

existencia del consejo, y en consecuencia, de la deliberación acordada. En teoría, esto no da lugar á duda, desde el momento en que se acepta la doctrina de los actos no existentes. Pero la aplicación sigue siendo dudosa, porque la ley no determina las condiciones que se requieren para la existencia del consejo y de sus deliberaciones. Se ha fallado que la formación del consejo en el domicilio de la tutela es una condición substancial sin la cual no hay consejo. En esta opinión, debe resolverse también que los tutores pueden prevalerse de esta no-existencia. La corte de Bruselas así lo ha fallado (1). Un tercero es perseguido por el tutor por el pago de una deuda. El demandado sostiene que el actor no es tutor y que no tiene ninguna calidad para exigir el pago de lo que se debe al menor. Cierto es que él podría exponer esta excepción si fuese perseguido por un advenedizo que tomara sin derecho alguno la calidad de tutor. Ahora bien, en la doctrina de los actos inexistentes, el tutor nombrado por un consejo que no tuviera existencia legal era un advenedizo. Debemos agregar que la corte de Bruselas no se funda en la doctrina de los actos inexistentes; ella reconoce, en toda hipótesis, á los terceros el derecho de oponer la nulidad de las deliberaciones tomadas por el consejo. Entendida de este modo, la opinión consagrada por la corte es inadmisibile, como al momento vamos á decirlo. Si se admite que el consejo de familia, aunque formado en otra parte que no sea el domicilio de la tutela, tiene una existencia legal, y que puede acordar deliberaciones; hay que decidir que los terceros no pueden oponer la irregularidad que resulte.

489. En efecto, si se trata de una simple irregularidad, la deliberación no es nula de derecho, en razón del vicio de forma, y únicamente hay nulidad virtual. Ahora bien, esta

1 Sentencia de 8 de Mayo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, p. 116).

nulidad se funda en el interés del menor. ¿Con qué derecho los terceros se prevaldrían de una nulidad que sólo se ha establecido en favor de aquellos? Ellos no tienen calidad y ni siquiera interés. La corte de Bruselas ha admitido que un deudor perseguido por el tutor oponga la composición irregular del consejo de familia que lo había nombrado (1). Si la ley quiere que los más próximos parientes sean llamados al consejo, es únicamente por interés del menor y ¿los terceros deudores tienen interés en promover en nombre del menor? Nó, y tampoco tienen interés en promover en su propio nombre, porque ellos pueden válidamente pagar en manos del tutor, en tanto que no se anule su nombramiento. La opinión adoptada por la corte de Bruselas conduce á que se vuelva contra el menor una garantía que sólo por su interés la estableció la ley; sus deudores en lugar de pagar lo que deben atacarán el nombramiento del tutor, y si se anula, será preciso proceder á un nuevo nombramiento; de aquí moratorias, gastos, inconvenientes, todo en perjuicio del menor, y esto en virtud de una disposición que ha querido resguardar sus intereses. Esto es inadmissible.

No hay más que un solo caso en el cual los terceros tendrían derecho é interés en oponerse á la irregularidad de una deliberación viciada en la forma. El tutor intenta una acción inmoviliaria en virtud de una autorización irregular. El demandado puede oponer esta irregularidad. En efecto, si no la opusiese y si ganase el pleito, el menor podría pedir la nulidad del juicio fundándose en que el tutor no había sido convenientemente autorizado para obrar. El demandado tiene interés en ponerse á cubierto de esta acción de nulidad; desde este momento tiene el derecho de oponer la excepción de nulidad; el tribunal decidirá si es válida la autorización. Esta excepción resulta de la misma posición

1 Bruselas, 20 de Marzo de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 368). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 394, y nota 30.



de las partes; el interés del menor se identifica en este caso con el del tercero, porque el menor tanto como el tercero está interesado en prevenir nuevos litigios. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto (1).

*Núm. 5. De los actos ejecutados en virtud de deliberación irregular.*

490. El tutor renuncia á una sucesión en virtud de una deliberación del consejo de familia; enajena un inmueble del menor en virtud de una autorización homologada por el tribunal. Se pregunta si el menor puede atacar esos actos. Hay que distinguir: si se han observado todas las formas, el acto hecho por el tutor es inatacable; el menor no podría atacarlo sino por el fondo, sosteniendo que lo han vulnerado; ahora bien, es de principio que el menor no puede promover rescisión por causa de lesión contra los actos que el tutor ha ejecutado dentro del límite de su poder, y llenando las formalidades prescriptas por la ley. Más adelante estableceremos este principio é insistiremos en el título de las *Obligaciones*.

