es dudoso que el acreedor puede renunciar expresa ó tácitamente al beneficio que le importa la constitución en mora de su deudor. — art. 907.

Se estima existir renuncia, dice la jurisprudencia francesa, cuando, después de haber sido constituido en mora el deudor, el acreedor renueva la obligación principal sin reserva de los derechos adquiridos por la mora ; ó cuando acuerda un plazo, también sin reserva, para la ejecución de la obligación principal por el deudor. Dalloz, *Cód\*. anotados* — art. 1139, n. 14, decisión que estimamos justa y jurídica.



**343** — *Segundo caso*, que es cuando por la naturaleza y circunstancias de la obligación resulta que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, fué un motivo determinante por parte del acreedor.

En tal caso el deudor no podrá dudar que la voluntad del acreedor es que la obligación se cumpla en el plazo designado: — tampoco podrá dudar que le inejecución ó sea el retardo en su cumplimiento perjudicará sus intereses. Con estos antecedentes, la ley no ha podido menos que declarar, y con razón, que en tales casos no hay necesidad de interpelación para la constitución en mora del deudor. Y así, por ejemplo, si otorgo y remito mi poder á un procurador, que está en ejercicio de su profesión, para que apele de una sentencia, es evidente que el ejercicio tardío de su mandato le impone la responsabilidad de los daños é intereses, porque por la naturaleza de las cosas, la voluntad del acreedor es manifiesta y el deudor no podía ignorarla, ni dejar de saber que su retardo podía perjudicarle. No ignoraba que el recurso no podía ser útilmente interpuesto sino dentro del plazo legal. Pothier, II, 69, n. 147; art. 1146, Cód. francés.

**344** — *Tercer caso* — Nuestra ley no lo recuerda, pero se lo encuentra en muchísimos pasajes del Código, en los que el deudor es, sea explícita, sea implícitamente declarado en mora y responsable, por lo tanto, de los daños é intereses. Por ejemplo, el que ha prometido constituir dote para la mujer, queda constituido en mora de entregarla desde el día en que el matrimonio fué celebrado, si en el instrumento de obligación no se designó plazo. art. 1276. Tratándose de los inmuebles dotales y



de los bienes muebles no fungibles de la dote, así como de los fungibles y dineros pertenecientes á la mujer, el marido y sus herederos que no los restituyesen dentro de los plazos legales, quedan constituidos en mora, por solo obra de la ley, para todos los efectos legales. — artº. 1354 á 1356. El socio que no aporta á la sociedad la suma de dinero que ha prometido, incurre en mora y debe los intereses moratorios desde el día en que debió hacer la entrega, sin necesidad de interpelación. — art. 1755. Véase también, entre otros, los artº. 1756, 1947, 1984, 2956, 2978 y 3340.

**345** — Por lo demás, en los casos de delito y cuasi delito, los daños é intereses son debidos sin necesidad de interpelación al deudor. — artº. 1111, 1112, 1113, 1127. etc.

**346** — Tampoco es necesaria la interpelación y, por consiguiente, la constitución en mora del deudor, cuando se trata del caso en que, por culpa suya, se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, como lo veremos detenidamente bajo el artículo 662.

---

**Art. 543.** Por las leyes de Partida y por las del Cód. romano, el simple vencimiento de la obligación á plazo equivalía á una interpelación, y esta no era, por lo tanto, necesaria. LL. 18 y 35. Tit. 11, Part. 5ª. En las otras obligaciones era necesaria la interpelación. LL. citadas de Partida y 32, Tit. 1, Lib. 22, Dig. El artículo es conforme al 1139 del Cód. francés, 1272 de Holanda, 1093 de Nápoles y 1230 del Sardo. Estando ausente el deudor, la protesta, dice la Ley romana, hace las veces de petición. L. 23, Tit. 1, Lib. 22, Dig., y L. 2, Tit. 2, Lib. 22, id. Respecto al inciso 2º, véase la L. 44, Tit. 14, Part. 5ª. Sobre todo este artículo trata Maynz extensamente en el § 264.

El deudor se encuentra también constituido en mora, sin necesidad de interpelación: 1º cuando la interpelación se hace



imposible por una causa que proviene de su persona; 2º cuando la obligación resulta de una posesión de mala fe ó de un delito; 3º todas las veces que el retardo en la ejecución equivale á una inexecución completa. Véase á Maynz, Derecho romano § 264.

El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho ó por una omisión culpable, hace imposible ó impide la ejecución de la obligación, por ejemplo, rehusando aceptar la prestación debida en el lugar y tiempo oportuno, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecución ó rehusando concurrir á los actos indispensables para la ejecución, como la medida ó el peso de los objetos que se deban entregar, ó la liquidación de un crédito no líquido. (La cita anterior.)

**Art. 544.** *En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple ó no se allana á cumplir la obligación que le es respectiva.*

**347**—Se puede decir que esta disposición tiene base de granito en el Código y hasta en la legislación universal.

En las obligaciones nacidas de contratos bilaterales, una de las partes no puede tener, ni tiene derecho para demandar de la otra el cumplimiento de la suya, si ella no ha cumplido ó no ofrece cumplir la que le corresponde, salvo que la obligación de que se tratase fuese á plazo. art. 1235. Como consecuencia de este principio, que es la expresión de la justicia natural, el vendedor no está obligado á entregar la cosa vendida si el comprador no ha entregado el precio, art. 1452, y el comprador no está obligado á entregar este, si el vendedor no le entrega exactamente lo que expresa el contrato.—1460.

Si, pues, es evidentemente justo que en las obligaciones recíprocas, nazcan ó no de contrato, una de las partes no puede exigir de la otra el



cumplimiento de la prestación respectiva, si ella no cumple ó no se allana á cumplir la que le corresponde, es por demás natural que uno de los obligados no incurra en mora, si el otro no cumple ó no se allana á cumplir la obligación que pesa sobre él. La mora es un resultado de la interpelación de pago; pero como no es dado pedir el pago si el que lo pide no paga á su vez lo que debe, es evidente que no incurre en mora el obligado que sea interpelado, si el interpelante no cumple ó no se allana á cumplir la obligación que le es respectiva. Como se ve, el artículo que nos ocupa se explica satisfactoriamente con el principio legal y jurídico recordado y, por consiguiente, no es necesario recurrir, para sustentarlo, á la compensación de las moras, compensación que, por otra parte, no puede existir desde que no exista mora compensable.

---

**Art. 544.** Cód. de Luisiana, art. 1907.—L. 31 al fin, Tit. 1, Lib. 12, Dig., y véase LL. 27, Tit. 5, y 35, Tit. 11, Part. 5ª.

**Art. 545.** *El deudor de la obligación es también responsable de los daños é intereses, cuando por culpa propia ha dejado de cumplirla.*

**348**— Con esta disposición se tiene todo un sistema de responsabilidades del deudor sobre daños é intereses, con relación á sus causas.

1º Es responsable de los daños é intereses resultantes de su dolo en la inejecución de la obligación.— art. 540.

2º Es también responsable de los daños é intereses



causados por la inexecución cuando por culpa suya ha dejado de cumplir la obligación; art. 545, y

3° Es por último responsable de los daños e intereses causados por la mora en su cumplimiento, cuando el retardo le es imputable.— art. 542.

**349**— El 2° caso se refiere á cuando el deudor es culpable, pero conservando su *buena fe*, pues el 1° trata de cuando procede con mala fe ó sea dolosamente.

No es contrario á los principios de justicia el que responda de los daños é intereses causados por la inexecución de la obligación, cuando es por *su culpa* que no ha sido ejecutada, porque el deudor no promete solamente su buena fe, sino también los cuidados y el celo de un buen padre de familia respecto de las diligencias indispensables ó necesarias para el cumplimiento de su obligación. Sabido es que se entiende por *culpa* una negligencia cometida sin intención de dañar, porque cuando la intención existe hay *dolo*, art. 546; y es muy justo que cuando el descuido de sus deberes perjudique los intereses de su acreedor, esté obligado á indemnizar los perjuicios.

**350**— Tratándose de la inexecución total de la obligación, no es necesaria la constitución en mora del deudor para su responsabilidad por los daños é intereses, cuando la inexecución procede de culpa suya. El deudor que no cumple una obligación imprudentemente contraída porque supera en mucho á sus recursos; el que no la cumple porque por culpa suya se ha hecho *imposible* dar ó hacer lo prometido, es responsable de los daños é intereses de la inexecución total, sin necesidad de un acto de su acreedor que lo constituya en mora. Seguramente que el acreedor, como lo observa muy



bien Laurent, T. 16, n. 251, tiene que demandar á su deudor por los daños é intereses, y la demanda es un acto que lo constituye en mora ; pero, el deudor tiene que ser condenado á los daños é intereses á partir, no de la fecha de la demanda, sino desde la inexecución y, por consiguiente, á los causados directa é inmediatamente por esta y anteriores, por lo tanto, á aquella. Son muchos los pasajes del Código que sustentan esta conclusión, pudiendo verse, entre otros, los de los artículos 613, 615, 619, 641, 646, 647, 649, 662 y 923. Véase además Aubry y Rau, § 308 y nota 2 ; Baudry y Barde—Obligaciones, n. 472.

