

SECCION II.—*De la administración de los bienes.*

§ I.—DE LAS OBLIGACIONES DEL TUTOR CUANDO
ENTRA EN FUNCIONES.

6. El art. 418 dice: «El tutor, desde el día del nombramiento, obrará y administrará con aquella calidad, si dicho nombramiento tiene lugar en su presencia; si no, desde el día en que se le notifique el nombramiento.» La notificación se hace á diligencia de un miembro del consejo, designado á este efecto; debe hacerse dentro de los tres días de la deliberación, á más un día por tres miriámetros de distancia entre el lugar en donde se celebró la asamblea y el domicilio del tutor (Código de procedimientos, art. 882).

El código no habla del tutor legal; de esto se ha inferido que entra en funciones desde el día en que se abre la tutela: él no puede ignorar, dice Troplong, la ley que le discierne el cargo (1). Ciertamente que no, pero muy bien puede ignorar que ha quedado abierta la tutela. ¿El tutor legítimo podrá entrar en funciones el día en que se abra la tutela, si se encuentra en los Estados Unidos y la tutela se abre en Francia? Administrar es un asunto de hecho, que supone antes que todo la posibilidad de hacerlo; hay, pues, que colocarse en la realidad de las cosas, y ver desde que momento el tutor puede administrar. Ahora bien, es claro que no puede hacerlo antes de que tenga conocimiento de la delación de la tutela. Lo mismo pasa con el tutor testamentario. Queda por saber si se necesita una notificación para ponerle en conocimiento de que se le ha discernido la tutela. La ley no lo exige y únicamente el legislador habría podido designar la autoridad que hiciese la notificación, determinar los plazos dentro de los cuales debe de hacerse. En el silencio de la ley, una sola causa puede exigirse, y es

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 432, pfo. 110, y los autores que él cita.

que el tutor legal ó testamentario haya sabido la apertura de la tutela y que se encuentre en aptitud de administrar (1).

La cuestión de saber cuál es el momento preciso en que el tutor entra en funciones era muy importante, bajo el imperio del código civil, supuesto que la hipoteca legal del menor se comenzaba á contar desde aquel momento (art. 2194.) Según la ley hipotecaria belga, la hipoteca del menor debe inscribirse y no tiene rango, sino desde el momento de la inscripción.

Núm. 1. *Especialización de la hipoteca legal del menor.*

7. La ley hipotecaria belga, somete la hipoteca legal del menor á los principios de la especialidad y de la publicidad. La ley encarga al consejo de familia que especialice la hipoteca, fijando la suma por la cual se inscriba, y designando los inmuebles en que radique la hipoteca. Siendo esencial esta deliberación del consejo para la conservación de los derechos del menor, la ley quiere que el consejo se reúna antes de que el tutor entre en gestión (art. 49), luego debe ser lo más inmediatamente que sea posible, después de la apertura de la tutela. Nosotros no hacemos más que establecer el principio; el lugar de la materia está en el título de las hipotecas.

Núm. 2. *Del inventario.*

I

8. El artículo 451, estableció que: «Dentro de los diez días que sigan al de su nombramiento, debidamente o-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 432, pfo. 110, y los autores que ellos citan.

municado, el tutor requerirá que se levanten los sellos, si se han fijado y hará que se proceda inmediatamente al inventario de los bienes del menor, en presencia del subrogado tutor.» Según los términos del art. 819, los sellos deben ponerse al abrirse una sucesión y cuando hay menores entre los herederos. Como la primera apertura de la tutela se verifica al morir uno de los padres, podría creerse que los sellos deben ponerse siempre. Pero el código de procedimientos ha venido á derogar el civil; el sello no debe fijarse sino cuando el menor se halla sin tutor; ahora bien, regularmente el menor tiene un tutor, supuesto que el superviviente de los padres es tutor legal. (Cód. de proc. arts. 910-911).

9. El inventario es un acto notariado que contiene la enumeración, la descripción y el avalúe de los bienes muebles del menor; las deudas están así legalmente relatadas. En cuanto á los inmuebles, la costumbre es mensionarlos; pero sin describirlos ni justipreciarlos. El código civil abarca á los inmuebles en la expresión general de bienes del menor. Pero el art. 943 del código de procedimientos que detalladamente enumera lo que debe contener el inventario, no habla de los inmuebles. El inventario es necesario sobre todo para los muebles, notablemente para los títulos; previene la desviación de éstos; este riesgo no es de temerse con los inmuebles, supuesto que el propietario puede siempre reivindicarlos, mientras que la reivindicación de los muebles, no se admite en derecho francés (art. 2279) (1.) El inventario es también la base de la cuenta que el tutor tiene que rendir al término de su gestión. Por último, desde el principio de la tutela, el consejo de familia debe conocer la fortuna del menor, en primer lugar para especializar la hipoteca legal que tiene sobre los bienes del

1 Demolombe, "Curso de código Napoleón," t. 73, p. 331, número 546.

tutor, y en segundo lugar para fijar la cifra de los gastos anuales del pupilo. (Ley hipotecaria, art. 49, y código civil, art. 454).

