sejo de familia se concederá en instrumento público, uniendose al original el papel presentado por el tutor al solicitarla.»

Proyecto Sierra (art. 265): «En caso de compromiso, el laudo no será obligatorio para ninguna de las partes hasta que, oídos el tutor y el consejo de familia, lo apruebe el juez de primera instancia. Su resolución causa ejecutoria».

Suprimidos.

———

Proyecto Sierra (art. 266): "El tutor no podrá entablar demanda de mayor cuantía, en nombre del menor, ni oponerse á la entablada contra éste, sin la autorización del consejo de familia.»

El Sr. Escudero está por la supresión de este artículo que entorpece y restringe grandemente las facultades del tutor, Está tomado de la primera parte del art. 252 de Gollena, que pretende justificarlo con la ley 9, § 6,, tít. 7, lib. 26 del Dizesto: *si per vacaneam litem instituisset, cum convineretur a vero creditore* y con la 6, tít. 37, lib. 5 del Codigo: *Non est ignotum, tutores vel curatores, si nomine pupillorum vel adultorum scientes calumniosas instituant actiones, eo nomine condemnare oportere: ne sub prætextu nominis eorum propter suas simultates secure lites suas exercere posse existiment.* Como se ve, estas disposiciones pueden ser innecesarias, tratándose del desempeño de la tutela é importarían un exceso de minuciosidad inmotivado, pues el tutor está obligado á rendir cuentas de todos los gastos hechos durante su gestión.

El artículo queda suprimido.

———

El Sr. Lecunza manifiesta que, para complemento de lo dicho en el art. 385 del nuevo Código, juzga conveniente se agregue que *la decisión de los árbitros deberá en todo caso ser homologada por el juez, oyendo también al Ministerio público y hasta entonces no será obligatoria para ninguna de las partes.* Es el art. 251 de Gollena.

La proposición es aceptada y queda como art. 388 del nuevo Código.

———

El Sr. Méndez expone que, ya que el protutor es el vigilante de la conducta del tutor, según el art. 320 del nuevo Código, sería bueno darle intervención en todos aquellos casos en que el tutor necesita de la licencia del juez, estableciéndose que, si había diferencia entre uno y otro, se sustanciaría un juicio sumario, de cuyas decisiones aun meramente interlocutorias, no habría más recurso que el de responsabilidad. En cuanto á la hipótesis de que estuviesen de acuerdo el tutor y el protutor, si á pesar de eso el juez negaba la licencia, el que habla opina por que se concediesen todos los recursos conforme á derecho. Así propone la siguiente redacción:

En todos los casos en que el tutor necesita para algún acto de la licencia del juez ó de su aprobación, éste no la dará, sino previa audiencia del protutor, con el cual, en caso de oposicion, se sustanciará un juicio sumario. En este juicio, en que se decidirá solamente la diferencia entre el tutor y protutor, no se admitirá, ni de las sentencias difinitivas, ni de las interlocutorias, apelación ni otro recurso que el de responsabilidad. De la denegación de la licencia, en cuya petición estén de acuerdo el tutor y protutor, se admitirán las apelaciones y recursos conforme á derecho.

La redacción es aceptada y queda como art. 389 del nuevo Código.

El Sr. Lacunza manifiesta que, aunque el Proyecto Sierra trata en otra parte (arts. 1215 á 1234) del beneficio de restitución *in integrum*, cree oportuno ocuparse de él ahora, por estar en todas las legislaciones que lo han aceptado, íntimamente ligado con la tutela. El habla opina por la supresión de esa garantía, que ya no tiene razón de ser en la organización de la tutela, según las leyes modernas y que, de continuar, se convertiría las más veces en causa de ruina para los menores, con quienes, aún asistidos de su tutor y protegidos por la autoridad judicial, nadie se resolvería á contratar, si no es bajo condiciones muy onerosas, que compensasen los perjuicios que más tarde originase la restitución. Enhorabuena que en el antiguo derecho establecido por los Pretores se hubiera acudido al beneficio de que se trata respecto de los mayores de siete años y menores de veinticinco, pues salidos á esa edad de la tutela y entrando bajo la curatela, se les consideraba jurídicamente como personas perfectas, lo que no impedía que, en la realidad de la vida, fuesen muchas veces perjudicados en sus intereses. Por esto se decía: *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam lœsus.* Pero, hablar ahora todavía de restitución, cuando el menor vive sujeto á tutela hasta llegar á la mayor edad, no pudiendo entre tanto obligarse por ningún acto sino mediante la intervención del tutor, la aprobación judicial y otras garantías que el nuevo Código reconoce, aparece á primera vista superabundante é injustificado, tornándose, como se dijo al principio, en daño del menor mismo, con quien ó nadie se atreverá á contratar, temeroso de que una futura restitución lo obligue á devolver lo adquirido con sus frutos ó sólo lo hará bajo condiciones tan gravosas que compensen los daños y perjuicios. Lo verdaderamente justo y debido en la materia es que se deje al menor á salvo su

