

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 varía 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? Sí, 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.

nor está ligado por el contrato, puesto que el tutor tenía el derecho de hacerlo bajo su responsabilidad. El tutor también está ligado, en el sentido de que habiendo comprado en nombre del pupilo, éste se ha vuelto propietario, y en consecuencia, el tutor, aun cuando sea el padre, no podría recobrar el inmueble por cuenta propia restituyendo el precio. Para esto se necesitaría una nueva venta, supuesto que el menor se ha hecho propietario (1).

61. La ley hipotecaria belga recomienda, además, al tutor que imponga los bienes del pupilo en rentas sobre el Estado. ¿Cuál de las dos imposiciones es más ventajosa, comprar inmuebles ó cupones de rentas? Esta es una cuestión de hecho. La corte de Gante se ha pronunciado por las rentas del Estado en un caso en que se quería abandonar el precio de un inmueble vendido en manos de los compradores, con hipoteca. Los bienes eran numerosos é importantes, y en consecuencia, habrían debido estar en su mayor parte gravados. De aquí numerosos créditos hipotecarios, y por consecuencia dificultades para la percepción de los réditos, lo que habría exigido una verdadera administración y gastos para cada desembargo de inscripción. Por último, la renta habría sido menor (2).

62. ¿El tutor puede emplear los caudales pupilares en construcciones nuevas ó en mejoramientos? A nuestro juicio, construir y mejorar es un acto de propietario más que de administrador; raro es que el aumento de valor que de ello resulta equivalga al gasto que se eroga; el empleo, considerado como imposición, es, pues, las más de las veces desventajoso. Ahora bien, el administrador no tiene derecho á sacrificar una parte de los caudales pupilares; debe, por el contrario, conservar el capital é imponerlo de una ma-

1 Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 29 de Octubre de 1837, ("Pasierisia," 1857, 1, 423).

2 Gante, 20 de Mayo de 1867 (*Pasierisia*, 1765, 2, 12).

nera segura y provechosa. Desde el momento en que la operación es problemática, hay que asimilarla con el préstamo y con la venta, y en consecuencia, exigir la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal, á fin de que la utilidad ó la necesidad de las construcciones quede comprobada (1).

Núm. 6. Venta de los derechos mobiliarios del menor.

63. ¿Puede el tutor disponer de los derechos mobiliarios del pupilo? Carecemos de texto acerca de esta importante cuestión. El art. 452 que prescribe la venta de los muebles no es aplicable sino á los muebles corporales, y el art. 457 que prohíbe al tutor enagenar no habla sino de los inmuebles. Luego hay vacío. Este se comprende si se considera que únicamente en el curso del siglo diez y nueve es cuando la industria ha tomado el inmenso impulso que trastornó las ideas tradicionales de los legistas. Estos decían en otro tiempo: *Vilis mobiliaum possessio*, y el código está todavía concebido en este espíritu; mientras que en nuestros días la riqueza mobiliaria domina á la inmobiliaria. Así, pues, puede suceder que la fortuna del menor consista en derechos mobiliarios de un valor considerable, establecimientos de industria y de comercio, rentas sobre el Estado, acciones y obligaciones en las compañías, crédito sobre particulares. ¿Tiene el tutor la disposición libre de tales valores que constituyen frecuentemente todo el patrimonio del pupilo? Esta es cuestión de un interés capital; desgraciadamente es siempre objeto de un vivo debate (2). Según el

1 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 434, nota 5. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 459, Demolombe hace distinciones que en nada se basan (t. 7º, p. 433, núm. 652).

2 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 457, y en Aubry y Rau, t. 1º, ps. 459 y siguientes, y notas 67-69.

principio que hemos expuesto acerca del poder del tutor, hay que resolver sin vacilar que el tutor, simple administrador, no tiene el poder de enagenar. Si el principio se admitiese, no habría ya duda alguna; pero el mismo principio es debatido.

En el silencio del texto, hay que consultar el espíritu de la ley y proceder por vía de analogía. El código restringe al poder del tutor en estrechos límites; desde el momento en que se trata de disponer de los bienes del menor, el código ya no le permite que obre solo. El art. 452 no le da, como se pretende, el derecho de enagenar los muebles corporales del pupilo; le impone una obligación, y á la vez que le obliga á vender, limita su acción; hace intervenir el consejo de familia para decidir qué muebles se conservarán: quiere que la venta se haga en presencia del subrogado tutor, en subasta pública por un oficial público.

En cuanto á los inmuebles, la ley no permite que se vendan sino con autorización del consejo de familia, homologada por el tribunal, y esto sin tener en cuenta el valor de los inmuebles, aun cuando el fundo vendido no valiese más que cien francos. Luego el espíritu de la ley es, pues, que nada se abandone á la voluntad sola del tutor cuando se trata de enagenar un bien del pupilo; por una parte ella manda, y por la otra prohíbe. Esto es decisivo. El espíritu de la ley no conduce á la misma conclusión que el principio que hemos fundado en el art. 450: el tutor no tiene el poder de enagenar.