El artículo 451 parece que constituye una obligación en todo tutor que proceda al inventario de los bienes del menor, dentro de los diez días que siguen al de su nombramiento. Es porque el código supone que la tutela acaba de abrirse, que el menor sucede á sus padres, y que, por consiguiente, deben constar sus bienes. Si el tutor es reemplazado por un nuevo tutor, en caso de excusa, destitución, ó en caso de muerte, no hay lugar á proceder á un inventario, supuesto que ya existe uno. La cuenta que debe presentarse al nuevo tutor hará las veces de inventario. No obstante, esto supone que existe un inventario hecho cuando se abre la tutela. Si el antiguo tutor hubiese desatendido el llenar esta formalidad esencial, el nuevo tutor debería proceder á llenarla; la cuenta no hace veces de inventario, porque no presenta las mismas garantías, se hace sin intervención de un oficial público y sin prestar juramento (1).

La disposición del art. 451 es general, en el sentido de que todo tutor que comienza la gestión de la tutela debe hacer inventario, hasta el superviviente de los padres. Para decirlo mejor, es á él, sobre todo, á quien incumbe tal obligación, porque regularmente él es el que administra en primer lugar la tutela. Ciertamente es que el código supone que el tutor es dativo, supuesto que dice que el inventario debe hacerse dentro de los diez días que se siguen al nombramiento del tutor; esta expresión no se emplea sino hablando del tutor elegido por el consejo de familia. Pero los principios no dejan duda alguna acerca del sentido de la ley. Las reglas de la tutela son todas generales por naturaleza, y por consiguiente, se aplican á todo tutor; cuando

1 Aubry y Rau, t. 1^o, p. 433, y los autores que ellos citan.

el legislador quiere hacer una excepción respecto al padre ó la madre, lo expresa. Luego por el hecho solo de que no establece excepción en el art. 451, los padres están comprendidos en la ley (1).

10. ¿El testador puede dispensar al tutor de la obligación de hacer inventario? Creemos que la negativa es evidente. ¿Por qué la ley prescribe el inventario? Porque es una garantía para el menor; y todas las garantías que la ley establece por interés de los incapaces son de orden público, y por lo tanto, no es permitido derogarlas (art. 6). El inventario se refiere también á las buenas costumbres, porque su objeto es prevenir las desviaciones, es decir, un hecho inmoral; y no pueden derogarse las leyes que interesan á las buenas costumbres. Esto es suficiente para resolver la cuestión. Se objeta que el testador podría si no hay herederos reservatarios, dar todos sus bienes al tutor; con mayor razón, dicese, puede él dispensarlo de rendir cuentas; porque el que puede lo más, puede lo menos. Esta es una de esas máximas banales que se aplican á diestra y siniestra. Sin duda que el que puede lo más, puede lo menos, cuando no hay ninguna razón de diferencia entre lo más y lo menos, cuando lo menos está comprendido en el mismo orden de ideas que lo más; pero cuando lo menos pertenece á otro orden de principios, el adagio no es aplicable. El testador puede dar todos sus bienes al tutor, porque éste es el derecho del propietario. Pero nadie puede derogar leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, luego el testador no puede dispensar al tutor de hacer inventario. Aquí no se trata de un *menos*, sino de un orden de cosas totalmente diferente. En el legado que el testador hace al tutor, el orden público y las buenas costumbres están fuera de la cuestión; mientras

1 Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 357, nota 1. Demolombe, t. 7º, p. 332, núm. 547.

que en la dispensa de inventario, se violan el orden público y las buenas costumbres. Creemos inútil insistir en esta controversia; á nuestro juicio, es una de las que deberían desaparecer de la ciencia del derecho (1).

