

§ IV.—DE LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR, DEL SUBROGADO TUTOR Y DEL CONSEJO DE FAMILIA.

Núm. 1. Responsabilidad del tutor.

I. Principio.

166. ¿De qué falta es responsable el tutor? El código contiene dos principios sobre la falta. En las obligaciones contractuales, el deudor está obligado a cumplir con la solicitud que un buen padre de familia emplea en manejar sus intereses (art. 1137). Si no lo hace es responsable de la falta que, en el lenguaje de la escuela, se llama falta ligera *in abstracto*. En las obligaciones que se originan de los delitos y de los cuasi delitos, el deudor está obligado más severamente; todo hecho perjudicial obliga a aquél por cuya falta ha llegado a repararla, y la ley considera como una falta la negligencia y la imprudencia, lo que en el lenguaje tradicional se llama la falta más ligera. ¿Cuál de estos dos principios deben aplicarse al tutor? Los compromisos del tutor no resultan ni de un contrato, ni de un delito, ni de un cuasi-delito: tienen su principio en la ley (art. 1370). Luego lo que debe consultarse es la ley para determinar la responsabilidad del tutor. El art. 450 contesta á nuestra cuestión: «El tutor administrará los bienes del menor como buen padre de familia, y será responsable de los daños y perjuicios que pudieran resultar, de una mala gestión.» Los términos del art. 450 son los mismos de que se sirve la ley para calificar la responsabilidad del deudor en las obligaciones convencionales: éste está también obligado á poner en la ejecución de sus obligaciones *toda la solicitud de un buen padre de familia* (art. 1137). Siendo idénticos los términos, la responsabilidad debe ser la misma. Llegamos á esta conclusión, que el tutor está obligado por la falta ligera *in abstracto*.

Esta es una responsabilidad más rigurosa que la que pesa

sobre el mandatario. El art. 1992 comienza por decir que el mandatario responde no solamente del dolo, sino también de las faltas que comete en su gestión. Por faltas, se entiende la falta tal como se define en el art. 1137, luego la falta ligera *in abstracto*. En seguida el art. 1992 añade: «No obstante, la responsabilidad relativa á las faltas se aplica menos rigurosamente á aquél cuyo mandato es gratuito que al que recibe un salario.» ¿Qué cosa es esta responsabilidad menos rigurosa impuesta al mandatario, que maneja los negocios gratuitamente. Puede decirse, sirviéndose de los términos convenidos, que únicamente está obligado por la falta ligera *in concreto*, es decir, como la explica el art. 1927; que debe poner en la gestión de los negocios del poderdante los mismos cuidados que pone en la gestión de sus propios negocios. La tutela es gratuita: entonces ¿porqué se trata al tutor con más severidad que al mandatario ordinario? La razón consiste en que el mandante escoge á su mandatario, y por consiguiente, bebe imputarse á sí mismo su imprevisión, si elige un mandatario negligente. Mientras que el tutor es un mandatario legal; el menor no lo elige: luego al legislador le corresponde vigilar en que los intereses de los incapaces se confien á hombres que pongan todo su cuidado en el cumplimiento de sus deberes. No obstante, mientras más rigurosa es la responsabilidad, más de lamentarse es que el legislador haya hecho gratuitas estas funciones.

¿Es cierto, como se ha escrito, que el tutor será responsable de la más ligera falta, si no ha puesto en la gestión de la tutela la inteligencia y la aptitud extraordinarias de que está dotado, y que pone al servicio de sus propios intereses? (1). Nuestro código no conoce la falta muy ligera en materia de obligaciones convencionales; ahora bien, el

1 Demolombe, t. 8º, p. 118, núm. 121.

art. 450 aplica al tutor el principio que rige estas obligaciones. Esto decide la cuestión. Sin duda que el tutor ha caído moralmente en una falta cuando pone mucho esmero en sus intereses y no emplea el mismo afán para manejar los del pupilo. Pero cosas distintas son la responsabilidad moral y la legal. No pasemos los límites de la severidad de la ley, cuando ya es más severa para el tutor que para el mandatario ordinario, por más que éste pueda rehusar el mandato, mientras que el tutor esté obligado á aceptar la tutela. El menor, después de todo, no tiene que quejarse si el tutor maneja la tutela como debe, con todos los cuidados de un buen padre defamilia. §

