

oidas por el consejo y por el tribunal de Termonde, por las razones que acabamos de exponer. En la sentencia de la corte de apelación se lee esta decisión, si no es contraria al texto de la ley, evidentemente tiene su mente. La corte confiesa que en este caso no había excusa legal, pero pretende que las excusas legales no son las únicas que el tutor puede proponer, invoca el poder discrecional de los consejos de familia y de los tribunales. ¿Pero en qué se funda? La sentencia cita los arts. 439 y 440, que norman el procedimiento en materia de excusas; ¿pero no es de toda evidencia que estas disposiciones, colocadas á continuación de los artículos que enumeran las excusas legales, se refieren á dichas excusas? La corte no tenía más que leer el artículo 441 para convencerse de ello; este artículo permite que se condene á costas á los que han rechazado la excusa propuesta por el tutor; y ¿se concibe que los miembros del consejo sean condenados á costas por haber rechazado una excusa que no está escrita en la ley? Esto prueba que en los arts. 439 y 441, no se trata más que de excusas legales. En definitiva, no hay base jurídica para la teoría de las causas extralegales. La corte de Gante invoca, además, el interés del menor. Nosotros contestamos que la ley ha cuidado de organizar la tutela de manera que ese interés esté plenamente resguardado. Al consejo de familia corresponde hacer la elección que mejor le parezca. En nuestra opinión, hay recursos ante los tribunales contra la deliberación del consejo. Ahí se detienen las garantías legales; no se pueden crear otras (1).

509. ¿No hay que hacer excepción á estos principios cuando el tutor es incapaz? La cuestión se presenta en dos hipótesis. Se pregunta desde luego si el tutor puede alegar u incapacidad para dispensarse de aceptar la tutela. ¿Y si

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón* t. 7º, p. 264, núm. 447.

la ha aceptado, puede dar su dimisión? El código no hace de la incapacidad una causa de excusa, pero por los términos del art. 444, están excluidos de la tutela, y hasta son destituibles si se hallan en ejercicio, aquellos cuya gestión atestiguase la incapacidad. Así es que el legislador no toma en consideración la incapacidad sino cuando está patentizada por una mala gestión. No basta, pues, ser modesto y llamarse incapaz de administrar una tutela para estar dispensado de aceptarla. La incapacidad no es una causa de excusa legal, y en nuestra opinión no hay otra.

La cuestión es más difícil cuando el tutor en ejercicio presenta su dimisión, fundándola en la incapacidad patente para su gestión. El podría ser destituido. Si hay una causa de destitución, con mayor razón debe permitirse al tutor que prevenga una destitución por una dimisión voluntaria: en cierto modo, él se destituye á sí mismo. La jurisprudencia se halla en este sentido (1). Hay, sin embargo, un motivo para dudar. El código civil no admite al tutor á dimitir sus funciones, salvo en los casos en que hay una causa que el legislador juzgue suficiente para descargarlo de la tutela. Ahora bien, la incapacidad no es una causa legal de excusa. Es una causa de destitución. Lo que implica que el consejo de familia no estaría obligado á aceptar la dimisión del tutor y que podría proceder á la destitución. Que no se diga que esto sería un rigor excesivo y un escándalo inútil. La destitución tiene efectos que no se pueden atribuir á la dimisión. Si se destituye al tutor, éste no puede ya ser miembro del consejo de familia, mientras que

1 Sentencia de la corte de casación, de 17 de Febrero de 1835 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 363), y sentencia de Rouen, de 30 de Marzo de 1844 (Daloz, *ibid*, núm. 322, 2º). Véase en el mismo sentido, Proudhon, *del estado de las personas*, t. 2º, p. 347; Demolombe, t. 7º, p. 266, núm. 447.

el tutor dimisionario podría todavía asistir al consejo. Ahora bien, importa que no concurra. Luego debe seguirse el curso regular de la ley por riguroso que sea. El derecho del consejo para destituir al tutor, aun cuando éste presentare su dimisión nos parecè incontestable.

Núm. 4. Efectos de las excusas.

510. Las causas de excusa se establecen por interés del tutor. Algunas hay que interesan al pupilo: tales son la edad y las enfermedades, pero esta consideración no es más que secundaria supuesto que la ley no hace de ella una causa de incapacidad. Siguese de aquí que el tutor puede renunciar á la excusa que tendría derecho á proponer; y si renuncia, ya no puede seguir prevaliéndose de ella. Esto no es más que la aplicación de los principios elementales del derecho. Cada uno puede renunciar á los derechos que en su favor se han establecido, y la renuncia implica abdicación. Siguese también los principios generales sobre la renuncia; ésta es una manifestación de voluntad, luego puede ser expresa ó tácita. Hay renuncia tácita cuando el tutor asienta un hecho que necesariamente supone la voluntad de aceptar: tal sería la convocación del consejo para deliberar sobre la especialización de la hipoteca legal. Un simple hecho de gestión no implicaría renuncia, porque vamos á ver que el tutor está obligado á administrar personalmente.

