

cando á él fijar los gastos y el empleo que ha de darse al dinero sobrante, segun los artículos 221 y 228, con mas razon deben ser de su competencia los extraordinarios. El tutor deberá, sin pérdida de tiempo, hacer presente al consejo la necesidad de ellos, y, no haciéndolo así, responderá de los daños que por su negligencia se ocasionen al menor, artículo 1490; si algunos fueren de tal necesidad y urgencia que habria peligro en la dilacion, aunque momentánea, deberá proceder á ellos, sin perjuicio de la pronta convocacion del consejo.

ARTICULO 247.

Tambien la necesita para transigir y comprometer sobre las cosas ó negocios del menor. (1).

El 467 Frances exige para la transaccion la autorizacion del consejo, el dictámen de tres jurisconsultos designados por el fiscal de lo civil, y que, con audiencia de este, sea despues confirmada por el tribunal; le sigue el 390 Napolitano, 465 Holandes: el 344 Sardo limita á dos el número de jurisconsultos: el 262 de Vaud exige simplemente para transigir y comprometer la autorizacion judicial.

“Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest quia tutor loco domini habetur.” leyes 54, párrafo 5, 56, párrafo 4, título 2, libro 47 del Digesto. Sin embargo, no está del todo claro este punto en Derecho Romano; la ley 46, párrafo 7, título 7, libro 26 del Digesto, le prohíbe donar *vel diminuendi causa cum debitoribus pupilli transigere*: por esto dicen unos; que solo puede transigir cuando el derecho del pupilo es muy dudoso; otros que, puede *si modo jus liquidum haud ambitiose remittat*.

Para ceder por la transaccion una cosa inmueble, poseída por el pupilo, era necesario decreto judicial, ley 4, título 71, libro 5 del Código; pero no cuando por la transaccion continuaba en poder del pupilo la cosa liti-

1. Se requiere licencia judicial para que el tutor pueda transigir ó comprometer en árbitros los negocios del menor.—El nombramiento de árbitros hecho por el tutor, deberá sujetarse á la aprobacion del juez.—Arts. 627 y 628, cap. 14, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

giosa, que ya poseía, porque en este caso no habia enagenacion; ó continuaba en poder del adversario la misma cosa litigiosa, si él la poseía, porque no debe parecer que se enagena, estando la presuncion por el poseedor; tal es la opinion de autores muy respetables, tanto españoles como extranjeros: yo no opinaria con ellos en el segundo caso.

Nuestro Derecho Patrio calló sobre este punto: así, no tratándose de una donacion indirecta con el nombre de transaccion, y no recayendo esta sobre cosa inmueble, parece que el tutor podia transigir, pues no le estaba prohibido, y á veces lo exigiria la buena administracion y el interes del pupilo.

Transigir: la transaccion, como que recae sobre cosa dudosa, artículo 1713, es de suyo espuesta á errores, y puede serlo á fraudes: la autorizacion del consejo con las precauciones de los dos artículos siguientes podrá alejar los unos y las otras: el consejo podrá asistirse de letrados, si no los hay en su mismo seno, ó lo estima conveniente, segun la calidad y cantidad del negocio: la consulta forzada de dos ó tres letrados, y la confirmacion subsiguiente del tribunal, sin distincion de casos ó de cantidad segun los Códigos extranjeros, ha parecido innecesaria y gravosa al menor: vé el art. 250.

Y comprometer. Los artículos extranjeros citados, salvo el de Vaud, callan sobre esto; y de su silencio se ha pretendido sacar la consecuencia que el tutor no puede comprometer ni con la autorizacion del consejo.

Pero no puede desconocerse la afinidad entre la transaccion y el compromiso, por lo que son comprendidos en un solo título 16, libro 3: el mismo laudable deseo de conservar la paz y de evitar los gastos y molestias judiciales, que conduce á transigir, conduce tambien á comprometer; y lo que se reputa útil á los mayores, no puede negarse á los menores, con la precaucion del artículo 251, porque en el compromiso pasa la decision al arbitrio y concepto de un tercero, mientras en la transaccion la hacen el tutor y el consejo por el suyo propio sobre condiciones y términos conocidos.