**Art. 546.** *La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.*

**351** — Los hechos que son objeto de la obligación, dar, hacer, ó no hacer, son, considerados en sí mismos, simples, pero las obligaciones no se limitan á ellos, sino que también se extienden á las circunstancias de tiempo y de lugar indispensables para su cumplimiento. Cuando me obligo á entregar un libro, contraigo la obligación de cuidar que no se pierda para poderlo entregar en el tiempo debido. Cuando me obligo á entregarlo en otro lugar que el de mi domicilio, me obligo á conducirlo ó remitirlo oportunamente al lugar indicado, para hacer su entrega en el tiempo estipulado. La omisión de las diligencias necesarias para el cumplimiento de la





obligación constituye culpa. Si por mi descuido se pierde el libro ó perece y no lo puedo de consiguiente entregar, soy responsable de los daños é intereses, como responsable soy de los causados por mi omisión de llevarlo al lugar elegido para su entrega. — art. 610.

Concordante con el artículo que nos ocupa, el 943 establece que « para la estimación de los hechos « voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, ó la facultad intelectual de una « persona determinada, *á no ser en los contratos « que suponen una confianza especial entre las partes. « En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes.* »

Á más de la importante nota de nuestro ilustre codificador, tomada de Zachariæ, § 548, nota 5ª, conviene ver Massé, Derecho comercial, tom. III, n. 1614 y siguientes, y particularmente Laurent, tom. 16, n.º 213 y siguientes.

---

**Art. 546.** Las leyes de Partida reconocen tres especies de culpas: grave, leve y levisima. El Derecho romano no reconocia en verdad sino las dos primeras.

Si la utilidad es común para deudor y acreedor, se presta solo la culpa leve. Si únicamente es de utilidad para el acreedor, el deudor presta solo la culpa grave; pero si es de utilidad solo para el deudor, este presta la culpa levisima. El tipo que se tomaba para la graduación de las culpas era el buen padre de familia, más ó menos diligente. Pero toda esta ciencia de nada servía al juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla. Barbeyrac lo había juzgado así y decía: « La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues á pesar de ella, será necesario á cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más ó menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias todas del caso. Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos,



no son necesarias reglas generales para fallar conforme á la equidad. La teoría de la división de las culpas en diferentes clases, sin poder determinarlas, solo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo á innumerables contestaciones.»

Zachariæ dice también, respecto á esto: «La teoría de la prescripción de las culpas es una de las más oscuras en el derecho. Pero en fin, ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levisima. Sin duda hay culpas, que por razón de las circunstancias, de la posición de las partes respecto á las obligaciones especiales que les son impuestas, son más graves ó más ligeras las unas que las otras; pero no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, como culpa leve ó como culpa levisima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ella se produce. Donde no hay un hecho legalmente imputable, no hay culpa. Si se conviniese clasificar las culpas en abstracto, comparándolas con tipos imaginarios é igualmente abstractos, sería siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto: tener siempre presente el hecho, y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la existencia é importancia de las culpas, y entonces las divisiones teóricas son más bien un embarazo que un socorro. La sola ley es la conciencia del juez. Si por una reminiscencia de las antiguas denominaciones, el Código toma por término de comparación de los cuidados que incumben al que está obligado á velar por la conservación de una cosa, la diligencia de un buen padre de familia, no ha querido sin duda mantener una clasificación que excluyen los términos de los artículos, cuando no hay un tipo conocido, al cual puede referirse y medir por él las diligencias que hace un buen padre de familia. El artículo del Código se reduce á un consejo á los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables, debidos á la cosa que está encargado de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella, sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más ó menos estricta.»



**Art. 547.** *El deudor no será responsable de los daños é intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando estos resultaren de caso fortuito ó fuerza mayor, á no ser que el deudor hubiera tomado á su cargo las consecuencias del caso fortuito, ó este hubiere ocurrido por su culpa, ó hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito ó fuerza mayor.*

**352** — Donde no hay falta ó culpa, no hay responsabilidad; y es por eso que todo hecho, positivo ó negativo, ejecutado sin discernimiento, intención y libertad, es hecho que no produce por sí obligación alguna. Cuando el deudor es moroso en cumplir su obligación, ó incurre en su inexecución total en razón de un caso fortuito ó de fuerza mayor, no es responsable de los daños ó intereses ocasionados al acreedor, porque no le es imputable ni la demora, ni la inexecución total. Una y otra son debidas á una fuerza superior á la voluntad, que, aunque sea prevista, no puede ser evitada. Hay imposibilidad absoluta de suprimirla ó resistirla, y nadie está obligado á lo imposible. Los daños é intereses padecidos por el acreedor no son el resultado de culpa del deudor, sino consecuencia de hechos extraños á su voluntad y superiores á ella.

**353** — ¿Quién debe probar el caso fortuito ó fuerza mayor? Evidentemente que el deudor. Si hay retardo en el cumplimiento de la obligación, ó inexecución total que ha perjudicado al acreedor, éste demanda la indemnización que estima debérsele, pero el deudor



se defiende alegando que no hay culpa de su parte, porque la inexecución total ó parcial se debe á fuerza mayor. ¿Quién debe probarla? Es claro que el que la alega, —el deudor. «La falta se presume, « dice justamente la jurisprudencia francesa, —todas « las veces que el deudor no ejecute su obligación. « Es á él á quien incumbe establecer que la inexecu- « ción ó el retardo provienen de una causa extraña « que no puede serle imputada, por ejemplo, de un « caso fortuito ó de fuerza mayor. »

**354** — La ley sienta como regla general que el deudor no responde de los daños é intereses moratorios ó compensatorios cuando la mora ó la inexecución son debidos á caso fortuito ó fuerza mayor; pero abre las tres excepciones siguientes :

1ª Cuando el deudor ha tomado á su cargo las consecuencias del caso fortuito;

2ª Cuando este hubiere ocurrido por su culpa; y

3ª Cuando ya hubiese sido constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito ó fuerza mayor.

**355** — *Primera excepción:* Debe ser reconocida la más amplia libertad de estipulación siempre que con ella no queden comprometidas la moral, las buenas costumbres, ó los principios de orden público; y como nada de esto sucede cuando un particular, creyendo convenirle, toma á su cargo las consecuencias de caso fortuito, ó sean los daños y perjuicios que ocasionare en los intereses de su acreedor, es justa la excepción que nos ocupa. En vano se dirá que los efectos de la fuerza mayor pueden sobrepasar á todo cálculo y resultar el deudor víctima de un hecho irresistible, porque no puede ser misión de la ley corregir la imprudencia en los



negocios, ni cambiar ó modificar la fuerza y efecto de los contratos cuando están llenadas todas las condiciones de su validez, así respecto de las personas como de las cosas; pero sí debe reconocerse la necesidad de que la estipulación por la que el deudor toma á su cargo las consecuencias del caso fortuito no sea inequívoca, sino expresa y formal, porque una convención semejante tiene por objeto derogar en el caso los efectos que la ley hace producir de ordinario á los hechos de fuerza mayor.

**356 — Segunda excepción:** He aquí como escribe á su respecto el ilustre Pothier: — « Respecto de « los casos fortuitos, y de la fuerza mayor, *vis* « *divina*, el deudor de un cuerpo cierto, en tanto « que no está en mora de pagarlo, no está obligado « nunca, á menos que por una convención particular « hubiese cargado con ellos, *ó que una falta* « *anterior del deudor hubiese dado lugar al caso* « *fortuito*.

« Por ejemplo, si os he prestado mi caballo para « ir á determinado lugar, y hubieres sido atacado por « ladrones, que hubieren robado ó muerto mi caballo; « aunque esta violencia que hubieres sufrido sea un « caso fortuito, al que el deudor no está comunmente « obligado, sin embargo, si en lugar de seguir el « camino ordinario y más seguro, hubieres tomado « un camino de travieso, conocido de estar infestado « de salteadores, en el cual hayas sido atacado, « serás responsable del caso fortuito, porque es vuestra « imprudencia que le ha dado lugar. »

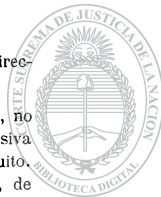
**357 — Tercera excepción:** Cuando el caso fortuito ó fuerza mayor ocurre estando ya constituido en mora el deudor, mora que le sea imputable, responde de los daños é intereses causados por la fuerza



mayor, porque el efecto de la mora es transferir los peligros de la cosa al deudor. Esta es la razón de la disposición contenida en la 3ª *excepción* de que tratamos, y la que también sirve de fundamento al artículo 923 para decidir, que, cuando la prestación se hace imposible por culpa del deudor, ó si este se hubiese *hecho responsable* de los casos fortuitos ó de fuerza mayor, sea por convención, *sea por haberse constituido en mora*, la obligación primitiva, consista en dar ó consista en hacer, se convierte en la de pagar daños é intereses.

En el derecho romano se dice terminantemente que los peligros de la cosa debida, que conciernen regularmente al acreedor, pasan por la mora al deudor; de manera que, si la cosa debida ha perecido después de su mora, él debe el precio: — «*Ut rei debitæ periculum, quod regulariter spectat creditorem, transferat in debitorem; ita ut, si species debita post moram interierit, debeat ejus æstimatio.* — Pand. lib. 22, tit. 1º, Parte 3ª, § III.