Si, no obstante, fué útil ó necesario enagenar un derecho mobiliario del menor ¿qué formalidades deberían seguirse? En el silencio de la ley, debe procederse por vía de analogía; ahora bien, de los dos artículos que tratan de la enagenación, sólo el art. 457 es el que puede invocarse. En efecto, el art. 452, lo repetimos, no concede ningún derecho al tutor; no dice que éste pueda enagenar los mue-

bles ni tampoco dice que el consejo de familia pueda autorizar la venta; la ley es la que lo ordena, y el art. 452, tiene únicamente por objeto reglamentar las formas en virtud de las cuales debe hacerse la venta. Ahora bien, nosotros preguntamos, no dentro de qué formas debe vender el tutor los derechos mobiliarios, sino si tiene el poder de venderlos ó á quién corresponde dicho poder. El art. 457, es el único que contesta á nuestra pregunta, porque es el único que se ocupa del derecho de vender. Luego debe resolverse que el tutor no puede vender los derechos mobiliarios del menor sino con autorización del consejo de familia, homologada por el tribunal.

64. Una ley de 24 de Marzo de 1806, contiene disposiciones especiales concernientes á las rentas sobre el Estado. Dicha ley permite al tutor que venda solo, sin autorización y sin formalidades, siguiendo la corriente del día, las inscripciones de renta al 5 por ciento que no excedan de cincuenta francos; cuando excedan de esta cifra, el tutor debe conseguir la autorización del consejo de familia, la venta tiene lugar sin más formalidad que el certificado comprobante del curso de las inscripciones en el día de la venta. Y no hay renta al 5 por ciento. ¿Debe inferirse de esto, como lo hace Demolombe, que treinta francos de renta al 3 por ciento y cuarenta y cinco francos de renta al 4 y medio por ciento, ó cuarenta de renta al 4 por ciento equivalgan á los cincuenta francos de que habla la ley de 1806?

Esto es inadmisibile. La ley no habla más que de la renta y no del capital; luego el tutor puede disponer de cincuenta francos de renta, sea cual fuere el tipo de la renta y sea cual fuere el valor del capital, que todos los días varía según las fluctuaciones de la bolsa (1).

Un decreto de 25 de Septiembre de 1813 aplica las dis-

1 Demolombe, t. 7º, núm. 592. En sentido contrario, Valette, *Explicación del libro I*, p. 276.

posiciones de la ley de 14 de Marzo de 1806 á las acciones ó dividendos del Banco de Francia, siempre que los menores no tengan más que una acción ó un derecho en varias acciones, que no exceda de una acción entera.

El objeto de la ley de 1806 y del decreto de 1813 fué evitar los gastos que ocasionarian las formalidades prescritas por el art. 452, si se aplicasen á la venta de rentas sobre el Estado; tales formalidades no tienen, por otra parte, razón de ser cuando se trata de valores cuyo precio está fijado por el movimiento de la bolsa; los avisos ó las subastas son inútiles en este caso. Por la exposición de motivos se ve, así como por el discurso del orador del Tribunado, que los autores de la ley de 1806 consideraban el art. 452 como aplicable á los derechos mobiliarios, tanto como á los muebles corporales; así, pues, dichos autores han querido derogar una ley general respecto de ciertos valores. Ciertamente es que esta interpretación del art. 452 es errónea, porque se halla en oposición con el texto mismo del código. Desde luego el art. 452 no se ocupa de la cuestión de saber si el tutor tiene ó no tiene derecho para vender los muebles del pupilo sino que respecto á ello le impone una obligación; pero ésta no estriba sino sobre los muebles corporales, muebles que no conviene que se conserven en *especie*, como lo expresa el texto. Una interpretación, ó por mejor decir, una opinión que está en oposición con la letra clara y evidente de la ley ¿puede invocarse para fijar el sentido de la ley? Ciertamente que nó. Esto, sin embargo, es lo que hacen la doctrina y la jurisprudencia francesas.

65. Esto no quiere decir que la doctrina y la jurisprudencia hayan alcanzado una resolución; siempre reina en ellas una grande incertidumbre. Desde luego hacemos á un lado la opinión que permite al tutor vender sin formalidad ninguna los derechos mobiliarios del menor: dicha opinión procede de un principio que hemos rechazado y

y que no ha encontrado favor, y es que el tutor puede ejecutar actos de enajenación (1). Generalmente se acepta que el tutor no tiene más que el poder de administrar y que este poder no comprende el de enagenar. Pero se sostiene que el artículo 452, es aplicable á los derechos mobiliarios del menor, en el sentido de que el tutor puede disponer de ellos según las formalidades que el código prescribe. Se invoca la interpretación que el legislador ha dado al artículo 452 al expedir la ley de 1806 (2).

