

tación del inmueble del que posee un desmembramiento; la ley no puede despojar á un usufructuario, como no lo puede hacer con un propietario. (1) Por idéntica razón se ha juzgado que el tutor que tiene un crédito hipotecario sobre el inmueble de su pupilo puede concurrir á la subasta; hay también un derecho que salvoguardar, un derecho en la cosa que nuestras leyes asimilan á un desmembramiento de la propiedad; tiene, pues, lo mismo que el usufructuario, la facultad de licitar. (2)

46. La ley prohíbe á los tutores volverse adjudicatarios de los bienes de la tutela. ¿A quién se aplica esta prohibición? Es de suyo que á los que son ó tienen esta cualidad, aun al cotutor. (3) En nuestro concepto es tan evidente que no se aplica á los que no son tutores, pues ni al tutor subrogado, ni al curador, ni al consejo judicial; el texto mismo de la ley lo dice. Según el art. 1,594, «á todos aquellos que la ley no prohíbe pueden vender ó comprar.» ¿Hay una ley que prohíbe esta facultad á los tutores subrogados, á los curadores y á los consejeros? Nó, no están comprendidos en la excepción, que es la incapacidad; por lo tanto, quedan bajo el imperio de la regla que es la capacidad. ¿Qué se puede oponer al texto y á los principios? La analogía. Hemos dicho muchas veces que la argumentación analógica no está permitida en las materias excepcionales porque conduce á excluir las excepciones; es decir, á crear lo que sólo el legislador tiene el derecho de hacer. Insistimos sobre este punto porque precisamente en la especie se ve cuán peligroso es proceder por vía de analogía cuando se trata de excepciones. Se pretende que el tutor subrogado está comprendido en la prohibición porque hay el mismo motivo para declararle incapaz; ahora bien, esta analogía,

1 París, 12 de Abril de 1856 [Dalloz, 1856, 2, 228].

2 Aix, 27 de Enero de 1870 [Dalloz, 1872, 2, 53].

3 París, 28 de Enero de 1846 [Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 448].

admitida por unos, es negada por otros; de manera que el intérprete arriesga extender la excepción para un caso que no fué hecha. No hay analogía; la prohibición hiere á los administradores que están encargados de vender, los que conociendo los bienes tienen el medio de perjudicar al menor alejando á los compradores. ¿Es que el tutor subrogado administra? Nó. ¿Está encargado de vender? Nó. ¿Conoce los bienes y es al que los terceros se dirigen para obtener datos? Nó. Luego no hay el mismo motivo para decidir.

Se insiste y se dice que es de principio que: *nemo potest esse auctor in rem suam*. Contestamos que esta máxima no está consagrada por nuestros textos, luego no se la puede invocar contra la ley. ¿Qué significa y por qué la oponen al tutor subrogado? El que tiene un derecho personal en un asunto no debe intervenir en él desde que está encargado de vigilar los intereses de la parte adversa que representa ó autoriza. Es el motivo sobre que se funda la prohibición del art. 1,596. La objeción no hace más que reproducir en otros términos la argumentación analógica; y no es sobre argumentos sobre los que se basa una incapacidad sino sobre los textos.

La cuestión está controvertida, los autores y las sentencias están divididos. (1) Se llevó ante la Corte de Casación; después de una larga deliberación en la Sala del Consejo la Sala Civil casó la sentencia de la Corte de Tolosa que había extendido la incapacidad del tutor subrogado. La Corte invoca los principios que acabamos de desarrollar; dice que no se puede argumentar por analogía en las materias excepcionales; establece que no hay el mismo motivo para decidir y concluye que no se sabría sin extender la ley más allá de los límites en que se ha querido encerrar; comprende al tutor subrogado en la

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. IV, pág. 348, nota 12, pfo. 351. Duvergier [t. I, pág. 225, núm. 188] trata muy bien la cuestión.