11. ¿Cuál es el efecto de la falta de inventario? Se contesta que el menor podrá probar la consistencia y el valor de los efectos no inventariados por todo género de prueba, principalmente por testigos y por la fama pública. En cuanto á la prueba testimonial, no hay duda alguna, porque es la aplicación del derecho común: según el art. 1348, el acreedor puede invocar la prueba por testigos toda vez que no le ha sido posible procurarse una prueba literal de la obligación que con él se contrajo. Tal es, en verdad, la posición del menor; no sólo no ha podido procurarse una prueba literal, sino que por culpa del tutor, por la violación de un deber que á éste impone la ley, el menor se halla en la imposibilidad de rendir prueba de la consistencia de sus bienes. Luego puede recurrir á los testimonios. ¿Puede también rendir prueba de sus bienes por la fama pública? Esto es dudoso. Esta prueba es totalmente exorbitante del derecho común; luego es una excepción en toda la fuerza de la palabra; y las excepciones ameritan un texto. Marcadé dice que la fama pública es de derecho común (2). Cuando la prueba testimonial, dice él, es admisible, el juez puede admitir ciertas presunciones; luego puede fundarse en un *se dice*. Esto es confundir dos pruebas esencialmente diferentes. Las presunciones son un razonamiento que hace el magistrado derivando una consecuencia de un hecho

1 Demolombe, t. 7º, p. 333, núms. 548 y 249; Demante, t. 2º, página 276, núm. 208, bis 5º; Masé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 437, nota 7; Aubry y Rau, t. 1º, p. 437, nota 15. En sentido contrario, Marcadé, t. 2º, p. 424, art. 451, núm. 5; Durantón, t. 3º, núm. 538; Toullier, t. 2º, núm. 1198.

2 Marcadé, t. 2º, p. 241, art. 451, núm. 711. Esta es la opinión común (Aubry y Rau, t. 1º, p. 436, y nota 6).

desconocido. Luego hay un hecho desconocido, cierto, en el cual se haya el juez. Mientras que cuando se recurre á la fama pública, todo es desconocido; y se prueban estos hechos desconocidos por la más vaga y peligrosa de todas las pruebas, por simples *diceres*, es decir, por rumores que las más de las veces no tienen fundamento alguno. El legislador admite la fama pública, cuando el que sobrevive de los cónyuges, común en bienes, no hace inventario (artículo 1442); por analogía, habría debido admitirla también en favor del menor; pero no lo ha hecho, y nos parece difícil que una excepción se extienda por vía de analogía.

Cuando el superviviente de los padres es el que no ha hecho inventario, la ley establece otras sanciones muy rigurosas. Como estas son independientes de la tutela, las trataremos en el título del *contrato de matrimonio*, que es el verdadero lugar de la materia (art. 1442).

II.

12 El art. 451, segundo inciso, dice: «Si el menor debe algo al tutor, éste deberá declararlo en el inventario, bajo pena de prescripción, y esto, á requerimiento que el oficial público estará obligado á hacerle, y de que se hará mención en el acta.» Esta es una medida de desconfianza contra los tutores de mala fe. Se supone que el crédito está extinto y el finiquito existe en los papeles del menor. Si este saldo no estuviere inventariado, el tutor podría suprimirlo y reclamar nuevo pago de lo que ya ha recibido. La declaración exigida por el código previene este fraude: el tutor no se atreverá á llamarse acreedor, siendo así que el saldo de su cuenta podrá encontrarse en los papeles de los cuales va á hacerse inventario. Esta disposición que se dirige contra la mala fe podría comprometer á los tutores honrados que ignoran la ley. Por esto es que la ley quiere

que el notario les haga una interpelación. Este requerimiento es lo que justifica el rigor de la ley. Caduca el crédito del tutor si él no lo declara; ninguna excusa tiene si, interpelado por el oficial público, contesta que nada se le debe. El mismo pronuncia la caducidad; porque su respuesta es una confesión, y ésta, aunque hecha extrajudicialmente, tiene en este caso un carácter solemne que permite darle fe plena.

Infiérese que no se incurre en la caducidad si el notario no se hace el requerimiento prescripto por la ley. Precisamente para justificar la caducidad es por lo que los autores del código han exigido una interpelación del oficial público (1); no todos los tutores son legistas, y el adagio que debe subententarse que nadie ignora la ley no tiene aplicación sino respecto á las leyes de interés general. La doctrina (2) y la jurisprudencia (3) están de acuerdo en este punto. Si el notario no requiere al tutor, comete una falta, y es el responsable. Esto no quiere decir que si el tutor reclama contra el pupilo un crédito que no se declaró en el inventario, el menor tenga por sólo este hecho una acción de daños y perjuicios contra el notario. El crédito puede ser verdadero y no haberse nunca solventado; luego el tutor así lo habría declarado si á ello hubiese sido requerido. En este caso el menor no sufre ningún daño, y cuando no existe daño causado por una falta, no hay lugar á indemnización. Para que el menor pueda pedir al tutor indemnización al notario, precisa que pruebe que el crédito cuyo pag

1 Discurso de Huguot, orador del Tribunado, núm. 25 (Loeré, t. 3º, página 425).

2 Véanse los autores citados, en Aubry y Rau, t. 1º, página 337, nota 14.

3 Pau, 6 de Agosto de 1831 (Dalloz, en la palabra *leyes*, número 250, 4º), y Nancy, 23 de Junio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 841).

ha exigido el tutor estaba extinto cuando se formó el inventario, y que el tutor es insolvente (1).

