

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



ser manejada. Cuando la tutela está vacante ó cuando se abandona, el subrogado tutor debe, bajo pena de daños y perjuicios que pára el menor pudieran resultar, provocar el nombramiento de un nuevo tutor (art. 424).

114. Cuando la madre tutora vuelve á casarse y el consejo le conserva la tutela, *necesariamente* le da al segundo marido por *cotutor*. Siguese de aquí que la cotutela es una continuación del matrimonio. «El que se casa con la viuda, se casa con la tutela,» dice un antiguo adagio. Luego cuando el matrimonio se disuelve por la muerte de la mujer ó por el divorcio, la cotutela cesa. No hay cotutela sin matrimonio, el efecto cesa con la causa. De la misma manera, si la madre fuese excusada ó destituida, la cotutela también cesaría; no puede haber *cotutor* sin *tutor*. ¿Y la tutela de la madre acabaría también con la tutela del segundo marido? Hay que distinguir. Si el segundo marido llega á morir, ya no hay cotutela, pero la madre sigue siendo tutora porque no hay razón para que la tutela cese. Si el segundo marido fuese excusado ó destituido, la tutela de la madre cesaría igualmente; en efecto, la ley quiere que tenga necesariamente á su segundo marido por *cotutor* y que éste sea solidariamente responsable de la gestión; luego, durante su segundo matrimonio, la madre no puede ser tutora sin que su marido sea *cotutor*; sin *cotutar*, no podría haber *tutor*. Esto resulta del texto de la ley y está también fundado en la razón. Si la madre conservase la tutela cuando el marido es excusado ó destituido, el menor no tendría ya la garantía que la ley ha querido asegurarle; el segundo marido continuaría de hecho manejando la tutela sin ser responsable, y esto es precisamente lo que la ley ha querido evitar. La jurisprudencia está de acuerdo en este punto con la doctrina (1). ¿Pero debe decirse, con la corte de Bruse-

1 Valette, «Explicación sumaria del libro 1.º» p. 229, sentencias

las, que la tutela de la madre se suspenderá únicamente mientras dura el matrimonio? La ley no conoce suspensión de la tutela; cuando la tutela queda vacante, hay lugar al nombramiento de otro tutor, y ésta nueva tutela es definitiva.

115. El art. 425 establece que «las funciones del subrogado tutor cesarán en la misma época que la tutela.» Ya no puede haber vigilante cuando ya no hay gestión que vigilar. Pero cuando la tutela está únicamente vacante ó abandonada ¿la subrogada tutela cesará también? Podría creerse según los términos absolutos del art. 425; pero el mismo texto del código prueba que esta disposición no tiene el sentido absoluto que aparenta tener; acabamos de decir que en caso de abandono ó de vacancia de la tutela, el subrogado tutor está obligado á provocar el nombramiento de un nuevo tutor (art. 424). Luego el subrogado tutor queda en funciones. Puede, no obstante, suceder que deba ser reemplazado. En efecto, el subrogado tutor debe tomarse en aquella de las dos líneas á la cual no pertenece el tutor (art. 423). Luego si el nuevo tutor es de la misma línea que el subrogado, éste se vuelve incapaz. Podría decirse que el consejo debería en este caso, escoger al tutor en la línea á la cual no pertenece el subrogado tutor. Pero ninguna ley limita la elección de la familia, é interesa al menor que ésta pueda siempre elegir al hombre más capaz. Admítese también que el consejo podría nombrar á otro subrogado tutor, aun cuando el nuevo tutor fuese de una línea diferente, si el interés del menor exigiese semejante cambio (1). Esto nos parece dudoso. El consejo no tiene derecho á revocar al tutor, ni al subrogado tutor, ni aun por

de Bruselas, de 18 de Julio de 1810 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 364, y de Bourges, de 28 de Enero de 1857), (Daloz, 1859, 2, 50).

1 Demolombe, t. 7.º, p. 234, núm. 385. Valette acerca de Proudhon, t. 2.º, p. 301, y núm. 1.



interés del pupilo, á menos que haya motivos de destitución, y en el caso en que es necesario cambiar al subrogado tutor, como acabamos de decirlo; pero aun esto se hace en virtud de la ley.

§ II. CONSECUENCIAS QUE PRODUCE EL FIN DE LA TUTELA.

116. La tutela es un cargo que impone al tutor la obligación de administrar los bienes del pupilo y cuidar de su persona. Para cumplir estos deberes, el tutor tiene los derechos que, en principio, pertenecen á la administración. Con motivo de su gestión y de las relaciones que de ella resultan entre el tutor y el menor, la ley impone al tutor ciertas incapacidades. Todos estos efectos de la tutela cesan con ella, por aplicación del adagio que dice que, cesando la causa, cesan los efectos. Respecto á las incapacidades, no hay duda alguna; no tienen ya razón de ser cuando concluye la tutela: luego el tutor podrá comprar los bienes del menor, tomarlos en arrendamiento y aceptar la cesión de derechos ó de créditos contra aquel que ha sido su pupilo (art. 450). El art. 407 hace una excepción á este principio, pero la excepción confirma la regla: el menor, aunque entrado en la mayor edad, no puede disponer á título gratuito en provecho del que ha sido su tutor, si la cuenta definitiva de la tutela no se ha rendido previamente y no se ha depurado. Insistiremos acerca de esta disposición en el título de las *Donaciones*. El principio que hemos asentado tampoco ofrece dificultad respecto á los derechos y obligaciones del tutor; supuesto que ya no hay tutor, ya no puede tratarse de derechos y de obligaciones que de la tutela deriven. Esto no ofrece duda en lo que concierne á la administración de la persona del menor. No pasa lo mismo con los bienes. Si el menor entra á la mayor edad, la cuenta no puede rendirse y los bienes restituirse el mismo

día en que llega á la mayoría; necesariamente transcurre un tiempo más ó menos largo entre el momento en que concluye la tutela y aquél en que las cuentas se rinden y los bienes se restituyen. ¿Quién administrará los bienes en este intervalo? y ¿qué carácter tiene esta gestión? ¿Se rige por los principios particulares que la ley establece para la tutela? ¿ó es un mandato tácito, una agencia de negocios? La misma cuestión se presenta en los demás casos en que termina la tutela; y está muy debatida.