prohibición de los arts. 1,596 y 450. (1) Es una sentencia de principio y desde entonces la jurisprudencia parece juntarse á la opinión que la Corte Suprema ha consagrado por motivos que creemos irrefutables. (2) La cuestión queda controvertida en lo que concierne á los curadores y los consejos judiciales. (3) Como los motivos para decidir son idénticas es inútil repetir lo que acabamos de decir. Nos contentaremos con señalar que no hay ninguna analogía entre la situación del curador y la del tutor: el primero protege al menor en los casos muy raros en que la ley requiere esta protección ó asistencia, y es además completamente extraño á la administración de bienes, supuesto que el menor emancipado es el mismo que administra los bienes. En cuanto al consejo judicial no protege ni aún al pródigo ó al débil de espíritu; da su consejo en los casos señalados por la ley. Es, pues, necesario decir de los curadores y consejeros lo que la Corte de Casación dice de los tutores subrogados: no están comprendidos en la prohibición y el juez no tiene el derecho de extenderla. Para apoyo de nuestra opinión citaremos aun lo que Troplong dice de la opinión contraria: «Hay, dice, una incompatibilidad que suple al *silencio de la ley*.» (4) De manera que hay silencio en la ley y la doctrina viene á llenar este vacío fundándose en la incompatibilidad. Esto se llama literalmente hacer la ley.

47. Los mandatarios no se pueden convertir en adjudicatarios de los bienes que tienen encargo de vender. ¿Qué se tiene que decidir si están encargados no de venderlos, pero sí de *administrarlos*? Aquí sí se podría invocar la analogía, pero los principios no lo permiten. La Corte de Casación

1 Casación, 21 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1852, 1, 314).

2 Agón [por recurso] 13 de Junio de 1853 (Daloz, 1853, 2, 183). Grenoble, 4 de Enero de 1854 [Daloz, 1856, 2, 188]. En el mismo sentido, Lieja, 4 de Junio de 1845 [*Pasicrisia*, 1847, 2, 134].

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 348, nota 13, pfo. 351, y en diversos sentidos las autoridades que cita.

4 Troplong, pag. 119, núm. 187.

no lo juzgó en este sentido, su decisión confirma nuestra doctrina. En los términos del art. 1,594 todos aquellos á los que la ley no prohíbe pueden comprar. Las excepciones á esta regla que contiene el art. 1,496 deben, como todas las excepciones, ser interpretadas en un sentido restrictivo. De aquí se sigue que la defensa hecha al mandatario de volverse adjudicatario de los bienes que tiene encargo de vender no puede extenderse al mandatario con relación á los bienes que tiene que administrar. Los autores del Código se han alejado, bajo este punto, de la prohibición más larga que pronunciaba el derecho común; la innovación se explica *superabundantemente*, dice la Corte, por la diferencia que existe entre los mandatos, puesto que en el mandato de enajenar el propietario ha ordenado la disposición de la cosa al mandatario y la facultad de fijar las condiciones de la venta que se va á hacer, mientras que en el mandato del administrador es el mismo quien debate las condiciones y determina el precio. (1) La Corte contesta al argumento de analogía *superabundantemente*, lo que implica que allí mismo no habría razón para la diferencia que el art. 1,596 establece entre el mandato de enajenar y el mandato de administrar; aunque hubiera analogía perfecta sería necesario aún someterse á los términos restrictivos de la ley. Esta es la buena doctrina.

48. El art. 1,596 declara aun incapaces de comprar á los administradores de municipios y de los establecimientos públicos, tales como hospicios, casas de beneficencia, construcciones de iglesias. ¿Quiénes ó cuáles son estos administradores? ¿Los consejeros municipales, por ejemplo, son administradores y como tales incapaces para comprar? La solución de la cuestión depende de las leyes políticas que quedan fuera del cuadro de nuestro trabajo. (2) Sucede lo mis-

1 Denegada, 8 de Diciembre de 1862 (Daloz, 1863, 1, 142).

2 Comparese Rouen, 22 de Noviembre de 1870 (Daloz, 1873, 2, 200).

mo con los oficiales públicos encargados de vender bienes nacionales.

