

La doctrina y la jurisprudencia casi están de acuerdo en este punto (1).

§ IV.—DE LOS ACTOS PARA LOS CUALES EL TUTOR NECESITA DE LA HOMOLOGACION DEL TRIBUNAL.

Núm. 1. *Enagenación de los inmuebles.*

87. El art. 457 indica las condiciones bajo las cuales el tutor puede enagenar los bienes inmuebles del menor. Se necesita desde luego una autorización del consejo de familia. En general, la ley se atiene á la prudencia del consejo para resguardar los intereses del pupilo. Cuando se trata de vender los inmuebles del menor, el mismo legislador cuida de determinar los casos en los cuales se permite la enagenación. «Esta autorización, dice el art. 457, no deberá otorgarse sino á causa de una necesidad absoluta ó de una ventaja evidente.» El proyecto de código enumeraba algunas causas de necesidad absoluta, «el pago de una deuda onerosa ó exigible, algunas reparaciones de una necesidad urgente, la necesidad de procurar al menor una profesión ó un establecimiento ventajoso.»

Se ha suprimido esta enumeración porque parecía inútil limitar los casos en que podía hacerse la enagenación por causa de necesidad absoluta, mientras que el interés mismo del menor exige que no se limiten; más habría valido dejar al consejo de familia el cuidado de apreciar si hay necesidad absoluta ó ventaja evidente. Habría ventaja evidente si el menor tuviese una deuda por la cual debiera pagar un interés de 6 por ciento, siendo así que los inmuebles

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. 1^o, p. 467, nota 25, y en Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 512. La corte de Agen ha decidido en términos absolutos, que, teniendo el tutor el derecho de interponer apelación, por esto mismo tiene el de desistirse de la apelación (15 de Diciembre de 1844, Dalloz, 1845, 2, 111).

no producen más que 2 y medio ó 3 por ciento. La ley agrega que si el tutor propone que se enagene un inmueble por causa de necesidad absoluta, debe comprobar por cuenta sumaria que el numerario, efectos muebles y rentas del menor son insuficientes. Si el menor posee varios inmuebles, el consejo indicará los que preferentemente deban venderse. Por último, dice el art. 457, el consejo prescribirá «las condiciones que juzgue útiles.» Cuáles son estas condiciones? No son concernientes á las formas, según las cuales la venta debe hacerse; el mismo legislador las determina. La principal condición de la venta, es el precio. ¿El consejo podría indicar un precio por abajo del cual la venta no sería permitida? Ciertamente que se podría cuando la venta se hiciese para procurar una ventaja al menor, porque no sería ya ventajosa si se hiciese por un precio que fuese inferior al valor del inmueble. Si la venta se hace por causa de necesidad absoluta, sin decirlo se comprende que á toda costa debe venderse.

¿Puede también el consejo prescribir la manera de emplear el precio? Cuando la venta ha tenido lugar por necesidad absoluta, la misma causa por la cual se autorizó, indicará el empleo. Si es por ventaja evidente, se necesita, además, que el tutor que propone vender indique la colocación que se propone hacer, y el consejo puede, y aun debe hacer del modo de empleo, una condición de la venta. Hay en esto una derogación de los principios generales sobre el poder del tutor. En general, él es quien coloca los caudales pupilares, y la ley no da al consejo de familia el derecho de limitar su libertad de acción. Cuando se trata del dinero que provendrá de la enagenación de un inmueble, la ley da al consejo el derecho de indicar las condiciones de la venta y entre ellas se halla la colocación del pre-

100. Se ha fallado, y con razón, que la venta no puede ser provechosa al menor sino cuando el precio se pone al abrigo de todo riesgo; luego si el tutor no presenta garantía hipotecaria, si es insolvente, el consejo puede y debe decidir, no solamente qué empleo va hacerse del dinero, sino también cómo se conservará en espera de que se haga la imposición. Lo más sencillo es dejarlo en manos del adquirente, puesto que el menor gozará de un privilegio. Si se vende el inmueble para imponer más ventajosamente el capital, el consejo prescribirá todas las garantías que juzgue necesarias (1).

88. El art. 458 exige una segunda condición, la homologación del tribunal: «Las deliberaciones del consejo de familia relativas á este objeto no se ejecutarán sino después de que el tutor haya pedido y obtenido su homologación ante el tribunal de primera instancia, que estatuirá en la sala del consejo, y después de audiencia del procurador imperial.» ¿Por qué se otorga la homologación en la sala del consejo? Para resguardar los intereses del menor. Si la venta se hace por necesidad absoluta, importa no hacer público el mal estado de los negocios. Si es por ventaja evidente, puede serle ventajoso al menor que no se hagan públicas las condiciones con las cuales el tutor está autorizado para vender. Por la misma razón, el juez encargado por el presidente rinde su informe en la cámara del consejo, y el oficial del ministerio público rinde sus conclusiones por escrito (código de procedimientos, arts. 885 y 886).

