

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 obrar, 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; síguese 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). Síguese 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.

rogado 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 prohíba, pe-

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

2 En sentido contrario Aubry y Ran, t. 1º, 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 ú 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).

pretensiones de las partes? La corte de casación rechazó la demanda, pero tuvo cuidado de agregar otro motivo. En el caso al debate, el padre tutor era usufructuario legal, luego debía soportar todas las cargas del usufructo; ahora bien, la pensión alimenticia es una carga que pesa sobre las rentas; luego suponiendo que la deuda hubiese sido impuesta al hijo, el padre habría debido solventarla sobre las rentas del menor (1). En este sentido, no había oposición de intereses. No obstante, esto no es cierto sino mientras dura el usufructo legal; extinguiéndose éste, la oposición de intereses reaparece; luego habría sido más jurídico hacer que interviniere el subrogado tutor.

109. El art. 420 se aplica también á las instancias judiciales, distinguiéndose, como acabamos de decirlo, entre los intereses separados y los intereses contrarios. Difícil es asentar una regla que sirva para hacer esta distinción; esta es cuestión de hecho más que de derecho. Antes hemos dicho que el subrogado tutor no puede interponer apelación, y que el consejo de familia ni siquiera podría autorizarlo, porque el subrogado tutor no puede funcionar sino en los casos previstos por la ley. Otra cosa sería si hubiese oposición de intereses entre el tutor y su pupilo; en tal caso, la ley impone un deber de obrar al subrogado tutor: éstas son sus funciones, dice el art. 450. Este principio es absoluto; da al subrogado tutor el derecho de obrar como lo haría el tutor, y en lugar y representación de él; luego también puede entablar apelación, salvo pedir la autorización del consejo de familia en los casos en que el tutor debe ser autorizado (2).

Una mujer es perseguida de expropiación á causa de una obligación que contrajo con su marido; ella fallece; ¿los in-

1 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, 1, 251).

2 Bruselas, 8 de Abril de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 277).

tereses de los hijos menores que ella deja y los del padre tutor están opuestos? La corte de París falló afirmativamente (1). No presentamos otro ejemplo, porque la solución de la cuestión depende de los hechos y de las circunstancias de cada causa.

110. Cuando no hay oposición de intereses entre el tutor y el menor, el subrogado tutor carece de facultad para funcionar. La ley le encarga que provoque la destitución del tutor, y ¿él también debe exigir la rendición de la cuenta? No, ni debe, ni puede. La cuenta se rinde al que toma la administración de los bienes; en el caso de que se trata, al nuevo tutor; luego éste es el que tiene derecho á exigir la cuenta (2).

Hay excepción de este principio en los casos en que la ley exige la intervención del subrogado tutor, por más que no haya ninguna oposición de intereses entre el tutor y el menor. El art. 452 quiere que la venta de los muebles se haga en presencia del subrogado tutor, y el art. 459 exige su presencia para la venta de los inmuebles (3). Se ha fallado que en éstos casos la presencia del subrogado tutor no es necesaria, cuando los intereses del menor no estén en oposición con los del tutor (4). Esta decisión es contraria á los textos que acabamos de citar. La ley no dice que el subrogado tutor no debe asistir sino cuando los intereses del tutor y del menor están opuestos; y aun habría sido inútil decirlo, supuesto que la disposición general del art. 420

1 París, 19 de Abril de 1839 (Daloz, en la palabra *venta pública de inmuebles*, núm. 283).

2 Lyon, 12 de Abril de 1848 (Daloz, 1848, 2, 144). Compárese, Turín, 7 de Enero de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 302, 29).

3 La ley Belga de 12 de Junio de 1816, dice que la venta se hará en presencia de los tutores ó de los subrogados tutores (art. 2, pfo. 4).

4 París, 28 de Abr de 1849 (Daloz, 1850, 1, 169).

es suficiente para que su presencia sea necesaria en caso de conflicto (1).

