

ARTICULO 234.

En todas las diligencias y actuaciones de la subasta y venta serán parte el tutor y el ministerio fiscal [1].

El artículo 459 Frances no exige mas que la presencia del pro-tutor, y en el acto de la subasta, pero hay otras diligencias importantes, como la tasacion de la finca, y al ministerio fiscal toca por regla general velar y defender los intereses de las personas miserables.

ARTICULO 235.

La enagenacion hecha contra lo dispuesto en los artículos precedentes será nula (2).

Leyes 2, 10, 11, 15 y 16, título 71, libro 5 del Código, que hablan de la enagenacion hecha sin decreto judicial, y por lo tanto concede la revindicacion de lo enagenado. Pero, si el comprador probase, que el precio, en todo ó en parte, se invirtió en utilidad del menor, por ejemplo, en el pago de sus deudas, ú en la compra de fincas fructíferas, deberá serle abonado, porque sería incuo que el menor se enriqueciese con detrimento ageno, leyes 7, párrafo 5, 13, título 9, libro 27 del Digesto, 14 y 16, título 71, libro 5 del Código, y párrafo 3, título 8, libro 2, Instituciones: vé los artículos 243 y 1102.

Al comprador incumbe la prueba de haberse observado en la enagenacion todas las solemnidades de derecho, leyes 13, párrafo 2, título 2, libro 6, 25, párrafo 1, título 3, libro 22, y 1, párrafo 13, título 8, libro 27 del Digesto: si el menor alegare que hubo colusion y no fue cierta la causa de absoluta necesidad, ó evidente utilidad, le incumbirá probarlo, porque en caso de duda debe presumirse buenos al Juez, tutor y consejo hasta que se pruebe lo contrario.

ARTICULO 236.

El tutor no podrá comprar por sí ni por persona interpuesta la finca subastada. sin obte-

1. Este artículo está en práctica entre nosotros supuestas las disposiciones de los artículos 613, 635 del código civil y 2245 del de procedimientos, cuyos artículos se han puesto ya en las notas de fojas 190, 191 y 192 véanse éstas.—N. de los EE.

2. Véase la nota de fojas 193.—N. de los EE.

ner autorizacion del tribunal, que resolverá sobre ello, oyendo al consejo de familia [1].

El párrafo tercero del artículo 450 Frances dice: "El tutor no puede comprar los bienes del menor, ni tomarlos en arriendo, á ménos que el consejo de familia no autorice al tutor subrogado (pro-tutor) para otorgárselo:" le siguen el 373 Napolitano, 311 Sardo, 327 de la Luisiana, y 246 de Vaud: el 457 Holandes permite al tutor comprar el inmueble del menor en venta pública, que en este caso ha de hacerse con aprobacion del Juez sobre el parecer unánime del tutor subrogado y de los parientes ó afines del menor.

Por Derecho Romano podia el tutor comprar las cosas del menor en subasta pública, y aun de su cotutor sin ella, *tutor nihil ex bonis pupilli, quæ distrahi possunt comparare palam et bona fide prohibetur*, ley 5, título 38, libro 4 del Código. *Ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest. Sed enim, si contutorem habeat cujus autoritas sufficit, procul dubio emere potest*, ley 5, párrafo 2, título 8, libro 26 del Digesto.

La ley 4, título 5, Partida 5, está conforme con las dos Romanas citadas, pero la recopilada 1, título 12, libro 10, le prohíbe la compra pública y secreta bajo la pena del cuádruplo á mas de la nulidad.

La autorizacion del tribunal, oido previamente el consejo de familia, aleja toda posibilidad de confabulacion en perjuicio del menor, mayormente que aun para este caso deberá observarse lo dispuesto en el artículo 234. El tutor puede tener motivos particulares para pujar, si por ejemplo la finca del menor linda con otra suya, si es de patri-

1. Ni con licencia judicial, ni en almoneda ó fuera de ella, puede el tutor comprar ó arrendar los bienes del menor, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, para su mujer, hijos ó hermanos por consanguinidad ó afinidad.—Cesa la prohibicion del artículo anterior respecto de la venta de bienes, en el caso de que el tutor, su mujer, hijos, ó hermanos sean coherederos, partícipes ó socios del menor.—Arts. 616 y 617, cap. 14, tít. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

monio ó abolengo, etc.: ¿por qué privar al menor de este aumento de precio?

