

de su tutor, luego él comete la falta. Esto no impide que la responsabilidad definitiva no esté á cargo del tutor, porque al cometer una falta, ejecuta un acto de mala gestión, y responde de él respecto al menor (1).

103. ¿El menor está ligado por los fallos en que ha figurado su tutor? Si el tutor ha sido autorizado, ó si no tuviese necesidad de autorización, entónces ni cuestión puede haber; el fallo se pronuncia realmente con el menor. Pero ¿qué debe resolverse si el tutor no ha sido autorizado cuando debería haberlo sido? Se resuelve que el fallo no por esto deja de adquirir fuerza de cosa juzgada contra el menor, si éste no ha usado de las vías de recurso que le ofrece la ley (2).

Hay un motivo para dudar. El tutor que intenta una acción sin autorización no tiene calidad para obras, no representa al menor en la instancia en que figura, luego el menor no es parte en ella (3). Se contesta que el tutor representa siempre al menor, aun cuando no cumpla con las formalidades que la ley prescribe. En efecto, por los términos del art. 450, el tutor representa al menor en todos los actos civiles; luego es su representante legal y universal, y jamás puede despojarse de dicha calidad. Si ejecuta un acto jurídico sin estar autorizado para ello, siendo que la ley exija la autorización, no por esto deja de representar al menor; hé aquí por qué el acto es únicamente nulo, es decir, anulable, mientras que sería inexistente si el tutor no tuviese ninguna calidad para representar á su pupilo. Por la misma razón, debe resolverse que en los fallos en que al tutor figura sin autorización, sigue siendo el re-

1 Aubry y Rau, t. 1º, ps. 468 y 469. Demolombe, t. 8º, p. 116, números 126, 127.

2 Véase, núm. 84, y Aubry y Rau, t. 1º, p. 409.

3 Fallado en sentido contrario por la corte de Bruselas, 23 de Julio de 1845 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 120).

presentante del pupilo, pero lo representa mal; siguese de aquí que el menor debe tener un recurso: tiene en primer lugar la apelación y el recurso de casación. En segundo lugar, tiene el recurso extraordinario del pedimento civil, que se le abre cuando no ha sido defendido ó cuando no lo ha sido válidamente (código de procedimientos, art. 481).

SECCION III.—Funciones del subrogado tutor.

§ I. VIGILANCIA.

104. Ya hemos dicho que el subrogado tutor está encargado de vigilar la gestión del tutor (1). Este derecho de vigilancia no implica el de obrar, sino que al contrario, no lo implica. Es preciso que la administración de la tutela esté siempre vigilada, y por lo mismo, es imposible que el vigilante obre, porque no puede vigilarse á sí mismo. La ley no le da el derecho de obrar sino cuando los intereses del tutor se hayan en oposición con los de su pupilo; pero, en tal caso, se necesita que el subrogado tutor esté reemplazado por un subrogado tutor *ad hoc* (2). Siguese de aquí que el subrogado tutor ni siquiera puede ejecutar los actos conservatorios (3), salvo cuando la ley le encarga que verifique uno de ellos. Por esto la ley hipotecaria belga (art 52) dice, que el subrogado tutor está obligado á cuidar que se tome la inscripción de la hipoteca legal del menor, ó á tomarla él mismo. Esta es una excepción, y con tan título, no se puede extenderla para hacer de ella una regla general.

¿Debe aplicarse este principio á la apelación de los fallos pronunciados contra el menor? La cuestión es debatida. Conforme al rigor del derecho, no hay duda alguna: el su-

1 Véase el tomo 4º, núm. 427.

2 Véase el tomo 4º de mis *principios*, p. 531, núm. 419.

3 Demolombe, t. 7º, p. 226, núm. 373.

brogado tutor no puede ni interponer apelación ni hacer otro acto cualquiera de gestión. ¿Pero acaso el código de procedimientos no ha derogado esos principios? Según los términos del art. 444, el término de la apelación no corre contra el menor sino desde el día en que se haya notificado el fallo tanto al tutor, como al subrogado tutor, aunque este no sea parte en la causa.

Hay en esto un motivo para dudar, el cual ha conducido á algunos autores á dar el derecho de apelación al subrogado tutor; existen sentencias á favor de esta opinión. Nosotros preferimos la opinión contraria, que es la generalmente adoptada (1). Las excepciones no se establecen por vía de inducción, sino que necesitan una disposición formal; ahora bien, el art. 444 del código de procedimientos quiere únicamente que se notifique el fallo al subrogado tutor, y ¿con qué objeto? El orador del gobierno nos lo dice: á fin de que tome las medidas prescritas por la ley para saber si la apelación debe interponerse. Esto equivale á decir que debe remitirse al consejo de familia. El consejo puede resolver que haya apelación, y encargar al tutor que la formule. Dudamos que el consejo pueda encargar al subrogado tutor que entable apelación; el consejo no puede darle una misión que no tiene, la de intervenir en la gestión de la tutela. No es el subrogado tutor, sino el tutor el que debe obrar (2).

105. Se pregunta si el subrogado tutor puede recibir una procuración del tutor, para manejar la tutela en todo ó en parte. Rolando de Villargues dice que de ello se ven frecuentes ejemplos, y no encuentra para ello ningún impedimento. Cierto es que no hay texto que lo prohiba, pe-

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. ° página 477, nota 19.

