

lugar á remate cuando la partición es imposible (art. 1686). Como nadie puede ser forzado á quedarse en la indivisión (art. 815), el remate debe verificarse desde el momento en que se solicita la partición. Siguese de aquí que es inútil que se haga intervenir al consejo para autorizar el remate. La ley quiere, no obstante, para garantizar los intereses de los menores, que se sigan las formas prescritas por los artículos 457 y 658; el art. 460 agrega que los extraños serán necesariamente admitidos al remate; esta es la aplicación del derecho común, cuando el remate se hace judicialmente (art. 1686).

La ley de 12 de Junio de 1816 ha derogado el art. 460; ella establece (art. 2, pfo. 3) que los co-propietarios mayores que deseen proceder á la venta pública, podrán sin autorización previa del consejo de familia dirigirse al tribunal, á fin de que los autorice á proceder á la venta. El tribunal pronunciará después de haber oído al tutor, y por las conclusiones del ministerio público. Si él autoriza la venta, designará un notario por cuyo ministerio la venta se verificará y se hará ante el juez de paz y en presencia del tutor.

92. Cuando los acreedores del menor pretenden la expropiación de los bienes de éste, no hay lugar á la autorización del consejo de familia, supuesto que la venta es necesaria. La ley busca en este caso, que se prevenga la expropiación disponiendo que los acreedores no puedan perseguirla sino después de haber discutido el mobiliario (art. 2206). Pero tal favor aprovechará muy rara vez al menor, supuesto que por regla general no posee mobiliarios, estando obligado el tutor á venderlo en el momento en que entra en gestión (núm. 15). Hay dos casos en los cuales la discusión del mobiliario no es necesaria: cuando la deuda es común á un menor y á un mayor co-propietario del inmueble, y cuando las diligencias de expropiación han

comenzado contra un mayor al que ha sucedido el menor (art. 2207).

¿Qué debe decidirse en caso de expropiación por causa de utilidad pública? La ley francesa de 3 de Mayo de 1841 (art. 25) ha previsto la dificultad. No puede ser cuestión de un consejo de familia para autorizar la expropiación, supuesto que ésta es forzada. Pero se pregunta si el tutor puede aceptar la indemnización que el gobierno le ofrece. La ley dispone que necesita una autorización del tribunal; y la jurisprudencia decide que no necesita ninguna autorización para rechazar tales ofertas y para proceder en la demanda que norme la indemnización (1). La legislación belga no decide la cuestión. Luego tiene que aplicarse el derecho común. El que es expropiado debe vender, pero interviene para normar el precio de la venta. ¿Este reglamento entra en los poderes del tutor? Nó, porque la ley misma le permite que fije el precio; cuando se venden algunos bienes del menor, aun cuando sean muebles, la venta se hace en subasta pública. Nosotros creemos que el tutor necesita una autorización del consejo, homologada por el tribunal para proceder al arreglo de la indemnización, sea por convención voluntaria, sea por fallo judicial, porque la indemnización hace veces de precio, y el precio, es un elemento esencial de la venta (2).

Núm. 2. De la hipoteca.

93. El tutor no puede hipotecar los inmuebles del menor sino con la autorización del consejo de familia, y no puede concederse dicha autorización sino por causa de una necesidad absoluta ó de una ventaja evidente. Si hipotecar

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 451 y nota 22.

2 La jurisprudencia está dividida (Arntz, *Curso de derecho civil*, t. 1º, p. 371, núm. 747).

no es enagenar, la hipoteca puede, no obstante, conducir á la enagenación; por esto es de principio que no puede consentirse la hipoteca sino por aquellos que tienen capacidad para enagenar los inmuebles que someten á dicha hipoteca (art. 2124, y ley hipotecaria belga, art. 73). No pudiendo el tutor hipotecar el consejo de familia debía intervenir, y como la hipoteca, conduce á la enagenación, el menor necesitará las mismas garantías que para la venta. Por esto es que las condiciones son idénticas. Se necesita también que la deliberación del consejo de familia sea homologada por el tribunal. Hay una ligera dificultad de texto. El art. 458 dice: Las deliberaciones del consejo *relativas á este objeto* no se ejecutarán sino después que el tutor haya obtenido su homologación. Las palabras *este objeto* parecen referirse á la venta de los inmuebles, de lo que se trata en el último inciso del art. 457. Esta duda está resuelta por el art. 483, que somete el préstamo á la homologación cuando se trata del menor emancipado; luego el menor en tutela debe observar la misma formalidad cuando pide prestado ó cuando hipoteca, porque los menores emancipados y los menores no emancipados están colocados por la ley en la misma línea para todos los actos que son de pura administración (art. 484). Según los principios y el espíritu de la ley, la cuestión no permite la menor duda. Esta es también la opinión general con excepción del disentimiento de Locré (1).

