quizá podría entenderse que el legislador solo ha querido referirse al efectivo del pupilo en determinado tiempo generalmente al principio, sino á todo el dinero sobrante, ya sea el existente al empezar la labor tutelar, ya el que proceda de la redención de capitales ó venta de bienes ó cualquiera otro, pues la mente de la ley debe ser aquí que ningún dinero efectivo del pupilo esté ocioso, sino que todo él, una vez asegurado el presupuesto de los gastos ordinarios y necesarios, se emplee para hacerlo producir, ora imponiéndolo mediante buenas hipotecas, ora comprando con él fincas productivas. Hay, en consecuencia, que ampliar la idea del artículo.

El Sr. Ramírez manifiesta que en la generalidad de términos empleada por el *Proyecto*, entiende que se comprende el pensamiento del Sr. Lacunza, pues no ve que se fije época ninguna determinada en que ha de existir el dinero de cuyo empleo se trata. Simplemente se dice: que todo sobrante del dinero del pupilo, después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, se empleará, etc. El que habla entiende que, en este particular como en otros, debe abstenerse la ley de entrar en especificaciones, pues son muchos los canales por donde puede venir á aumentarse el capital pecuniario del sujeto á tutela.

El Sr. Escudero opina por la idea del Sr. Lacunza, porque, ciertamente, los modos de adquisición de dinero para el pupilo, redención de capitales y venta de bienes, son los más frecuentes, y basta expresar después, por medio de una frase genérica, que la prescripción reza también con el dinero adquirido de cualquiera otro modo. Pero, el que habla tiene que hacer, respecto de otros puntos, dos observaciones. Cree que para el fincamiento del dinero se basta á sí mismo el tutor, sin que sea necesario

hacer intervenir al consejo de familia directamente sino para emplear el caudal de otra manera, menos segura y tal vez problemática. Además entiende que para la mayor ventaja del pupilo, es conveniente fijar un plazo para que el tutor cumpla con este deber. Al exponente le parecen suficientes tres meses.

El Sr. Lacunza se muestra conforme con estas observaciones, y agrega, que no desconoce la necesidad de guardar siempre algún dinero en caja para gastos imprevistos, el cual, sin embargo, en una buena y previsora administración, debe emplearse también en su oportunidad para que sea productivo.

El Sr. Méndez indica la idea de que se fije una cantidad mínima, desde la cual, en adelante, empieze para el tutor la obligación de que se trata, pues de otra manera se conseguiría hacer operaciones tan insignificantes, que resultarían hasta ruinosas para los intereses del huérfano, y todo por no esperar á reunir una suma adecuada, v. g. dos mil pesos.

El Sr. Ramírez dice que no hay que descender á tantos detalles y que el punto tocado por el señor Méndez es más conveniente dejarlo á la prudencia del tutor.

El Sr. Lacunza propone la siguiente fórmula: *El dinero que resulte sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de la redención de capitales ó venta de bienes y el que se adquiriere por cualquiera otro modo, lo fincará el tutor dentro de tres meses, ó con acuerdo del consejo de familia lo empleará de un modo productivo, á no ser que el mismo consejo determine invertirlo en objeto determinado. Cuando el consejo de familia señale las cantidades que se han de invertir en alimentos y dependientes, designará también la cantidad que debe conservarse en caja;*

fijará la fecha desde la cual empieza la obligación de emplearla, y hasta cuando puede estar en reserva para gastos imprevistos. Si por omisión del tutor no se emplease el dinero sobrante, responderá de sus intereses legales.

La redacción es aprobada y queda como art. 370 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 247): «No puede el consejo de familia autorizar al tutor para enajenar ó gravar los bienes inmuebles del huérfano, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, que el tutor hará constar debidamente.»

El Sr. Lacunza manifiesta que el artículo debe se reformado, haciendo extensiva la prohibición para el tutor á los muebles preciosos y á los derechos reales anexos, pues estos derechos son de la misma naturaleza que los inmuebles mismos. En cuanto á los muebles preciosos, como que constituyen ejemplares de indiscutible riqueza, merecen conservarse también con el mayor celo por el tutor. Esta idea toma su origen del derecho Romano (*cæteraque mobilia pretiosa*). como es de vérse en la ley 22, tít. XXXVII, lib. 5 del Código, y su simple enunciación basta á justificarla. El que habla propone tambien que se complete el pensamiento del *Proyecto*, diciéndose que la necesidad y utilidad han de hacerse constar ante el Juez y que la enajenación ó gravamen de que se trata han de ser autorizados por el juez. Así propone la siguiente redacción: «No puede el tutor enajenar ó gravar los bienes inmuebles, ni los derechos reales anexos á ellos ni los muebles preciosos, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad del menor, que hará constar ante el Juez y prévia la autorización de éste.»