**358** — Pero la 3ª excepción que nos ocupa no es absoluta, porque su disposición, ó para decir con el artículo 926, cuando el deudor no es responsable de los casos fortuitos *sino constituyéndose en mora*, queda *exonerado* de pagar daños é intereses, si la cosa que está en la imposibilidad de entregar á consecuencia de un caso fortuito, *hubiese igualmente perecido en poder del acreedor*. Sería injusta la resolución contraria, porque si los daños y perjuicios que sufre el acreedor son obra exclusiva del caso fortuito, con absoluta independencia de la mora del deudor; si ellos hubieran de sobrevenir aun cuando el deudor hubiese cumplido su obligación en tiempo debido ¿cómo responsabilizarlo por daños é intereses



no originados por su mora ni directa, ni indirectamente?

**359** — Casos hay en que el deudor responde, no en virtud de estipulación, sino por obra exclusiva de la ley, de las consecuencias de caso fortuito. Sirve de ejemplo el caso de aquel que recibe, de mala fe, en pago una cosa, la cual se deteriora ó se pierde en su poder por fuerza mayor. El deudor ó tenedor responde del deterioro ó del valor de la cosa, salvo que la pérdida ó desmejora hubieran igualmente de haber sucedido estando en poder del que se la entregó. — art. 823.

---

**Art. 547.** LL. 3, Tit. 2, y 8, Tit. 8, Part. 5ª, al fin. Sobre la mora, L. 1, Tit. 3, § 35, Lib. 16, Dig., y L. 6, Tit. 24, Lib. 4. Cod. Rom. — Cód. francés, art. 1148 — de Nápoles, 1102. — Sardo, 1238.

**Art. 548.** *Caso fortuito es el que no ha podido preverse, ó que previsto, no ha podido evitarse.*

**360** — «Otro sí, dice la ley 11, tit. 33, part. 7ª,  
« CASUS FORTUITUS tanto quiere decir en romance,  
« como ocasión que acaesce por ventura, de que  
« non se puede ante ver. »

Proceden de dos fuentes principales: — de la naturaleza y del hecho del hombre.

De la naturaleza, como el rayo, la tempestad, el terremoto, la avenida extraordinaria y desborde de los ríos, *et cetera*; del hecho del hombre, representando unos la fuerza bruta, como la guerra, y solo



implicando fuerza moral otros, como los mandatos y prohibiciones de la autoridad soberana. Los actos de violencia de los particulares constituyen caso fortuito cuando su energía es tal que sea imposible resistirla. Y así, cuando ladrones armados, en número relativamente respetable, invaden y roban una posada, el posadero no es responsable de las pérdidas y deterioros causados, porque son el efecto ó resultado de *fuerza mayor*. — artº. 2270 y 2271. También los artículos 1551, 1562 y 1563 prueban que las violencias de los particulares pueden constituir caso fortuito. Y así, « en materia de préstamo, dice el derecho de las Pandectas, aquel á quien la cosa es prestada... es responsable de todos los accidentes, excepto los que no ha podido impedir, como una mortalidad de esclavos, determinada no por falta, ni mala fe de su parte; incursión de bandidos ó de enemigos, invasión de piratas, naufragio, incendio, et cetera. *In rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; ita ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non possit; veluti mortes servorum quæ sine dolo et culpa ejus accidunt; latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium...* » — Lib. 13, tit. 6, XIX.

Tratándose de hechos, sea de la naturaleza, sea del hombre, no es posible, como se comprende sin dificultad, sujetar á reglas fijas su calificación de fuerza mayor, y corresponde hacerse en cada caso según sus circunstancias especiales.

Y así, se ha considerado caso de fuerza mayor... la nieve; la creciente ó avenida súbita de las aguas





de un río; la interrupción absoluta de las comunicaciones; la inminencia de un naufragio; un incendio; los sucesos de guerra, invasión de enemigos cuando producen imposibilidad absoluta de obrar; los actos de los poderes públicos contra los cuales no es dado resistir, pero no la simple *eventualidad* de tales actos; los vicios de construcción, no aparentes, de un puerto que causan la pérdida de mercaderías; una enfermedad grave; las circunstancias que importan un obstáculo insuperable al cumplimiento de varias obligaciones del mismo género, constituyen fuerza mayor para el cumplimiento de una sola: — ver Dalloz, Cód<sup>s</sup>. anot<sup>s</sup>., art. 1148; y Digesto de los fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional, verb. *Fuerza mayor*.

---

**Art. 548.** L. 11, Tit. 33, Part. 7<sup>a</sup> y L. 6, Tit. 24, Lib. 4, Cód. Rom. Los casos fortuitos ó de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas: por la naturaleza ó por el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, por ejemplo, la impetuosidad de un río que sale de su lecho.—L. 15, Dig. *Loc. Cond.*; los terremotos ó temblores de tierra (id.), las tempestades—L. 2, Dig. *Si quis caution*; el incendio.—Dig. *De incendiis*; las pestes, etc.—Lib. 5, § 4, Dig. *Commodato*. Mas los accidentes de la naturaleza no constituyen casos fortuitos, dice Troplong, mientras que por su intensidad no salgan del orden común. No se debe por lo tanto calificar como caso fortuito ó de fuerza mayor, los acontecimientos que son resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza, como la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de los ríos, etc.; pues las estaciones tienen su orden y su desarreglo, que producen accidentes y perturbaciones que también traen daños imprevistos.

Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, ó fuerza de príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo á disminuir los



derechos de los ciudadanos. Las violencias y las vías de hecho de los particulares, no se cuentan en el número de los casos de fuerza mayor, porque son delitos, y como tales están sujetos á otros principios que obligan á la reparación del mal que causen.

El artículo habla de *casos fortuitos previstos*, pero no debe entenderse de una previsión precisa, conociendo el lugar, el día y la hora en que el hecho sucederá, sino de la eventualidad de tal hecho que puede, por ejemplo, destruir los frutos de la tierra, sin que sea posible saber dónde y cuándo sucederá. Por esto, el art. 1773 del Cód. francés dice : « La estipulación que pone los casos fortuitos á cargo del tomador de una hacienda de labranza, no se entiende sino de los casos fortuitos ordinarios, tales como el granizo, el hielo, la seca, y no de los casos fortuitos extraordinarios, como la guerra, los terremotos, etc. »

## De las obligaciones naturales



**Art. 549.** *Las obligaciones son civiles ó meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho á exigir su cumplimiento. Naturales son las que fundadas solo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas, tales son:*

*1º Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo incapaces por derecho para obligarse, como son la mujer casada, en los casos en que necesita la autorización del marido, y los menores adultos;*

*2º Las obligaciones que principian por ser obligaciones civiles, y que se hallan extinguidas por la prescripción;*

*3º Las que proceden de actos jurídicos, á los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos*



*civiles; como es la obligación de pagar un legado dejado en un testamento, al cual faltan formas sustanciales;*

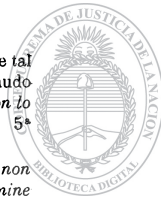
*4º Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, ó cuando el pleito se ha perdido, por error ó malicia del juez;*

*5º Las que se derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos; pero á las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción; tales son las deudas de juego.*

**361** — La división de las obligaciones en *civiles* y *naturales* ha sido siempre hecha por la doctrina y por la ley, arrancando de la consideración de que el hombre está obligado, por los principios de la justicia natural, á cumplir los compromisos contraídos y que el derecho positivo no concede acción, que es exclusiva obra suya, para ocurrir á los magistrados á objeto de obligar al deudor á cumplir la prestación convenida, sino respecto de las obligaciones que son reconocidas y amparadas por la ley.

Esta última circunstancia sirve para definir la obligación natural, diciéndose ser, la que, fundada solo en el derecho natural y en la equidad, *no* confiere *acción* para exigir su cumplimiento, pero que, cumplida que fuere por el deudor, dá derecho para retener lo que ha sido dado por razón de ella, derecho que tiene el sello de la ley positiva y que, por lo tanto, debe ser amparado por los magistrados.

La ley de Partidas define también la obligación natural sobre la base de que no produce acción para



exigir ante los jueces su cumplimiento: « Es de tal natura — dice — que el ome que la faze, es tenudo de la cumplir naturalmente, como quier que non lo pueden apremiar en juicio, que la cumpla... » 5<sup>a</sup> tit. 12, part. 5<sup>a</sup>.

Paulo dice que « *naturales autem obligationes non eo solo estimantur, si actio aliqua earum nomine competit; verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.* » — que el sabio Pothier traduce libremente diciendo: — « El sentido es que, las obligaciones « naturales son, no solamente aquellas que producen « una acción, sino también aquellas que, á la verdad, « no producen acciones, pero en virtud de las cuales. « se paga, de manera que no se puede repetir lo « que se ha pagado por razón de ellas. »

No obstante que en el progreso del derecho romano, contado desde las *Doce Tablas*, la obligación natural no producía acción ni de derecho civil, ni de derecho pretoriano, la jurisprudencia, como lo hace notar con razón Ortolan, le ha reconocido otros efectos, como el de poder hacerla entrar en compensación, ser materia de novación y servir de *base para convenciones accesorias* que implican una obligación preexistente, como la fianza, la hipoteca, la prenda, etc. Esto último está incorporado en nuestra ley, como lo decide el artículo 552, y los términos del artículo 836 no impiden que una obligación puramente natural pueda ser convertida por medio de la novación en una obligación civil, como lo veremos oportunamente y se dice por nuestro ilustre codificador en su nota á dicho artículo.