13. ¿Qué es lo que el tutor debe declarar? El art. 451 contesta á la pregunta: «Lo que el menor le debe.» Luego, en principio, se necesita que el tutor declare la cifra exacta del crédito que tiene contra su pupilo. Esto supone la liquidación del crédito. Si nó está liquidado, si se trata de una cuenta que no está terminada ¿se inferirá que el tutor al no poder hacer declaración exacta, no está obligado á hacerla? La corte de Nimes ha resuelto, y con razón, que los créditos no liquidados deben declararse, porque la ley no distingue, y no había lugar á distinguir (2). Pero, en este caso, no se puede exigir que el tutor declare exactamente lo que se le debe. La corte de Rouen ha admitido la validéz de una declaración que decía que se le debían al tutor 808 francos, *poco más ó menos*. Más tarde el tutor reclama aún una suma de 2959 francos (3). Infundadamente se ha criticado tal desición (4); porque no sólo se funda en la equidad, sino que es muy jurídica. Nadie está obligado á lo imposible; mientras que no esté liquidada una cuenta, el tutor se halla en la imposibilidad absoluta de precisar el monto de su crédito, y no obstante, la ley lo obliga ha declararlo; desde ese momento hay que conformarse con un avalúo aproximativo. Cuando el crédito es líquido, el tutor debe hacer una declaración exacta y no podrá reclamar más allá de lo que ha declarado.

14. Se pregunta si el tutor sería admitido á probar que el crédito que él no ha declarado existía y que no ha sido pagado. Ordinariamente se contesta que la ley establece

1 Duceauroy, Bonnier y Roustain, "Comentario," t. 1º, p. 407, número 651.

2 Nimes, 29 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852. 5, 547, núm. 4).

3 Rouen, 17 de Agosto de 1830 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 417).

4 Demolombe, "Curso de código Napoleón, t. 7º, p. 345, núm. 564.

una presunción de fraude, y que sobre esta presunción deniega la acción judicial; que hay, pues, lugar á aplicar el artículo 1352 que no admite en este caso, prueba contraria, salvo el juramento y la confesión (1). Creemos que es más verdadero decir que la ley se funda en la confesión del tutor para decidir que jamás ha sido acreedor ó que ha cesado de serlo. Luego por analogía, deben aplicarse los principios que rigen la confesión judicial; el tutor ya no puede arrepentirse de su confesión, á ménos que pruebe que se hizo por un error de hecho (art. 1356). Así, pues, el crédito provenía de una sucesión á la que era llamado el tutor, y él ignoraba que estuviese abierta, ó ignoraba que hubiese tal crédito. El, en este caso, podrá retractarse de su confesión. Hay más, hay que decir que el tutor, ignorante del crédito que tiene contra su pupilo, está en la absoluta imposibilidad de hacer la declaración prescrita por el código; y á lo imposible nadie está obligado. En realidad, no estamos en la hipótesis prevista por la ley, porque no hay fraude ninguno que temer.

Núm. 5. De la venta de los muebles

15. El art. 452 dice que: «en el mes que siga á la clausura del inventario, el tutor mandará vender todos los muebles que no sean los que el consejo de familia lo haya autorizado á conservar en su propia naturaleza.» Resulta del texto que acabamos de transcribir, que la ley ordena la venta de todos los muebles que pertenecen al menor; luego no es un derecho lo que concede al tutor, sino una obligación la que le impone. El código quiere que se vendan los muebles, porque se deterioran y se deprecian por el transcurso sólo del tiempo, y porque son inútiles al menor durante el período de la minoría. Importa, pues, realizar in-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 437, nota 13, y los autores que ellos citan.

mediatamente el valor de aquellos. De esta manera, el menor volverá á encontrar al término de la tutela el capital aumentado con los intereses; mientras que si los muebles se conservaran en su propia naturaleza, el menor tendría un mobiliario deteriorado, depreciado y fuera de uso. La ley admite, sin embargo, una excepción; ella permite al consejo de familia que autorice al tutor á conservar en su naturaleza ciertos muebles. Tales serían los muebles necesarios al pupilo, ó que vendrían á serle necesarios, una biblioteca, por ejemplo; tales serían también colecciones de arte que sólo pueden aumentar de valor. ¿Por qué el código hace intervenir al consejo de familia? Porque el tutor podría ser bastante falto de delicadeza para guardarse algunos objetos mobiliarios, á fin de utilizarlos. Aquí se presenta una oposición de intereses entre el tutor y el menor; desde ese momento no era posible atenerse á la decisión del tutor.