El Sr. Mendez, se muestra partidario de la idea enunciada por el Sr. Lacunza; pero indica, supuesta la institución del consejo de familia, la conveniencia de hacerlo intervenir en los actos de que se trata, á semejanza de lo preceptuado por el art. 457 del Código Francés. Así propone la siguiente redacción: *Los bienes inmuebles, los derechos reales anexos á ellos y los muebles preciosos, no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad para el menor, que se harán constar debidamente y prévia la conformidad del consejo de familia y la autorización judicial.*

El Sr. Escudero pregunta si no parecería conveniente á la Comisión limitar la vaguedad de las expresiones «absoluta necesidad ó evidente utilidad» que pueden ser entendidas de muy diversas maneras, según los diversos criterios.

El Sr. Lacunza responde que eso debe dejarse á la decisión del Juez, pues sería imposible hacer una especificación completa de los casos en que tales extremos pueden tener verificativo. Verdad es que la ley 18, tít. 16, Partida 6ª intentó lo que indica el Sr. Escudero; pero no pasó de intentarlo, pues aún el Rey Sabio, después de enumerar algunos casos, concluye con la inevitable frase: «ó por otra razón derecha que lo ouiesse de fazer,» palabras que Goyena explica, con las que siguen: «no lo pudiendo excusar en ninguna manera,» diciendo que la absoluta necesidad de que se trata *puede* proceder, no solo para el pago de deudas, sino de otras justas causas, como para casar la hermana del menor, para alimentos ó reparaciones urgentes; pero ella ha de ser absoluta, de modo que, sin la venta del inmueble no pueda salirse de

ella. (1.) En cuanto á la utilidad, el que habla cree que menos puede formularse una regla fija, pues ella necesariamente depende de los tiempos y de las circunstancias. Las leyes 60, tít. 18, Partida 3 y 4, tít. 5, Partida 5ª se contentan con decir: «por gran pro de ellos (los huerfanos),» idea que fué tomada de la ley 3, tít. 31, lib. 11 del Código, que autoriza la venta de los bienes de las ciudades para su mayor utilidad (*pro suo commodo, licet debitum non sit*), y aplicada á la tutela. El mismo Goyena, explicando las palabras: «evidente utilidad» dice: «evidente y grande utilidad respectivamente al objeto de la venta; no basta cualquiera pequeña utilidad. (2).

La redacción propuesta por el Sr. Méndez es aprobada y pasa á ser el art. 371 del nuevo Código.

El Sr. Lacunza propone se adicione el texto del nuevo Código, en la materia que ocupa á la Comisión, con el siguiente artículo: *Cuando la enajenación se haya permitido para cubrir con su producto un objeto determinado, el juez señalará al tutor un plazo, dentro del cual deberá acreditar ante el juzgado, que el producto de la enajenación se ha invertido en su objeto.* La oportunidad y razón de ser de este precepto se comprenden á primera vista, pues, tratándose de la enajenación ó gravámen de los inmuebles ó muebles preciosos del menor por el tutor, que invoca la extrema necesidad ó la grande utilidad de tales operaciones, la ley

(1) Goyena, *Proyecto*, sobre el art. 229.—*Digesto*, lib. 27, tít. 9, l. 5, §§. 9, 10 y 11.

(2) Goyena, *Proyecto*, loc. cit.

que, en tales circunstancias, las autoriza, debe cuidar de que ellas den el resultado previsto, lo que no se obtendrá, sino justificando el tutor la inversión del producto en el objeto señalado de antemano. Así estaba prescrito por la jurisprudencia romana: *Ne tamen título tenus tutores œre alieno allegato pecunia abutantur, quam mutuam acceperunt, oportebit Prœtorum curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur, et de hoc decernere, dareque viatorem, qui ei renuntiet, pecuniam istam ad hoc conversam, propter quod desiderata ut alienatio vel obligatio* (1).

La Comisión acepta el artículo, que queda como 372 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 248): «La autorización, en caso de darse en los términos del artículo anterior, ha de recaer sobre fincas determinadas y concederse en instrumento público, al que se unirán originales los papeles presentados por el tutor para acreditar la necesidad ó utilidad.»