49. El art. 1,596 dice: «No pueden volverse adjudicatarios ni por ellos mismos *ni por personas interpuestas*.» Es de principio que no se puede hacer indirectamente lo que está prohibido hacer directamente; sería violar la ley eludiéndola. El art. 1,596 no dice qué personas se presumen interpuestas como lo hacen los arts. 900 y 1,100. Es, pues, una cuestión de hecho. Por dicho queda que las presunciones de interposición que la ley establece en los arts. 911 y 1,100 no pueden extenderse á la venta hecha por persona interpuesta; corresponde al demandante probar la interposición según el derecho común. (1)

50. ¿Cuál es el carácter de la nulidad? Todo el mundo está de acuerdo que la nulidad es relativa; (2) está establecida en interés de aquellos cuyos bienes están vendidos; ellos solos tienen el derecho de prevalecerse. En general las personas incapaces pueden solas invocar la incapacidad y pedir la nulidad que resulta (art. 1,125) porque la ley, al declararlas incapaces, quiere protegerlas contra sí mismas. No sucede lo mismo con la incapacidad del art. 1,596; está establecida contra los incapaces porque la ley teme que abusen de su posición para aprovecharse á expensas de aquellos á quienes deben de cuidar sus intereses. Es menos una incapacidad que una prohibición.

II. Artículo 450.

51. El art. 450 después de haber establecido el principio de que el tutor representa al menor en todos los actos civiles y que debe administrar sus bienes como un buen pa-

1 Durantón, t. XVI, pag. 170, núm. 139 y todos los autores. Lieja, 24 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 312).

2 Durantón, t. XVI, pag. 170, núm. 139 y todos los autores. Orléans, 11 de Febrero de 1841 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 468). Lieja, 24 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 312).

dre de familia, añade: «No puede ni comprar los bienes del menor ni tomarlos en arrendamiento á menos de que el consejo de familia no haya autorizado al tutor subrogado á pasar el contrato ni á aceptar la cesión de algún derecho ó crédito contra su pupilo.» La primera parte de esta disposición está reproducida; se refiere á lo que concierne á la venta por el art. 1,596 que acabamos de explicar; nos queda por hablar de la cesión. Trataremos de la parte general de la venta aunque el Código consagre un capítulo aparte á la cesión porque los motivos por los cuales el legislador prohíbe al tutor comprar un crédito contra su pupilo son en el fondo los mismos que han hecho establecer la prohibición del art. 1,596. Si el tutor pudiera ser portador cesionario de un crédito contra el menor, se encontraría colocado entre su deber y su interés; el mercado es ventajoso, el tutor debe hacerlo por cuenta de su pupilo; se trata, al contrario, de un crédito dudoso que se compra á bajo precio para cubrirlo entero el menor, falta á su deber de administrador y debe contestar los derechos litigiosos en lugar de especular con perjuicio del que defiende. Estas especulaciones favorecen el fraude: el tutor podrá convenirse con el pretendido acreedor para hacer revivir un crédito ya perdido. (1)

52. La prohibición está concebida en términos generales; no se trata solamente de la *cesión* de un crédito, la ley añade la palabra *derecho*, que comprende también los derechos reales; es suficiente, según el texto, que el derecho cedido implique una obligación ó un cargo contra el pupilo. Si la cesión, en el momento en que se hizo, no da ninguna acción al tutor, ni contra la persona, ni sobre los bienes del pupilo, no será prohibitiva. (2) El tutor se vuelve cesionario de un crédito dependiente de una sucesión á la cual el

1 Proudhón, *Tratado del estado y de las personas* (Ed. de Valette) t. II, página 398. Demolombe, t. VIII, pag. 529, núm. 756.