167. El tutor está, además, sometido á una responsabilidad penal. Según los términos del art. 408 del código penal de 1810, cualquiera que ha desviado ó disipado, en perjuicio de los propietarios, efectos, numerario, billetes que no se le hayan entregado sino á título de mandato, con cargo de devolverlos ó representar, es castigado con arresto de dos meses á dos años. La corte de casación resolvió que esta disposición era aplicable al tutor, porque resulta del conjunto de la teoría del código civil concerniente á la tutela, que el tutor administra los bienes del menor á título de mandato. Veamos el caso en el cual se pronunció la sentencia. Un comerciante, próximo á quebrar, es nombrado tutor. El primer acto de su administración fué exigir el reembolso de los créditos colocados á cargo de personas muy solventes, y aun de los capitales garantidos por hipotecas. En seguida, por medio del dinero de su pupila, hizo una serie de operaciones en la bolsa, verdadero juego con el cual absorbió la fortuna mobiliaria de la menor, fortuna que llegaba á cerca de 50 000 francos (1). Ciertamente que merecía un castigo severo.

1 Sentencia de 10 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 250). Compárese, sentencia de 28 de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 356).

II. Aplicación.

168. El primer deber del tutor, el que debería ser su preocupación, es el de velar por la educación de los menores. Si descuida ese deber, siendo que los pupilos tienen suficientes rentas para recibir instrucción, comete la más grave de las faltas. La corte de casación así lo falló en un caso en que se había hecho un legado al tutor con cargo de emplear una suma determinada por el testamento para hacer que se instruyesen los niños de quienes el testador lo declaraba tutor. Lejos de cumplir esta obligación, el tutor no hizo que los menores se dedicaran á ningún género de estudios; los empleó, dice la sentencia, en trabajos forzados de su casa. Hubo una corte que excusó esta falta inexcusable, con el pretexto de que el tutor no había procedido con la intención de dañar, como si fuera necesario que el tutor fuese culpable de dolo para ser responsable. La corte de casación resolvió que era un error grave en derecho suponer que la ignorancia de las leyes pudiera servir de excusa legítima á la falta de ejecución de una obligación tan formal como la que el testador había impuesto y que, por consiguiente, la sentencia había violado el art. 450. La corte no tenía que juzgar el fondo del debate; no obstante, decidió que de la ley resultaba la obligación para el tutor de pagar á los menores el interés de la suma legada para la instrucción, contando desde el fallecimiento del testador, y además una indemnización proporcionada al daño que los hijos hubiesen experimentado por la falta de educación (1). Así lo resolveríamos sin vacilar, en el caso en que ningún legado hubiese sido hecho; desde el momento en que los menores tienen recursos suficientes, tienen derecho á una educación proporcionada á su fortuna: si el tutor no se las da,

1 Sentencia de casación, de 23 de Abril de 1817 (Dalloz, en la palabra "minoría," núm. 729, 4°).

comete una falta de trascendencia. Y aun cuando los hijos no tuviesen bienes, el tutor está obligado á mandarles dar la instrucción que nuestras escuelas ofrecen gratuitamente á los padres. Este es el pan de vida que todo padre debe á sus hijos, y que, por consiguiente, el tutor debe á sus pupilos. Precisa que los tribunales les hagan entender, en caso necesario, que éste es el más esencial de sus deberes.

169. Al abrirse la tutela, el tutor debe vender todos los muebles que no sean los que el consejo de familia le hubiese autorizado para conservar en su propia naturaleza. ¿Es él responsable si no los vende? Como la ley no lo obliga absolutamente á vender, no se puede declararlo responsable por el hecho solo de que no ha vendido; porque el consejo de familia habría podido autorizarlo á que conservase todos los muebles. Esta es, pues, una cuestión de hecho, que los jueces apreciarán según las circunstancias. Suponiendo que el tribunal decida que hay falta, el tutor deberá indemnizar al pupilo del daño que éste ha sufrido por la depreciación del mobiliario. Se pretende que el menor tiene el derecho de optar por la estimación asentada en el inventario (1). La ley no le da el derecho de opción; é es propietario de los muebles no vendidos; luego el tutor debe reclamarlos, salvo el pagarle daños y perjuicios. Estos daños y perjuicios deberán estimarse según los principios generales; no se pueden aplicar las reglas especiales que el código establece para las deudas de dinero, porque la obligación del tutor no es una deuda de dinero. Luego no hay lugar al interés legal de la estimación asentada en el inventario.