Proyecto Sierra (art. 249): «Obtenida la autorización del consejo de familia, acudirá el tutor al juez de primera instancia del partido donde se administra la tutela para su confirmación en debida forma. Del auto confirmatorio ó denagatorio sólo hay el recurso de responsabilidad. Cuando el juez confirme la autorización del consejo, se procederá á la venta en subasta pública ó judicial.»

[1] Digesto, lib. 27, tít. 9, l. 5. § 13.

Proyecto Sierra (art. 250). «La autorización del consejo de familia no será necesaria cuando la enajenación se haga en virtud de providencia judicial y de derecho anterior de tercero, ó por expropiación forzosa en los casos prescritos por la ley.»

Proyecto Sierra (art. 251). «La enajenación hecha contra lo dispuesto en los artículos precedentes será nula.»

El Sr. Lacunza propone se diga, puesto que se trata de la autorización del juez, que ella ha de concederse por auto en forma. El instrumento público será necesario para el otorgamiento de la escritura de enajenación, cuyo expediente judicial es cosa muy diversa. En cuanto á los papeles presentados por el tutor para acreditar la necesidad ó utilidad de la operación, ellos deben figurar también en dicho expediente, á reserva de insertarlos en la escritura y sin perjuicio de devolverlos; pero quedando en el expediente copia íntegra de ellos. Hace observar también que, no ocupándose el Proyecto Sierra en lo relativo á los muebles preciosos, muy natural es que no haga ninguna referencia á ellos, al tratar del requisito de la subasta pública y judicial, el cual el exponente no cree absolutamente necesario, tratándose de esos muebles, por manera que, respecto de ellos, el juez puede dispensarlo, en los casos en los que lo estime conveniente.

El Sr. Escudero manifiesta que el concepto del artículo del Proyecto Sierra sobre que la autorización del juez ha de recaer sobre fincas determinadas, le parece innecesario, pues, así tiene que ser, desde el momento en que, como ya se ha dicho á propuesta del Sr. Lacunza (art. 372), el juez tiene obligación de comprobar que el producto de la venta se ha invertido en el objeto, para obtener el cual se decretó ó autorizó la enajenación. Hace observar, además,

que, formulado en términos tan absolutos, como lo hace el Proyecto, el principio de la nulidad de las enajenaciones de bienes del menor por el tutor, hechas de otra manera que la prescrita por el Código, puede llegarse hasta á sancionar las mayores injusticias, sin que esto sea motivado ni siquiera por la utilidad del menor. El antiguo derecho procuró y consiguió evitar esas injusticias, como es de verse en varias leyes del Digesto y del Código (1) que, refiriéndose á diversas hipótesis, coinciden todas en la conocida regla de derecho: *nemo debet locupletari injusté cum jactura aliena* (2). En consecuencia, el que habla propone la siguiente redacción del artículo, de acuerdo con lo expuesto por el Sr. Lacunza: *Al expediente de enajenación se unirán originales los papeles presentados por el tutor, para acreditar la necesidad ó utilidad, y si fuere preciso devolvérselos, quedarán agregados testimonios íntegros. La venta se hará precisamente en subasta pública y judicial cuando se trate de bienes inmuebles. Solamente cuando la enajenación recaiga sobre muebles preciosos, podrá el juez dispensar la subasta. La enajenación hecha de otro modo que el prevenido en los artículos precedentes, será nula; mas, al deshacerla, debe pagarse al que recibió la cosa enajenada, lo que él probare que hizo más rico al menor.*

La redacción es aprobada y pasa á ser el art. 373 del nuevo Código.

---

(1) Dig. lib. 27, tít. 9, l. l. 7, § 5 y 13.—*Cód.* lib. 5, tít. 71, l. l. 14 y 16.

(2) *Dig.* lib. 50, tít. 17, l. 206.—*Dig.* lib. 26, tít. 8, l. 5, § 1.—Partida 7ª, tít. 34, reg. 17.—Gollena, *Proyecto*, art. 235.

Proyecto Sierra (art. 252): «El tutor no puede comprar por sí mismo, ni por mano de tercero, la finca subastada, sin obtener prévia autorización del tribunal, que resolverá sobre ella, oyendo al consejo de familia.»

Proyecto Sierra (art. 253): «El tutor no puede hacer arrendamiento de los bienes del menor por más de diez años, sino con autorización del juez, que la concederá oyendo al consejo de familia, en caso de necesidad ó utilidad evidente.»