ARTICULO 248.

Para obtener la autorizacion de transigir, el tutor presentará al consejo de familia nota ó papel firmado de su mano, en que se espresen todas las condiciones y términos de la transaccion. (1).

Esta precaucion, omitida en los Códigos modernos, hace innecesaria la confirmacion judicial: el consejo no autoriza vaga y generalmente para transigir, sino que sujeta á condiciones y términos que han de constar por escrito, el cual se ha de unir al original ó protocolo de la autorizacion, pues no podrá concederse ésta sino en instrumento público.

ARTICULO 249.

La autorizacion del consejo de familia se concederá en instrumento público, uniéndose al original el papel presentado por el tutor al solicitarla. (2).

Vé lo espuesto en el anterior.

ARTICULO 250.

Si la transaccion recayese sobre propiedad de bienes inmuebles ú otro derecho real, ó sobre bienes muebles cuyo valor exceda de quinientos duros, ó sean inestimables, no podrá llevarse á efecto hasta que el tribunal de primera instancia: á petition del tutor y oyendo al ministerio fiscal, confirme la autorizacion del consejo de familia. (3).

En cuanto á la propiedad de inmuebles, ú otro derecho real, es consecuencia del ar-

1. Estando prevenido por el artículo 3296, libro 4º del código civil que los ascendientes y los tutores no puedan transigir en nombre de las personas que tengan bajo su potestad ó en su guarda, sino conforme á lo dispuesto en los artículos 409 y 627, y previniéndose por el primero de estos artículos que el padre no puede enagenar ni gravar de ningun modo los bienes inmuebles en que le corresponden el usufructo y la administracion, ó esta sola, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, y previa la autoridad del juez competente: es claro que para la transaccion deben observarse los mismos requisitos que para la venta, debiendo por lo tanto, pedir la autorizacion al juez por escrito en los términos que previene el código de procedimientos en su artículo 2245 citado en la nota de fojas 192 véase esta.—N. de los EE.

2. Véase la nota anterior.—N. de los EE.

3. Véanse las anteriores notas y la de fojas 196.—N. de los EE.

título 231, porque la transaccion es especie de enagenacion, pues se hace dando, reteniendo, ó prometiendo alguna cosa, ley 38, título 4, libro 2 del Código y artículo 1713.

U otro derecho real: tambien este es bien inmueble segun el artículo 380; pero se añade aqui para mayor claridad. Véase lo que en el artículo 247 he espuesto sobre el Derecho Romano y las opiniones de sus intérpretes. Yo admito que no sea necesario el decreto ó confirmacion judicial, cuando á virtud de la transaccion queda por el pupilo el inmueble litigioso en cuya posesion está, pues que realmente no hay enagenacion en este caso; pero no admito el caso contrario, porque el pupilo tiene, ó pretende tener, un derecho real del que se desprende, es decir, lo enagena por la transaccion.

De 500 duros. Es ya cantidad de alguna consideracion, y merece en interes del mismo menor los gastos que puedan ocasionarse de la confirmacion.

O sean inestimables: como por su antigüedad, rareza, mérito artístico, etc.

ARTICULO 251.

La decision de los compromisarios deberá en todo caso ser confirmada por el tribunal, oyendo tambien al ministerio fiscal, y hasta entonces no será obligatoria para ninguna de las partes. (1).

Tengo dada la razon de esto al final del artículo 247.

ARTICULO 252.

El tutor no podrá entablar demanda de mayor cuantía en nombre del menor, ni oponerse á la entablada contra este, sin la autorizacion del consejo de familia.

Para conformarse el tutor con la demanda entablada contra el menor sobre propiedad de

1. Estando prevenido por los artículos 628 del código civil y 1307 del código de procedimientos civiles que los tutores no pueden comprometer los negocios de los menores, aunque estén emancipados, ni nombrar los árbitros, sino con aprobacion judicial; es de entenderse que para el juicio arbitral deben observarse los mismos requisitos que para la transaccion; por cuya razon véanse las notas anteriores que tratan de esta materia.—N. de los EE.

bienes inmuebles, ú otro derecho real, cualquiera que sea su cuantía, necesita, además de la autorización del consejo de familia, la aprobación judicial. (1).