**362** — La cláusula que dice: — « pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas » no importa una



condición ó cualidad de su naturaleza, sino un efecto de ellas, acordado por la ley positiva, como lo persuade el texto inequívoco del artículo 550 que dice: — « *El efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado*, cuando el pago « de ellas se ha hecho voluntariamente por el que « tenía capacidad legal para hacerlo. »

**363** — Enumerando los casos en que se tiene una obligación natural, la ley dice en su inciso 1º: « Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo *incapaces* por derecho para obligarse, como son la mujer casada, en los casos en que necesita la autorización del marido, y los menores adultos. »

Un distinguido escritor piensa que ha debido decirse, *las contraídas por personas relativamente incapaces* y agregar después que han sido anuladas, porque estima que son civiles y no naturales en tanto que una sentencia no declare su nulidad.

Nos parece perfecta la redacción del artículo, porque sus términos amplios abrazan casos que deben estar comprendidos en su disposición y que estarían fuera de su alcance con la redacción que se propone.

El insano declarado tal por sentencia es *incapaz* de obligarse, y su incapacidad, que no es relativa, sino absoluta, dura mientras una otra sentencia no hace cesar los efectos de la primera con la declaración del completo restablecimiento del insano: — artº. 54, inciso 3º y 140 y 150. El insano incapaz puede tener, durante su incapacidad legal absoluta, intervalos plenamente lúcidos ó recobrar, en toda su plenitud, la razón, y ser este un hecho indubitable y notorio por su comprobación de cada momento. ¿Puede dudarse que la obligación que contrajese



en tal estado sería perfectamente obligatoria en el fuero de la conciencia y que sería una obligación perfecta en el campo del derecho natural? No es posible la duda. Una persona se desarrolla prematuramente y adquiere, antes de tener catorce años cumplidos, suficiente juicio y discernimiento y estipula una obligación cuyas consecuencias conoce y aprecia debidamente. En el terreno del derecho natural la obligación de este impúber es indiscutiblemente perfecta: Savigny, *Tratado de las Obligaciones*, § 19, n 5. Y bien, ambas especies quedan dentro de los términos de la ley y es indudable que, si después de llegado á la mayor edad, el uno, y de restablecido el otro, por sentencia en su capacidad civil de hecho, el obligado hiciese voluntariamente el pago de su obligación, sería este perfectamente válido y no sería permitido reclamar lo pagado. Bajo la redacción propuesta, las especies recordadas quedarían excluidas de la disposición legal, porque se diría, sin contradicción legal posible, que el insano y el impúber no están afectados de simple incapacidad relativa, sino de incapacidad absoluta. Por consiguiente, la redacción que tiene el artículo es mejor que la propuesta.

**364** Las obligaciones contraídas por los relativamente incapaces, como el adulto y la mujer casada en los casos en que necesita la autorización marital, ¿son obligaciones *civiles* mientras no son anuladas por sentencia? Creemos que no.

La ley no concede derecho alguno para exigir del adulto ó de la mujer casada, contra su voluntad, el cumplimiento de la obligación estipulada, ó para condenarlos á los daños é intereses de la inejecución, cuando resistan ejecutarla alegando que no están obligados por derecho. Luego, no hay obligación



civil. No constando, por ejemplo, en el instrumento de obligación la autorización marital ¿qué tiene que hacer el acreedor para que la mujer que resiste sea obligada á cumplir la obligación? Tiene que probar que la contrajo con autorización de su marido: mientras no se hace esta prueba, la mujer no puede ser obligada al cumplimiento, porque mientras la prueba no existe no hay derecho para obligarla, y no hay derecho ó sea acción, porque no hay obligación civil, sino natural.

En vano se dirá que siendo como es susceptible de confirmación la obligación contraída por el adulto ó la mujer casada, es obligación civil, porque es error creer que solo son confirmables las obligaciones civiles. También las puramente naturales pueden ser confirmadas expresamente, art. 1094, ó tácitamente, á grado que, es de su confirmación tácita, ó sea de su ejecución voluntaria, que procede el efecto de no poder el deudor reclamar lo pagado por razón de ellas: — combinación de los arts. 550, 1093, 1094 y 1097. Menos puede invocarse el artículo 4065, porque el resultado de su disposición es que, operada la prescripción contra la nulidad, hay derecho para demandar el cumplimiento de la obligación, lo que importa decir que se torna en *civil* desde el vencimiento de la prescripción en adelante. Luego en el tiempo anterior fué puramente natural. Véase Savigny, *Derecho de las Obligaciones* — § § 10 á 14; Laurent, T. 17, n.º 1 y siguientes, teniendo presente que nuestro Código contiene las decisiones expresas cuya falta en el francés lleva á Laurent á hacer afirmaciones contrarias á las nuestras; Aubry y Rau, § 297; Goyena, art. 1025; Pothier, II. 90, n. 191 y siguientes; Namur, § 112, etc.

Para cerrar esta nota diremos que en Ortolan,





T. 2º, n. 1793, se encuentran citados los pasajes del derecho romano concordantes con los incisos de nuestro artículo, en que se enumeran las fuentes generales de las obligaciones naturales.

**Art. 549.** La obligación civil se funda en el derecho civil, y es garantizada por las instituciones civiles, por medio de una acción. Hay obligación natural siempre que, según el *ius gentium*, existe un vínculo obligatorio entre dos personas. Este vínculo, á menos que la ley civil no lo repruebe expresamente, merece ser respetado; pero mientras no esté positivamente, sancionado, no hay derecho para invocar la intervención de los tribunales, institución esencialmente civil, es decir, que el acreedor no tiene acción para demandar la ejecución de su derecho. Por el Derecho romano no había obligación civil ni pretoriana, por los actos que originaban la obligación natural. Solo ocasionalmente y por medios menos directos podía el acreedor hacerla valer. Sin embargo, ella producía muchas veces los efectos de las obligaciones ordinarias. La obligación natural servía de causa de compensación como una obligación ordinaria.—L. 6, Dig. *De compent.* Excluía la repetición de lo que se había pagado aun por error.—L. 10, Dig. *De oblig. et act.*, y L. 19, Dig. *De condit. indebiti*; podía ser asegurada con fiador.—Instit. *De fidejuss.* § 1, ó con prendas ó hipotecas.—L. 5, Dig. *De Pign.*, ó ser transformada por la novación en una convención obligatoria.—L. 1, Dig. *De Novat.*—Nuestras leyes les dan casi los mismos efectos.—L. 5, Tit. 12, Part. 5ª, I.L. 4, 6, 18 y 31, Tit. 14, Part. 5ª. Por estos efectos de tanta importancia Duranton juzga que hay un blanco en los Códigos en materia de obligaciones, y que corresponde á los jueces en virtud del art. 4. del Cód. francés, decidir cuándo hay una obligación natural.

Zachariæ procura en el § 525, nota 10, establecer reglas generales sobre las obligaciones naturales. «Es preciso, dice, para determinar los efectos de las obligaciones naturales, hacer varias clases de ellas. Hay obligaciones naturales que la ley reprueba por el disfavor inherente á su causa, como las deudas de juego. Esas obligaciones no dan ninguna acción; pero lo que ha sido voluntariamente pagado no puede repetirse. Sin embargo, como la ley reprueba la causa de la obligación y por consiguiente



la obligación misma, reprueba también las obligaciones accesorias que tengan por objeto asegurar la ejecución.

«Hay obligaciones que la ley rehusa reconocer por razón de la inhabilidad de las personas que las han contraído, por ejemplo, las obligaciones de una mujer casada. Estas obligaciones, sin embargo, pueden ser afianzadas, porque no reprobando la ley el principio de la obligación, no puede reprobear las obligaciones accesorias que tienen por causa la primera obligación. Pero otra cosa sería, y entonces la obligación no podría ser afianzada, si en vez de ser contraída por una persona inhábil bajo el punto de vista de la ley civil, lo fuese por una persona naturalmente incapáz, como, por ejemplo, un demente ó un menor que no hubiese llegado á la edad del discernimiento. En estos casos, ni aún habría obligación natural. Pero si el fiador hubiese conocido la nulidad de la obligación, su fianza sería firme, menos como fianza que como obligación de pagar la cosa que hacía el objeto de la obligación nula. Hay obligaciones que han comenzado por ser obligaciones civiles, pero que contra el ejercicio de ellas el deudor ha adquirido una sentencia que las declara inadmisibles, porque están prescritas, ó por otras causas legales: sin embargo, pueden ser afianzadas y no dan lugar á repetir lo pagado. Hay obligaciones civiles que continúan existiendo como obligaciones naturales, cuando por razones políticas ó de orden público, la ley les retira la acción que les había concedido. Resulta de todo lo que precede, que el efecto común de todas las obligaciones naturales, es impedir la repetición de lo pagado, porque se ha pagado lo que verdaderamente era debido; pero que ellas no pueden ser compensadas, porque la compensación es de derecho, y el pago es de hecho. Resulta igualmente que las obligaciones naturales pueden ser garantidas y afianzadas, cuando no son reprobadas por la ley civil, ó contrarias al orden público; pero resulta también que la obligación natural, si puede servir de base á una excepción, no puede por sí misma dar ninguna acción al acreedor, porque la acción que consiste en poner en ejercicio los medios coercitivos establecidos por la ley civil, no puede ser llamada al socorro de una obligación que la ley civil desconoce ó reprueba. Una distinción análoga sirve para resolver la cuestión de si las obligaciones naturales pueden, por medio de una novación, venir á ser obligaciones civiles. Ellas no son susceptibles de novación, cuando son contrarias á la ley ó al orden público, sino únicamente en el caso que puedan valer como obligaciones civiles. En cuanto á la cuestión de si las obligaciones naturales