111. ¿Cuáles son los poderes del subrogado tutor cuando tiene misión de funcionar? Parécenos que debe distinguirse. Cuando el subrogado tutor interviene en virtud del art. 420, toma el lugar del tutor, y en consecuencia, tiene para el acto especial que celebra, el mismo poder que el tutor. En realidad, él es, como lo expresa la corte de Riom, tutor *ad hoc* (2), lo que determina la extensión de sus atribuciones. Cuando la ley exige sencillamente la presencia del subrogado tutor, sin que haya oposición de intereses, entonces es más vigilante que actor; el tutor es el que obra, y no se puede aceptar que á la vez haya dos personas que óbren en nombre del menor. El subrogado tutor no tiene, en este caso, más función que velar en que los intereses del menor queden amparados; si halla que estos intereses están amenazados, debe remitirse al consejo de familia; de su propio motivo no puede obrar, supuesto que en principio no obra; sin embargo, se ha fallado que cuando una demanda de remate se prosigue contra el tutor, el subrogado, que debe estar presente, puede estipular en el cuaderno de los cargos, que la porción del precio aferente al menor se quedará en manos de los adquiridores hasta la mayor edad del pupilo (3). Esto nos parece muy dudoso. En el caso no había oposición de intereses entre el tutor y el menor; la venta no era voluntaria, el mismo consejo de familia no habría podido determinar las condiciones de la venta forzada, y ¿con qué título habría intervenido el subrogado tutor? En definitiva, se trataba de percibir el precio y de colocarlo,

1 Carré Chauveau, *Leyes del procedimiento*, núm. 2501, bis.

2 Rion, 10 de Julio de 1846 (Daloz, 1846, 2, 180).

3 Nancy, 13 de Diciembre de 1838 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 303, 1^o). París, 20 de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *venta pública de muebles*, núms. 20 25)

lo que entra en las atribuciones del tutor. Su poder, en este particular, no está limitado sino en las ventas voluntarias, cuyas condiciones rige el consejo. Ningún texto, ningún principio da al consejo ni al subrogado tutor el derecho de restringir los poderes del tutor cuando es forzada la venta. Hay en esto una anomalía, pero que resulta de la ley.

112. Si el subrogado tutor no asiste al acto en el cual debía intervenir, sea en virtud del art. 420, sea en virtud de una disposición especial del código, dicho acto es nulo. Esto es la aplicación de un principio general. Cuando un acto concerniente al menor no se ha hecho en las formas prescritas por la ley, es nulo en la forma; pero no puede pedirse la nulidad sino por el menor, porque sólo se ha introducido en su favor (1125). Así fué fallado por la corte de casación (1), y esto no da lugar á dudas.

Mayor dificultad existe para los juicios en los cuales el menor ha sido representado por su tutor, cuando hubiera debido serlo por su subrogado tutor, en razón de la oposición de intereses entre el tutor y su pupilo. A primera vista, podría creerse que éstos juicios no pueden oponerse al menor, supuesto que no ha estado legalmente representado. Es de doctrina, en verdad, que el menor está representado por su tutor, bien que éste no haya sido autorizado por el consejo de familia; pero hay un ligero matiz, y por consiguiente una diferencia. Cuando el tutor obra sin estar autorizado, representa á su pupilo, porque tiene facultad para obrar; cuando obra en un caso en que el subrogado debería hacerlo, ya no representa al menor, el subrogado tutor es el que representa á éste. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia mantienen, aun dentro de esta hipótesis,

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Febrero de 1850 (Daloz, 1, 169).

el principio del art. 450, en virtud del cual el tutor representa al menor en todos los actos civiles, de donde se sigue que el menor no puede atacar el juicio sino por apelación, el recurso de casación ó el pedimento civil.

CAPITULO III.

FIN DE LA TUTELA.

§ I.—DE LOS CASOS EN QUE TERMINA LA TUTELA.

413. La tutela termina definitivamente por la mayoría del menor, su emancipación ó su muerte. Queda vacante, más bien que cesante, cuando el tutor muere, siendo un cargo personal que no pasa á los herederos (art. 419); queda también vacante cuando el tutor es excusado ó destituido y cuando el consejo de familia acepta su dimisión. La tutela puede también abandonarse por ausencia, dice el artículo 424. Aquí debe tomarse la palabra *ausencia* en su más amplia acepción. El tutor está ausente, en el sentido legal de la expresión, cuando hay incertidumbre acerca de si vive ó ha muerto. Si es el padre el que desaparece, se aplican los arts. 141 143, que hemos explicado en el título de la *Ausencia*. La tutela sería, además, abandonada por ausencia si el tutor se alejase del lugar en que la tutela debe