2 Agén, 23 de Enero de 1844 (Daloz, 1845, 4, 515).

menor había renunciado regularmente; si vuelto mayor el pupilo acepta la herencia, la cesión quedará válida; el menor no puede, suponiendo que pudiera volver á su renuncia, atacar un derecho adquirido. (1)

Decimos que los términos de la ley son generales; se aplican á todo derecho, con tal que la transmisión de éste se haga por una cesión; es decir, por una venta, pues tal es el sentido de la palabra cesión en el lenguaje del Código, aunque la traslación de un crédito pueda también hacerse gratuita. Esto no es dudoso cuando el tutor adquiere el crédito como heredero ó legatario, la sucesión y los legados no pueden ser calificados de cesión. Si el crédito fué dado entre vivos habría cesión, tomando esta palabra en su acepción más lata; pero el espíritu de la ley levanta cualquiera duda. Lo que la ley teme es que el tutor especule con perjuicio de su pupilo; y el título gratuito excluye la idea de especulación. (2) Es la opinión general, salvo el disenti- miento de Zachariæ. (3)

53. El art. 456 prohíbe al tutor *aceptar la cesión* de un crédito contra su pupilo. ¿Se aplica esta prohibición á la subrogación? La negativa es cierta cuando la subrogación es legal, puesto que el tutor no la *acepta*, se hace de derecho pleno en virtud de la ley. Creemos que es lo mismo con la subrogación convencional, bien que la cuestión esté controvertida. Hay diferencias esenciales entre la subrogación y la cesión; esto es suficiente para alejar una prohibición que es esencialmente de estricta interpretación; desde que no se está en los términos de la prohibición se entra en la regla que consagra la libertad de tratar. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. Quiere impedir al tutor especular á costa de su pupilo. Y la subrogación, lejos de ser una

1 Nimes, 20 de Noviembre de 1850 (Daloz, 1851, 2, 245).

2 Valette, *Explicación sumaria del libro I del Código Napoleón*, pág. 241.

3 Aubry y Rau, t. I, pág. 472, nota 5, pfo. 116.

especulación peligrosa para el menor, es una operación que le favorece. Es un pago que se hace en interés del deudor; si el acreedor consiente en recibir como pago una suma menor que el monto nominal del crédito, el tutor subrogado no podrá repetir contra el pupilo más que la suma que ha desembolsado, y no puede especular en su perjuicio. Sin duda la subrogación puede desprestigiar una cesión, quedando por dicho que en este caso cae bajo la prohibición del art. 450. (1)

54. El artículo 450 no pronuncia la nulidad como sanción de la prohibición que establece. Pero hay nulidad virtual; la intención del legislador no es dudosa, puesto que el art. 1596, que reproduce la primera disposición del art. 450, añade: *á pena de nulidad*. ¿Cuál es el carácter de la nulidad? ¿es absoluta ó relativa? Es necesario aplicar á la cesión lo que acabamos de decir de la nulidad de la venta de que trata el art. 1,596 (núm. 56). Es únicamente en interés del menor por que la ley prohíbe al tutor comprar un crédito contra su pupilo; la nulidad es, pues, relativa en su naturaleza. Si el pupilo la invoca la cesión será considerada como no *existente*; por consecuencia, el acreedor conserva sus derechos contra el menor, salvo que reembolse al tutor el precio que de él ha recibido. La *novella* de Justiniano (72, 5) iba más lejos, declaraba al menor liberado. Este decaimiento no fué admitido en los países *de costumbres* y el Código no lo reproduce; lo que decide la cuestión, puesto que no puede haber pena sin ley. (2)

El menor puede, pues, mantener la cesión. Se pregunta si en este caso se puede hacer liberar por el tutor, reembol-

1 Véanse, en diversos sentidos, los autores citados por Aubry y Rau, t. I, página 472, nota 6, pfo. 116. Debe agregarse, en el sentido de nuestra opinión, Ducaurroy, Bonnier y Roustáin, t. I, pág. 465, núm. 650.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustáin, t. I, pág. 464, núm. 649, y todos los au- tores.