pueden, por medio de la ratificación ó confirmación, llegar á ser obligaciones civiles, creemos que la afirmativa es cierta para aquellas que han llegado á ser naturales, después de haber sido primitivamente civiles, como las obligaciones prescriptas, ó que son naturales por razón de la inhabilidad del obligado. Mas las obligaciones naturales reprobadas por el derecho civil, como las de juego, no son susceptibles de ratificación. Nos inclinamos á creer que lo mismo seria respecto á las obligaciones que, primitivamente civiles, han venido á ser naturales en virtud de las leyes políticas ó de orden público, que han abrogado los contratos de donde ellas resultaban.»

Creyendo justa la observación de Duranton, sobre la falta que advierte en los Códigos, respecto de las obligaciones naturales, tomamos lo dispuesto en el de Chile, el único en que se encuentran leyes positivas sobre dichas obligaciones.

**Art. 550.** *El efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado, cuando el pago de ellas se ha hecho voluntariamente por el que tenía capacidad legal para hacerlo.*

**365**— Para garantir la verdad jurídica y salvaguardar los derechos particulares en la generalidad de los casos, en servicio del bien común, la ley establece reglas que están sobre todo juicio, como las referentes á la cosa juzgada, y formas calculadas á imposibilitar en unos casos, en cuanto es posible, la falsedad, y á dejar, en otros, constancia solemne de los actos trascendentales, prescribiendo en consecuencia condiciones cuya falta causa nulidad; pero, sería sacrificar la justicia en aras de la forma, si se negase todo efecto á los actos deliberados, que no ofendan las buenas costumbres y los principios de orden público, solamente porque no se encuadrasen en la forma severa de la ley positiva. De que el Código no



incurrir en esta falta dan testimonio, entre otros, los artículos 1219, 1222 y el 550 que nos ocupa.

**366** — La obligación natural no produce *acción*, pero no por eso es un acto que carezca absolutamente de existencia en el campo del derecho. Es confirmable, y de su confirmación tácita, por el pago que el deudor hiciese voluntariamente, procede el efecto de no poderse reclamar lo pagado.

**367** — Es claro que si el obligado fuese un incapaz, como un adulto, ó una mujer casada, para que el pago voluntario produzca el efecto de no poderse reclamar lo pagado, es indispensable que sea hecho cuando el deudor ya no está afectado por su incapacidad relativa, vale decir, cuando el adulto ya es mayor de edad, ó cuando la mujer está libertada de la autoridad marital, porque de lo contrario habría tanto defecto en el acto denominado pago, como en el constitutivo de la obligación. En una palabra, la *condictio indebiti* no desaparece sino cuando el pago es hecho *voluntariamente* por el que tiene *capacidad legal* para hacerlo, como dice nuestro artículo.

**368** — Habrá pago voluntario y no será por consiguiente permitida la repetición, aun cuando el deudor hubiese creído por *error* que la deuda era civil y que estaba, por lo tanto, obligado á pagarla. Esta resolución, que es estrictamente jurídica y evidentemente justa, es también una disposición de nuestra ley, tomada de fuentes conocidas: Savigny, *Tratado de las Obligaciones* § 8. El inciso 5º del artículo 825 dice: «No habrá error *esencial*, ni se puede repetir lo que se hubiese pagado, . . . cuando se pagare una deuda, cuyo pago no tuviese derecho el acreedor á demandar en juicio. . . » Desde que existe una obligación natural, el error de esti-



marla civil no es ni puede ser *esencial*, porque no compromete su causa, ni su naturaleza.

**369**— Pero, cuando el error es de hecho y versa sobre la existencia de la obligación misma, es decir, si el que hace el pago lo hace porque cree que existe una obligación natural que lo obliga á ello, y esa obligación no existe sin embargo, no es dudoso que podrá repetir lo pagado, porque *el efecto* de la exclusión de la *condictio indebiti* no puede existir *sin causa* de que proceda. Es por eso que el artículo 818 dice terminantemente que « el que por un error *de hecho*... se creyere deudor, y entregase alguna cosa ó cantidad en pago, tiene derecho á repetirla... » Es que entonces hay error esencial: se procede en la creencia de que existe una obligación y la obligación no existe. No hay causa para el pago, y el que lo recibió no tiene título para retenerlo: debe devolver lo recibido, porque nadie debe enriquecer injustamente con daño de otro.

Una cosa es principalmente considerada no debida, se dice en el derecho romano, cuando ha sido pagada por una causa que no existía, pero que se creyó existente. Por ejemplo, si he creído estar obligado á dar alguna cosa á Ticio ó á tí, cuando realmente no estaba obligado ni con uno ni con otro, ó al menos no lo he estado con Ticio y le he entregado á éste la cosa prometida, podré repetirla contra él: « *Maxime indebitum solutum esse paret, quum ex ea causa solvitur quæ omnino non extitit, sed putatur extitisse. V. G. — sed et si me putem tibi at Titio promississe, quum, aut neutrum factum sit, aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit, et*



*Titio solvero; repetere à Titio potero.* » Pand. lib. 12, tit. VI, § II, n. IX.

Un rescripto de Dioclesiano y Maximiniano dice: es recibido en derecho acordar acción de repetición á aquel que ha pagado por error de hecho un legado ó un fideicomiso que no eran debidos: — *Fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum, repeti posse explorati juris est.* — cit. ant. n. X.

---

**Art. 550.** En esta expresión *lo pagado*, se comprende no solo la dación ó entrega de cualesquiera cosas, sino tambien la ejecución de un hecho, la fianza de una obligación, la subscripción de un documento, el abandono de un derecho, el perdón de una deuda. La significación jurídica de pago en toda su extensión, se advertirá en el título que trata de los pagos. Véase Ortolan, tom. 2, pág. 417.

La razón de la disposición del artículo es que el pago voluntario de una obligación natural, es la renuncia de hecho de las excepciones, sin las cuales la acción del acreedor hubiese sido admitida. El pago, pues, en tal caso, no es una mera liberalidad ni el deudor de la obligación natural puede á su turno decir que ha pagado lo que no debía. La obligación natural puede así ser causa legítima de obligaciones civiles que se contraigan por la novación de ella, y ser considerada como obligación principal para admitir, en seguridad de su cumplimiento, obligaciones accesorias.

Vidal publicó en 1845, en la Revista de legislación de Fœlix una larga y excelente disertación sobre las obligaciones naturales, la cual obtuvo el primer premio en el concurso abierto por la Facultad de derecho de París, en 1840. En ella hace ver las razones filosóficas que tuvieron las Leyes romanas para dar á las obligaciones naturales los efectos que hemos indicado. Marcadé tambien las expone por otro género de consideraciones sobre el artículo 1335, núm. 609, y en el núm. 751, sobre el artículo 127.



**Art. 551.** *La ejecución parcial de una obligación natural no le da el carácter de obligación civil; tampoco el acreedor puede reclamar el pago de lo restante de la obligación.*

**370** — Es difícil la justificación y aún la conciliación de este artículo con el 1097 en el campo científico ó del derecho filosófico; y como anotaciones á su disposición legal decimos lo siguiente:

La ejecución voluntaria importa reconocimiento de la obligación, y aún su confirmación tácita, art. 1097, pero solamente hasta donde alcanza el pago y no más allá. Siendo así, es claro que el reconocimiento parcial y la confirmación entrañada en el pago de una parte de la obligación no da á ésta, en toda su unidad, el carácter de obligación civil y, por lo tanto, no puede el acreedor reclamar lo restante de ella. Respecto de lo no pagado ó no reconocido, la obligación se conserva siendo puramente natural, vale decir, sin producir acción para demandar ante los jueces su ejecución y consiguientemente sin derecho en el acreedor para exigir su pago.

Hemos de volver sobre esta materia al tratar del artículo 1097; pero creemos conveniente transcribir ya aquí la jurisprudencia de los tribunales franceses sobre la confirmación *parcial*: — « En principio, la « confirmación debe aplicarse al acto confirmado « todo entero; sin embargo, puede inducirse de los « mismos términos del acto de confirmación que « ella no debe, en el pensamiento de su autor, « extenderse á todas las cláusulas del acto primitivo, « y, por ejemplo, á ciertas cláusulas accesorias. » Dalloz — J. G. Obligac. 4514.