16. ¿A qué muebles se aplica la disposición del artículo 452? El art. 533 da una definición de la palabra *mueble*, cuando se emplea sola en las disposiciones de la ley. Esta definición no es aplicable, art. 452. No puede decirse que la palabra «muebles» esté empleada sola en este artículo; en él se halla tomada por oposición á los inmuebles del menor que no deben venderse. Basta, por otra parte, leer el art. 533, para convencerse de que no es posible aplicarlo á la tutela; «la palabra *muebles*, dice la ley, no comprende á los caballos y á los equipajes.» Luego habría que conservar estos objetos de lujo, enteramente inútiles para el menor, mientras que el buen sentido dice que esos muebles son precisamente los que deben venderse (1).

El art. 452 habla de muebles en general; ¿quiere esto decir que deba aplicarse á los muebles inmateriales, á los créditos, á las acciones ú obligaciones en las compañías mer-

1 Valette sobre Proudhon, t. 2º, p. 373, núm. 4.

cantiles ó industriales? No; porque si bien es cierto que cuando la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, también lo es que este principio, como la mayor parte de los adagios jurídicos, no es absoluto. Debe distinguirse cuando el mismo motivo en el cual se funda la ley implica la necesidad de una distinción (1). ¿Por qué el código prescribe la venta de los muebles? Porque se deterioran y se deprecian por efecto del tiempo. Esto supone bienes materiales, porque los títulos no se gastan con el tiempo y no pierden un átomo de su valor. El legislador lleva por objeto conservar al menor el capital de sus efectos muebles; cuando se venden los muebles, su valor queda impuesto. Ahora bien, los créditos constituyen una imposición. ¿No sería un absurdo vender capitales impuestos, para imponer de nuevo el precio proveniente de la venta? Ninguna duda hay acerca de este punto (2).

17. Se pregunta si el tutor necesita de la autorización del consejo de familia para vender los muebles del menor. La cuestión está mal planteada, porque implica que el tutor tiene derechos á vender, lo que vendría á parar en resolver que también tiene el derecho de no vender; la ley dice, al contrario, que el consejo de familia es el que autoriza al tutor para que conserve en su propia naturaleza ciertos muebles. Luego no debe decirse, como Demolombe, que al tutor corresponde vender todos los muebles, salvo que proponga el consejo de familia conservar algunos de ellos. Menos aún es cierto que el consejo no puede exigir la conservación de ciertos muebles. (3) El texto y el espíritu de la ley subordinan en esto el poder del tutor á la autoridad del consejo de familia. El consejo es el que decide cuáles muebles deben conservarse. Por lo tan-

1 Véase el tomo 1º, de mis "principios" núm. 278.

2 Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 372, núm. 3.

3 Demolombe, t. 7º, p. 353, núm. 475, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 426.

to, antes de vender, el tutor debe consultar al consejo, por que de lo contrario podría acontecer que el tutor vendiese muebles que el consejo habria deseado conservar.

18. ¿El testador que lega algunos muebles al menor, puede dispensar al tutor de la obligación de vender los muebles? Creemos que la afirmativa es evidente. La venta ó la conservación de los muebles no es una cuestión de orden público; si se trata de muebles pertenecientes al menor cuando se abrió la tutela, el consejo de familia debe decidir; prueba de que ésta no es una cuestión de utilidad. Y si el testador quiere que los muebles se conserven en su naturaleza propia, tiene derecho á ello. Aquí si es oportuno decir: quien puede lo más, puede lo menos, porque el objeto del debate es un interés pecuniario en lo *menos* como en lo *más*. Así, pues, no se nos puede oponer la opinión que hemos emitido acerca de la dispensa de la obligación de hacer inventario; en este último caso, el orden público y las buenas costumbres están interesadas, mientras que la conservación de los muebles es exclusivamente de interés privado. Supongamos que la dispensa de vender sea desventajosa al menor; de ello resultará que el legado le será menos provechoso; ahora bien, el que puede legar un valor de mil francos, puede también no legar más que quinientos (1).