El 464 Frances se limita á las acciones relativas á derechos inmuebles; sin autorización del consejo no puede el tutor intentar demanda, ni conformarse con la intentada por otro contra el menor: 387 Napolitano, 461 Holandes, 341 Sardo, 260 de Vaud. En Derecho Romano y Patrio no se halla tal prohibición; antes bien era obligación del tutor promover en juicio las acciones del pupilo y defenderle, leyes 1, párrafo 2, 30, título 7, libro 26 del Digesto, 28, título 37, libro 5 del Código, 17, título 16, Partida 6, 3, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, y 2, título 7, libro 3 del Fuero Real. Pero en la rendición de cuentas era responsable de los gastos y perjuicios, si había promovido ó sostenido temerariamente un pleito; *si super vacaneam litem instituisset, cum convineretur á vero creditore*; "ley 9, párrafo 6, título 7, libro 26 del Digesto." *Tutores vel curatores, si nomine pupillorum calumniosas instituant acciones, eo nomine condemnari oportet; ne sub pretextu nominis eorum propter suas simultates secure lites suas exercere posse existiment*, ley 6, título 37, libro 5 del Código: ahora no habrá aquella libertad, ni su consiguiente responsabilidad.

Nuestro artículo es aún mas restrictivo que los Códigos modernos: las demandas activas y pasivas de mayor cuantía pueden merecer la atención del consejo, y acarrear al menor tan malas consecuencias, como las de un inmueble frecuentemente de menor valor.

Para conformarse, etc. Es consecuencia de lo establecido en el artículo 231: la conformidad envolvería la enagenación del inmueble ó derecho real, que nunca puede hacerse sin la aprobación judicial.

1. Para conformarse el tutor con la demanda entablada contra el menor, sobre propiedad de bienes muebles preciosos, bienes raíces ú otro derecho real, cualquiera que sea su cuantía necesita el consentimiento del curador y la aprobación judicial.—Art. 630, cap. 14, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

ARTICULO 253.

El tutor tiene derecho á una retribucion sobre los bienes del menor, que podrá fijar el padre ó la madre en el testamento, y en su defecto el consejo de familia.

En ningun caso bajará la retribucion del 4, ni excederá del 8 por 100 de las rentas líquidas de los mismos (1).

El 342 de la Luisiana dice: "El tutor podrá retener por forma de comisión por su trabajo y cuidados diez por ciento del importe anual de las rentas por él administradas." El 211 de Vaud: "Se concederá al tutor una indemnización: el Juez de paz la regulará segun el trabajo del tutor. Sin embargo, cuando la fortuna del menor sea módica, se tendrá consideración á esta circunstancia." El 469 Holandes: "El tutor no podrá llevar ninguna suma á título de salario, si no le ha sido concedida en acto de última voluntad ó auténtico." (es decir, al ser nombrado.) El 15 Bávaro, libro 1, *De la Tutela*: "Todo tutor tendrá derecho á una remuneración al fin de la tutela, ó á honorarios anuales, si la fortuna es considerable." Los 266 y 267 Austriacos: "Puede concederse al tutor una retribución que nunca pasará del cinco por ciento del producto,

1. El tutor tiene derecho á una retribución sobre los bienes del menor, que podrán fijar el ascendiente ó extraño que conforme á derecho le nombre en su testamento, y en defecto de ellos, y para los tutores legítimos y dativos, el juez.—En ningun caso bajará la retribución del cuatro, ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes.—Si los bienes del menor tuvieren un aumento extraordinario en sus productos, debido exclusivamente á la industria y diligencias del tutor, tendrá éste derecho á una remuneración de diez por ciento del aumento, sin perjuicio de la asignada en el artículo anterior. La calificación del aumento se hará por el juez con audiencia del curador.—Arts. 632 á 634, cap. 14, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.