ARTICULO 237.

Los arrendamientos hechos por el tutor se gobernarán por lo que se dispone en el artículo 1289, respecto del marido (1).

Vé los artículos extranjeros citados en el anterior, que prohiben al tutor tomar en arriendo las cosas del menor sin cierto requisito: no hay disposicion especial sobre esto en Derecho Romano y Patrio; pero las leyes citadas sobre la compra son aplicables al arriendo.

El artículo habla únicamente y por simple referencia de la duracion del arriendo que de los bienes del menor haya hecho el tutor, si llega el caso de fenecerse la tutela.

Por Derecho Romano duraba, si habia sido hecho con buena fe, segun la costumbre de la tierra y por un tiempo módico: así se deduce segun Gotofredo de la ley 8, título 7, libro 26 del Digesto, y de la 4, título 39, libro 5 del Código: el silencio de nuestro Derecho Patrio fué todavía mas absoluto, y sin embargo, se estaba en la práctica por lo duracion, como por la de todos los arriendos hechos por el que estaba en algun cargo, oficio, administracion ó dignidad, sin pertenecerle sus frutos.

El artículo 1726 Sardo, dice: "Los arriendos de los bienes de los menores no pueden hacerse por mas de nueve años, sino con la autorizacion especial del tribunal:" los demas Códigos guardan un extraño silencio sobre un punto de tan frecuente uso.

Nuestro artículo se funda en la analogia y casi absoluta igualdad de ambos casos: la muger casada es, respecto de su marido, lo que un menor de edad respecto de su tutor,

1. El tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del menor por más de nueve años, sino en caso de necesidad ó de utilidad previos el consentimiento del curador y la autorizacion judicial.—El arrendamiento hecho en conformidad del artículo anterior, subsistirá por el tiempo convenido, aun cuando se acabe la tutela; pero será nula toda anticipacion de rentas ó alquileres por más de tres años.—Arts. 621 y 622, cap. 14, tít. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

ó lo que un mayor respecto de su curador, lo que para el punta en cuestion viene á ser lo mismo, pues el artículo habla tambien con los curadores por lo dispuesto en el 307.

ARTICULO 238.

Será necesaria la licencia del consejo de familia para la particion de una cosa ó herencia comun. cuando la provoque otro tercero que tenga derecho para ello.

La particion ha de ser judicial, previos el inventario y tasacion de las fincas ó bienes (1).

El primer párrafo es el artículo 465 Frances, 388 Napolitano, 342 Sardo, 463 Holandes 261 de Vaud.

Conforme con las dos leyes Romanas, copiadas en el artículo 233.

La comunion es ocasion de negligencia y discordias; se reputa por lo mismo odiosa, y tanto que nadie puede ser compelido á permanecer por siempre en ella, y el pacto en contrario es nulo, leyes 14, párrafo 2, y 15, título 3, libro 10, 77, párrafo 20, libro 31 del Digesto, 5, título 37, libro 3 del Código, y 1, título 15, Partida 6.

Pero no cuando se provoque: porque en este casa la particion ó division es forzosa y tan independiente de la voluntad del tutor, como de la autorizacion del consejo de familia: en el primer caso la particion es voluntaria por parte del tutor que la provoca, y como cosa de algun momento y que puede acarrear una enagenacion rigurosa, segun lo dispuesto en el artículo 1456, conviene á los intereses del menor la autarizacian del consejo de familia.

La particion ha de ser judicial: es decir, que ha de ser aprobada por el Juez segun lo dispuesto en el artículo 906 para la particion de herencia, pues ambas á dos cosas se gobiernan por unas mismas reglas: conviene ver los artículos 894, 895, 905 y 906.

La disposicion de este párrafo comprende tanto el caso de ser provocada la particion por el tutor con la autorizacion del consejo, como por uno de los comuneros, pues ya he

1 De este artículo hablaremos en el libro 2º cuando se trate de las particiones de herencias.—N. de los EE.

observado que puede compararse con una rigurosa enagenacion.