« La ratificación de un contrato puede ser declarada  
« no extenderse, en el pensamiento de su autor,  
« á ciertas cláusulas de este contrato, sin que una  
« tal decisión, *que reposa sobre una apreciación de*  
« *intención*, esté sometida á la censura de la Corte  
« de casación. » Rep. 29 Junio 1857; D. P. 58, 1, 33.

Lo que importa decir que la extensión de la ratificación está sujeta á la voluntad del obligado.

---

**Art. 551.** El pago parcial de una obligación natural, es una mera confirmación de ella, que nada de nuevo le agrega. En las obligaciones civiles, el pago parcial no importa sino el reconocimiento de la deuda, y lo mismo debe ser en el pago parcial de una obligación natural, el cual será el reconocimiento de esa obligación.—Véase á Aubry y Rau, sobre Zachariæ, § 297.

**Art. 552.** *Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad de las obligaciones naturales, son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias.*

**371**—Una obligación natural estipulada libremente, sin lastimar las buenas costumbres y los principios de orden público, es válida en el fuero de la conciencia y obliga moralmente á su cumplimiento; y hemos visto bajo el artículo 550 que, cuando es ejecutada voluntariamente por el que á la sazón tenía capacidad legal para pagarla, no es permitido repetir lo dado por razón de ella.

Pero no es sólo este el efecto de las obligaciones naturales, sino que la ley les reconoce mayor importancia haciéndolas también hábiles para ser objeto de obligaciones accesorias como la fianza, hipoteca, prenda, cláusulas penales.





Estimamos dignas de ser recordadas sobre el particular estas palabras de Ortolan: — « Se puede hacer  
« valer la obligación natural por medio de excepciones,  
« si la ocasión lo permite ; también se la puede hacer  
« entrar en compensación. En fin, la obligación natural puede ser objeto de una novación y servir  
« de base á los contratos ó convenciones accesorias  
« que suponen una obligación preexistente, tales como  
« la fianza, la constitución de prenda ó de hipoteca. »  
T. 2º, n. 1184.

**372** — ¿ Puede en nuestro derecho entrar en compensación la obligación natural? La negativa no es dudosa. La compensación se opera por obra de la ley misma, sin necesidad de la voluntad de las partes y aun en contra de la de cualquiera de ellas, y la misma ley impone las condiciones *sine qua non* para la cancelación recíproca hasta la concurrencia de la obligación menor. Es necesario, dice, que las dos deudas sean subsistentes *civilmente*: luego no es dudoso que una obligación puramente *natural* no pueda entrar en compensación con otra *civil*.

*La novación*: — No hay motivo que impida que una obligación puramente natural, que no tenga origen reprobado, pueda ser materia de novación y convertida por ella en obligación civil. El obligado naturalmente, que adquiere ó recobra su capacidad para obrar por sí mismo en todos los actos de la vida civil, puede confirmar expresamente, por acto jurídico perfecto, la obligación puramente natural á que anteriormente estuvo ligado. — art. 1093. Puede también hacer la confirmación tácitamente. — art. 1097.

La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace *desaparecer* los vicios de otro acto que se hallaba sujeto á una acción de nulidad, luego



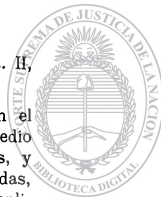
la confirmación convierte en obligación civil una obligación puramente natural, lo cual evidencia que no hay motivo que impida que una obligación de esta última clase sea convertida por novación en obligación civil. La obligación natural puede ser causa legítima de obligaciones civiles que se contrajeran *por la novación* de ella y ser considerada como obligación principal para admitir, en seguridad de cumplimiento, obligaciones accesorias, dice nuestro ilustre codificador en su nota al art. 550, apoyado en Zachariae, § 525, n. 10; Aubry y Rau, § 297. *De los efectos de las obligaciones naturales*, letra b.

El artículo 2091 del Código es la más perfecta confirmación de nuestra conclusión. La deuda de juego ó apuesta, dice, no puede compensarse, ni ser convertida *por novación* en una obligación civilmente eficaz. La razón está en que tiene causa ú origen reprobado, y es por eso que su disposición es especial, limitada á las que se originan en causa torpe ó contraria á las buenas costumbres, pero no prohíbe que las obligaciones procedentes de estipulaciones lícitas ó sean de causas no reprobadas puedan ser materia de novación, y lo que no está prohibido está permitido.

En derecho romano es expreso.

Toda obligación es susceptible de novación: *Quælibet obligatio novari potest.*

Por eso es que Ulpiano dice: «es indiferente que la obligación precedente sea *natural*, civil ú honoraria, y que haya sido contratada por palabras, por cosas, ó por el consentimiento; toda especie de obligación es, pues, susceptible de novación verbal: «*Illud non interest, qualis præcessit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re an consensu. Qualisquæque igitur, obligatio sit quæ*



*præcessit, novari verbis potest.*» Dig. lib. 46, tit. II, art. 1º, § 1º.

**373** — La ley permite que *terceros* aseguren el cumplimiento de una obligación natural por medio de fianza, prenda, hipoteca ó cláusulas penales, y declara que estas seguridades accesorias son válidas, es decir, civiles, y que puede pedirse su cumplimiento. Son válidas y eficaces, sea que el deudor se allane, sea que se niegue á cumplir la obligación natural garantizada, lo que importa decir que las estipulaciones accesorias son válidas y exigibles con, sin y apesar de la voluntad del deudor principal. Su existencia y su valor jurídico no dependen del pago voluntariamente hecho por el deudor: se rigen por las reglas del derecho común, con total independencia de los actos de éste, porque la intención y objeto de los terceros es asegurar la ejecución de la obligación natural, renunciando para ellos ó respecto de ellos la excepción de nulidad á que está sujeta.

**374** — ¿Cuál sería la suerte de las obligaciones ó derechos accesorios, constituidos por el mismo obligado, con capacidad legal para hacerlo? ¿Tendrían que anularse y seguir la suerte de la obligación principal? Por ejemplo, una mujer, mayor de edad, casada, estipula una obligación lícita sin la concurrencia ó sea sin la autorización de su esposo. Disuelto el matrimonio, la viuda confirma expresamente y en forma legal esta obligación natural, constituyendo en estipulación con el acreedor, cláusulas penales ó una hipoteca para asegurar el cumplimiento de la obligación confirmada. Se pregunta ¿serán válidos estos actos, ó estarán afectados de la nulidad relativa de la primitiva obligación?



Conocemos lo que al respecto se ha dicho en el campo de la ley francesa y especialmente lo que el reputado Laurent escribe, partiendo de la base, inaceptable ante nuestra ley, de que las obligaciones contraídas por incapaces, de incapacidad relativa, no son obligaciones naturales, sino civiles imperfectas.

En nuestra opinión, la afirmativa no es dudosa en la cuestión propuesta, colocada que sea en el terreno de la ley argentina.

Según ésta, es indiscutible que la obligación contraída por la mujer casada, sin autorización de su marido, y la contraída por el menor adulto, son obligaciones *naturales*. Lo decide así expresamente el inciso 1° del artículo 549.

Es también indudable que la obligación *natural* puede ser *confirmada* por los incapaces con incapacidad relativa, después de desaparecida su incapacidad y de restablecida ó adquirida la capacidad para obrar por sí mismo. Lo decide así expresamente el artículo 1094; y como es de derecho expícito que con la confirmación desaparecen, respecto del acto confirmado, la acción ó excepción de nulidad que lo afectaron, art. 1093, se tiene con solo estos antecedentes, resuelta en sentido afirmativo, la cuestión de si son válidos los actos ó estipulaciones accesorias convenidos por el deudor principal en seguridad de una obligación natural confirmada. Con la confirmación, la obligación natural se ha tornado en civil, porque ha sido depurada, diremos así, libertándose de la nulidad que la afectaba, y entonces ¿cuál es el motivo que hiciera nulo el acto, por el cual el deudor constituyera hipoteca ó estipulara con su acreedor cláusulas penales que asegurasen el cumplimiento de la obligación? No se descubre, porque



se tiene que existen causa real y honesta y personas de capacidad legal para contratar.

Ni siquiera es verdad que *los efectos* de la obligación natural dependan *exclusivamente* del pago hecho voluntariamente por el deudor. El artículo 550 no dice eso: dice, simplemente, que su efecto es que no puede reclamarse lo pagado, cuando el pago se ha hecho voluntariamente. Esta declaración no es restrictiva en el sentido de que sea el *único* efecto de la obligación natural, pues la ley le reconoce expresamente otro, declarándola apta para servir de fundamento á obligaciones ó derechos accesorios que presuponen una obligación preexistente. — art. 552.

Tampoco puede decirse que por el artículo 1097 la confirmación *tácita* de la obligación natural no se hace sino solo por su ejecución voluntaria. La disposición de aquel artículo no es limitativa, y se demuestra con solo recordar que la confirmación se hace también con la prescripción de la acción, vale decir, con la inacción del deudor. Si deja pasar dos años, art. 4065, sin demandar la declaración de nulidad, la obligación natural se torna en civil y puede ser exigido su cumplimiento.

