

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 serian los muebles necesarios al pupilo, ó que vendrian á serle necesarios, una biblioteca, por ejemplo; tales serian 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? Nó; 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 vendria 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 habría 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. Cierto 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 (Dalloz, 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. 338, 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 vendió 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 1, 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). ¿Quiéres 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.

¿Quiéres 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? Nó, porque el art. 47, dice que se abonarán 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. Duranton, 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 habria 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 abandonaba 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. (Daloz, 4867, 2, 71).

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