

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 toda 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 hipotecatoria 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, establece 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 avalúo 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. 7º, 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 én 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. 1º, 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; Duranton, 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 ésto, 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 Disenso de Huguet, orador del Tribunado, núm. 25 (Loeré, t. 3^o, página 425).

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

3 Pau, 6 de Agosto de 1834 (Daloz, en la palabra *leyes*, número 250, 4^o), y Nancy, 23 de Junio de 1851 (Daloz, 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 no 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 Nîmes 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 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, "Comentario," t. 1º, p. 407, número 651.

2 Nîmes, 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).

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. 3. 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.