19. El tutor debe vender los muebles en el mes que sigue á la clausura del inventario (art. 452). ¿De esto ha de inferirse que el tutor no puede vender cuando ha espirado el plazo? La obligación de vender los muebles subsiste siempre porque el interés del menor exige que se vendan los muebles. La tardanza que pone el tutor para vender no lo descarga, pues, de su obligación, al contrario lo remite

1 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 429, nota 23. En sentido contrario, Aubry y Ruau, t. 1º, p. 429, nota 26; Demolombe, t. 7º, p. 353, núm. 579.

á indemnización si la tardanza ha causado un perjuicio al menor. Pero la tardanza sola no prueba que el menor haya sido perjudicado. La tutela se abre en el mes de Marzo; hay terrenos que deben cultivarse en espera de la estación en que puedan arrendarse ¿se irán á vender los instrumentos de labranza y el ganado? La corte de Douai ha fallado, en justa razón, que en estas circunstancias el tutor procedía como buen padre de familia, aplazando la venta hasta la época en la cual aquellos objetos pueden venderse ventajosamente (1).

«La venta, dice el art. 452, debe hacerse, en presencia del subrogado tutor, en pujas recibidas por un oficial público, y en virtud de los anuncios ó de las publicaciones que mencionará el acta.» ¿Además de tales formalidades, deben seguirse las que el código de procedimientos prescribe para la venta judicial de los muebles? La cuestión es debatida conforme al rigor de los principios, debe resolverse que la disposición del art. 452, como es especial, no ha sido derogada por las leyes generales del procedimiento (2).

20. Si el tutor no vende los muebles, será responsable del perjuicio que por ello se siga al menor, porque falta á una obligación que le impone la ley en interés del pupilo. Pero, ¿cual será el derecho del menor? Se contesta que él es libre para escoger, entre recobrar los muebles en su propia naturaleza con indemnización, ó reclamar la justificación conforme á inventario (3). La ley no da esta libertad de escoger al menor; luego la cuestión debe resolverse según los principios. Ciertamente es que el menor sigue siendo pro-

1 Sentencia de Douai, de 26 de Mayo de 1823, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 3 de Diciembre de 1824 (Daloz, en la palabra *minoría* núm. 427).

2 Véanse los autores que han resuelto la cuestión en sentido diverso, en Demolombe, t. 7º, p. 356, núm. 581.

3 Demolombe, "Curso de código Napoleón," t. 7º, p. 333, número 584.

pietario, no habiendo tenido por objeto el avalúo del inventario, ni por efecto, trasladar la propiedad de los muebles al tutor. Por lo tanto, debe decirse, no que el menor tiene derecho á reclamar sus muebles, sino que éstos son suyos, y, en consecuencia, no puede abandonarlos al tutor. Todo lo que contra éste puede pedir, es la separación del perjuicio que ha sufrido por la falta de venta. ¿En qué consiste dicho perjuicio? Hay que comparar el valor que tienen los muebles, al término de la tutela, con el valor que tenían cuando se formó el inventario; la diferencia al menos constituye un primer daño sufrido por el menor. Además, si se hubiese hecho la venta, el menor se habría aprovechado de los intereses, este es un segundo perjuicio que él sufre. No obstante, debe tenerse en cuenta el uso que el menor puede haber hecho de los muebles. Luego es posible que la conservación del mobiliario no haya causado ningún daño al menor, en este caso, no tiene derecho á indemnización; porque la cuestión se reduce á indemnización, puesto que la ley no ha resuelto á lo que se haya obligado el tutor que no vende los muebles; así es que no puede tratarse de intereses legales. Aun cuando el tribunal condenase al tutor al pago de intereses, no estaría obligado á condenarlo á los intereses legales, porque los intereses no son debidos sino á título de indemnización, y como la obligación tiene por objeto no una suma de dinero, sino algunos muebles, no hay lugar á aplicar las reglas sobre la tasa del interés legal; el juez fijará el monto de los intereses según el perjuicio ocasionado al menor (1).

21. El consejo de familia ha autorizado al tutor para que conserve ciertos muebles. ¿Puede venderlos luego sin nueva autorización? La cuestión es debatida. Nosotros creemos con Proudhon que el tutor carece de todo derecho.