acción ó excepción de nulidad si no se han llenado los requisitos de forma y esencia que la ley prescribe para cada acto ó si se han llenado, su acción de indemnización contra el tutor, el pro-tutor ó el juez. En consecuencia propone se diga: *Nunca habrá recurso de restitución para el menor. Para indemnizarse el menor de los perjuicios que reciba en sus negocios, solamente podrá dirigirse contra su tutor, pro-tutor ó juez que haya intervenido; pero nunca contra un tercero.*

La proposición es aceptada y queda como art. 390 del nuevo Código.

El Sr. Lacunza continúa y propone: *Los menores en sus negocios sólo tendrán los mismos derechos que se conceden á los mayores de edad y el recurso de nulidad del acto, cuando hayan faltado en él los requisitos que como necesarios para la validez se determinan en este título:*

La proposición es aceptada y queda como art. 391 del del nuevo Código.

El Sr. Lacunza continúa y propone: *Este recurso de nulidad pueden alegarlo, por vía de acción ó de excepción, el tutor ó los que representen al menor; pero no puede ser alegado antes ni después de la mayor edad contra los menores por los que hayan contrado con ellos. Tampoco puede alegarse por los fiadores ni mancomunados del menor durante la minoría; pero, cumplida ésta, podrá alegarla el mismo menor, mientras no esté prescrita la acción, según las reglas generales de la prescripción, que en este caso correrá desde la mayoría de edad.*

La proposición es aprobada y queda como art. 392 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 267): *Para conformarse el tutor con la demanda entablada contra el menor, sobre propiedad de bienes inmuebles, ú otro derecho real, cualquiera que sea su cuantía, necesita, á más de la autorización del consejo de familia, de la aprobación judicial.*

Este artículo es la segunda parte del 252 del Proyecto de Gollena y se impone como una consecuencia del 371 del nuevo Código.

Queda, pues, aprobado y pasa á ser el 393 del nuevo Código.

El Sr. Escudero expone que hay tres casos en los que no puede ser necesaria, dado el supuesto del artículo que acaba de aprobarse, la autorización del consejo de familia, so pena de ponerla frente á frente de la ley, de la autoridad judicial ó de la justicia. Esos tres casos son el de providencia judicial, el de derecho anterior de tercero y el de expropiación forzosa por causa de utilidad pública (1). Así propone se diga: *La autorización no será necesaria cuando la enajenación se haga á virtud de providencia judicial y por derecho anterior de tercero ó por expropiación forzosa.*

La proposición es aceptada y queda como art. 394 del nuevo Código.

El Sr. Méndez manifiesta que en el art. 375 del nuevo Código se previó el caso de que el tutor fuese coheredero ó comunero con el menor. ¿Qué hacer, si se trata de

(1) Gollena, *Proyecto* art. 233.

una cosa ó herencia común entre el menor y un extraño?

O provoca la partición el tutor ó la persona extraña. Si lo segundo, parece al que habla que se está en el caso del artículo que acaba de aprobarse; pero si lo primero, el exponente opina con Gollena que, siendo entonces voluntaria la partición por parte del tutor que la provoca y como cosa de algún momento, conviene á los intereses del menor la autorización del consejo de familia (1). Así propone se diga: *Será necesaria la licencia del consejo de familia para la partición de una cosa ó herencia común, cuando no la provoque otro tercero que tenga derecho para ello. La partición ha de ser judicial, previos el inventario y tasación de las fincas ó bienes.*

La redacción es aprobada y queda como art. 395 del nuevo Código.

El Sr. Escudero hace presente á la Comisión, que nada se ha resuelto con respecto al art. 256 del Proyecto Sierra, relativo al caso de que el tutor quisiera retirar un capital del menor, que estubiese produciendo intereses. El argumento expuesto por el Sr. Lacunza para suprimir ese texto en el nuevo Código (2), no parece al que habla convincente, pues no se trata de colocar el dinero del pupilo, sino de retirar el dinero ya colocado, para emplearlo tal vez en alguna empresa insegura. Cree, en consecuencia, que no está por demás prever esa hipótesis. Así es que propone se incluya dicho artículo en el nuevo Códi-

(1) Gollena, *Proyecto*, art. 238.
(2) Véase *supra* pág. 390.

go, bajo la siguiente forma: *También necesita el tutor la autorización del consejo de familia, para retirar un capital del menor, que le está produciendo intereses.*

Se acepta el artículo, y pasa á ser el 396 del nuevo Código.

