

decirse del tutor que obra por delicadeza que es culpable por el hecho solo de que se haya engañado en una cuestión de derecho, cuestión muy difícil, sobre la cual la doctrina y la jurisprudencia están muy lejos de un avenimiento?

Núm. 2. Responsabilidad del subrogado tutor.

I. Como vigilante.

176. El subrogado tutor tiene por misión vigilar la gestión del tutor. ¿Es responsable si no cumple con esta obligación? Los autores están de acuerdo, casi todos, en que el subrogado tutor no es responsable de la gestión del tutor (1). Nos parece que la cuestión está mal planteada. Ciertamente que no basta que el tutor administre mal, y que esta mala gestión dé una acción al menor, para que por este solo hecho tenga una acción contra el subrogado tutor. En este sentido es una verdad decir que el subrogado tutor no responde de la administración del tutor. La razón es sencillísima. Si el tutor es responsable de cada acto de mal manejo, es porque está obligado á administrar y á administrar como buen padre de familia; mientras que el subrogado tutor no obra y no tiene derecho á intervenir en la gestión. Únicamente debe vigilar. Y aun la ley no lo dice de una manera expresa. El deber de vigilancia se infiere únicamente de algunas disposiciones del código que lo implican (2). Pero el derecho de vigilar no le da poder de intervenir para impedir el acto. Las más de las veces el subrogado tutor no sabrá si el tutor administra mal, sino cuando la mala gestión se manifieste por los actos consumados; por lo tanto, es imposible que sea responsable de lo que ignora. Pero si la mala gestión salta á los ojos en actos que el subrogado tutor habría podido conocer, si hubiere teni-

1 Demolombe. t. 7º, p. 236, núm. 391, y los autores que él cita.
2 Véase el tomo 4º de mis *principios*, núm. 427.

do inspección en la administración tutelar, y si no provoca la destitución del tutor, como puede y debe, entonces ciertamente que es responsable. Por ejemplo, el tutor descuida la educación de los menores hasta el punto de que los niños vagan por las calles y que su mala conducta es notoria; ¿se dirá que el subrogado tutor no es responsable si permanece en la inacción? Debe aplicarse por analogía al subrogado tutor lo que la ley dice del tutor. Uno y otro deben cumplir las funciones que la ley les impone con la solitud de un buen padre de familia; luego uno y otro son responsables si no proceden como buenos padres de familia. Únicamente que siendo las funciones muy diferentes, la responsabilidad también lo será. El tutor es responsable como administrador de la tutela; el subrogado tutor lo es, como vigilante de la gestión tutelar. Siguese de aquí que la responsabilidad del tutor está comprometida en cada acto de gestión, mientras que el subrogado tutor no incurre en responsabilidad sino por falta de vigilancia del conjunto de la gestión.

Más estrecha sería la responsabilidad del subrogado tutor si el consejo de familia hubiese usado del derecho que le da el art. 470, es decir, si hubiese obligado al tutor á que entregase cada año un estado de su gestión al subrogado tutor. Este es el único medio de hacer eficaz la vigilancia del subrogado tutor. Desde luego sería responsable si no exigiese que esas cuentas provisionales se le entregasen. Sería aún responsable si se quedase en la inacción cuando los estados le demostrasen la negligencia y la incapacidad del tutor.

Cuando decimos que el subrogado tutor es responsable, no pretendemos decidir que deba ser siempre condenado á reparar todo el daño que el menor ha sufrido por la gestión de un tutor cuya destitución había debido provocar el su-

brogado. La responsabilidad es proporcionada al grado de la falta; luego el juez puede á la vez que declara responsable al subrogado tutor, no sentenciarlo sino á daños y perjuicios, limitados en razón de la naturaleza de la falta. Se aplica este principio á la responsabilidad de los notarios; con mayor razón debe aplicarse á los subrogados tutores, cuando se les echa en cara una falta de vigilancia. El deber es vago por naturaleza, la responsabilidad que resulta debe participar de tal incertidumbre,