sándole el precio de la cesión. La cuestión está controvertida. Nos parece que el derecho de *retro* no puede ser admitido sino en virtud de una ley, puesto que conduce á expropiar al cesionario de un crédito que está en su dominio; el art. 1,699 acuerda este derecho al deudor cedido cuando el crédito es litigioso; la ley no se lo da al pupilo. Esto es decisivo. Se objeta que el legislador prohíbe la cesión. Hemos contestado de antemano esta objeción, haciendo notar que la prohibición no está establecida sino para salvaguardar los intereses del menor; éste tiene la elección, puede obrar en nulidad ó mantener la cesión; en el segundo caso debe ejecutarla también, pagando la deuda íntegra. Se dice que el beneficio que el tutor saca de la cesión es ilegítimo, en el sentido de que debería hacer el negocio por cuenta de su pupilo. Esto es sobrepasarse á las exigencias de la ley; ella no da al tutor un deber de especular á nombre del menor y de su interés, da al menor un medio de anonadar esta especulación; ir más lejos es hacer aprovechar del mercado al menor. La ley no le concede este derecho. (1)

Núm. 3. De los magistrados, abogados y oficiales ministeriales.

55. «Los jueces, los magistrados funcionando en el Ministerio Público, secretarios, diligenciarios, notarios, defensores de oficio y notarios no pueden volverse cesionarios en los procesos, derecho y acciones litigiosas que son de la competencia del tribunal en el resorte del que ejercen sus funciones.» El texto del art. 1,597 pide explicaciones. La ley habla de *jueces* y de sus suplentes; no dice nada de los magistrados de la Corte Apelación y de la de Casación que llevan el título de *consejeros*. Lo que no fué así porque cuan-

1 Valette, *Explicación sumaria del libro I del Código Civil*, pág. 240. Massé y Vergé según Zachariæ, t. I, pág. 446, nota 3. De Fréminville, *Tratado de la menor edad*, t. II, pág. 250, núm. 795. En sentido contrario Aubry y Rau, Ducaurroy y Demolombe.

do la publicación del Código todos los magistrados estaban designados bajo el nombre general de jueces; los miembros de las cortes superiores están comprendidos en el texto. Sucede lo mismo con la palabra *tribunal*; el término de *corte* no estaba en uso cuando la publicación del Código Civil; se decía el *tribunal de casación*. Queda por dicho que la expresión de que el Código se sirve comprende todas las jurisdicciones. El art. 1,597 menciona aun á los defensores de oficio; se daba ese nombre á los abogados después que la asamblea constituyente había suprimido el orden de los abogados; fué restablecida por la ley de 22 Ventoso, año XII, posterior á la redacción definitiva del título *De la Venta*, sentencia del 3 Ventoso del mismo año. (1)

Siendo las incapacidades de estricta interpretación se deduce que las que el art. 1,597 establece no pueden extenderse á los funcionarios ú oficiales que no están comprendidos en el texto de la ley. Por aplicación de este principio ha sido juzgado que los pasantes de notaría pueden volverse cesionarios de derechos litigiosos, salvo á las partes que piden nulidad de la cesión á probar, si há lugar, que el pasante es persona interpuesta; es elemental que las personas declaradas incapaces de comprar no pueden hacerlo indirectamente, ó por personas interpuestas, lo que la ley prohíbe de hacer directamente. (2)

56. ¿Cuáles son los motivos de la prohibición pronunciada por el art. 1,597? Importa precisarlos porque de esto depende el carácter de la nulidad. Portalis los ha expuesto en su discurso: «En la antigua Roma los gobernadores no podían adquirir nada en el tiempo de su gobierno, y los magistrados no lo podían tampoco en las atribuciones de su jurisdicción. Se quería alejar de ellos hasta la sospecha de mezclar sus intenciones privadas con los grandes intereses

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 451, nota 1, pfo. 359. Duvergier, t. I, pág. 234, núm. 196.