170. ¿El tutor que no asegura los bienes del menor es responsable de la pérdida que resulta del incendio? Se ha fallado que el tutor no está rigurosamente comprometido á

1 Demolombe, t. 7º, p. 358, núm: 584.

asegurar los bienes raíces cuya administración tiene, y que si no lo hace, es más bien un acto de mala gestión que faltará una obligación formal (1). Esta decisión implica una contradicción; si hay mala gestión en no asegurar los bienes raíces, el tutor falta por esto mismo á una obligación formal que le impone la ley, puesto que ésta quiere que él administre los bienes del menor como buen padre de familia, agregando que es responsable de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una *mala gestión*. Luego el tutor puede ser declarado responsable si no asegura los bienes del menor, salvo que se avalúe el importe de los daños y perjuicios, según la gravedad de la falta. La corte de Besançon resolvió por la misma sentencia que si el tutor ha asegurado un inmueble del menor, y si se ha descuidado en pagar la prima, incurre en la responsabilidad del incendio: al asegurar, ha reconocido la necesidad ó la utilidad del aseguramiento, y por lo mismo, era una obligación estricta pagar la prima, y si la indemnización no se le paga porque no ha cumplido con su compromiso, él es responsable. No obstante, él no estará obligado á los intereses de la indemnización que debe pagar; no es éste el caso de aplicar el art. 456, porque aquí se trata, no de una suma que el tutor percibe y que está obligado á emplear, sino de daños y perjuicios á lo que está sentenciado si el tribunal resuelve que ha cometido una falta.

171. Según la ley de 22 frimario, año VII, el tutor debe declarar las sucesiones que corresponden al menor, en el plazo de seis meses, bajo pena del medio derecho encima, que él soportará personalmente. Los tribunales no tienen que apreciar la falta, supuesto que el mismo legislador de-

1 Besançon, 1º de Abril de 1863 (Daloz, 1863, 2, 93).

clara responsable al tutor. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

172. Hay prescripciones que corren contra los menores. Luego el deber del tutor es obrar para interrumpir la prescripción. Si no lo hace y si la prescripción vence durante la tutela, el tutor es responsable. Ninguna duda hay acerca de este punto: es de derecho común para todo administrador. El art. 1428 dice que el marido es responsable de todo menoscabo de los bienes personales de su mujer, causado por falta de actos conservatorios. Lo mismo debe ser respecto al tutor. Pero si la prescripción no se ha vencido sino después de la mayoría del pupilo, cuando es éste árbitro de sus derechos y puede vigilar por sí mismo sus intereses, el tutor cesa de ser responsable. La jurisprudencia se haya en este sentido (2).

Por aplicación del mismo principio, el tutor es responsable, si por su culpa no se han recobrado algunos dineros (3). ¿La responsabilidad se extiende hasta los intereses de dichos capitales? Hay un motivo para dudar, y es que el tutor no ha percibido el numerario; luego no puede decirse que lo haya empleado en provecho propio. Esta objeción no ha detenido á la corte de casación, y con razón. No es necesario para que el tutor deba los intereses, que haya empleado el dinero del pupilo en provecho propio, sino que basta que no lo haya empleado en beneficio del menor. El tutor ha faltado á su deber al no recobrar dicho dinero; no puede prevalerse de su falta para excusarse de no haberlo colocado (4).

1 Fallos del tribunal del Sena, de 2 de Mayo de 1849, y de 20 de Julio de 1849 (Daloz, 1849, 5, 171; 1855, 3, 96).

2 Sentencia de Pau, de 19 de Agosto de 1850 (Daloz, 1851, 2, 5); y de París, de 20 de Junio de 1857 (Daloz, 1858, 2, 88).

3 Burdeos, 16 de Marzo de 1841 (Daloz, en la palabra *minoría* número 729, 7°).

4 Sentencia de 26 de Noviembre, de 1842 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 729, 9°).

173. La manera de empleo constituye también una cuestión de responsabilidad. Si el tutor coloca el dinero del pupilo sin hipoteca, ¿es responsable cuando el deudor se declara en quiebra? Esta es una cuestión de hechos y de circunstancias. El código no prescribe al tutor que no haga imposición sino sobre hipoteca; luego puede hacer el empleo que juzgue más útil; si procede como todos los buenos padres de familia, no hay falta que echarle en cara, y por lo tanto no incurrirá en ninguna responsabilidad. Así lo falló la corte de Douai, respecto á una imposición hecha en manos de un notario. La sentencia hace constar que tal modo de colocar el dinero del pupilo no es regular, pero también hace entender que en la época en que se hizo, el notario gozaba de la consideración general y que ningún temor suscitaba su solvencia; que los administradores dotados de una prudencia ordinaria, obraban de la misma manera; esto era decisivo en favor del tutor (1). La corte de Nancy, por el contrario, declaró al tutor responsable de un depósito abandonado durante ocho años en manos de un notario que huyó llevándose todas las sumas que se le habían confiado. No hay contradicción entre estas dos decisiones. La última sentencia hace constar que antes de la muerte del tutor, numerosos siniestros ocurridos en la notaría habrían debido despertar los recelos del tutor, sobre todo, cuando se intentaban diligencias disciplinarias contra el notario depositario de toda la fortuna del pupilo. En esto había una falta grosera, y la responsabilidad no podía ser dudosa (2).