La comisión dice: que al disponer que el tutor tenga una retribución ordinaria del cuatro por ciento de las rentas líquidas y otra extraordinaria, de un diez por ciento de los valores cuando este aumento se deba exclusivamente al trabajo y empeño del tutor; cuya calificación hará el juez con audiencia del curador; tuvo por razón que las condiciones que se imponen á los tutores son verdaderamente fuertes y que á nadie se debe exigir un servicio gratuito.—N. de los EE.

ni de cuatro mil florines; si la fortuna es poco considerable, puede concederse al tutor una retribución por sus servicios cuando el pupilo llegue á la mayor edad." El 231 Prusiano autoriza también al tutor para pedir remuneración, cuando la administración le absorbe mucho tiempo ó tiene que hacer viajes en el interés del menor.

He copiado todos estos artículos, porque los Códigos Frances, Napolitano y Sardo callan sobre este punto: En Francia la jurisprudencia ha admitido, que era necesaria una disposición especial para que el tutor pueda pedir remuneración.

Entre los romanos la tutela era por regla general un cargo gratuito; pero el testador ó magistrado, que nombraba tutor, podía en consideración á su pobreza, ó á las grandes molestias de la administración, señalarle un salario proporcionado á las facultades del pupilo, ley 33, párrafo 3, título 7, libro 26 del Digesto, que usa de la delicada expresión *solatium* en lugar de *salario*, *nisi ab eo, qui eum (tutorem) dat, certum solatium ei constitutum est*.

La ley 3, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, trasladada á la 2, título 7, libro 3 del Real, señaló al tutor la décima parte de los frutos del pupilo para estimularle á la diligencia y economía, *ut non hac, que debet minoribus reservare, nimis evertat expensis*, no en remuneración de su trabajo: los autores entendieron la palabra *frutos* de dicha ley en el sentido del artículo 399, que equivale al de *rentas líquidas* de este 253.

El tutor: bien sea testamentario, legítimo, ó dativo.

Tiene derecho: es decir que puede exigir una retribución, y, no habiéndola señalado el padre ni la madre testadores, podrá exigirla del consejo al ser reconocido por este, así como el tutor legítimo segun el artículo 187, y el dativo; al tiempo del nombramiento, ó despues.

No bajará del cuatro ni excederá del ocho. La administración puede ser mas ó menos difícil y enojosa por lo vasto ó pequeño del patrimonio, por su situación, calidad, y otras

varias circunstancias, que el testador y consejo sabrán apreciar para hacer el señalamiento. Pero en el interés del menor y del tutor se fijan un máximo y un mínimo que ni el mismo padre podrá traspasar: la décima del Fuero era evidentemente excesiva, sobre todo tratándose de un cargo, que en su fondo es de piedad y confianza.

CAPITULO X.

DE LA ESTINCIÓN DE LA TUTELA.

ARTICULO 254.

Acábase la tutela:

1º *Por la muerte del tutor; su separación, ó excusa superveniente, declarada legítima.*

2º *Por la muerte, emancipación, adopción, mayoría de edad y casamiento del menor; salvo, en este último caso, lo dispuesto para con los que no hubieren cumplido 18 años (1).*

Por punto general todos los Códigos se hallan conformes sobre el contenido de este artículo, aunque, si se exceptúa el Prusiano, ninguno trata separadamente de esta materia.

Número 1. *Por la muerte del tutor*: la tutela es un cargo personal, artículo 173. Entiéndese muerte natural, no civil: nosotros no admitimos la segunda: lo contrario era en Derecho Romano y de Partidas, en el código Frances y otros modernos: sin embargo la interdicción civil prescrita en el Código penal (artículo 41) estenderá sus efectos á la tutela; vé el número 5 del artículo 202 y el 4 del artículo 203.

Téngase también presente el artículo 332, pues si obra contra el padre ausente, debe obrar mas fuertemente contra el tutor, y se tendrá por fenecida la tutela.

En Derecho Romano, si la tutela se acababa por llegar el pupilo á la pubertad, que-

1. La tutela se extingue:—I. Por la muerte del tutor: por su ausencia declarada en la forma legal; por su remoción, ó por excusa ó impedimento supervenientes;—Por la muerte, por la cesación del impedimento, y por la emancipación del incapacitado; quien en este último caso queda sujeto á las restricciones establecidas en el artículo 692.—Art. 637, cap. 15, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.