Proyecto Sierra (art. 254): «El arrendamiento hecho en conformidad del artículo anterior, subsistirá por el tiempo convenido aun cuando se acabe la tutela; pero será nula toda anticipación de rentas ó alquileres hecha al tutor por más de tres años.»

El Sr. Lacunza manifiesta que, aunque por el más antiguo derecho, era permitido á los tutores comprar los bienes de los menores á ellos sujetos, mediante ciertas formalidades (1), es bien sabido de la Comisión que posteriormente vino la ley recopilada que, de una manera absoluta, prohibe tal contrato, ya se haga en público ó en secreto, y hasta castiga al tutor, aparte la nulidad de la venta, con la obligación de pagar el cuádruplo del precio (2). El que habla encuentra esta disposición, que probablemente aconsejó una dolorosa experiencia, perfectamente justa, motivada y conveniente para los huérfanos, pues, aunque se diga que no sería el tutor mismo quien interviniese á nombre del pupilo en la compra de sus bienes, porque es-

(1) *Dig.* lib. 36, tít. 8, l. 5, § 2.—Partida 5ª, tít. 5, l. 4.
(2) *Nov. Recop.* lib. 10, tít. 12, l. 1.

to se verificaría por el protutor ó el consejo de familia, como lo previene el art. 450 francés, lo que basta á alejar, toda sospecha de parcialidad, máxime cuando habría de observarse siempre el requisito de la autorización judicial, no puede negarse al menos la posibilidad de que el tutor prepare con toda la adecuada anterioridad y por medios eficaces y ocultos la adquisición de los bienes que le están encomendados, ya descuidando su conservación ó desarrollo, ora presentando otros que, á su juicio, sean más convenientes para el pupilo. El legislador debe quitar, hasta donde sea posible, toda tentación al tutor que lo haga ver en los bienes cuya guarda y administración se le confía un elemento posible de sus propios medros, pues, como enseña Gutiérrez, *non potest tutor auctoritatem præstare in actu qui tendere possit principaliter in ejus commodum.* (1) Por esta razón el que habla cree que en el nuevo Código debe seguirse la ley recopilada, expresando que la prohibición se hace extensiva aún á los casos en que la compra se verifique para la esposa del tutor ó sus hijos, pues si bien es cierto que así podría deducirse de los términos de dicha ley, porque *quod meo non licet nomine, neque alieno licebit, et qui per alium facit, per seipsum facere videtur*, como lo han entendido Acevedo (2), entre otros, es mejor, para evitar cualquier duda, decirlo claramente en términos precisos é inequívocos, á semejanza de una ley del Código (3), aunque ésta limitaba

(1) Gutiérrez, *De tutel. et cur.* part. 2, cap. 15, núm. 4.
(2) Azevedo, *In Recop.* lib. 5, tít. 11, l. 23, núm. 4.
(3) *Cód.* lib. 4. tít. 38, l. 5.

la prohibición á sólo la mujer del tutor. La Comisión comprenderá que las mismas razones pueden invocarse respecto de otros contratos, como el arrendamiento por ejemplo.

El Sr. Escudero califica de muy atendibles las reflexiones del Sr. Lacunza; pero desearía verlas aplicarse también á los hermanos del tutor por consaguinidad ó afinidad, pues este parentesco es todavía bastante próximo para tentar la parcialidad de aquel.

El Sr. Lacunza contesta que no lo considera así; pero la Comisión obrará en esto, como le parezca más prudente, teniendo sólo que advertir que las prohibiciones de que se trata han de afectar exclusivamente al tutor á quien se ha otorgado ya la administración de los bienes, pues el colocado en otras circunstancias debe considerarse como una persona extraña y así lo llaman Azevedo (1), Matienzo y otros [2]. Propone, en consecuencia de todo lo expuesto, la redacción siguiente: *Ni con licencia judicial, ni en almoneda ó fuera de ella, puede el tutor comprar, arrendar ni hacer contrato alguno respecto de los bienes del menor, para sí, para su mujer ó hijos, ni aún tratando con el protutor.*

La redacción es aprobada y queda como art. 374 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 255): «También será necesaria al tutor la licencia del consejo de familia para solicitar la partición de una cosa ó herencia común; pero no la necesita para contestar á una demanda de partición que se proponga contra el menor. En uno y otro caso, la partición, si se verifica, ha de ser judicial, prévios el inventario y tasación de las fincas ó bienes.»