La ley hipotecaria belga prescribe la manera de emplear en el caso en que el consejo de familia haga uso del derecho que dicha ley le concede para ordenar el depósito del

1 Sentencia de Douai, de 11 de Marzo de 1831.

2 Nancy, 7 de Febrero de 1861 (Daloz, 1861, 2, 200).

direro del pupilo en la caja de consignaciones. La ley quiere que se haga el depósito en empréstitos sobre privilegios inmobiliarios ó sobre primera hipoteca. Y como tal colocación pudiera ser imposible, la ley prescribe al tutor que compre bienes raíces ó rentas sobre el Estado (art. 57). Si el tutor, menospreciando la decisión del consejo, hubiese prestado el dinero sin garantía hipotecaria, o hubiese comprado otros valores, ciertamente que sería responsable, porque habría violado la ley.

174. El tutor debe pagar las deudas del menor. Pero, ¿qué debe resolverse si han prescrito? Se puede renunciar á la prescripción adquirida, pero por los términos del artículo 2222, el que no puede enagenar no puede renunciar á la prescripción. Esto decide la cuestión. El tutor no puede enagenar los derechos del menor; luego no puede renunciar á la prescripción. Esto también se funda en la razón. Se renuncia á la prescripción por motivos de conciencia, lo que supone que la renuncia se hace por aquél que es el deudor. El tutor no puede poner su conciencia en el lugar de la del pupilo. Luego debe oponer la prescripción, salvo que el menor, llegado á la mayor edad, pague la deuda prescrita, si la conciencia le dicta tal deber (1).

175. Los pleitos sostenidos por el tutor, dan lugar muy á menudo á cuestiones de responsabilidad. Es verdad que el tutor tiene el derecho de proceder, y si procede, se aplica regularmente el antiguo adagio según el cual los actos del tutor se consideran como del menor. Pero el hecho de intentar un pleito puede ser un acto de mala gestión, lo mismo que otro acto cualquiera de la tutela. Ciertamente que el tutor no tiene el derecho de arruinar á su pupilo en gastos frustratorios. Por esto es que el código de procedimientos

1 Burdeos, 16 de Marzo de 1841 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 729, 7°).

(art. 132) dice que el tutor puede ser condenado á costas. La corte de Turin condenó á costas, en su nombre y sin repetición, á un tutor que había sostenido un pleito «sin objeto, sin causa y sin apoyo» (1). Hay que observar una condición en la aplicación del principio. El art. 132 dispone que los tribunales podrán sentenciar á costas y á daños y perjuicios á los tutores que comprometan los intereses de su administración. Siguese de aquí que los jueces al condenar al tutor á costas, deben motivar su decisión sobre este punto (2). En cuanto á los daños y perjuicios que el código de procedimientos permite que se pronuncien contra el tutor, hay que hacer notar que la ley es general. Ella se aplica no sólo al caso en que el pleito temerariamente seguido haya causado un perjuicio al menor, sino también cuando el tutor daña á una de las partes en el litigio. El menor no es responsable de esta obligación, porque ella deriva de un cuasi delito ó de un delito civil, y estas deudas son personales del tutor (3).

La buena fe del tutor debe tenerse en consideración por el juez; pero no excluye la culpa. Hay más: la culpa sencilla implica la buena fe; si el tutor ha procedido de mala fe, hay dolo, delito civil. La corte de Bastia ha aplicado este principio con un rigor que nos parece excesivo. Un tutor de un menor extranjero presenta una acción ante los tribunales franceses, éstos se declaran incompetentes. De aquí se originan gastos frustratorios. La corte, á la vez que reconocía que el tutor había obedecido á un sentimiento honorable de delicadeza, lo sentenció á costas (4). ¿Puede

1 Turin, 25 de Junio de 1810 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 120). Compárese, Dijon, 22 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1865, 2, 39).