Si las formalidades legales no han sido observadas, hay lugar á la acción de nulidad por vicio de forma? Cuando es una forma substancial no hay duda alguna. Esta es la aplicación del derecho común. La deliberación es, en este caso, considerada como no acaecida, y toda persona interesada puede prevalerse de la no-existencia del consejo, y en consecuencia, de todo lo acordado en él. Pero la cuestión es dudosa cuando se trata de una simple irregularidad. Nosotros creemos que en el silencio de la ley, hay que resolver la cuestión en favor del menor.

Para resguardar sus intereses es para lo que la ley prescri-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 325, y nota 31. Bruselas, 20 de Julio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 218, y Dalloz, en la palabra *minoría*, número 253).

be reglas en la composición del consejo y en sus deliberaciones. Si estas formas se han observado, el menor no puede atacar el acto ejecutado por el tutor, porque ha gozado de la protección que la ley quiere otorgarle. En cambio, si estas formas no han sido observadas, él no ha gozado de la protección legal; luego es preciso que tenga el derecho de querellarse y de atacar los actos ejecutados, en virtud de deliberaciones irregulares. ¿De qué le serviría la protección con que la ley lo rodea, si los actos, aunque hechos en virtud de deliberaciones irregulares fuesen inatacables? Ciertamente es que la ley abre un recurso contra tales deliberaciones; pero si no ha habido recurso ¿el menor será víctima de la incuria de los que habrían debido atacar la deliberación y no lo han hecho? Esto equivaldría á hacerlo víctima de la incapacidad; porque él, en todo caso, no podía obrar durante su minoría. Supuesto que no ha podido atacar la deliberación, fuerza es que tenga la facultad de atacar los actos en virtud de esa deliberación. Bien entendido que no será suficiente una simple irregularidad para que el tribunal deba pronunciar la nulidad. El juez apreciará si la irregularidad ha causado un perjuicio al menor.

Se objeta el interés de los terceros y el interés del mismo menor. Las deliberaciones de los consejos de familia no son públicas, así que es imposible á los terceros saber si la deliberación en virtud de la cual obra el tutor es ó no es irregular. ¿En esta incertidumbre se aventurarán á tratar con el tutor, si pueden temer una acción de nulidad? ¿Y quién sufriría en ello si nó el menor? Estas consideraciones son muy graves, y creemos que el legislador debía tenerlas en cuenta. Pero la cuestión está en saber si lo ha hecho. Ahora bien, ni siquiera ha previsto la dificultad. Así, pues, estamos sin ley. Hay una deliberación irregular, nula; todo lo que se hace en virtud de una deliberación nula está man-



chado de la misma nulidad. ¿Opondrán los terceros la excepción de buena fe? No pueden hacerlo en el silencio de la ley; en efecto, esta excepción reduciría á la nada un derecho que él mismo debe á la ley; el legislador es el único que puede conceder excepciones que destruyan los derechos que él ha consagrado. Esto nos parece decisivo.

La jurisprudencia se pronuncia en favor del menor más bien que contra él. Se había hecho una transacción guardando las formas de la ley, pero la deliberación del consejo de familia era irregular. La corte de Aix anuló la deliberación y la transacción hecha en virtud de la autorización del consejo, homologada por el tribunal. Una sentencia de la corte de casación resuelve que debe aplicarse el principio general que domina en esta materia, es decir, que la ley deje á la sabiduría y á la jurisprudencia de los tribunales el cuidado de apreciar las circunstancias particulares que pueden excusar irregularidades exentas de toda sospecha de dolo ó de connivencia» (1). La corte de Tolosa anuló la renuncia á una sucesión hecha en virtud de una deliberación á la cual no había sido citada la madre del menor; ella consideró al menor como lesionado por el hecho solo de que no había tenido el apoyo de la más que ningún otro habría debido ser citada para que vigilase sus intereses (2). En otro caso, la corte de Douai mantuvo una venta hecha en virtud de una deliberación irregular, no porque negase el derecho de promover la nulidad, sino haciendo constar de hecho que todo se había verificado de buena fe y por el interés evidente del menor (3).