Núm. 3. Del préstamo.

94. El código aplica los mismos principios al préstamo (art. 457), porque el préstamo puede llevar á la enagenación forzada de los bienes del menor. Solamente en caso de necesidad absoluta ó de ventaja evidente es cuando se

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 451, nota 23, y los autores que ellos citan

permite el préstamo. El consejo de familia, llamado á autorizarlo, puede determinar las condiciones que juzgue útiles; lo que la ley dice de la venta se aplica por analogía al préstamo, porque hay identidad de razón. ¿Cuáles son estas condiciones? Se ha juzgado que el consejo de familia podía agregar la condición de que el prestamista vigile sobre el empleo de los fondos; en caso de insolvencia del tutor, ésta es una garantía indispensable. Si se estipula dicha condición, resulta una consecuencia muy grave: y es que el prestamista que la acepte esté ligado por la deliberación y que, por lo tanto, sea responsable si no se lleva á cabo (1). Se requiere también la homologación del tribunal por los motivos que acabamos de decir para la hipoteca (núm. 93).

¿Se necesita también una cuenta sumaria comprobante de que los caudales del menor, efectos mobiliarios y rentas, son insuficientes? El texto del código es formal y se aplica al préstamo tanto como á la enagenación, y son idénticos los motivos. Hay una sentencia contraria de la corte de Burdeos (2) para el caso en que se haga el préstamo para evitar la expropiación de un inmueble del menor; pero esta decisión es tan evidentemente contraria á la letra y al espíritu de la ley, que no puede atribuírsele ninguna autoridad. Precisamente en el caso de necesidad absoluta, y para cubrirla, es por lo que el código exige la cuenta sumaria; esto es, pues, una garantía para el menor, y no corresponde á los tribunales quitársela. Todo lo que puede sostenerse, es que la autorización dada por el consejo y homologada por el tribunal, hace presumir que tal cuenta sumaria se ha rendido. Esto así se ha fallado: la corte de Gante dice que hay presunción legal de que se han llenado las formalida-

1 Gante, 27 de Marzo de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 200).

2 Burdeos, 17 de Marzo de 1843 (*Dalloz*, en la palabra *minoría*, número 533).

des (1). Nosotros no comprendemos que haya una presunción legal sin ley. No obstante, la decisión de la corte puede justificarse en el sentido de que no exigiendo el código que la deliberación del consejo compruebe que se ha rendido una cuenta sumaria, corresponde probarlo al que pretende que tal formalidad no se ha cumplido.

95. ¿Hay casos en que el tutor puede pedir prestado sin autorización del consejo y sin homologación del tribunal? Esto equivale á preguntar si hay excepciones á la regla establecida por el art. 457. No hay excepciones á una ley sino en virtud de un texto, y no hay texto en el presente caso. Dicese en vano que el menor no puede ser perjudicado, si el tutor pide prestado para pagar una deuda cierta y exigible, ó para reembolsar una deuda hipotecaria con subrogación á favor del prestador. El argumento se dirige al legislador; á él, y á él solo, corresponde saber si hay lugar á excepciones (2). Hay, sin embargo, una reserva que resulta de los principios generales; si el menor se aprovecha de un acto irregular del tutor, está obligado por él en tanto que se ha enriquecido; luego si el prestamo íntegro lo ha aprovechado, no tendrá ningún interés en pedir su nulidad. En derecho estricto, debería obtener la anulación, supuesto que el acto es nulo por vicio de forma; pero debiendo restituir inmediatamente, realmente no tendría interés en promover.

Núm. 4. De la transacción.

96. «El tutor no podrá transigir á nombre del menor sino después de haber sido autorizado por el consejo de familia, y á dictamen de tres jurisperitos designados por el pro-

1 Véase la sentencia precitada (p. 107. nota 2), y la requisitoria del abogado general Donny (*Pasicrisia*, 1858, 2, 201, nota 2).

2 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 7º, p. 505, número 729, y Aubry y Rau, t. 1º, p. 452, nota 28.

curador imperial. La transacción no será válida sino en tanto que haya sido homologada por el tribunal de primera instancia, después de haber oído al procurador imperial» (artículo 467). ¿Por qué la ley exige condiciones tan rigurosas para la transacción? Porque el que transige abandona una parte de sus pretensiones, á veces derechos claros, á fin de comprar su tranquilidad ó de prevenir los gastos enormes de los pleitos judiciales. Tales concesiones no se permiten sino al que tiene la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción (art. 2045); luego el tutor no puede transigir. Y no puede hacerlo, aun cuando se tratase de derechos mobiliarios; la ley no distingue y no tenía para qué distinguir, porque el tutor no puede hacer el abandono de los derechos mobiliarios como tampoco de los inmobiliarios pertenecientes al menor (1).