ARTICULO 239.

Tambien necesita el tutor la autorizacion del consejo de familia para retirar un capital del menor que le está produciendo interes (1).

Segun el artículo 228 toca al consejo de familia determinar el empleo útil que ha de darse al dinero sobrante del menor, y el tutor responde de su negligencia en dárselo. Es pues, consiguiente que sin autorizacion del consejo no pueda el tutor retirar el capital ya útilmente empleado. Si el deudor devolviese el capital, se estará á lo dispuesto en el artículo citado y en el siguiente 240.

ARTICULO 240.

Será necesaria la intervencion del pro-tutor, cuando los deudores del menor paguen mas de mil duros, si el pago no procede de rentas, intereses ó venta de frutos.

En este caso el tutor dará cuenta inmediatamente al consejo de familia, para que disponga lo previsto en el art. 228. (2).

La primera parte de este artículo tiene por objeto el mejor cumplimiento de la segunda; el tutor será mas diligente en cumplirla por temor del pro-tutor que ha intervenido el pago.

Se ha fijado la cantidad de mil duros como de alguna consideracion para que desde luego se trate de emplearla en utilidad del menor: en cantidad menor esta precaución de-

1. Aun cuando no hay un artículo expreso en nuestro código que prevenga lo contenido en el presente; debe de suponerse que este está en práctica, supuesto que segun el art. 611 que hemos consignado en la nota de fojas 190, el tutor está en la obligacion de imponer el dinero que resulte sobrante del menor, y si para hacer esta operacion, que tiende á asegurar los bienes de su tutelado, exige el expresado artículo la autorizacion judicial, con mucha más razon se ha de necesitar para desimponerlo, toda vez que de esta última manera se expone el capital.—N. de los EE.

2. La transaccion que se haga sobre propiedad de bienes inmuebles ú otro derecho real, ó sobre bienes muebles cuyo valor exceda de quinientos pesos ó que sean inestimables, no podrá llevarse á efecto sin aprobacion judicial.—Art. 629, cap. 14, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

generaria en sospecha injuriosa al tutor, y seria molesta y perjudicial al deudor.

Si el pago no procede de rentas, etc.: porque este es un pago ordinario, que el consejo de familia ha tenido ya presente al cumplir con lo dispuesto en el artículo 221, y se tendrá tambien presente al cumplirse con los 257 y 258.

Exigese aquí mas para retirar un capital redituable que en el artículo siguiente para recibir en pago; porque lo primero es un acto voluntario, y lo segundo necesario: lo primero puede decidir con frecuencia de la suerte del menor, que tenga su fortuna, por ejemplo, en los fondos públicos; lo segundo, no presenta este peligro.

¿Pero si uno mismo es deudor del menor y del tutor; podrá este cobrar lo suyo antes que lo del menor? Vé el artículo 1578 que con mayoría de razon debe regir en este caso.

ARTICULO 241.

El pago hecho al tutor contra lo prevenido respectivamente en los artículos anteriores no liberta al deudor, sino en cuanto el menor se haya enriquecido por ello.

Por Derecho Romano solo quedaba completamente libre el deudor que pagaba al tutor haciéndolo por sentencia judicial: si pagaba sin este requisito, podia el menor implorar el beneficio de la restitucion *in integrum*, cuando el tutor no hubiese empleado el dinero pagado en utilidad de aquel y fuese insolvente, párrafo 3, título 8, libro 2, Instituciones: lo mismo en la ley 4, título 14, Partida 5, la ley 27, título 57, libro 5 del Código, esceptuó de este rigor el pago de las rentas, intereses ó pensiones anuales, no escediendo de dos años, y de la suma de cien sueldos de oro.

Nuestro artículo anterior es menos riguroso que el Derecho Romano y Patrio: el pago de una cantidad que no pase de mil duros, y el de los intereses, rentas ó del precio de frutos, aunque pasen, puede hacerse al tutor solo con entera seguridad y sin miedo á la restitucion *in integrum*, aunque el tutor malbarate lo pagado; para el pago de mayor

cantidad basta la intervencion del pro-tutor, medio mucho mas sencillo que el de la providencia ó sentencia judicial.