Nuestra opinión es, pues, que una obligación natural confirmada, sea expresamente, sea tácitamente, puede ser asegurada con hipoteca ó con cláusulas penales por el mismo deudor.

---

**Arts. 549, 550 y 552.** Sobre estos tres artículos véase el Cód. de Chile, artículos 1470 y 1472. Savigny, en su obra *Derecho de las obligaciones*, §§ 11 y 12, trata extensamente de las obligaciones naturales y de sus efectos jurídicos, y en el § 14, de cuando exista la obligación natural para poder servir de excepción ó causar los efectos designados en los artículos 516 y 518.



**De los daños é intereses en las obligaciones que no tienen  
por objeto sumas de dinero**

**Art. 553.** *Se llaman daños é intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta á debido tiempo.*

**375**—No tiene por objeto este título tratar de los daños é intereses á que queda sujeto el deudor por su inejecución parcial ó total *en toda clase* ó especie de obligaciones, sino únicamente, como dice su rubro, de los procedentes en aquellas « que *no* tienen por objeto *sumas de dinero*, » pues de los que con motivo de éstas es responsable por su mora ó inejecución total, lo determinan los artículos 655 y 656, bajo los cuales diremos detenidamente cuál es la diferencia que reina entre uno y otro caso y cuáles los motivos que fundan la marcada diferencia que los distingue.

Tampoco tiene por objeto tratar de los daños é intereses debidos por *delito* ó *cuasi-delito*, pues de ellos se ocupa el Código en los títulos VIII y IX



Sec. 2ª del Libro 2º; y cuando hagamos el estudio de esa materia, veremos cómo es verdad que á su respecto rigen los mismos principios y reglas que presiden la indemnización de los daños é intereses en las obligaciones « que no tienen por objeto sumas de dinero, » que al presente nos ocupa.

**376**— La ley define los *daños é intereses* diciendo ser, « el valor de la pérdida que haya sufrido y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, » por falta de ejecución de la obligación á su debido tiempo.

Como se vé, nuestra ley acepta la definición de la ley romana que dice: — « *quantum meū interfuit; id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potuit*, ley 13, ff, Rat. rem. hab, que las de las Partidas repiten, declarando la 1ª, tít. 15 de la 7ª que « Daño « es *empeoramiento, o menoscabo, o destruyimiento*, « que ome rescibe en sí mesmo, o en sus cosas, « por culpa de otro, » — en cuya glosa lo define Gregorio López en estos términos: « *daño* es cualquier disminución de nuestro patrimonio »; bien entendido que por menoscabos, que es palabra empleada por aquel célebre código en muchos de sus pasajes, se entiende lo que en latín se llaman *intereses*: Ley 3, tít. 6, part. 5ª; — de modo que por daño entienden las Partidas *quantum mihi abest* y por menoscabo *quantumque lucrari potuit*.

**377**— En la expresión *daños é intereses* quedan comprendidos los dos elementos que debe abrazar la indemnización para restablecer al acreedor en la posición de fortuna que tuviera á no haber sido perjudicado: — 1º el daño sufrido, *damnum emergens*, y 2º la ganancia que ha dejado de percibir, *lucrum cessans*, porque la inejecución parcial ó total de la



obligación no solo puede causar daño en los bienes del acreedor, sino perjudicarlo á la vez impidiéndole percibir la ganancia que debió realizar como consecuencia directa é inmediata de la prestación objeto de la obligación, á su debido tiempo.

**378** — Nuestro artículo distingue, como distingue la ley romana, la diferencia que hay entre el *daño* y los *intereses* diciendo, que, el primero es el valor de la *pérdida* que el acreedor ha sufrido, y el segundo el valor de la *utilidad ó ganancia* que ha dejado de percibir á causa de no haber sido cumplida la obligación á su debido tiempo.

La distinción se funda en los hechos y está autorizada por la ciencia; y sin embargo, hay un pasaje en que nuestro Código declara explícitamente, que el *daño* comprende no solo el *perjuicio* realmente sufrido, sino también la *ganancia* de que fué privado el damnificado, lo que importa decir que el *daño* comprende todo lo que se designa por las palabras *pérdidas é intereses*. Así lo declara terminantemente el artículo 1103, cuyo texto es este: — « El daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, « sino también la ganancia de que fué privado el « damnificado por el acto ilícito, y que en este « Código se designa por las palabras *pérdidas é « intereses*. »

Por consiguiente, cuando se dice, por ejemplo, que existe la obligación de reparar el *daño* causado por un delito, ó que es solidaria la obligación de reparar el daño, como lo hacen los artículos 1113 y 1115, se entiende por *daño* todo lo que se designa con las palabras *pérdidas é intereses ó daños é intereses*.

**379** — Por lo demás, es enteramente científico decir que se llaman daños é intereses el *valor* de





la pérdida sufrida y *el valor* de la utilidad que el acreedor ha dejado de percibir,... porque es el valor pecuniario y común y no el de afección ó simplemente moral el que se tiene en cuenta para imponer al deudor responsable la carga de la indemnización.

Armoniza esto con el artículo 1102 que declara, que, habrá *daño* siempre que se causare á otro en sus intereses un perjuicio cualquiera *susceptible* de apreciación pecuniaria, ya sea que el perjuicio se le causara directamente en las cosas de su dominio ó posesión, ó indirectamente por el mal hecho á su persona, ó á sus derechos ó facultades, lo que importa decir que en el campo del derecho civil los daños y perjuicios son siempre relativos á los intereses de fortuna.

Véase lo que sobre el particular decimos bajo el citado artículo 1102.

**380**—El deudor no contrae responsabilidad de daños é intereses por el solo hecho de haber sido moroso en el cumplimiento de su obligación, ó por haber faltado completamente á ella. Puede haber mora, puede haber inexecución total sin haberse causado daño, ni inferido perjuicio al acreedor, y en tal caso, el deudor no incurre en responsabilidad de perjuicios é intereses. Para contraer el deber de indemnizarlos, es de estricta necesidad que el acreedor haya sufrido un daño real en sus bienes y dejado de percibir una utilidad cierta: de lo contrario, no hay daños é intereses de que el deudor de la obligación deba responder. Por consiguiente, el acreedor debe rendir prueba de los perjuicios é



intereses que alegare, porque no haciéndolo, su acción no prosperará y deberá ser absuelto el deudor de la obligación.

Estas consideraciones no se aplican á los casos de obligaciones que tienen por objeto dar una suma de dinero, porque en ellas el deudor moroso debe intereses por el solo hecho de su *mora*, sin estar obligado el acreedor á probar los daños y perjuicios sufridos, pero ni siquiera á alegarlos, como lo veremos bajo el art. 656, donde diremos cuáles son las razones que fundan esta decisión especial.

---

**Art. 553.** La ley romana dice: «*Quantum mihi abest, quantumque lucrare potuit.*»

**Art. 554.** *En el resarcimiento de los daños é intereses solo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.*

**Art. 555.** *Aun cuando la inexecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños é intereses comprenderán solo los que han sido ocasionados por él, y los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes.*

**381** — Antes de ocuparnos de la materia de estos artículos, averigüemos cuál es el verdadero texto del último, porque es fundamental el cambio de doctrina según que su última parte sea afirmativa ó negativa.

**382** — El verdadero texto oficial del Código es el de la «*edición oficial de Nueva York, imprenta Hallet*



y *Breen, 1870*, » sin más correcciones que las hechas por las leyes de 16 de Agosto de 1872 y 9 de Septiembre de 1882 (\*).

En la edición de « *Buenos Aires — Establecimiento Tipográfico de « La Pampa », Victoria 97 y 99 — 1883* », hecha en cumplimiento de esta última ley, el artículo aparece con el siguiente texto: — « Aun « cuando la inejecución de la obligación resulte del « dolo del deudor, los daños é intereses compren- « derán sólo los que han sido ocasionados por él, « y *no* los que el acreedor ha sufrido en sus otros « bienes. »

En la edición de Nueva York tiene este otro: — « ... los daños é intereses comprenderán sólo los que han sido ocasionados por él, y *los que* el acreedor ha sufrido en sus otros bienes. »

El cambio, como se ve, es completo, y fundamental la diferencia de principios consagrados por una y otra redacción.

Por la establecida en la edición de Buenos Aires, el deudor de mala fe, es decir, el deudor *doloso* está igualado al deudor de buena fe, en la responsabilidad de los daños é intereses.

---

(\*) La parte pertinente de esta última dice así: — « Buenos Aires, Septiembre 9 de 1882. — Por cuanto: — El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso etc...., sancionan con fuerza de Ley:

Art. 1.º Téngase por ley, la siguiente planilla de correcciones *al Código Civil vigente, edición oficial de Nueva York, imprenta de Hallet y Breen, 1870....*

Art. 2.º Hágase una nueva edición del Código Civil, incluyendo en su texto las anteriores correcciones y las contenidas en la planilla de enmiendas sancionada por la ley de 16 de Agosto de 1872, que no sean modificadas por la presente:....

Por tanto: — Téngase por ley, publíquese y dése al Registro Nacional. — ROCA. — E. WILDE.

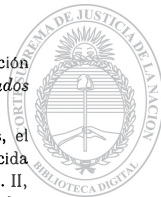


Por la establecida en la edición de Nueva York se hace diferencia entre el deudor de buena fe y el deudor doloso, tratándose al primero, en aquella responsabilidad, con más benignidad que al segundo.

