

que las que la ley le dá; su competencia debe, pues, interpretarse de una manera restrictiva. La consecuencia lógica de este principio es que el tutor *ad hoc* no puede ser nombrado por el consejo sino cuando la ley lo dice. Fuera de estos casos, á los tribunales corresponde suplir el silencio de la ley, porque la competencia es general. Así debe ser, sobre todo, cuando es imposible constituir un consejo de familia. Tal es el caso de los hijos naturales, que no tienen familia. Forzosamente hay que dirigirse á los tribunales.

SECCION III.—*Del subrogado tutor.*

§ I.—NOMBRAMIENTO.

421. «En toda tutela, dice el art. 420, habrá un subrogado tutor, nombrado por el consejo de familia.» La subrogada tutela, es, pues, dativa; no hay subrogado tutor legal, y el último que muere de los padres, que puede elegir un tutor á su hijos, no puede nombrar un subrogado tutor (1). ¿Por qué la ley quiere que la subrogada tutela emane siempre del consejo de familia? Las mismas funciones del subrogado implican que es necesaria una elección. Esta llamado á organizar la gestión del tutor, á provocar la destitución, si á ellas hay lugar, luego precisa que tenga la firmeza necesaria para cumplir estas difíciles funciones. Debe intervenir cuando el tutor y el menor tienen intereses opuestos; luego precisa que no tenga los mismos intereses que el tutor. Por último, el subrogado tutor es, en cierto modo, el mandatario del consejo de familia. El consejo raras veces se reúne; la inspección de la tutela que le está confiada reposa en gran parte en el subrogado tutor; luego es bueno que sea el hombre de confianza del conse-

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. 3º, p. 504, núm. 517.

jo. Según esto, se concebiría difícilmente que el tutor subrogado fuese nombrado por la ley. El último que muere de los padres habría podido, en rigor, elegir al subrogado tutor; pero habría sido de temer que tal elección no correspondiese á la aspiración del legislador. El queda y pide una prueba de amistad nombrando un tutor testamentario, casi no está en aptitud de poder elegir á un vigilante severo del tutor á quien confía sus hijos. Valía más dejar este cuidado al consejo de familia, llamado por él mismo á inspeccionar la tutela.

422. La ley quiere que el subrogado tutor sea nombrado inmediatamente que hay un tutor. Desde el momento en que hay un tutor que deba ser vigilado, es necesario que haya un vigilante. Cuando la tutela es dativa, el nombramiento del subrogado tutor tiene lugar inmediatamente después de la del tutor (art. 422). Cuando la tutela es legal ó testamentaria, el tutor debe, antes de entrar en funciones, mandar convocar un consejo de familia para el nombramiento del subrogado tutor. Esta obligación está sancionada por una pena gravísima. Si, dice el art. 421, el tutor se ha ingerido en la gestión antes de haber hecho nombrar á un subrogado tutor, el consejo de familia puede rehusarle la tutela, si ha habido dolo por su parte, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas al menor. La ley agrega que se convocará el consejo de familia á este efecto, sea al requerirlo los parientes, acreedores ú otros parientes interesados, sea de oficio por el juez de paz. La destitución no puede pronunciarse sino cuando hay dolo. Las más de las veces no había más que negligencia ó ignorancia de la ley. Aun cuando no hubiese más que una simple falta, el tutor estará obligado á indemnizar. Esta es la aplicación del derecho común.

423. La ley no quiere que el tutor administre antes de

que haya un subrogado tutor. ¿Si de hecho administra sin que haya un subrogado tutor, los actos que haga estarán afectos de nulidad? Ciertamente es que el menor podrá pedir su nulidad, si se trata de un acto en el cual la intervención del subrogado tutor está requerida por la ley: la aplicación del derecho común es lo que le permite promover la nulidad desde el momento en que no se han cumplido las formas protectoras establecidas por su interés. Si la presencia del subrogado tutor no fuese necesaria, ya no habría lugar á la nulidad, habiendo el tutor hecho lo que tenía derecho de hacer, salvo al menos el pedir indemnización si ha sufrido daño; esto es la aplicación de los principios que rigen la responsabilidad del tutor.

¿Los terceros que han contratado con el tutor pueden también pedir la nulidad de los actos que éste ha operado sin que haya habido un subrogado tutor? Todos admiten que los terceros no pueden oponer la falta de un subrogado tutor, cuando se trata de un acto de administración que el tutor tiene el derecho de hacer sin intervención del subrogado tutor. En vano se dirá que el tutor no puede administrar y que esta incapacidad es de orden público. La ley no dice eso, no declara incapaz al tutor para administrar; luego éste puede y aun debe administrar, por qué es tutor. Si la presencia del subrogado tutor es necesaria, los terceros tienen el derecho de exigir que el tutor haga porque se nombre un subrogado tutor; pero si contratan ó litigan sin que hayan hecho uso de ese derecho, no pueden promover la nulidad. La nulidad no es de orden público, y sólo se establece por el interés del menor; luego él solo puede prevalecerse de ella (1). La jurisprudencia se halla en este sentido (2).