2 Sentencia de casación, de 2 de Febrero de 1831 (Daloz, en la palabra *gastos y costas*, número 70).

3 Sentencia de Rennes, de 5 de Julio de 1844.

4 Bastia, 8 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 2, 1°).

decirse del tutor que obra por delicadeza que es culpable por el hecho solo de que se haya engañado en una cuestión de derecho, cuestión muy difícil, sobre la cual la doctrina y la jurisprudencia están muy lejos de un avenimiento?

Núm. 2. Responsabilidad del subrogado tutor.
I. Como vigilante.

176. El subrogado tutor tiene por misión vigilar la gestión del tutor. ¿Es responsable si no cumple con esta obligación? Los autores están de acuerdo, casi todos, en que el subrogado tutor no es responsable de la gestión del tutor (1): Nos parece que la cuestión está mal planteada. Ciertamente que no basta que el tutor administre mal, y que esta mala gestión dé una acción al menor, para que por este solo hecho tenga una acción contra el subrogado tutor. En este sentido es una verdad decir que el subrogado tutor no responde de la administración del tutor. La razón es sencillísima. Si el tutor es responsable de cada acto de mal manejo, es porque está obligado á administrar y á administrar como buen padre de familia; mientras que el subrogado tutor no obra y no tiene derecho á intervenir en la gestión. Únicamente debe vigilar. Y aun la ley no lo dice de una manera expresa. El deber de vigilancia se infiere únicamente de algunas disposiciones del código que lo implican (2). Pero el derecho de vigilar no le da poder de intervenir para impedir el acto. Las más de las veces el subrogado tutor no sabrá si el tutor administra mal, sino cuando la mala gestión se manifieste por los actos consumados; por lo tanto, es imposible que sea responsable de lo que ignora. Pero si la mala gestión salta á los ojos en actos que el subrogado tutor habría podido conocer, si hubiere teni-

1 Demolombe, t. 7º, p. 236, núm. 391, y los autores que él cita,
2 Véase el tomo 4º de mis *principios*, núm. 427.

do inspección en la administración tutelar, y si no provoca la destitución del tutor, como puede y debe, entonces ciertamente que es responsable. Por ejemplo, el tutor descuida la educación de los menores hasta el punto de que los niños vagan por las calles y que su mala conducta es notoria; ¿se dirá que el subrogado tutor no es responsable si permanece en la inacción? Debe aplicarse por analogía al subrogado tutor lo que la ley dice del tutor. Uno y otro deben cumplir las funciones que la ley les impone con la solícitud de un buen padre de familia; luego uno y otro son responsables si no proceden como buenos padres de familia. Únicamente que siendo las funciones muy diferentes, la responsabilidad también lo será. El tutor es responsable como administrador de la tutela; el subrogado tutor lo es, como vigilante de la gestión tutelar. Siguese de aquí que la responsabilidad del tutor está comprometida en cada acto de gestión, mientras que el subrogado tutor no incurre en responsabilidad sino por falta de vigilancia del conjunto de la gestión.

Más estrecha sería la responsabilidad del subrogado tutor si el consejo de familia hubiese usado del derecho que le da el art. 470, es decir, si hubiese obligado al tutor á que entregase cada año un estado de su gestión al subrogado tutor. Este es el único medio de hacer eficaz la vigilancia del subrogado tutor. Desde luego sería responsable si no exigiese que esas cuentas provisionales se le entregasen. Sería aún responsable si se quedase en la inacción cuando los estados le demostrasen la negligencia y la incapacidad del tutor.

Cuando decimos que el subrogado tutor es responsable, no pretendemos decidir que deba ser siempre condenado á reparar todo el daño que el menor ha sufrido por la gestión de un tutor cuya destitución había debido provocar el su-

brogado. La responsabilidad es proporcionada al grado de la falta; luego el juez puede á la vez que declara responsable al subrogado tutor, no sentenciarlo sino á daños y perjuicios, limitados en razón de la naturaleza de la falta. Se aplica este principio á la responsabilidad de los notarios; con mayor razón debe aplicarse á los subrogados tutores, cuando se les echa en cara una falta de vigilancia. El deber es vago por naturaleza, la responsabilidad que resulta debe participar de tal incertidumbre,