Pero si el deudor fuere condenado judicialmente al pago de mas de mil duros, podrá hacerlo con seguridad al tutor, intervenga; ó no, el pro-tutor, porque obedece á quien puede mandar, y paga por necesidad.

Si no en cuanto el menor, etc.: por lo espuesto en el artículo 1102 que es un dictado de equidad natural y una regla de jurisprudencia universal: "*Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore;*" 206 de *regulis juris* y 17, título 34, Partida 7.

Para decidir si el menor se ha enriquecido, se atiende ordinariamente al tiempo de la contestacion del pleito; pero si con el dinero pagado se compró una cosa necesaria al menor, se entiende ser este mas rico, aunque aquella se haya perdido antes de la contestacion, *quia tantumden de suo perditurus erat*, si no se hubiera hecho el pago, ley 47, título 3, libro 46, del Digesto.

ARTICULO 242.

El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el menor sin la intervencion del pro-tutor, y en otro caso será nulo. (1).

Ni en nuestro Derecho Patrio, ni en los Códigos modernos encuentro nada sobre la materia de este artículo.

Por Derecho Romano podia el tutor pagarse á sí mismo sin ninguna solemnidad ni intervencion, y si no lo hacia, habiendo dinero sobrante del menor, perdía desde entonces los intereses, caso de producirlos su crédito. "*Nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia, unde solvat.*" Ley 9, párrafos 5 y 7, título 7, libro 26 del Digesto.

1. El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el menor, sin la conformidad del curador, y la aprobacion judicial.—El tutor no puede aceptar para sí mismo, á título gratuito ú oneroso, la cesion de ningun derecho ó crédito contra el menor. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia.—Durante la tutela, no corre prescripcion entre el tutor y el menor.—Arts. 618 á 620, cap. 14, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

TOM. I.

Esto parecia rozarse con la prohibicion general de que el tutor en un negocio propio representase al menor y á sí mismo, y con la regla de que los contratos ú obligaciones se desatan ó acaban como se hicieron: habia ademas el temor racional de que el tutor abusase de esta facultad pagándose su crédito con preferencia á otros mas gravosos al menor; y este abuso no podia ser conocido, ni remediado en el sistema Romano, sino tardiamente, hasta la rendicion definitiva de las cuentas.

Adoptado el nombramiento del pro-tutor, parece mas legal, mas útil al menor y mas decoroso para el mismo tutor, que aquel intervenga el pago.

ARTICULO 243.

El tutor no podrá hacer préstamos del dinero del menor, ni tomarlo en nombre de este sin previa autorizacion del consejo de familia.

Sin embargo, el prestamista podrá reclamar su pago en cuanto el menor se hubiese hecho mas rico. (1).

El 457 Frances se limita á prohibir que el tutor tome prestado en nombre del menor, dando sin duda por supuesta la prohibicion de prestar segun lo dispuesto en los artículos 454 y 455, que son los 221 y 228 nuestros: siguen al Frances el 384 Napolitano, 331 Sardo, 451 Holandes, 348 de la Luisiana: el 253 de Vaud le prohíbe tomar prestado, y el 257 prestar del dinero del menor, haciéndole responsable de la solvencia del que lo recibe.

Las leyes Romanas prohibian al tutor prestar gratuitamente del dinero del pupilo, pues que le imponian la obligacion de emplear el sobrante en compra de fincas útiles, y no encontrándose fincas, de imponerlo á interes, leyes 3, párrafo 2, 5 y 15, título 7, libro 26 del Digesto, y 24, título 37, libro 5 del Código.

La prohibicion de tomar prestado era absoluta y el menor no quedaba obligado sino

1. Sin autorizacion judicial, no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del menor, ya sea que se constituya ó no hipoteca en el contrato.—Art. 623, cap. 14, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

29

en cuanto se hubiese enriquecido con el préstamo; lo que regia también respecto de los administradores de las cosas de las ciudades; leyes 3, título 39, libro 5 del Código, y 27, título 1, libro 12 del Digesto.