2 Bruselas, 24 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 197).

públicos confiados á su solicitud..... Una multitud de sentencias interviniendo en forma de reglamentos han constantemente pronunciado la nulidad de las adjudicaciones hechas á los jueces. Se ha pensado que el *título público* de su cargo los sometía á mayores precauciones que á las *personas privadas* para estar al abrigo de la sospecha de *abusar de su autoridad* en las ocasiones en que ellos no pueden ni deben figurar sino como *magistrados*. Las ordenanzas han prohibido siempre á los jueces y á todos aquellos que ejercen un cargo de justicia ó algún ministerio cerca de los tribunales, volverse cesionarios de derechos litigiosos..... *Esta disposición es la salvaguardia de los justiciables. Un juez está para determinar las pruebas de las partes y no para traficar con ellas.* No puede ni debe intervenir entre los ciudadanos sino como *ministro de leyes* y no como *agente de intereses* del odio y de las pasiones del hombre. Si desciende vergonzosamente de su tribunal; si abandona el *augusto sacerdocio* que ejerce para cambiar su cualidad de *oficial de justicia* por la de comprador de acciones, *envilece el carácter honorable* de su vestidura; *amenaza* por el *escándalo* de sus *procedimientos hostiles é interesados* á las familias que él no debe sino tranquilizar por sus *luces* y sus *virtudes*; cesa de ser *magistrado*, no es más que un *opresor*. La prohibición hecha á los jueces de comprar acciones litigiosas no es más que una consecuencia necesaria de los *principios religiosos que velan sobre la santidad* de su *ministerio*. Importa á la *sociedad* que aquellos por quienes se da justicia se respeten como si fuera ella *misma*.» (1) Portalis no habla sino de los magistrados: se puede decir también de todos los que toman parte en la distribución de la justicia; su influencia es menor; por consecuencia, menos peligrosa, pero los motivos de interés social son los mismos. Troplong dice muy bien, hablando de los abogados, escribanos, diligenciaros y se-

1 Portalis, *Exposición de los Motivos*, núms. 16 y 17 (Loaré, t. VII, pág. 72).

cretarios, que su honorable ministerio debe ser exento de todo tráfico sórdido y de toda vil especulación sobre la posición de pobres litigantes. La ley también se ha preocupado por el interés de las partes que están en el caso de litigar, puesto que se trata de derechos litigiosos. El relator del Tribunalado, en este caso de la cuestión, dice: «Si esta incapacidad no existiera se temería que los magistrados inquietasen á los litigantes por su influencia y los forzasen á hacer en su favor sacrificios considerables para desembarazarse de adversarios tan peligrosos.» (1) Tales son los motivos oficiales de la ley; más adelante deduciremos las consecuencias.

57. La prohibición establecida por la ley no es absoluta; el art. 1,596 la limita á casaciones y derechos litigiosos que son de la competencia del tribunal en las atribuciones del cual los magistrados, abogados y oficiales ministeriales ejercen sus funciones. ¿Qué es necesario entender por estas palabras que son de la *competencia del tribunal*? La ley define lo que entiende por *competencia del tribunal* añadiendo: *en las atribuciones de la que ejercen sus funciones*. Es suficiente, pues, que en razón de las atribuciones en las cuales las personas incapaces ejercen sus funciones el negocio pueda llevarse ante el tribunal al cual están sometidas. No hay ninguna dificultad para los tribunales inferiores. Toda acción puede ser llevada, al menos en primera instancia, ante los tribunales del Departamento; cuando se trata de bienes situados en las atribuciones del tribunal ó de personas que tienen allí su domicilio, la incapacidad está limitada á las atribuciones. Un juez de primera instancia puede, pues, volverse cesionario de un derecho litigioso que, en razón de sus atribuciones, deba ser llevado ante un tribunal distinto. En cuanto á la Corte de Casación es competente para todo el Reino y no tiene necesidad de distinguir la naturaleza del

1 Faure, *Informe al Tribunalado*, núm. 15 (Loaré t. VII, pág. 91). Compárese Grenier, *Discurso* núm. 13, pág. 109.