El Sr. Méndez manifiesta que, para asegurar mejor el cumplimiento del art. 370 por parte del tutor, estima conveniente que los pagos que se le hagan de más de mil pesos y que no procedan de rentas, intereses ó venta de frutos, no sean válidos, si ellos se verifican sin intervención del protutor. En consecuencia propone se diga *Será necesaria la intervención del protutor, cuando los deudores del menor paguen más de mil pesos, 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. 370.*

La proposición es aceptada y queda como art. 397 del nuevo Código.

El Sr. Escudero propone se agregue, de acuerdo con la idea del Sr. Mendez: *El pago hecho al tutor contra lo prevenido respectivamente en los artículos anteriores, no libera al deudor.*

La proposición es aceptada y queda como art. 398 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 268): *El tutor tiene derecho á una retribución sobre los bienes del menor, que podrán fijar el padre ó la madre en su testamento, y en su defecto el consejo de familia. En ningún caso bajará la retribución del cuatro, ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes.*

Es el art. 253 del Proyecto de Gollena, que lo motiva, diciendo: «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 (l.33 §3, tít. 7, lib. 26 del Digesto). Esta ley usaba de la delicada expresión *solatium*, en lugar de *salario: nisi ab eo, qui eum* (tutorem) *dat, certum solatium ei constitutum est.*

«La ley 3, tít. 3, libro 4 del Fuero Juzgo, trasladada á la 2, tít. 7, lib. 3 del Fuero Real, señaló al tutor la décimal parte de los frutos de los bienes del pupilo, para estimularle á la diligencia y economía, *ut non hæc, quæ debet minoribus reservare, nimis evertat expensis*, no en renumeración de su trabajo: los autores entendieron la palabra *frutos* de dicha ley en el sentido del art. 399, que equivale al de *rentas líquidas* de este 253.»

El art. 268 del Proyecto Sierra es aceptado por la Comisión y queda como art. 399 del nuevo Código.

El Sr. Méndez hace observar que el artículo acabado de aprobar trata, á no dudarlo, de la remuneración ordinaria del tutor, para lo cual se fijan un mínimun y un máximun. Pero es necesario y justo prever también el caso de que el tutor aumente extraordinariamente los bienes del pupilo, ya sea aumentándolos con su industria ó diligencia, ora libertando los existentes de gravámenes antiguos ó desembarazándolos de pleitos intrincados y difíciles. En ese caso el que habla, cree que debe señalarse al tutor una remuneración extraordinaria, además de la ordinaria que se ha fijado, lo cual servirá para estimular á los tutores á hacer productivos los bienes que se les entreguen.

El Sr. Escudero está de acuerdo con el Sr. Méndez: pero desearía que el artículo sobre este punto se restringuiese dentro de límites precisos, para no dar lugar á abusivas interpretaciones, tomandose por trabajos extraordinarios, dignos de una recompensa extraordinaria también, los que no eran sino la gestión ordinaria y obligatoria del tutor. Así el que habla opina por que no se considere como un servicio extraordinario que el tutor defienda en juicio los bienes del pupilo, porque esto no es sino su deber. En el mismo sentido opina en cuanto al aumento de bienes por herencia ó donación ó por acumulación de propuctos.

El Sr. Méndez declara estar de acuerdo con lo expuesto por el Sr. Escudero, pues su idea es solamente que se recompense de una manera extraordinaria; pero fijada de antemano por el Código, para evitar arbitrariedades, el verdadero y positivo aumento de los bienes del pupilo. Propone la siguiente redacción:

Cuando el tutor, por su industria ó diligencia, aumente los bienes del menor, haciendo entrar en ellos, en fincas ó capitales, fondos nuevos que no eran poseídos ni litigados antes de la tutela, y que no procedan de herencia ó donación posterior, ni de productos acumulados de los bienes del menor, tendrá el tutor una remuneración de veinte por ciento sobre los valores que hayan llegado á entrar efectivamente en los bienes del menor, sin perjuicio de la que le corresponda por las rentas de los mismos bienes..

La redacción es aprobada y queda como art. 400 del nuevo Código.

INDICE.

La verdad histórica sobre la formación del Código Civil. (Carta del Sr. Lic. Don Luis Mendez á los redactores del Foro)..... 9 á 29

Carta del Sr. Lic. Don Luis Méndez al Lic. Agustín Verdugo ..... 29 á 33

De la ley y sus efectos con las reglas generales de su aplicación

PROMULGACIÓN DE LA LEY (art. 1 del nuevo Código.

DISCUSIÓN:

Señores: Lacunza
Ramírez
Terán
Escudero..... 37 á 39

RETROACTIVIDAD DE LA LEY (art. 2.)

Proposición del Sr. Méndez..... 39 á 40