En el artículo 228 he espuesto, que, á pesar del silencio de nuestras leyes patrias, la práctica y los mas célebres Jurisconsultos habian admitido la doctrina Romana sobre la obligacion del tutor á emplear útilmente el dinero sobrante del pupilo: la ley 3, título 5, Partida 5, adoptó espresamente las leyes citadas sobre préstamos hechos á menores y ciudades, es decir, á los tutores, curadores ó administradores.

El artículo permite al tutor prestar y tomar prestado con autorizacion del consejo de familia; en ambos casos el tutor diligente y de buena fé será irresponsable por estos actos, y el menor quedará obligado por ellos, sin que el mutuante ó prestamista haya de probar que el menor se ha enriquecido.

Esta prueba era necesaria en Derecho Romano y Patrio, porque, no conociéndose en ellos el consejo de familia, el tutor ó curador obraban siempre por sí solos, aunque materialmente asistiese el menor: suya, pues, y privativamente suya debia ser la responsabilidad: de otro modo nada mas fácil que arruinar al menor.

Contra el consejo de familia compuesto de parientes ó amigos, no cabe sospecha ni temor racional: habrá casos en que por desgracias imprevistas, para evitar la venta de una finca ó de frutos á vil precio, ó por no hacer público el mal estado de la fortuna del menor, le convenga tomar prestado; casos, en que por decoro del mismo convenga prestar con la debida seguridad.

Sin embargo, el prestamista, etc. Vé lo espuesto en el artículo 241 y su referencia al 1102: es conforme á las leyes Romanas y de Partida arriba citadas.

ARTICULO. 244.

El tutor no podrá admitir la herencia deferrida al menor, sino con beneficio de inventario. Para admitir ó desechar legados ó donacio-

nes á nombre del menor, y repudiar una herencia que se le defera, necesita el tutor autorizacion del consejo de familia.

En el caso de no conformidad entre el consejo y el tutor, acudirá este al tribunal de primera instancia, el cual decidirá sin ulterior recurso, oyendo al ministerio fiscal y emplazado el consejo. (1).

El 461 Frances exige además la autorizacion del consejo de familias: nuestro artículo la omite porque el inventario basta para garantir al menor de todo perjuicio; 384 Napolitano, 238 Sardo, 459 Holandes, 345 de la Luisiana: el 258 de Vaud ordena que el tutor se dirija al juez para aceptar ó repudiar la herencia.

En Derecho Romano el tutor admitia la herencia por el pupilo menor de siete años, y el curador por el furioso, pues que ni este, ni el infante podian hacer nada, ni aun con la autoridad del tutor ó curador, ley 5 de *regulis juris* con la 14 al fin, título 1, libro 23 del Digesto.

Los demas que tenian curador, y el pupilo mayor de la infancia, habian de admitirla por sí mismos con la autoridad del tutor ó curador, porque la aceptacion de la herencia era uno de los actos que se llamaban *legitimos*, y estos no podian evacuarse por otro, las 77 y 123 de *regulis juris*, ley 90, título 2, libro 29 del Digesto, y 5, título 30, libro 6 del Código: segun la ley 13, título 16, Partida 6, el tutor y el curador pueden admitir la herencia que ha recaido en el pupilo ó persona sujeta á curaduría: en cuanto al menor de edad, no sujeto á curador, le permite admitirla, salvo el beneficio de restitucion.

Callan ambos Derechos sobre la necesidad del inventario: pero no debian hacerlo el tutor y curador de todos los bienes presentes y de los que despues recayeran en el pu-

1. El tutor tiene obligacion de admitir las donaciones, legados y herencias dejados al menor.—Art. 624, cap. 14, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.

La comision dice: que en este artículo no se previene que estos se reciban con beneficio de inventario; porque en el libro 4º se dispone esto como regla general para todo heredero.—N. de los EE.

pilo ó menor, etc.? Vé lo espuesto en el artículo 224 sobre las palabras *no puede ser dispensada*, y el artículo 226.