2 En sentido contrario Aubry y Rau, t. 1.°, p. 477, y siguientes, y nota 20.

ro la prohibición resulta de los principios que acabamos de exponer, principios que están extraídos de la esencia misma de la subrogada tutela. Si el subrogado tutor obra como mandatario ¿quién lo vigilará, y ¿puede tener una gestión tutelar sin vigilancia? Si así se hace, es porque los tutores y sus subrogados no se dan cuenta de la misión que desempeñan; esto es un abuso, que debe combatirse en vez de estimularse (1).

106. ¿Si el subrogado tutor ejercita un acto de gestión, el menor quedará ligado por este acto? Respecto á los terceros nó, supuesto que el subrogado tutor no tiene ninguna entidad para representar al menor; los terceros no tendrán acción sino contra el subrogado tutor. ¿Puede éste promover contra el menor? Sí, en tanto que el menor se ha enriquecido. Esta es la aplicación del derecho común. Como lo expone muy bien la corte de casación, los menores, lo mismo que otra persona cualquiera, no pueden enriquecerse á expensas de otro; luego están obligados hacia los autores de un hecho que les ha aprovechado, al pago de la ventaja que para ello ha resultado (2).

107. La ley pronuncia ciertas incapacidades ó caducidades contra el tutor. Se pregunta si el subrogado tutor está sometido á ellas. Sin vacilar contestaremos que nó. En efecto, tales incapacidades y prescripciones tienen su origen en los deberes que al tutor incumben, como administrador de la tutela; luego ninguna razón de ser tienen respecto al subrogado tutor. Este podrá comprar los bienes del menor ó tomarlos en arrendamiento; si la ley prohíbe dichos actos al tutor (art. 450), es porque estando obligado á administrar con el mayor provecho del menor, estaría co-

1 Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 306, combate la opinión de Rolando de Villargues.

2 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Junio de 1831 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 314).

locado entre su interés y su deber, y el legislador teme que sacrifique el deber al interés; el subrogado tutor no obra, de modo que ni el texto, ni el espíritu de la ley pueden aplicársele. Lo mismo sucede con la cesión de créditos contra el menor (art. 450); el tutor no puede aceptarla, porque es administrador; luego el subrogado tutor puede hacerlo, por que no administra. El tutor no puede recibir una liberalidad del menor (art. 907), porque se teme que éste abuse de la influencia que la acción diaria de la tutela le da sobre su pupilo; esto no puede decirse del subrogado tutor, porque el menor no es su pupilo. El mismo principio lo aplicamos á la prescripción que el art. 451 pronuncia contra el tutor que no declara, al hacerse el inventario, lo que le debe el menor; el legislador ha querido impedir á un tutor de mala fe que se haga pagar dos veces, suprimiendo los finiquitos que se hallasen en los papeles del menor: esto no concierne al subrogado tutor, el cual, al no administrar, no está en posesión de los títulos. La mayor parte de estas cuestiones son controvertidas; basta, para decidir las de la manera que acabamos de hacerlo, con el principio de que las incapacidades y las caducidades son de estricta interpretación: no se las puede extender, aun cuando hubiese analogía; con mayor razón, no se puede cuando falta la analogía (1).

§ II.—DE LA ACCIÓN DEL SUBROGADO TUTOR CUANDO LOS INTERESES DEL TUTOR ESTAN EN OPOSICION CON LOS DEL MENOR.

108. El art. 420 dice que «las funciones del subrogado tutor consisten en obrar, por los intereses del menor, cuando estén en oposición con los del tutor.» Este principio es general y recibe su aplicación á todos los actos sean extra-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 378, y los autores que citan. Compárese sentencia de París, de 14 de Febrero de 1817 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 422), y de Lieja, de 4 de Junio de 1845 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 134).

judiciales, sean judiciales. La ley misma lo aplica al arrendamiento; si el tutor quiere tomar en arrendamiento los bienes del menor, el subrogado tutor, autorizado por el consejo de familia, es el que contrata (art. 450). El principio debe también aplicarse al préstamo que el tutor contratase para pagar lo que se le debe; si el tutor es el que pide prestado, en lugar del subrogado tutor, los menores pueden oponer la nulidad (1). Se ha fallado que la transacción es nula, por más que se haya celebrado dentro de las formas requeridas por la ley, si el tutor tuviese intereses opuestos á los del menor; pero no sería suficiente que los intereses fuesen distintos; el tutor podría muy bien, en tal caso, sostener á la vez sus intereses propios y los de su pupilo (2). La corte de casación ha hecho la aplicación de este principio á una demanda de alimentos intentada contra el padre tutor, en su calidad de yerno, y contra el hijo menor, en su calidad de ascendiente. ¿Los intereses eran únicamente distintos ó opuestos? El tutor sostenía que la obligación pesaba, ante todo, sobre los descendientes; concluía que el hijo menor fuese el único sentenciado.

La corte de París resolvió que los intereses del tutor y de su pupilo no estaban opuestos, supuesto que no se trataba sino de repartir entre ellos una deuda que pesaba sobre ambos. Esto tiene más de artificioso que de verdadero. Cuando el tutor sostiene que el menor sólo debe pagar una pensión de 4,000 francos, y el menor pretende que la pensión debe soportarse por mitad por el padre tutor, ciertamente que hay conflicto de intereses. En la opinión consagrada por la corte, la oposición desaparecerá, en verdad; pero para juzgar si hay conflicto ¿no deben considerarse las

1 Montpellier, 17 de Mayo de 1831 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 301, 5º).

2 Amiens, 25 de Febrero de 1837 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 301, 5º).