117. Vamos á suponer que cese la tutela por la mayoría del menor. Este es el caso ordinario; vamos á ver en seguida si hay principios diferentes en las demás hipótesis. En el antiguo derecho, se admitía que el pupilo, aunque entrado en la mayor edad, se tenía siempre como menor, relativamente al tutor, hasta que hubiese recibido la cuenta, con las piezas justificativas, y se hubiese pagado el saldo. Esta era una nueva ficción, supuesto que en realidad, el pupilo es mayor, y como tal, plenamente capaz. Pero, se decía, la ficción tiene su razón de ser. Únicamente respecto al tutor, se tiene al pupilo por menor; ahora bien, la ignorancia de sus derechos lo constituye tal respecto á aquél que debía hacerla cesar. Estas son palabras de Bourjon. De esto resultaba una consecuencia muy grave para las obligaciones del antiguo tutor que continuaba manejando los negocios, y era que se fingía que él gestionaba como tutor, y por lo tanto, quedaba sometido á la hipoteca legal para los actos de gestión; debía rendir cuentas de los réditos, y de los réditos de los réditos, como si todavía fuese tutor. No puede quejarse, se decía, porque está sujeto á esto por su propia causa, supuesto que de él depende rendir cuentas y entregar los bienes á su antiguo pupilo (1).

1 Bourjon, *El derecho común de la Francia*, tít. 6<sup>o</sup>, núms. 175-178, p. de D. TOMO V.—19



¿Deben seguirse todavía los principios del antiguo derecho? Así se pretende. Troplong dice que el mayor á quien el tutor no rinde cuentas se haya en la misma posición que el menor; ignora los elementos de su patrimonio, jamás fué llamado á mezclarse en esta clase de asuntos, supuesto que todo se hizo sin su intervención (1). Este es el argumento de Bourjon. Comprendemos que el legislador tome en consideración esta posición del mayor que sale de la minoría y á quien reputa menor; pero ésta sería evidentemente una ficción y ¿quién tiene el derecho de establecer ficciones? Únicamente al legislador, porque la ficción es una excepción al derecho común, y sólo al que hizo la ley pertenece imponerle excepciones, sobre todo cuando éstas están en oposición con la realidad de las cosas. Esto decide la cuestión. Las ficciones del antiguo derecho han sido abolidas con el derecho que las había creado; y el código Napoleón no conoce la ficción que en él se pretende introducir. Aun bajo el punto de vista de la teoría, dudamos que haya lugar á admitir dicha ficción. Ella implica una falta por parte del tutor; de él depende no administrar, se dice. Esto no es cierto de una manera absoluta. Una cuenta de tutela no se rinde en veinticuatro horas; habría que determinar un plazo después del cual el tutor se presumirá que había cometido una falta; lo que sería muy arbitrario; y mayor aún es lo arbitrario en ausencia de una ley. Después de todo, si el tutor no rinde cuentas ¿no es también culpa de aquél que, entrando á la mayor edad, es capaz de todos los actos civiles? Sólo de él depende la rendición de las cuentas. Si por negligencia del pupilo es por lo que la cuenta no se ha rendido ¿por qué hacer recaer la responsabilidad en el tu-

(t. 1º, p. 55), y los testimonios citados en una requisitoria de Troplong (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 471).

1 Troplong, requisitoria precitada, Aubry y Rau, t. 1º, p. 484, y nota 3 (de la 4ª edición).

tor? Por lo menos, necesitariase una ley que tuviera estas distinciones.

La corte de casación ha admitido la doctrina que estamos combatiendo; pero por motivos que deben hacer que se la rechace (1). La corte dice que el antiguo derecho francés, conforme al cual se hacía durar la tutela en tanto que no se hubiesen rendido cuentas, no ha sido abrogado en este punto por ninguna disposición de la nueva ley. Esta es una verdadera herejía jurídica. ¿Hay necesidad de recordar que todo el derecho antiguo está abrogado en las materias tratadas por el código Napoleón, sin distinguir si es ó no compatible con las disposiciones de la nueva legislación? Luego no es suficiente con que una regla antigua no esté abrogada por el código civil para que ella subsista; se necesitaría que expresamente estuviese mantenida. La consecuencia que la corte de casación saca del principio que establece, es igualmente inadmisibles. El tutor queda sometido á la obligación de rendir cuentas de los caudales pupilares, en el intervalo que separa el advenimiento del menor á su mayor edad y la rendición de la cuenta de la tutela; de donde se sigue, se dice, que el tutor debe los réditos sin que sea necesaria una demanda judicial para hacerlos correr. ¿No es un principio elemental, consagrado por el texto del código, que los réditos no corran de pleno derecho sino en los casos previstos por la ley? (art. 1153). ¿Puede haber réditos legales sin ley? ¿Y se irá á buscar esta ley en un derecho abrogado por completo, sin excepción ninguna? Se pretende que el principio del derecho antiguo ha sido mantenido implícitamente por varios artículos del código Napoleón. La corte de casación no cita tales artículos, y por una buena razón, porque hablan en contra del sistema que ella

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Noviembre de 1842 Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 729, 9º). Sentencia de casación, de 9 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 385).