1 Aubry y Ráu, t. 1º, p. 417. Demante, t. 2º, p. 248, núm. 171, bis 1. En sentido contrario, Demolombe, t. 7º, p. 220, núms. 363-364.
2 Sentencias de Riom, de 1º de Marzo de 1817, y de la corte de

424. ¿Quién puede ser nombrado subrogado tutor? El consejo de familia tiene para el nombramiento del subrogado tutor la misma latitud que para el de tutor; luego puede nombrar á un pariente, á un pariente político ó un extraño, salvo la aplicación de las reglas concernientes á las excusas. No obstante su elección, en lo que concierne á los parientes está restringida por disposición especial. «El subrogado tutor dice el art. 425, será tomado en aquella de las dos líneas á la cual el tutor no pertenezca.» Esta disposición es una consecuencia del art. 420, por cuyo término las funciones del subrogado tutor consisten en promover por los intereses del menor, cuando estén en oposición con los del tutor. Si el subrogado tutor perteneciere á la misma línea que el tutor, tendría un mismo interés que éste, y por consiguiente se hallaría en conflicto con el pupilo. Por esto existe la obstrucción del art. 423. El objeto de esta disposición es impedir que el subrogado tutor tengan los mismos intereses; no dice, como se ha creído, que si hay parientes en las dos líneas, el consejo de familia se verá obligado á tomar al subrogado tutor entre los parientes de la línea á la cual no pertenece el tutor; el consejo, en este caso, podía nombrar á un extraño (1). Todo lo que resulta de la ley es que el consejo deberá nombrar á un extraño si no hay parientes más que en una línea.

Resulta, además, esta consecuencia de la restricción establecida por el art. 423. Si el tutor es reemplazado por un pariente que pertenezca á la línea en la cual el subrogado tutor ha sido escogido, el consejo de familia deberá nombrar otro subrogado tutor. No puede decidirse que el consejo habría debido tomar al tutor en la línea á la cual no

casió, de 4 de Junio de 1818 (Daloz, en la palabra, *minoría*, número 298).

1 La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 290).

pertenece el subrogado. El consejo debe gozar de la más completa libertad en su elección; debe determinarse por el interés del menor (1).

Si el consejo de familia hubiese elegido al subrogado tutor en la línea del tutor, ¿habría nulidad de la deliberación? No nos parece dudosa la afirmativa. La tutela es de orden público, supuesto que se ha establecido por interés de los incapaces. Ahora bien, la inspección de la gestión del tutor es de la esencia de la tutela, y ya no hay inspección posible cuando los intereses del subrogado tutor así como los del tutor están opuestos á los intereses del menor. Esto es lo que naturalmente acontecerá el tutor y el subrogado tutor pertenecen á la misma línea (2).

425. El art. 423 agrega: «Con excepción del caso de primos hermanos.» ¿Cuál es el sentido de esta excepción? Los primos hermanos pertenecen á las dos líneas. Luego cuando un primo hermano es tutor, no se podría, conforme á la regla establecida por el art. 423, tomar al subrogado tutor entre los parientes, supuesto que necesariamente pertenecerán á la línea del tutor. A esta regla es á la que la ley hace excepción; luego ella quiere decir que si el tutor es un primo hermano, el subrogado tutor puede tomarse indiferentemente en una de las dos líneas. Lógicamente habría sido necesario decidir que, en este caso, el consejo debe nombrar á un extraño subrogado tutor; éste es el único medio de resguardar los intereses del menor (3). Se ha propuesto otra interpretación más restrictiva del art. 423. Como el texto habla de primos hermanos en plural, se dice que él prevee el caso en que el tutor y el subrogado tutor

1 Nancy, 4 de Marzo de 1820 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 292).

2 Aubry y Rau, *Curso de derecho civil francés*, t. 1º, p. 420, nota 1.

3 Demante, t. 2º, p. 250, número. 421, bis 4.

son primos hermanos del tutor (1). Esta interpretación es más favorable al menor, en el sentido de que el tutor y el subrogado tutor siendo sus parientes más cercanos, no hay que temer que sacrifiquen su deber á su interés. Pero la interpretación es inadmisibile. Cuando la ley asienta una regla y luego hace una excepción, la excepción naturalmente se refiere á la regla. ¿Y cuál es la regla en el caso de que tratamos? El código dice que el subrogado tutor debe tomarse en la línea á la cual no pertenece el tutor. Esta regla es la que el art. 423 deroga, *en caso de primos hermanos*; luego si el tutor es un primo hermano, el subrogado tutor puede tomarse en la línea del tutor, es decir, en una ú otra línea, supuesto que el tutor pertenece á las dos.