Los términos del art. 554 y los del art. 555 persuaden, en efecto, que el deudor de buena fe en la mora ó inexecución total de la obligación, solo responde de los daños é intereses sufridos por el acreedor en las cosas ó bienes materia de la obligación, en tanto que el deudor doloso no solo responde de dichos daños, sino también de los que el acreedor ha sufrido *en sus otros bienes*.

Esta diferencia es demandada por la justicia y se encuadra en los principios científicos, así como es antijurídica é inicua la doctrina contraria. Nunca se ha confundido, ni es dado confundir la buena fe con el dolo. La *culpa lata* es, no igualada, sino simplemente equiparada al dolo, al efecto de hacer que se la apliquen las mismas disposiciones que á éste; pero jamás ha sido proclamada como regla la disminución ó atenuación del dolo al efecto de igualarlo con la simple falta en que reina la buena fe.

Esta diferencia, para la responsabilidad de los daños, entre el deudor de simple culpa y el deudor doloso en la inexecución de la obligación, está establecida por los artículos 1150 y 1151 del Código francés y la aceptan como conforme á la justicia y á los principios jurídicos sus expositores y comentaristas de nota como Demolombe, Duranton, Zachariæ, Aubry y Rau, Marcadé, Murlon, Laurent, etc., y la consigna Goyena en el artículo 1016 de su proyecto, en estos términos: « En el resarcimiento de los daños « y perjuicios, solo se comprenderán los que fueren « consecuencia inmediata y necesaria de la falta de « cumplimiento del contrato. »



« En caso *de dolo*, se *extenderá* la indemnización « á los que hubieren sido *conocidamente ocasionados por él.* »

Y mucho antes que estos escritores y códigos, el ilustre Pothier la tenía inequívocamente establecida en su tratado « De las obligaciones », 1<sup>a</sup> part., cap. II, art. 3<sup>o</sup>, en que, después de fijar las responsabilidades del deudor que solo por culpa ha dejado de cumplir, ó ha sido moroso en el cumplimiento de la obligación, dice: — « Los principios que hemos establecido hasta aquí no tienen lugar cuando es *el dolo* de mi deudor que ha dado lugar á mis perjuicios é intereses. En este caso, el deudor es responsable *indistintamente* de todos los daños é intereses que he sufrido, á los cuales ha dado lugar su dolo, no solamente de aquellos que he sufrido en relación á la cosa que hacía el objeto del contrato, *propter rem ipsam*, sino de todos los daños é intereses que he sufrido *en mis otros bienes*, sin que haya lugar á distinguir y discutir, en este caso, si debe estimarse que el deudor se sometió á ellos, porque el que comete *dolo* se obliga, *velit, nolit*, á la reparación de todo el daño que el dolo causara. »

Véase el art. 1143 de nuestro Código, que es de estricta aplicación en la materia.

**383** — Y bien ¿cuál es el verdadero texto del art. 555?

No otro sino el que dejamos transcrito, porque ese es el de la edición oficial de Nueva York, que no ha sido modificado ni por la ley de 16



de Agosto de 1872, ni por la de 9 de Septiembre de 1882.

El que se le ha dado en la edición de Buenos Aires, de 1883, es adulterado: una mano no autorizada le hace decir « y *no* los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes », que es cosa que ni el codificador, ni el legislador dijeron jamás.

**384**—Digamos ahora dos palabras sobre la materia de los artículos.

De la comparación del uno con el otro se deduce:

1° Que cuando el deudor de la obligación ha dejado de cumplirla, parcial ó totalmente, solo por culpa ó negligencia, es responsable de los daños é intereses sufridos por el acreedor en las cosas objeto de la obligación: — art. 554;

2° Que cuando la inejecución de la obligación resulta del dolo del deudor, su responsabilidad comprende no solo los daños y perjuicios causados en las cosas objeto de la obligación, sino también los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes: art. 555; y

3° Que, ora se trate de un deudor de simple *culpa*, ora de uno *doloso*, los daños é intereses de que responden son solo y únicamente los que son una consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación: artº. citados, combinados con el 937.

Tales son las reglas generales que en nuestra opinión son establecidas por los artículos que nos ocupan, sin perjuicio de que en casos especiales y según las circunstancias de la causa deba hacerse aplicación del artículo 938, que dice: « Las conse-



« cuencias mediatas son también imputables al autor  
 « del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando  
 « empleando la debida atención y conocimiento de la  
 « cosa, haya podido preverlas. »

**Art. 554.** Proyecto de Goyena, art. 1016, Cód. francés, art. 1150. Los otros Códigos copian al francés. El principio de donde se origina la obligación de pagar daños é intereses, lo deriva Marcadé de la misma obligación que debía cumplirse. La deuda dice, de daños é intereses es el resultado de una convención accesoria, tácitamente estipulada entre el deudor y el acreedor. Esta intención probable de las partes no ha podido comprender sino el perjuicio que podía preverse ó que fuese consecuencia inmediata de la inexecución de la obligación, según el curso ordinario de las cosas (sobre el artículo 1151 del Cód francés) (\*)

**Art. 555.** Pothier, parte 1, cap. II, art. 3.

**Art. 556.** *Cuando en la obligación se hubiere convenido que si ella no se cumpliese se pagaría cierta suma de dinero, no puede darse una cantidad ni mayor ni menor.*

**385** — El monto ó sea el *quantum* de los daños é intereses puede ser fijado de tres modos:

- 1º Por la ley;
- 2º Por el juez; y
- 3º Por las partes.

**386** — *Por la ley*, como sucede en las obligaciones que tienen por objeto dar sumas de dinero, en las cuales la ley misma fija los daños é intereses adeudados en caso de *mora*, estableciendo que es la suma resultante del interés estipulado, computado desde el vencimiento de la obligación; ó el determinado

---

(\*) Esto no es original de Marcadé; lo dice Pothier, II, 76, n.º 159 á 172.



por *leyes especiales* en el caso de no existir interés convenido por los interesados. — art. 656.

**387** — *Por el juez*, cuando hay contradicción entre las partes y la someten á la decisión judicial en el tiempo y en la forma establecidos por la ley que regula el procedimiento en los juicios.

**388** — *Por las partes*, cuando ellas mismas, para libertarse de cuestiones enojosas y de los perjuicios que acarrear los pleitos establecen, por medio de una cláusula penal ó análoga á ella, la suma de dinero que deba pagarse en el caso de inejecución de la obligación.

Plausible previsión que economiza á las partes tiempo, disgustos y sacrificios de dinero.

**389** — ¿Será permitido alegar que la suma estipulada es excesiva y notoriamente superior al daño real sufrido por el acreedor y solicitar consiguientemente del juez su reducción equitativa?

Sería volver á los pleitos, haciendo infructuosa la previsión de los interesados y suprimir la autoridad de las estipulaciones lícitas, á las cuales deben ajustarse las partes como á la ley misma. — art. 1231.

Es enérgica la decisión de la ley: dado el convenio que fija la suma, «*no puede darse una cantidad ni mayor ni menor*» dice nuestro artículo, y evidentemente que el juez no puede romper esta regla.

El art. 1152 del Cód. francés es igual al nuestro y su disposición ha sido afirmada por la jurisprudencia en estos términos: — «Cuando la cantidad de los «daños é intereses, para un caso previsto, ha sido «determinada por convención de las partes, no está «en el poder de los tribunales disminuirla.» — Nancy, 1º dic. 1830.

**390** — La existencia de una estipulación que fija





el *quantum* ó sea la suma de dinero que deba darse por daños é intereses en caso de inejecución, no es un obstáculo para que el acreedor pueda pedir el cumplimiento de la obligación por acto de tercero, ó con ejercicio de la fuerza, en los casos de derecho, pues ello es uno de los efectos de la obligación respecto del acreedor. — art. 539 y arg. del 692.

Pero, lo contrario debe decirse si en la estipulación del *quantum* se ha reservado al deudor el derecho de libertarse de la obligación pagando la suma convenida, ó si de los términos de la cláusula respectiva y particularidades del caso resultare que la voluntad de las partes fué producir una novación, de modo que, dada la inejecución, no quedase más derecho para el acreedor, ni más obligación para el deudor que los procedentes de la cláusula que llamaremos del *quantum*, pues se estará al frente de una estipulación lícita cuya ejecución debe ser amparada por el juez á solicitud de parte interesada.

---

**Art. 556.** Cód. francés, art. 1152. — Holandés, 1258. — Napolitano, 1104. — El Sardo añade en el art. 1243: «A menos de resultar con evidencia que la suma es enormemente excesiva, en cuyo caso podrá el juez reducirla.» — El Cod. de Luisiana, art. 1928, dice: «Sin embargo, si la obligación ha sido ejecutada en parte, los daños sobre que hayan convenido los contrayentes, pueden ser reducidos á la pérdida ó privación de la ganancia realmente sufrida.» En contra del artículo: Goyena, art. 1018, y Pothier, *De las obligaciones*, parte 1, cap. II, art. 3. La ley romana decía á este respecto: *Non illud inspicitur sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis.*