¿Cuáles son los poderes del tribunal que debe homologar las deliberaciones del consejo de familia? El juez llamado á examinar las condiciones de la venta puede modificarlas, si le parece útil. La intervención no es una simple forma-

1 Tolosa, 5 Mayo de 1838, y sentencia de denegada apelación, de 20 de Junio de 1843 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 103, 2º y 3º),

lidad; tiene por misión velar por los intereses del menor. Esto no tiene duda en cuanto á las condiciones bajo las cuales se autoriza la venta. Así es, que él puede ordenar que el precio quede en manos del adquirente, ó que el tutor haga de él una imposición determinada. Si el cuaderno de cargos prescribe otras condiciones que las que han sido establecidas por el consejo y homologadas por el tribunal, sin necesidad de decirlo se comprende que son nulas. Se ha fallado que la cláusula que establecía que el pago se hiciese al tutor, es nula, porque limita los poderes del tutor, y porque da al subrogado tutor un poder que la ley no le reconoce. La corte de Bruselas anuló por la misma sentencia la cláusula que ordenaba que se dejasen los fondos en manos del notario entretanto que el empleo prescrito por el tribunal se hiciese, no teniendo los notarios ninguna calidad para tener en depósito los fondos de los menores (1).

¿Puede el tribunal ordenar la venta de otros inmuebles que los que el consejo de familia ha indicado? Esta cuestión se ha presentado ante la corte de casación en el siguiente caso. El consejo de familia había sido de unánime parecer para que se vendiesen ciertos inmuebles, á fin de saldar las deudas, pero estaba dividido acerca de la designación de los inmuebles que habían de venderse; la mayoría había resuelto vender entre otros, el castillo paterno. El tribunal homologó la deliberación del consejo; pero fué interpuesta apelación por el subrogado tutor y por el consejo de tutela de los dos hijos menores; ellos pidieron que se conservase el castillo y que se vendiesen otras tierras. Esta demanda fué admitida por la corte de Angers. La sentencia dijo que la justicia debe determinarse por los intereses morales y materiales de los menores; que el más respetable de dichos intereses es el de conservar las tradiciones

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*)

paternales, respetando un patrimonio secular; que con ello se fijarán los hijos en el centro de sus propiedades, y que se les inspirará ideas de conservación, que por desgracia se han hecho raras en las familias. La sentencia invoca, además, la voluntad del padre difunto. A demanda interpuesta, la sentencia fué casada. La corte de casación asienta como principio, sin más motivos, que el tribunal, al homologar el dictamen de los parientes, determina que se pongan á precio los muebles que se van á vender y las condiciones de la venta, pero que dicho poder dado á los jueces no los autoriza á que se pongan en lugar del consejo de familia, y á que de oficio ordenen la venta de inmuebles, sino á propuesta del tutor, el consejo había juzgado oportuno que se conservasen (1). Nos parece que tal decisión es contraria al texto y al espíritu de la ley. El artículo 457 dice que el consejo de familia indica los inmuebles que deben venderse preferentemente, y todas las condiciones que juzgue útiles. En cuanto á las condiciones de la venta, se admite que el tribunal puede modificarlas; si puede reformar la deliberación referente á las condiciones ¿por qué no había de poder reformar la deliberación concerniente á los inmuebles que se tienen que vender? En vano buscamos una razón para esta diferencia. ¿Acaso el tribunal no tiene como misión la de amparar los intereses del menor? Si el consejo ha perjudicado estos intereses, ¿el tribunal no tiene derecho á reformar su deliberación? Hay que reconocerle este poder, á menos que se decida que la homologación consiste en decir que sí ó que nó.

89. Según el código Napoleón, la venta debía verificarse judicialmente lo que ocasionaría gastos considerables,

1. Sentencia de casación, de 17 de Diciembre de 1867 (Dalloz 1867, 1, 482). Véase en el mismo sentido, una sentencia de 7 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 35), aprobada por Aubry y Rau, tomo 1º, página 449.

con grave perjuicio de los menores. La ley de 12 de Junio de 1816, ha prescrito formas mucho más sencillas: la venta se hace por el ministerio de un notario, en subasta pública, la presencia del juez de paz y del tutor ó del subrogado tutor.