1 Sentencia de la corte de casación, de 9 de Julio de 1866 (Daloz, 1866 I, 385).

El sistema del código es muy sencillo: impone al tutor una obligación, pero no le da ningún derecho. El tutor está obligado á vender todos los muebles, salvo aquellos que el consejo de familia le autorice á que guarde. Cuando ha vendido los muebles, salvo aquellos que está autorizado á conservar, su obligación está cumplida, y de derecho ya no tiene ninguna. Al consejo de familia es al que la ley da un derecho: él es el que autoriza á guardar ciertos muebles; cuando ha dado dicha autorización, el tutor no puede ya venderlos, á menos que el consejo corrija su deliberación (1).

II.

22. El padre y la madre que tienen el usufructo legal están dispensados de vender los muebles que pertenecen al menor y de que ellos disfrutan (art. 453). Esta es la aplicación del derecho común; el usufructuario que tiene el derecho de disfrutar no está forzado á vender. El que sobrevive de los padres podrá, pues, conservar los muebles, y restituirlos en su propia naturaleza al finalizar el usufructo. Si él no los entrega en especie, pagará su valor estimativo. A este efecto, la ley quiere que el padre usufructuario mande hacer á un perito una justipreciación, perito que será nombrado por el subrogado tutor y que prestará juramento ante el juez de paz. ¿Por qué el código prescribe esta nueva estimación, siendo así que los muebles han sido ya estimados en el inventario? El art. 453, al decir que el valúo se hará á *justo precio*, no indica el objeto de esta segunda estimación; la primera que se hace al formar el inventario, rara vez tiene una exactitud rigurosa, porque debiendo venderse los muebles al mejor postor, poco importa el precio en que se hayan valorizado. Mientras que el avalúo que el usufructuario debe hacer es de

1 Proudhon, t. 2º, p. 377, Demante, t. 2º, p. 290 núm. 220, *bis* 5. En sentido contrario, Valette sobre Proudhon, t. 2º, p. 379, núm. 1.

una importancia capital para el menor, supuesto que dicho avalúo será el que se le pague si no se restituyen los muebles en su propia naturaleza (1).

El usufructo legal cesa cuando los hijos han llegado á los diez y ocho años de edad (art. 318). ¿Quiere decir esto que, después de la extinción del usufructo, el que sobreviva de los padres queda dispensado de la obligación de vender los muebles del menor? El art. 453 contesta la pregunta, al decir que los padres están dispensados de vender los muebles, en *tanto que tengan* el goce propio y legal de los bienes. En consecuencia, el padre tutor deberá vender al finalizar el usufructo los muebles de los menores, salvo los que el consejo de familia autorice á que se conserven en su propia naturaleza.

Nosotros hemos supuesto que el art. 453 aplica al padre usufructuario los principios del derecho común. Esto es debatido. Nosotros citamos para el título de la *Patria potestad* (núm. 329, t. 4°).

Núm. 4. Reglamento del presupuesto de la tutela.

1. Gastos de sostenimiento y de educación.

23. «En el momento de abrirse la gestión de toda tutela, el consejo de familia normará por cálculo, y según la importancia de los bienes regidos, la suma á que podrá elevarse el gasto anual del menor (art. 454)». Regularmente, como lo indican estas palabras *según la importancia de los bienes regidos*, el gasto anual del pupilo debe proporcionarse á sus rentas, y el egreso debe ser menor que el ingreso. No obstante, si la educación del menor lo exige, el consejo puede autorizar al tutor para que tome algo del capital. Lo que sobre todo importa al pupilo, es

1 Valette acerca de Proudhon, t. 2°, p. 373, núm. 4.

su educación, el mejor y más seguro de los capítulos. De este modo se decidía en el antiguo derecho. Un tutor, dice Pothier, puede ser autorizado, á un aviso de los parientes, á tomar de los fondos del menor con que enseñarle á aprender un oficio, ó señalarle un maestro, ó conseguirle un empleo militar, ó hacer que ascienda en grado. Tal es también la opinión unánime de los autores modernos (1). Lo que decimos de la educación se aplica también al sostenimiento, en el sentido de que si las rentas del menor no son suficientes para sostenerlo, el tutor podrá, y aún deberá tomar del capital, porque es preciso que el menor viva. Se ha fallado que el tutor podía emplear los capitales en el sostenimiento del menor, «sin que por ninguna ley esté obligado á recurrir á la previa autorización del consejo de familia» (2). La sentencia está en oposición con el texto del art. 454, que exige que el consejo de familia determine el monto del gasto anual del menor. Tal es la marcha regular que el tutor, debe seguir, sobre todo cuando quiere tomar algo de los fondos del pupilo.