(1) Azevedo, *Ob* y *loc. cit.* núm. 8.
(2) Matienzo, *Glos.* 1, ist. leg.

El Sr. Lacunza manifiesta que el caso á que se refiere el Proyecto, en la primera parte del artículo, es una excepción del anterior que la Comisión acaba de aprobar. En concepto del que habla, basta que se suponga un derecho prévio de propiedad por parte del tutor en cosa que se trata de enajenar, para que dicha excepción sea aceptada, con tanta más razón con cuanta que, como lo nota Gollena, la comunión es ocasión de negligencia y discordias, reputándose por lo mismo odiosa, hasta el grado de que nadie puede ser compelido á permanecer en ella, y el pacto en contrario es nulo (1). Sin embargo, si bien esta consideración justifica que el tutor compre, no es bastante á otorgarle toda autoridad en el caso, por lo que desde luego ocurre invocar el principio de que *tutor non potest esse auctor in rem suam.* Para evitar esto, propone el que habla que el protutor represente al menor en la licitación y el tutor solicite la licencia del juez. No cree necesario el exponente que se diga cosa alguna respecto del caso en que la partición sea pedida por persona extraña, pues entonces se entra en la hipótesis general y habrá que aplicar el art. 371. Así, propone la siguiente redacción: *En caso que el tutor fuese co-heredero, ó comunero con el me-*

(1) Gollena, *Proyecto*, art. 238.—*Dig.* lib. 10, tít. 3, l. 1. 14 § 2 y 15.—*Id.* lib 31, l. 77 § 20.—*Cód.* lib. 3, tít. 37, l. 5 —Partida 6ª, tít. 15, l. 1.

nor, podrá en pública almoneda, representando el protutor al menor y con licencia expresa del juez, pujar la cosa común y rematarla.

El Sr. Escudero se manifiesta conforme con la redacción anterior; pero propone se añadan las siguientes palabras: «abonando al menor lo que fuere justo, según el remate.»

El Sr. Ramírez observa no ser necesaria la adición, pues siempre se procede así en los remates.

La redacción propuesta por el Sr. Lacunza es aceptada y queda como art. 375 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 256): «El tutor necesita igualmente del consentimiento del consejo de familia para retirar un capital del menor que le está produciendo interés.»

El Sr. Lacunza opina por la supresión del precedente artículo, que está tomado del 239 del Proyecto de Goyena y el cual considera innecesario, una vez aprobado ya por la Comisión el 370, según el cual es obligación del tutor imponer el dinero que resulte sobrante en favor del pupilo, cuando esten cubiertas las cargas y atenciones de la tutela ó emplearlo de un modo productivo, de acuerdo con el consejo de familia. Entiende que esto basta para la idea del artículo.

Proyecto Sierra (art. 257): «*El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el menor sin la intervención del protutor.*

El Sr. Lacunza hace observar que este texto, toma-

do del art. 242 del Proyecto de Goyena, dispone absolutamente todo lo contrario de lo que preceptuaba el derecho romano y el patrio, que se fiaba, para el remedio de los abusos que el tutor podía cometer con la facultad de pagarse á sí mismo sus propios créditos, á la rendición definitiva de sus cuentas, llegando hasta castigarlo con la pérdida de los intereses, si, teniendo el pupilo sobrante de capital pecuniario, aquel no se hacía pago de su deuda (1.) Pero no cabe duda que es mejor en todo prevenir que tener que remediar, y como se dijo en el art. 320 inciso 1º que el protutor está obligado á defender los derechos del menor, en juicio ó fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor (2), el que habla está por la aprobación del artículo del Proyecto.

La Comisión aprueba el artículo, que pasa á ser el 376 del nuevo Código.

El Sr. Méndez manifiesta que en seguida del artículo acabado de aprobar por la Comisión, cree conveniente se ponga uno que prohiba al tutor adquirir créditos ó derechos contra el menor, pues dicho artículo no puede referirse sino á los créditos que el tutor tenga ya adquiridos al encargarse de la tutela. De otra manera se violaría el principio esencialmente tutelar de los intereses del huérfano: *tutor non potest esse auctor in rem suam.* Así lo reconoce la parte final del art. 450 del Código francés, res-

---

(1) *Dig.* lib. 26, tít. 7, l. 9, §§ 5 y 7.

(2) Véase *supra* pág. 339.