177. El código impone á los subrogados tutores ciertas obligaciones, y los declara responsables si no las cumplen. Según los términos del art. 424, el tutor debe provocar el nombramiento de un nuevo tutor, cuando la tutela se vuelve vacante ó cuando se abandona por ausencia, la ley agrega: «bajo pena de los daños y perjuicios que para el menor pudieran resultar.» La corte de Nancy ha aplicado esta disposición, lo mismo que los principios que acabamos de exponer acerca de la responsabilidad del subrogado tutor, en un caso que ya hemos citado al tratar de la responsabilidad del tutor (núm. 173). Se habían entregado en depósito á un notario unos fondos pupilares. Muere el tutor en los momentos en que algunos siniestros se descargaban unos después de otros sobre la notaría. Se dirigen algunas diligencias disciplinarias contra el notario depositario de los caudales del menor. ¿Qué es lo que hace el subrogado tutor? El conocía el depósito, supuesto que él mismo era el adquirente de la mayor parte de los inmuebles cuyo precio había sido puesto en manos del vendedor; luego él sabía que el tutor había empleado peligrosamente la fortuna de su pupilo. Su deber era intervenir, y no lo hizo. Llevó la negligencia hasta dejar vacante la tutela por más de dos años, á despecho de la obligación que le imponía el artículo 424. La corte resolvió, en derecho, que el subrogado

tutor era responsable por no haber vigilado la gestión del tutor y por haber dejado vacante la tutela; de hecho, ella le sentenció, á título de indemnización, á reembolsar á la menor la suma depositada en manos del notario (1).

El art. 1442, declara también al subrogado tutor solidariamente responsable de todas las condenas que puedan pronunciarse en favor de los menores, cuando aquél no ha obligado al superviviente de los padres á hacer inventario. Insistiremos acerca de esta disposición en el título del *contrato de matrimonio*.

Por último, el art. 2137, dice: «Estarán obligados los subrogados tutores, bajo su responsabilidad personal y bajo pena de todos los daños y perjuicios, á vigilar en que se tomen las inscripciones sin demora sobre los bienes del tutor, en razón de su gestión, y aun de mandar hacer las mencionadas inscripciones.» Una disposición análoga se encuentra en la ley hipotecaria belga (art. 52). Insistiremos acerca de esta responsabilidad en el título de las *hipotecas*.

178. Las disposiciones que acabamos de transcribir se interpretan generalmente en el sentido de que, fuera de los casos que ellas preeven, el subrogado tutor no es responsable de la gestión tutelar. Una sola restricción se agrega á este principio, y es que el subrogado tutor responde del dolo y de la grave falta que con aquél se asimila (2). Hay autores que fundan esta decisión en los artículos 1382 y 1383 (3). Nosotros no podemos aceptar tal interpretación que, á nuestro juicio, entraña más de un error. Es evidente que el tutor es responsable de su dolo, porque

1 Nancy, 7 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 200).

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 475, y nota 3, y los autores que citan.

3 Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 251, núm. 274, bis. Demolombe, t. 7º, p. 237, núm. 391. Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1º, p. 449, nota 7.

esto es de derecho común. Por aplicación de este principio, la corte de París sentenció á un subrogado tutor que había aconsejado á la viuda tutora robos y diversiones (1). ¿Quiere decir esto que debe asentarse como regla que el subrogado tutor no es responsable sino de su propio dolo? Esto no sería, como se dice, una aplicación de los principios generales, sino una derogación. Conviénese en que el subrogado tutor, tanto como el tutor, es un mandatario legal; como tal, debe ser responsable de la falta de ejecución de su mandato. Queda por determinar la extensión de dicha responsabilidad. La ley no decide la cuestión. Luego debe procederse por analogía. Trátase de saber si debe aplicarse el art. 1337 á los administradores que deben á la ley su mandato, artículo que se ocupa de la responsabilidad en las obligaciones convencionales, ó los arts. 1382 y 1383, que norman la responsabilidad que se origina de los delitos y de los cuasi-delitos. La doctrina siempre ha asimilado la tutela con un cuasi-contrato; claro es que hay más analogía entre las obligaciones que nacen de la ley y de los contratos, que entre las obligaciones legales y las que derivan de un delito ó de un cuasi-delito. Por lo tanto, la analogía exige que se aplique el art. 1337 á la tutela. Esto es lo que hace el art. 450 respecto al tutor. La misma razón hay para decidir respecto al subrogado tutor. Por consiguiente, éste es responsable, no solamente del dolo y del fraude, sino también de la culpa ligera.