¿Quiere decir esto que, si el tutor no ha hecho que se norme la cifra del gasto por el consejo, no puede cargar en cuenta lo que ha gastado en el sostenimiento y en la educación del menor? No, porque el art. 47, dice que se obonarán al tutor todos los gastos cuyo objeto sea útil; y el gasto de que se trata es más que útil, es necesario.

¿Cuál es, pues, el objeto que prescribe el art. 454? El de prevenir toda dificultad acerca del monto de los gastos. Siempre hay un más ó un menos en los gastos útiles, y hasta en los necesarios; si el tutor no ha consultado al consejo, podrán suscitarse disputas sobre la cifra del gasto; la

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 183. Durantón, t. 3°, página 347, núm. 559. Toullier, t. 2°, p. 241, núm. 110. Demolombe, t. 7°, p. 332, núm. 601.

2 Douai, 5 de Junio de 1846 (Daloz; en la palabra *minoría*, número 435.

ley previene estos pleitos haciendo que intervenga el consejo de familia desde que se inicia la tutela. De aquí no habría que inferir que el tutor está dispensado de rendir cuentas, cuando el consejo ha determinado el gasto anual. El tutor debe siempre rendir cuentas, porque debe justificar que realmente ha gastado lo que el consejo le ha autorizado á gastar. Por otra parte; el reglamento que se acuerda al abrirse la tutela, no se hace sino por simple cálculo, como lo expresa el art. 454.

Es imposible que el consejo prevea de antemano y por toda la duración de la tutela, el gasto que el tutor se halle en el caso de erogar. Si el tutor se ve en la necesidad de desviarse del reglamento adoptado por el consejo, obrará prudentemente dirigiéndose á éste. Aquí es el caso de decir con toda verdad que no hay texto alguno que á ello obligue al tutor; pero el espíritu de la ley exige ciertamente que el consejo llamado á fijar el presupuesto de los gastos sea también llamado á modificarlo.

24. Se admite que el consejo de familia puede contratar á destajo con el tutor los gastos para el sostenimiento del menor; quiere decir que el tutor alimentará, sostendrá al pupilo y le procurará educación por una suma alzada. Este pacto, dice Duranton, simplificará en mucho la rendición de cuentas (1). Tiene, pues, Duranton toda la traza de aconsejar esta especie de contrata. Es verdad que ningún texto la prohíbe, pero creemos evidente que es contraria al espíritu de la ley. El legislador evita escrupulosamente, y con razón, que los intereses del tutor se encuentren en conflicto con su deber; el legislador no quiere que el tutor compre los bienes de su pupilo, y tampoco que los tome en arrendamiento sin una investigación del consejo; desde el momento en que hay oposición de intereses entre el tutor

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. 3º, p. 548, núm. 560.

y el menor, el legislador hace que intervenga el subrogado tutor. Pues bien, el destajo que se recomienda para el sostenimiento del pupilo pondrá constantemente al tutor entre su interés y su deber; la gestión de la tutela vendrá á ser para él asunto de provechamiento, él querrá ganar en su negocio, y si el tutor gana, el menor pierde.

Nosotros creemos que semejante contrato se sale de los poderes del tutor y del consejo. Se comprende que el propietario haga un contrato aleatorio, pero no se concibe que el administrador disponga de los bienes que gestiona.

La corte de Grenoble, á la vez que admite la validez de un contrato por el cual se abandonaban al tutor todas las rentas del menor, con la obligación de proveer al sostenimiento de éste, ha resuelto que el tratado debería sufrir modificaciones, en el caso en que las rentas del pupilo aumentasen en cierta importancia ó cuando el menor prestase algunos servicios al tutor (1). Por esta sentencia se ve cuáles son los peligros del destajo. Conforme al rigor de los principios, deberá ser irrevocable como toda convención; la fuerza de las cosas y la equidad han obligado á la corte á derogar este principio elemental. Pero si el contrato no lo liga al menor, ya no es un contrato; el tutor podrá también arrepentirse de lo pactado. Esto equivale á decir que ya no habrá destajo. La jurisprudencia retrocede ante las consecuencias del contrato aleatorio: ¿no es esto una prueba de que semejante contrato es inadmisibile?

II. De los gastos de gestión.

25 El consejo norma también, al comenzar la tutela, la suma á la que podrá elevarse el gasto por la administración de los bienes del menor. ¿Puede abonar honorarios al tutor? La negativa la enseñan todos los autores (2). Dicha negati-

1 Grenoble, 3 de Febrero de 1866. (Dalloz, 4867, 2, 71).

2 Demolombe, t. 7º, núm. 610, p. 389, y los autores que cita.