Si se tratara de una interpretación legislativa, habria que aceptarla, aunque errónea; pero una exposición de motivos y un discurso no constituyen una ley. Así, pues, en el texto y en el espíritu del código civil es donde debe buscarse la razón de decidir. Ahora bien, ¿qué es lo que dice el artículo 452? Que el tutor debe vender los muebles corporales. Y ¿acaso la obligación de vender los muebles corporales implica que el tutor tenga el derecho de vender los muebles *incorporeos*? ¡Singular lógica es esta!

En la opinión que estamos combatiendo, la ley de 1806 y el decreto de 1813 son excepciones; con este carácter, se debería restringirlas á las rentas sobre el Estado y á las acciones del Banco de Francia. No obstante, se extienden estas disposiciones á todos los valores cotizados en la Bolsa, porque la razón es la misma. Esta es una nueva derogación de los principios: las excepciones no se extienden sino por vía de analogía, sobre todo cuando la regla que derogan se refiere á los incapaces, es decir, cuando concierne al orden público. Quedan los demás derechos mobiliarios; se aplica aún el art 452. Esto es desconocer igualmente los principios que rigen la interpretación de las leyes, porque el artículo 452 no habla más que de una obligación; luego se transforma en derecho una obligación.

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 459, nota 67.

2 Douai, 28 de Junio de 1843 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 454).

¿Puede el tutor vender los derechos mobiliarios del menor sin autorización del consejo de familia? Acerca de este punto los autores no están de acuerdo. La mayor parte exigen la autorización del consejo. ¿Con qué derecho? El consejo no puede intervenir sino en los casos previstos por la ley. ¿En dónde está la ley que exija la autorización del consejo de familia cuando se trata de la venta de derechos mobiliarios? Ciertamente que no es el art. 452, porque no habla de la autorización del consejo. Tampoco es el art. 457, porque éste exige más que la autorización, quiere además la homologación del tribunal. Conformarse con una simple autorización del consejo cuando se trata de un acto de enagenación, equivale á hacer la ley. Otros autores aplican por vía de analogía la ley de 1806. Acabamos de decir que esta ley es excepcional, y todos lo reconocen. ¿Acaso pueden extenderse las leyes excepcionales? Nuestra conclusión es la de la corte de Gante: y es que para ejecutar actos de enagenación, el tutor tiene necesidad regularmente de una autorización del consejo de familia, homologada por el tribunal.

La jurisprudencia así como la doctrina vacilan acerca de este punto. Vamos á citar algunas decisiones, cercanas las unas á nuestra opinión, y las otras bien distantes. Una sentencia de la corte de Nîmes había resuelto que el tutor podía ceder los créditos del menor exigibles ó nó; la sentencia fué casada, por motivo de «que tal cesión excede los poderes del tutor, los cuales consisten en la administración de los bienes pupilares y en los actos relativos á dicha administración» (1). La corte de París, al contrario, asienta como principio, que el tutor puede enagenar los objetos mobiliarios pertenecientes á su pupilo, sin autorización del consejo de familia ó de justicia; la sentencia no da ningún motivo,

1 Sentencia de casación de 12 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856: 1 18):

diríase que se trata de un axioma (1). Se ha fallado por la corte de Bruselas, siempre sin motivo alguno, que el tutor puede enagenar las porciones ó dividendos que poseyese en una compañía de explotación de ulla (2).

Núm. 7. De las acciones judiciales.

66. El art. 464 establece que ningún tutor puede introducir en justicia una acción relativa á los derechos inmobiliarios del menor, ni dar su aquiescencia á una demanda relativa á los mismos derechos, sin la autorización del consejo de familia. Infiérese de ahí que puede formular demandas mobiliarias sin tal autorización. Esta es una consecuencia que se saca del silencio de la ley, y ya se sabe que tales argumentos no tienen mucha fuerza. En el caso de que se trata, el argumento á *contrario* está en armonía con el silencio general del código civil. Ya hemos hecho la observación: el código da á los administradores el derecho de intentar las acciones mobiliarias. Es, pues, un acto de administración, y con este título es de la competencia del tutor. Hay una excepción respecto á la acción de partición de una sucesión mobiliaria; el art. 465 dispone, en términos generales, que la autorización del consejo de familia es necesaria al tutor para provocar una partición, sin distinguir entre las sucesiones mobiliarias y las inmobiliarias; más adelante daremos la razón.

La ley no exige que el tutor esté autorizado para contestar á una acción inmobiliaria (art. 464), y expresamente dice que puede sin autorización contestar á una demanda de partición dirigida contra el menor (art. 465). Respecto á la partición, existe una razón perentoria. Nadie puede ser forzado á permanecer en la indivisión; luego desde el mo-

1 París, 24 de Diciembre de 1860 (Daloz, 1861, 5, 513).

2 Bruselas, 16 de Abril de 1853 (*Pasicrisia*, 1854 2, 90).