Con beneficio de inventario. Así la herencia nunca podrá ser gravosa al menor segun lo dispuesto en el artículo 856, y por esta razon no admitimos la autorizacion del consejo de familia prescrita en el Código Frances y otros: vé los artículos 824 y 826.

Para admitir ó desechar, etc. En cuanto á la necesidad de la autorizacion del consejo de familia para repudiar la herencia está conforme con los artículos extranjeros citados. Nosotros exigimos en este caso la autorizacion del consejo, porque de la repudiacion puede seguirse daño al menor, y de la aceptacion con beneficio de inventario, no:

En cuanto á la donacion, conviene nuestro artículo con el 463 Frances, 460 Holandes, 386 Napolitano, 259 de Vaud; el 340 Sardo se limita al caso en que por la donacion se imponga al menor alguna obligacion: el 349 de la Luisiana habla de donaciones, *legados* y otras ventajas, y permite lisamente al tutor que las acepte: esto mismo le era permitido por Derecho Romano y Patrio.

Las donaciones suelen ir acompañadas de cargas y obligaciones, los legados las tienen mas de una vez: el consejo de familia sabrá apreciarlas en el interes del menor.

En el caso de no conformidad, etc. No se halla este tercer párrafo en los Códigos extranjeros, mas, sobre ser útil al menor, parece necesario que haya quien dirima todo conflicto entre el tutor y el consejo, y nadie puede hacerlo mejor que el juez. "Por ome bueno se entiende el juez ordinario de la tierra;" ley 31, título 34, Partida 7, tomada de la 137, título 1, libro 45 del Digesto: la audiencia del consejo es de necesidad, la del fiscal tiene por objeto la utilidad del menor.

ARTICULO 245.

No podrá el tutor donar ó remitir cosa ó derecho que pertenezca al menor, salvo lo dispuesto en los artículos 1241 y 1258. (1).

1. El tutor no puede hacer donaciones á nombre del menor.—Art. 626, cap. 14, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

349 de la Luisiana: los otros Códigos callan, sin duda por no creer necesario espresarlo, puesto que nadie puede donar de lo que no es suyo.

Donationes á tutore factæ pupillo non nocent, ley 22: *tutoribus, concessum est: non etiam donare*, ley 46, párrafo 7, título 7, libro 26 del Digesto. *Donandi nulla ratione res eorum, quorum administrant negotia, potestatem habent*; ley 16, título 37, libro 5 del Código: el administrador no puede donar, ni la administracion se concede á ninguno *ut perdat*; ley 28, título 14, libro 2, y 7 al principio, título 5, libro 39 del Digesto. *Nec nuptiale munus matri pupilli vel sorori mittere*, ley 13, título 7, libro 26, y 1, párrafo 5, título 2, libro 27 del Digesto: el Derecho Patrio calla, porque al hablar de donaciones, la ley 1, título 5, Partida 5, dice que solo se puede donar lo *suyo*.

En el artículo 126 de mi borrador se le permitia hacer los regalos ó espresiones de costumbre con autorizacion del consejo: la Seccion no lo aprobó á pesar de lo dispuesto para un caso parecido en el artículo 1259.

Salvo lo dispuesto: vé los artículos citados; son excepciones admitidas en favor del matrimonio.

ARTICULO 246.

Para todos los gastos extraordinarios ó que no sean de conservacion ó reparacion, necesita la autorizacion del consejo de familia. (1).

El artículo 522 Prusiano dice: "Al principiar la tutela se fijará una suma para las reparaciones; y el tutor no podrá escederse de ella sin la autorizacion del Tribunal. La necesidad de las reparaciones debe hacerse constar por peritos, siempre que el gasto esceda de ciento cincuenta francos."

Por Derecho Romano y Patrio el tutor podia y debia hacer estos gastos extraordinarios, ley 22, *vers, nec vero donum*, título 37, libro 5 del Código, ley 15, título 16, Partida 6. Establecido el consejo de familia, y to-

1. Para todos los gastos extrordinarios que no sean de conservacion ó reparacion. necesita el tutor autorizacion del juez.—Art. 625, cap. 14, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.