

rá imponerse dentro de seis meses, por lo que el menor se aprovechará de la capitalización de los intereses (1).

Sin embargo, la opinión contraria es la que generalmente se adopta. Dicese que semejante estipulación es una verdadera enagenación de usufructo, y de ahí se infiere que el tutor no puede consentirla sino con una autorización del consejo de familia homologado por el tribunal (2). Esto no es exacto. ¿Acaso todo arrendamiento no es una enagenación de usufructo? ¿Por qué había de haber venta más bien que arrendamiento, cuando los alquileres se pagan el 1º de Enero en lugar de pagarse el 31 de Diciembre? La corte de Poitiers ve en esto algo de ilícito, porque esto es contrario á las costumbres aceptadas, y porque puede resultar un perjuicio para el menor, si el tutor es insolvente. Ciertamente es que el pago anticipado en más de un término es una estipulación poco acostumbrada, pero esto no prueba que se salga de los límites del poder de administración. En cuanto al riesgo que corre el menor, no resulta del pago anticipativo, como tal, sino de la insolvencia del tutor; pero el inquilino ¿acaso no puede volverse insolvente? Estas consideraciones de hecho no pueden resolver una cuestión de derecho; el legislador es el único que podría tomarlas en cuenta para limitar el poder del tutor.

*Núm. 4. Pago de las deudas, recobro de los créditos activos.*

*1.—Principios generales.*

50. El tutor puede y debe cubrir las deudas del menor. Se conoce el antiguo proverbio: el que paga sus deudas se

1 Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 480.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 452, y nota 29. Demolombe, t. 7º, p. 418, núm. 642. En este sentido, Limoges, 28 de Enero de 1824 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 480), y Poitiers, 2 de Julio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 128).

enriquece. ¿Puede renunciar al beneficio del plazo? Si la deuda no causare réditos, no podría hacerlo, puesto que pagando antes del vencimiento, pagaría el descuento, es decir el rédito que no debe: lo que equivaldría á una verdadera liberalidad bajo la forma de pago, y el tutor no puede hacer donativos. Pero si la deuda causa rédito, siempre hay ventaja en solventarla; esta es la mejor imposición que puede encontrar el tutor para los caudales de que dispone. Para esto no necesita, como lo dice Demolombe, de un bill de indemnidad porque él hace lo que tiene derecho á hacer, y obra como buen padre de familia (1).

51. ¿Si el tutor paga una deuda del menor con su propio dinero, tiene derecho á los réditos de sus anticipos? La ley otorga los réditos de pleno derecho al mandatario ordinario por los anticipos que hace. ¿Debe aplicarse el artículo 2001 al tutor? Dicese que nó, porque el código norma en un título aparte todo lo concerniente á los derechos y á las obligaciones del tutor, y no le otorga el rédito de sus anticipos (2). Creemos que en esta opinión se confunden dos especies de anticipos. Los anticipos propiamente dichos son las sumas que el tutor gasta para el sostenimiento del pupilo. Concíbese que tales anticipos no causen interés, porque generalmente el tutor se pagará con las rentas del menor. Más adelante insistiremos acerca de este punto (núm. 58). La posición del tutor es diametralmente diferente cuando paga una deuda del menor. En dicho caso puede compararse á un mandatario ó á un agente de negocios que hace anticipos por el poderdante ó por el dueño del negocio. Es menos como tutor como hace dicho pago que con motivo de la tutela.

El tutor debe hacer los gastos necesarios al sostenimiento

1 Demolombe, t. 7º, p. 431, núms. 633, y 636. Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 446.

2 Demolombe, t. 7º, p. 436, núm. 659.

del menor ó la administración de sus bienes; pero no está obligado á pagar los derechos del pupilo, cuando éste no tiene caudales suficientes; corresponde al acreedor, en este caso, perseguir al menor, y al tutor proponer al consejo la venta de los bienes del pupilo para prevenir los gastos de embargo. Si el tutor paga de sus propios dineros, llegado es el caso de aplicar los principios sobre el mandato ó la agencia de negocios. A nuestro juicio, él es más bien mandatario que agente de negocios cuando pague una deuda de su propio peculio, porque él tiene el encargo de pagar las deudas; si él lo hace de su propio peculio, está absolutamente en la posición de un mandatario que hace anticipos en la ejecución de su mandato. Así, pues, puede aplicarse al tutor el art. 2001. Nada, por otra parte, tan equitativo como esta disposición. Hay más, es provechosa al menor. Si no se otorgan los réditos al tutor, estará poco dispuesto á hacer anticipos por el pupilo; éste, sin embargo, está muy interesado en que sean cubiertas las deudas onerosas y en que las diligencias que se le promueven se suspendan. A esto se contesta que el tutor debe dirigirse al consejo de familia, como si el consejo tuviese un poder omnipotente en materia de tutela. ¿Puede el consejo otorgar al tutor réditos que la ley no le otorga? Mucho lo dudamos. El tutor es el que administra y no el consejo: las atribuciones del consejo son limitadas, y él no puede excederse de dichos límites.

52. El tutor tiene el derecho de percibir todos los créditos del menor, capitales y rentas. Esto es un acto de administración. El código lo dice implícitamente al dar al tutor el derecho de intentar él sólo las acciones mobiliarias (art. 464). El ejercicio de dicho poder puede ser peligroso para el menor si el tutor es insolvente. De aquí la cuestión de saber si el consejo de familia puede restringir el derecho del tutor. La solución depende del principio que se adopte sobre la naturaleza de la tutela y de los poderes del tutor.