La ley exige una formalidad más para la transacción que para la enagenación de los inmuebles, el dictamen de tres jurisperitos; quiere que los nombre el procurador imperial, como garantía de imparcialidad. Las transacciones se verifican con motivo de procesos nacidos ó por nacer, por lo que provocan algunas cuestiones de derecho; y como es raro que haya legistas en el consejo de familia, por esto ha sido preciso ilustrar al consejo. ¿Es esta una consulta simple? Nó, el código dice: *á dictamen* lo que significa *conforme al dictamen*. Si los abogados son de parecer que no deba transigirse, el consejo no podrá autorizar la transacción propuesta por el tutor. Se necesita también que los tres jurisperitos sean de la misma opinión, por que éste no es un cuerpo que delibera y que decide por mayoría; la ley quiere para garantía de los intereses del menor que tres hombres competentes aprueben la transacción. Infiérese de aquí, que su dictamen debe proceder á la de-

1 Esto lo admiten todos (Demolombe, t. 7º, p. 520, núm. 747).

liberación; la aspiración de la ley no quedaría satisfecha si el consejo que ella considera como incompetente procediese una deliberación sin tener á la vista la opinión de los abogados; ésta sería una deliberación ridícula y por lo tanto, nula (1).

La transacción, dice el art. 467, debe ser homologada por el tribunal. Luego no homologa la deliberación del consejo de familia. A decir verdad, esta deliberación no es más que una formalidad; lo que constituye el acto esencial que el tribunal debe aprobar, es la transacción como la hayan formulado los tres abogados.

§ V.—DE LOS ACTOS PROHIBIDOS AL TUTOR.

97. El art. 1596 dice que los tutores no pueden hacerse adjudicatarios de los bienes cuya tutela tienen. Esta prohibición se halla en el art. 450, el cual agrega que ellos no pueden aceptar la cesión de ningún derecho ó crédito contra sus pupilos. Remitimos para esta materia al título de la *Venta*.

98. El tutor no puede disponer de los bienes de su pupilo á título gratuito. Ninguna ley establece dicha prohibición; el legislador no necesitaba consagrarla de una manera expresa, porque es una consecuencia natural y evidente del principio que establece los poderes del tutor. El no es más que administrador, y como tal no puede enagenar. El código le permite que venda los bienes del menor, con las condiciones que aquél determina; no le permite que haga donación de ellos; luego el principio que le prohíbe enagenar subsiste para las liberalidades. Esto estaba admitido también en el antiguo derecho, aunque los poderes del tutor fuesen más extensos de lo que lo son en nuestros días.

1 Los autores no admiten la nulidad (Demolombe, t. 7º, núm. 746' y los autores que él cita.

Se admita una excepción para las gratificaciones y regalos que es costumbre dar á los domésticos; éstas no son verdaderas liberalidades, porque no es uno libre para no hacerlas; las conveniencias exigen que se hagan; luego más bien son unos gastos obligatorios (1).

99. El menor que ha llegado á la edad de diez y ocho años puede disponer, en cierta medida, de sus bienes. Hay excepción respecto á las liberalidades que quisiera hacer á su tutor (907). Insistiremos acerca de esta incapacidad en el título de las *donaciones*.

100. El tutor no puede comprometer, es decir, someter á árbitros los pleitos del menor. Esta prohibición resulta del principio establecido por el art. 1004 del código de procedimientos, que da á conocer el motivo: no puede celebrarse compromiso con contiendas sujetas á la comunicación del ministerio público. Por más que el arbitraje sea favorable, la ley no podía admitirlo para los menores, porque no tendrán ante los árbitros una de las más preciosas garantías que el legislador establece en su favor: el ministerio público es su defensor nato; y si importa al menor economizar los gastos, más le interesa que lo defiendan. (código de procedimientos, art. 63, 6º). Hay, además, otro beneficio de que se vería privado ante los árbitros, y es el de poder volver por pedimento civil contra los fallos pronunciados en su perjuicio en causas en que no ha sido defendido, ó no lo ha sido válidamente (código de procedimientos, art. 418).

¿Hay excepciones á esta prohibición? Se ha pretendido que sí: se dice que en materia mobiliaria, el tutor podía comprometer. Este es un error. La prohibición es absoluta, y no tolera excepción; el espíritu de la ley es tan evi-

1 Potier, Indicación al tit. 1º de la costumbre de Orleans, número 225.