426. ¿La regla y la excepción establecidas por el artículo 423 se aplican á los parientes políticos? Nos parece que la afirmación no es dudosa. La ley no menciona á los parientes políticos, es cierto, pero tampoco los excluye. Luego hay que aplicar el principio general que el código sigue en materia de tutela: los parientes políticos están en la misma línea que los parientes. Cuando se trata de la composición del consejo de familia, el art. 408 llama indiferentemente y á título de excepción, á los primos hermanos y á los maridos de las primas hermanas. Debe seguirse la misma regla para la tutela subrogada (2).

¿Debe extenderse la excepción, que la ley hace para los primos hermanos, á todos los parientes que pertenecen á las dos líneas? Las excepciones no se extienden, á menos que no sean la aplicación de un principio. Lo que consagra el art. 423 deroga, por el contrario, un principio, y un

1 Durantón, t. 3º, número. 518, Marcadé, t. 2º, p. 218, art. 423, número 1. Aubry y Rau, t. 1º, p. 421.

2 Marcadé, *Curso elemental*, t. 2º, p. 218, número. 1, del art. 423.

principio de orden público. Esto es suficiente para que deba rechazarse toda extensión de la ley. Por otra parte, ni siquiera hay razón. La excepción se funda en el vínculo estrecho de parentesco que existe entre el tutor y su pupilo; esto es verdad respecto al primo hermano, y no lo es más allá del grado de primo hermano (1).

§ II.—DE LAS FUNCIONES DEL SUBROGADO TUTOR

427. El subrogado tutor está llamado á vigilar al tutor, y esta es su función principal; pero cosa singular, la ley no lo dice de una manera expresa. Sin embargo, no hay lugar á duda. A diligencia del subrogado se convoca el consejo de familia, cuando hay motivo para destituir al tutor (art. 446). Esto supone el derecho y el deber de vigilar la administración de la tutela. ¿De qué manera ejercerá el subrogado tutor esta vigilancia? La ley le da un único medio, y éste con dependencia del consejo de familia, puede obligar al tutor á entregar al subrogado tutor estados de situación de su gestión, en la época que el consejo de familia juzgue á propósito fijar (art. 470).

Esta obligación debería existir de derecho, en lugar de ser facultativa; porque si el subrogado no tiene este medio de inspección, la vigilancia se hará imposible. El art. 420 establece que las funciones del subrogado tutor consisten en promover los intereses del menor, cuando están en oposición con la del tutor. Siguese de aquí que, en general, el subrogado tutor no obra, no es tutor, ni substituto del tutor; aun en el caso en que la tutela queda vacante, ó cuando se abandona por ausencia, el subrogado tutor no substituye de pleno derecho al tutor; debe, en este caso, provocar el nombramiento de un nuevo tutor (art. 424).

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 421, nota 5.

Llamado á vigilar la gestión, es imposible que él mismo obre; porque ¿qué sería entonces de la inspección de la tutela? Hay excepción cuando los intereses del menor y del tutor están en conflicto: la ley dice que, en este caso, él *promueve*: luego él es el que entonces maneja la tutela por acto especial. ¿Qué viene á ser en este caso la garantía que el menor encuentra en el tutor subrogado? El subrogado tutor no puede vigilarse á sí mismo. A decir verdad, la subrogada tutela está vacante mientras dura el acto; ahora bien, la ley quiere que haya siempre un subrogado tutor; luego será necesario, como lo ha resuelto la corte de París, nombrar á un subrogado tutor *ad hoc* (1). La ley no conoce esta denominación, pero expresa muy bien el motivo de esta tutela provisional.

Lo mismo sucede, por identidad de motivos, si el subrogado tutor tiene intereses opuestos á los del menor. El subrogado tutor no podría presentar la dimisión, porque no es para siempre la oposición entre él y el menor, sino únicamente para un acto particular y temporal; luego es suficiente reemplazarlo provisionalmente por un tutor *ad hoc* (2).

SECCION IV.—Del consejo de familia.

§ I. DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO.

428. «Para obtener una buena organización de los consejos de familia, dice Berlier, ha parecido necesario hacerlos más numerosos y no admitir en ellos más que á los más próximos parientes de cada línea, y obviar la influencia de una línea sobre otra, por convocatoria de un número igual

1 París, 11 de Marzo de 1843 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 305. La corte de Rennes ha resuelto que el nombramiento de un tutor *ad hoc*, no era necesario. Sentencia de 4 de Mayo de 1951, (Dalloz, 1856, 5,470, num. 17).

2 Lieja, 15 de Enero de 1856 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 210).