No entramos nosotros en el detalle de esta materia que corresponde al procedimiento. Unicamente hacemos notar que la ley de 1816, no es concerniente sino á las formas de la venta; luego no ha derogado el código civil en lo que concierne á las condiciones según las cuales debe verificarse la venta (1). El art. 7 de la ley contiene una disposición importante, destinada á resguardar los intereses de los menores; dicha disposición encarga al juez de paz que vigile en que no se haga nada, en el momento de la venta, que dañe á los menores; si él descubre algo de esto, hará que la venta se sobresea, después de haber oído al tutor ó al subrogado tutor, y en seguida rendirá su informe al tribunal, el cual dispondrá lo que juzgue conveniente. La ley está concebida en los términos los más generales; se aplica desde luego al caso en que hubiese fraude ó una colusión cualquiera en perjuicio de los menores, pero no es necesario que haya fraude, la ley no lo exige; desde el momento en que los intereses de los menores están comprometidos, el juez de paz puede sobreseer la venta; y lo puede hacer cuando las ofertas de los codiciosos no llegan al valor del bien (2).

90. Las condiciones y las formas prescritas para la venta de los inmuebles pertenecientes á los menores deben observarse en toda venta voluntaria. Esto supone que los menores son realmente vendedores; luego si la venta hubiese sido consentida por su autor, por más que la cosa

1 Bruselas, 21 de Enero de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, p. 274).

2 Bruselas, 1º de Junio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 149).

fuese discutida, no habría lugar á seguir el código Napoleón y la ley de 1816; en efecto, en este caso, la venta es realmente perfecta, el fallo que así lo declara no constituye el contrato, sino que únicamente declara su existencia; ya no se trata más que de realizar de paso el acta de venta (1). Pero desde el momento en que los menores son vendedores, aun cuando la venta se haga en virtud de una donación debidamente aceptada por el tutor, hay que llenar las formalidades establecidas por el código y la ley de 1816. Se hace una donación al menor con la condición de que consienta en un usufructo sobre sus bienes en provecho del donante: la constitución del usufructo inmobiliario es una enagenación de un inmueble, luego está sujeto á las reglas concernientes á la venta de los inmuebles (2).

La corte de casación ha hecho una aplicación muy notable de estos principios. Se hace una venta con pacto de retroventa; el tutor de los compradores consiente en una prórroga del plazo estipulado para la redención. ¿Es esto una enagenación de un derecho inmobiliario? Cuando la prórroga se otorga después de la espiración del plazo, no hay duda alguna, supuesto que en tal caso la prórroga es una verdadera reventa. Parece dudosa la cuestión cuando el plazo se prorroga antes de que haya espirado. Sin embargo, hay que decidir, como lo hace la corte de casación, que esta prórroga constituye una enagenación inmobiliaria. En efecto, el comprador con pacto de retroventa es propietario con condición resolutoria; su propiedad se vuelve definitiva si el vendedor no usa del derecho de retroventa. Luego el comprador tiene adquirido un derecho para volverse propietario irrevocable, si en el plazo que el contrato fija, el vendedor

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 73).

2 Sentencia de casación, de 25 de Marzo de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 202).

no ejercita el rescate; prorrogar el plazo, equivale á renunciar ese derecho, luego equivale á enagenar un derecho inmobiliario (1).

¿Las disposiciones del código y de la ley de 1816 se aplican á la permuta? La cuestión es dudosa, porque las formalidades de una venta pública no tienen aplicación en la permuta; luego sería necesario que ésta se hiciese con la única condición de una autorización del consejo de familia homologada por el tribunal; y ¿no es esto hacer la ley para un caso que ella no prevee? Además ¿no habría que fijar el valor del inmueble, que el menor recibiría en cambio, á fin de no perjudicarlo y de evitar que se operase una venta con apariencia de permuta? Esto es lo que el código ha prescrito para la permuta de un inmueble dotal (art. 1559). Para fijar dicho valor, se necesitaría, además, un texto. Por último, las causas por las cuales la ley permite la venta, casi no son aplicables á la permuta. Aquí no es cuestión de necesidad; apenas se puede hablar de una ventaja evidente; se trata más bien de una conveniencia; ahora bien ¿no debe dejarse al propietario el cuidado de que aprecie lo que le conviene? Este es el dictámen de Zachariæ, y creemos nosotros que es el bueno. La opinión contraria es la que más generalmente se adopta (2).

91. El art. 460 establece: «Las formalidades que exigen los arts. 457 y 458 para la enagenación de los bienes del menor no se aplican al caso en que un fallo hubiese ordenado el remate á provocación de un co-propietario por indiviso.» Entiéndese por remate la venta en subasta de una cosa que pertenece *pro indiviso* á varios propietarios. Hay

1 Sentencia de casación, de 18 de Mayo de 1813 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 549, 30).

2 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1º, p. 437. Véase en sentido contrario, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 545. Demolombe, p. 513, núm. 737; Aubry y Rau, t. 1º, p. 450, y nota 18.