511. El tutor debe proponer sus excusas al consejo de familia. Si se halla presente á la deliberación que le confiere la tutela, debe proponer sus excusas inmediatamente, so pena de que se le declare inaceptable en cualquiera reclamación ulterior. Su silencio es suficiente, en tal caso, para que haya renuncia. La ley supone naturalmente que el tutor conoce las excusas que puede hacer valer; ninguna razón tiene entonces para no proponerlas desde

luego, y ciertamente que no dejaría de hacerlo, si su intención fuese la de aprovecharse del beneficio de la ley. Si él no ha asistido á la deliberación, debe hacer que se convoque el consejo dentro de los tres dias contados desde la notificación que se le hace de su nombramiento; el plazo se aumenta en un dia por tres miriámetros de distancia del lugar de su domicilio al de la apertura de la tutela; pasando este plazo, no es recibibile (art. 439).

La ley no habla más que de la tutela dativa. ¿Debe aplicarse por analogía á la tutela legal y testamentaria? La mayor parte de los autores resuelven la cuestión afirmativamente, en el sentido de que el tutor deberá exponer sus excusas en el plazo fijado por el art. 439; pero, como en este caso no hay que hacer notificación, el plazo no correrá sino desde el dia en que el tutor hubiese tenido conocimiento de la delación de la tutela. Esto es inadmissible. La ley pronuncia una prescripción, y las prescripciones son de estricta interpretación. En el silencio de la ley, se permanece bajo el imperio de los principios generales. El tutor podrá proponer sus excusas por todo el tiempo que no haya renunciado; pero debe apresurarse á hacerlo, porque la gestión prolongada sería una renuncia tácita.

¿Qué debe resolverse si la causa de excusa sobreviene durante el curso de la tutela? La ley no prevee la dificultad sino cuando se trata de servicios públicos; ella da en tal caso, un mes para que el tutor convoque al consejo de familia. En todos los demás casos, no hay plazo legal, y se permanece bajo el imperio de los principios generales.

512. El consejo de familia no estatuye definitivamente sobre las excusas. Si las rechaza, el tutor puede proveerse ante los tribunales para hacer que se admitan. Esta es la aplicación del derecho común. El art. 443 dice que, durante el litigio, el tutor estará obligado á administrar per-

sonalmente. Si el consejo admite la excusa, puede también haber recurso, siempre por aplicación del derecho común (núms. 464, 469). Así el tutor nombrado á falta del que ha sido excusado tendría el derecho de atacar la deliberación y de sostener que no había excusa legal. El art. 440 no lo dice, pero esto no es dudoso; los principios que rigen los recursos contra las deliberaciones del consejo de familia resuelven la cuestión (art. 487).

¿Dentro de qué plazo debe proveerse el tutor ante los tribunales? La ley no fija plazo; el tutor se dará prisa para ejercitar su recurso, en ello tiene grande interés, porque si continúa administrando, podría haber en su gestión una aquiescencia á la decisión del consejo. La ley lo obliga á administrar provisionalmente, porque el menor no puede quedarse sin protector; pero el tutor debe velar, si quiere hacer valer sus excusas, en que la gestión provisional no puede ser considerada como una gestión definitiva.

¿Quién soporta los gastos de la instancia? Cuando el tutor pierde, será condenado en costas (art. 441). Esta es la aplicación del derecho común (código de procedimientos, art. 130). Cuando los miembros del consejo son los que pierden, la ley se atiene á la apreciación del tribunal, que puede condenarlos en costas; si él rechaza las excusas, ellos han obrado por espíritu de intriga y de malignidad. Pero si son de buena fe, obran por interés del menor, y éste es, pues, el que debe soportar los gastos (1).

§ II. DE LAS INCAPACIDADES.

513. El código declara á ciertas personas incapaces de ser tutores. Hay una diferencia considerable entre las causas de incapacidad y las causas de excusa. El que tiene una excusa puede renunciarla, supuesto que la dispensa se ha

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 22 (Loeré, t. 3º, p. 407).

establecido en su favor. Las incapacidades, por el contrario, se establecen por el interés del menor, luego es evidente que el incapaz no puede renunciarlas. El que tiene una excusa puede ser tutor, si así lo quiere. Aun cuando el incapaz quisiere ser tutor y el consejo de familia lo consintiese, no podría serlo, porque no tiene las cualidades que se requieren para la administración de la tutela. Supuesto que el incapaz no puede ser tutor, síguese que las causas de incapacidad impiden al consejo nombrarlo ó hacer que se le separe si se presenta como tutor legal ó testamentario; y que si la causa de incapacidad sobreviene durante el curso de la tutela, el incapaz debe ser revocado.

Hemos establecido como principio que no hay excusa sin ley, este principio es controvertido; hay autores que, además de las excusas legales, admiten excusas de hecho. Respecto á las causas de incapacidad, no hay duda alguna, la jurisprudencia y la doctrina están acordes en admitir que las incapacidades son de estricta interpretación. En efecto, en toda materia, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; luego á las incapacidades debe aplicarse el principio que rige á las excepciones: no hay excepción, y por consiguiente no hay incapacidad sin texto y los textos que las establecen son esencialmente limitativos; el intérprete no puede extenderlos, aun cuando fuese por vía de analogía. No hay incapacidad sin texto formal. Zachariæ es el único autor que enseña que la incapacidad puede resultar de una manera virtual y necesaria del espíritu de la ley (1). Nosotros preferimos ajustarnos al principio tal como la corte de casación lo ha formulado. La ley que establece la incapacidad debe tomarse al pie de la letra; recurrir al espíritu de la ley para extender el texto, es crear incapacidades, es hacer la ley.

1 Aubry y Rau, 4ª edición, t. 1º, p. 375 y nota 12.