Se invocan los arts. 1382 y 1383, y se infiere que el subrogado tutor no debe ser responsable sino de la falta grave, lo mismo que los funcionarios públicos. Esto supone que la responsabilidad del que comete un delito ó un cuasi-delito es menor que la responsabilidad del deudor que

(1) París, 1.º de Mayo de 1807 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 312).

deje de cumplir un compromiso contractual. Nosotros creemos, al contrario, que los delitos y los cuasi-delitos engendran una responsabilidad más absoluta; el mismo texto de la ley lo aprueba. «Cada uno, dice el art. 1383, es responsable del daño que ha causado, no solamente por sus actos, sino también por su *negligencia* ó por su *imprudencia*. ¿Acaso la *negligencia* es un dolo ó una de esas faltas graves que se asimilan al dolo? ¿Acaso la *imprudencia* es una falta de trascendencia que pueda calificarse de dolo? Esto es más bien lo que los antiguos intérpretes del derecho romano llamaban *culpa ligerisimã*. Luego si se aplicaran al subrogado tutor los arts. 1382 y 1383, resultaría que estaría obligado por la más ligera culpa, mientras que el tutor no lo está. Esto sería una anomalía inexplicable. El error proviene, como lo diremos en el título de las *Obligaciones*, de que se ha hecho de la responsabilidad especial establecida por los arts. 1382 y 1383 en el capítulo *De los delitos y de los cuasi-delitos*, una regla general que se aplica á todo género de obligaciones, hasta á los compromisos contractuales. De aquí una confusión completa y una ausencia de principios racionales. Así lo hacemos constar aquí, salvo el insistir en el título de las *Obligaciones*, en donde está el lugar de la materia.

II. Como administrador.

179. El art. 420 dice que las funciones del subrogado tutor consisten *en obrar* por los intereses del menor, cuando se encuentran en oposición con las del tutor. Esta es una misión enteramente diversa de la que tiene el subrogado tutor como vigilante. En esta última calidad, él no obra y no interviene en la gestión, mientras que en el caso de conflicto de intereses entre el tutor y su pupilo, el subrogado

tutor *obra*. Este es el término de que se sirve la ley. Si el consejo de familia autoriza al tutor á que tome en arrendamiento los bienes del menor, el subrogado tutor es el que, dice la ley, celebrará el arrendamiento, luego él es el que en dichos casos administra la tutela; desempeñando las funciones de tutor, debe incurrir en la misma responsabilidad.

Hay casos en que la ley exige la presencia del subrogado tutor en un acto ejecutado por el tutor, aunque no haya oposición de intereses. Así es que debe estar presente á la venta de los muebles y de los inmuebles del menor (arts. 452 y 459). Si la ley quiere que esté presente, es para que vele por los intereses del menor. Luego si el subrogado tutor descuidase tal deber, si no asistiere á los actos en que se requiere su presencia, ó si cuidase de los intereses del pupilo, sería responsable del daño que resultare al menor. Aquí, otra vez, su responsabilidad es la misma que la del tutor, porque concurre con él en los mismo actos.

180. Fuera de estos casos, el subrogado tutor no obra. Puede suceder, no obstante, que él se mezcle en la gestión; y hasta ha sucedido que un subrogado tutor se ha apoderado de toda la administración. Cuando él maneja la tutela, aunque sin título, claro es que es responsable. ¿Pero de qué culpa es responsable? En este caso, se entra en el derecho común de las obligaciones que se originan de un cuasi-contrato. El subrogado tutor que administra no procede como mandatario legal, porque no tiene mandato para administrar; viola al contrario la ley; porque si administra ¿quién vigilará su gestión? El maneja los negocios, y por lo tanto, está obligado por la culpa legal (art. 1374).

Núm. 5. Responsabilidad del consejo de familia.

181. En el antiguo derecho, pesaba cierta responsabilidad sobre los parientes nominadores; ellos eran las caucio-

nes del tutor que elegían. En la práctica, se moderaba esta responsabilidad en el caso en que el tutor era notoriamente insolvente cuando se le elegía (1). El proyecto de código civil reproducía este principio; declaraba responsables á los parientes cuando habían concurrido en el nombramiento de un tutor insolvente. No se adoptó esta disposición. ¿Debe inferirse de esto que los miembros del consejo de familia no incurran en ninguna responsabilidad? A falta de disposiciones especiales se queda bajo el imperio de los principios generales. Pero ¿cuál es el derecho común? En caso de fraude ó de dolo, no hay duda alguna. Proudhon supone que los miembros de un consejo, venden su sufragio á un tutor que arruina á su pupilo; claro es que aquellos serían responsables, porque cada uno de ellos es responsable de su dolo. Proudhon agrega aún, que serían responsables de la falta grave que hubiesen cometido llamando á la tutela á un hombre que estuviese en quiebra, ó que estuviese colocado bajo un consejo judicial por causa de prodigalidad (2). Esto vuelve á entrar en la doctrina de la jurisprudencia, porque Domat, limitaba la responsabilidad de los nominadores en caso de dolo y de mala versación, y la disposición del proyecto no tenía otro sentido, salvo que pronunciase la palabra dolo.