Hemos enseñado que la tutela es de orden público y que la ley la organiza de modo que resguarde los intereses de los menores; así pues no pertenece ni al consejo de familia ni el tribunal, modificar las disposiciones de la ley, imponiendo al poder del tutor restricciones en interés del pupilo. Si las garantías que el código establece en interés de los incapaces son insuficientes, al legislador atañe corregir la ley, y no al juez. En esta opinión, debe resolverse que el consejo de familia no tiene el derecho de restringir el poder del tutor en lo que concierne al recobro de los créditos del menor. Hay sentencias en este sentido (1). La corte de casación ha fallado en sentido contrario, partiendo del principio de que las tutelas no se basan en el orden público sino en lo que concierne al interés del menor (2). Hemos contestado de antemano á dicha argumentación; á nada menos conduce que á abandonar á los consejos de familia y á los tribunales la reglamentación de una materia que los autores del código creyeron que deberían reglamentar hasta en los últimos detalles, precisamente porque es de orden público. La corte de Limoges, al aplicar el principio establecido por la corte de casación, dedujo la consecuencia lógica de que los tribunales tienen el derecho de vigilar la administración del tutor tanto como el empleo de los capitales del pupilo (3). Esta consecuencia depone en contra del principio. Ella está en oposición con el texto del código; en éste no se dice una sola palabra por la que puede inferirse el derecho de vigilancia que la corte reivindicó para los tribunales. Esto se llama literalmente, hacer la ley.

1 Rion, 15 de Abril de 1809 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 402, 1°), Tolosa, 20 de Julio de 1821 (Daloz, *ibid*, núm. 402, 2°). Compárese, Bruselas, 2 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 8).

2 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Julio de 1843 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 403, 1°).

3 Limoges, 28 de Febrero de 1846 (Daloz, 1846, 2, 153).

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

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

2 Martou, Comentario de la ley de 16 de Diciembre de 1851, t. 2<sup>o</sup>, páginas 396 y siguientes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cuerdan en un punto con el art. 1064 del código civil. La imposición ordinaria se hace en préstamos hipotecarios ó privilegiados. En ninguna parte exige la ley que el tipo del interés sea el tipo legal de 5 por ciento. Desde el momento en que la estipulación del interés se abandona á las partes contrayentes, el tipo del interés varia según la abundancia ó la escasez de numerario; luego no puede exigirse que el tutor imponga siempre los caudales pupilares al 5 por ciento (1).

60. El tutor puede también comprar inmuebles. En Francia, la cuestión se ha decidido generalmente en este sentido, salvo algunas disidencias que ninguna autoridad tienen, supuesto que comprar inmuebles evidentemente no es más que una imposición segura y hasta ventajosa, en donde los inmuebles aumentan de valor, lo que es una ley general. Pero se pregunta si el tutor puede también comprar inmuebles á crédito. En este caso, no se trata ya de imponer los caudales del pupilo, supuesto que ya no los tiene. La cuestión es debatida. Se reduce á saber si la compra de inmuebles á crédito es un acto de administración. A nuestro juicio, esto equivale á especular y no á administrar. Cierto es que en general dicha operación es problemática; en más de una ocasión ha sido desastrosa para los que la han llevado á cabo. El comprador retira á lo sumo el 3 por ciento de los fondos que explota ó que da en arrendamiento, mientras que debe pagar un 5 por ciento de su valor. ¿Se dirá que la ley recomienda la compra de los inmuebles como empleo? Si, en razón de la seguridad de la imposición, estando el capital garantido, así como la venta, cuya pequeñez está generalmente compensada por el crecimiento progresivo del valor de los fondos. Pero imponer los caudales pupilares es cosa bien diferente de comprar á crédito. La compra á crédito implica un préstamo; ¿qué importa que el

1 Bruselas, 13 de Agosto de 1860 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 34).

comprador pida prestado al vendedor ó á tercera persona; De todos modos, es cierto que no teniendo caudales suficientes para pagar su valor, debe pedirlos prestados; debe pagar los intereses entretanto que reembolsa el capital. Ahora bien, el tutor no tiene derecho á pedir prestado, aun cuando sea para una operación ventajosa para el menor. Esto es decisivo (1). La corte de casación falló en sentido contrario. Ella parte del principio de que todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe pueden comprar ó vender (artículo 1594); ahora bien, ninguna ley prohíbe al tutor que compre. Este principio es muy cierto para el mayor capaz de sus derechos, y no lo es para los incapaces. El tutor no compra por su propia cuenta, sino en nombre del menor, y con tal calidad no puede ejecutar actos de administración. A esto la corte contesta que pueden presentarse circunstancias en las cuales la adquisición de un inmueble, aun cuando el tutor no pudiese pagar inmediatamente el precio, constituirá un acto de prudente administración (2). Podría haberse hecho el mismo razonamiento para el préstamo, para la venta de un inmueble perteneciente al menor y para la hipoteca. Si tales actos pueden á veces ser muy ventajosos al pupilo, en cambio pueden serle muy perjudiciales; por esto la ley quiere que el consejo de familia y el tribunal intervengan. Identidad de razones hay para la compra de inmuebles. Nuestra conclusión es que el tutor no puede comprar á crédito sino con la autorización del consejo y la homologación del tribunal (3). Volvemos á la imposición de los fondos pupilares. Si el tutor compra un inmueble á título de imposición, sin decirlo se comprende que el me-

1 Demolombe, t. 7º, p. 463 núm. 677. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 59, nota 65. Durantou, t. 3º, núm. 570.

2 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 77).

3 Chardon, "De la potestad tutelar," t. 3º, núm. 493. Demolombe se contenta con la autorización del consejo. Esto es arbitrario.