491. Hemos estado suponiendo siempre en lo que he-

1 Sentencia de denegada apelación, de 3 de Abril de 1858 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 176, 6°).

2 Tolosa, 5 de Junio de 1829 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 498).

3 Douai, 1° de Agosto de 1838 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 551, 1°).

mos dicho, que el menor es el que promueve la nulidad. Se pregunta si no hay lugar para aplicar el art. 883, según el cual «el tutor, el subrogado tutor, y hasta los miembros de la asamblea pueden proveerse contra la deliberación.» Los términos que acabamos de transcribir contestan la pregunta. Ellos suponen que se provee uno contra la deliberación; mientras que la acción de nulidad se dirige contra el acto ejecutado en virtud de la deliberación. En el primer caso, se quiere impedir que la deliberación produzca efecto; en el segundo caso, no siendo atacada la deliberación, ha producido el efecto que debía producir; luego no hay ya lugar á proveer contra la deliberación. Por lo tanto, el art. 883 no es aplicable. Se concibe que el legislador haya dado al tutor, al subrogado tutor y á los miembros del consejo el derecho de proveerse contra la deliberación en tanto que no se haya ejecutado; porque importa, por el interés del menor, impedir la ejecución de una deliberación que lastima sus intereses ó que se ha acordado irregularmente y que, á causa de esta irregularidad misma, perjudica al menor. Pero cuando no se ataca la deliberación, cuando se ejecuta, el tutor y los miembros del consejo están fuera de causa, por el hecho mismo de que no han ejecutado el derecho de causa que la ley otorga. Sólo el menor tendría todavía derecho é intereses de promover; él no tenía calidad para proveerse contra la deliberación; y el silencio de sus parientes no puede arrebatarle el derecho de atacar un acto hecho en virtud de una deliberación irregular (1).

492. ¿Los terceros que han contratado con el tutor en virtud de una deliberación irregular, pueden pedir la nulidad del acto? Conforme á los principios generales, hay que contestar negativamente. Se trata de una acción de nulidad

1 Aubry y Rau, «Cours de derecho civil francés,» según el método de Zachariæ, t. 1°, p. 897, nota 40.



fundada en un vicio de forma de la deliberación del consejo de familia, en virtud de la cuál el tutor ha promovido. ¿Quién puede intentar la acción de nulidad? Cuando la nulidad es de orden público, toda parte interesada puede aprovecharse de ella; cuando no es de orden público, únicamente puede invocarla la parte en cuyo interés se ha establecido (1).

¿Se trata de una nulidad de orden público? Nosotros hemos enseñado que la tutela es de orden público; pero esto no prueba que la acción de nulidad que corresponde al menor sea de orden público; si se concede al menor, es únicamente porque siendo incapaz, no ha juzgado de la protección que la ley quiere asegurarle; luego obra como incapaz; ahora bien, las nulidades fundadas en la incapacidad son nulidades relativas (art. 1125). Esto decide la cuestión en contra de los terceros.

493. Únicamente el menor puede promover la nulidad. ¿Contra quién debe dirigir su acción? El art. 383 dice que el recurso contra las deliberaciones del consejo se forma contra los miembros que hayan estado en pró de la deliberación. Este artículo no es aplicable á la acción de nulidad. Es cierto que indirectamente tiende á anular la deliberación irregular que ha sido acordado por el consejo de familia; pero éste no es el objeto directo de la acción, sino más bien el medio. La acción de nulidad tiene por objeto directo y principal pedir la anulación de un acto jurídico que es verificado entre el tutor y un tercero; luego se dirige contra los terceros que tienen interés en el mantenimiento del acta. En consecuencia, contra los terceros interesados es contra quien debe intentarse la acción.

1 Véase el tomo 1º de mis "Principios", p. 107, núm. 72.

*SECCION V.—De las causas de excusa, de incapacidad, de exclusión y de destitución.*

§ I.—DE LAS EXCUSAS.

494. La teoría de excusas viene del derecho romano. La tutela se consideraba como un cargo público, en el sentido de que aquellos á quienes se imponía, estaban obligados á cumplirla. No que el cargo interesase directamente á la república, ni que diese al tutor una porción cualquiera de autoridad, sino porque es de interés general que los menores no se queden sin defensores. Es esta una justa solicitud de la sociedad por aquellos de sus miembros que son incapaces de gobernar su persona y de administrar sus bienes. No obstante, hay un interés que domina á éste. En definitiva, por manejar intereses privados, es por lo que los tutores están obligados á obedecer al llamamiento de la ley. Pero si son funcionarios públicos, el servicio del Estado esrá antes que el de los menores. Luego si no pueden cumplir convenientemente uno y otro cargo, la ley les permite que se excusen de la tutela. El derecho romano admitía además excusas fundadas en motivos personales del tutor. Indirectamente tales excusas aprovechan al mismo menor. El legislador ha imaginado que si se forzaba á los que tienen una excusa legal á administrar la tutela, los tutores cumplirían mal funciones que ejercerían muy á su pesar (1).

La misma palabra hace conocer su carácter. Es una facultad que la ley concede al tutor para dispensarlo de la tutela. A primera vista, creeriase que la excusa debería tener por consecuencia una incompatibilidad ó una incapa-

1 Estas nociones son tan elementales que es inútil citar testimonios; invocamos á Duranton, t. 3º, p. 1174, núm. 480.