¿Y estará bien aplicado el derecho común en este caso en que la ley calla? Creemos que á los miembros del consejo de familia debe aplicarse lo que hemos dicho del tutor y del subrogado. Ellos reciben también un mandato de la ley, y deben ser responsables si no lo cumplen con la solícitud de un buen padre de familia. En vano se dice que su oficio es gratuito. El del tutor también lo es; y, sin

1 Domat, *Leyes civiles*, libro 1º, tit. 1º, sec. 4ª, núm. 4.
2 Proudhon, t. 2º, p. 327. Demolombe, t. 7º, p. 215 núm. 352. Sentencia de Gaute, de 20 de Noviembre de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 239).

embargo, es responsable cuando no administra como buen padre de familia. ¿Por qué había de ser de otro modo respecto á los miembros de familia? Esto no quiere decir, que si nombran á un tutor en quiebra ó pródigo, deban ser responsables de todas las consecuencias que pueda acarrear tan mala gestión. Se aplica siempre la responsabilidad con cierta indulgencia, en el sentido de que se tiene en cuenta el grado de la culpa. No insistimos, porque tales discusiones no son, por decirlo así, más que pura teoría. Pero si insistimos en mantener el principio de la responsabilidad: precisa que los parientes sepan que no se reúnen por pura formalidad, sino por desempeñar una función formal, que seriamente deben desempeñar. La responsabilidad de nuestras acciones es la mejor garantía del cumplimiento de nuestros deberes.

Núm. 4. Garantía de la responsabilidad.

182. El menor tiene una hipoteca legal sobre los bienes del tutor, por los derechos que contra éste tenga por motivo de la tutela. Volveremos á tratar esta cuestión en el título de las *Hipotecas*. El menor no tiene hipoteca legal sobre los bienes del subrogado tutor, y menos aún sobre los bienes de los miembros del consejo de familia. Diremos en otra parte, si los bienes del tutor de hecho están gravados con hipoteca legal. Esta garantía es nula ó ineficaz cuando el tutor no tiene inmuebles, ó cuando no tiene bienes suficientes para responder de las consecuencias de la mala gestión. Antes hemos dicho que el legislador belga ha tratado de remediar este vicio de nuestro derecho civil, pero que el remedio es igualmente insuficiente. Una sola garantía hay, la de la caución, pero implica una administración asalariada. A nuestro juicio, éste es el verdadero

sistema. Pasamos de largo, porque nuestro objeto no es criticar el código, sino interpretarlo.

§ V.—DE LA DURACION DE LAS ACCIONES RELATIVAS

A LA TUTELA.

183. El art. 475 dice: «Toda acción del menor contra su tutor, relativamente á los actos de la tutela, prescribe en diez años contados desde la mayoría.» Esta disposición es á la vez una innovación y una excepción de los principios generales que rigen la prescripción. En el derecho antiguo, las acciones del menor contra el tutor no tenían más limite que el de la más larga prescripción inmobiliaria. Y aun había autores que sostenían que, conforme al antiguo derecho romano, estas acciones jamás debían prescribir. Esto equivalía á llevar el favor debido al menor hasta la injusticia respecto al tutor. Si la posición del pupilo es favorable, la del tutor también lo es; él cumple con un cargo gratuito, muy oneroso y muy penoso. ¿Es posible que esté siempre amenazado de una acción de responsabilidad? ¿Esta acción debe durar treinta años? Proudhon dice, y muy bien, que la defensa del tutor, á diferencia de los demandados en general, reposa no en escritos, sino en recuerdos que disipa el tiempo; que las piezas justificativas, á menudo muy numerosas, consisten en simples notas que se extravían ó se pierden fácilmente. Después de todo, el menor no puede quejarse si se le conceden diez años después de su mayoría para demandar á su tutor. La equidad está aquí del lado del tutor (1).

La acción puede aún durar y muchas veces existe más de diez años. Según los términos del art. 475, los diez años comienzan á contarse desde la mayoría del pupilo.

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 16 (Loché, t. 3º, p. 414). Proudhon, t. 2º, p. 416. Demolombe, t. 8º, p. 135, núm. 148.