177. El código impone á los subrogados tutores ciertas obligaciones, y los declara responsables si no las cumplen. Según los términos del art. 424, el tutor debe provocar el nombramiento de un nuevo tutor, cuando la tutela se vuelve vacante ó cuando se abandona por ausencia, la ley agrega: «bajo pena de los daños y perjuicios que para el menor pudieran resultar.» La corte de Nancy ha aplicado esta disposición, lo mismo que los principios que acabamos de exponer acerca de la responsabilidad del subrogado tutor, en un caso que ya hemos citado al tratar de la responsabilidad del tutor (núm. 173). Se habian entregado en depósito á un notario unos fondos pupilares. Muere el tutor en los momentos en que algunos siniestros se descargaban unos después de otros sobre la notaría. Se dirigen algunas diligencias disciplinarias contra el notario depositario de los caudales del menor. ¿Qué es lo que hace el subrogado tutor? El conocía el depósito, supuesto que él mismo era el adquirente de la mayor parte de los inmuebles cuyo precio había sido puesto en manos del vendedor; luego él sabía que el tutor había empleado peligrosamente la fortuna de su pupilo. Su deber era intervenir, y no lo hizo. Llevó la negligencia hasta dejar vacante la tutela por más de dos años, á despecho de la obligación que le imponía el artículo 424. La corte resolvió, en derecho, que el subrogado

tutor era responsable por no haber vigilado la gestión del tutor y por haber dejado vacante la tutela; de hecho, ella le sentenció, á título de indemnización, á reembolsar á la menor la suma depositada en manos del notario (1).

El art. 1442, declara también al subrogado tutor solidariamente responsable de todas las condenas que puedan pronunciarse en favor de los menores, cuando aquél no ha obligado al superviviente de los padres á hacer inventario. Insistiremos acerca de esta disposición en el título del *contrato de matrimonio*.

Por último, el art. 2137, dice: «Estarán obligados los subrogados tutores, bajo su responsabilidad personal y bajo pena de todos los daños y perjuicios, á vigilar en que se tomen las inscripciones sin demora sobre los bienes del tutor, en razón de su gestión, y aun de mandar hacer las mencionadas inscripciones.» Una disposición análoga se encuentra en la ley hipotecaria belga (art. 52). Insistiremos acerca de esta responsabilidad en el título de las *hipotecas*.

178. Las disposiciones que acabamos de transcribir se interpretan generalmente en el sentido de que, fuera de los casos que ellas preeven, el subrogado tutor no es responsable de la gestión tutelar. Una sola restricción se agrega á este principio, y es que el subrogado tutor responde del dolo y de la grave falta que con aquél se asimila (2). Hay autores que fundan esta decisión en los artículos 1382 y 1383 (3). Nosotros no podemos aceptar tal interpretación que, á nuestro juicio, entraña más de un error. Es evidente que el tutor es responsable de su dolo, porque

1 Nancy, 7 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 200).

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 475, y nota 3, y los autores que citan.

3 Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 251, núm. 274, bis. Demolombe, t. 7º, p. 237, núm. 391. Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 1º, p. 449, nota 7.

esto es de derecho común. Por aplicación de este principio, la corte de París sentenció á un subrogado tutor que había aconsejado á la viuda tutora robos y diversiones (1). ¿Quiere decir esto que debe asentarse como regla que el subrogado tutor no es responsable sino de su propio dolo? Esto no sería, como se dice, una aplicación de los principios generales, sino una derogación. Conviénese en que el subrogado tutor, tanto como el tutor, es un mandatario legal; como tal, debe ser responsable de la falta de ejecución de su mandato. Queda por determinar la extensión de dicha responsabilidad. La ley no decide la cuestión. Luego debe procederse por analogía. Trátase de saber si debe aplicarse el art. 1337 á los administradores que deben á la ley su mandato, artículo que se ocupa de la responsabilidad en las obligaciones convencionales, ó los arts. 1382 y 1383, que norman la responsabilidad que se origina de los delitos y de los cuasi delitos. La doctrina siempre ha asimilado la tutela con un cuasi-contrato; claro es que hay más analogía entre las obligaciones que nacen de la ley y de los contratos, que entre las obligaciones legales y las que derivan de un delito ó de un cuasi-delito. Por lo tanto, la analogía exige que se aplique el art. 1137 á la tutela. Esto es lo que hace el art. 450 respecto al tutor. La misma razón hay para decidir respecto al subrogado tutor. Por consiguiente, éste es responsable, no solamente del dolo y del fraude, sino también de la culpa ligera.

Se invocan los arts. 1382 y 1383, y se infiere que el subrogado tutor no debe ser responsable sino de la falta grave, lo mismo que los funcionarios públicos. Esto supone que la responsabilidad del que comete un delito ó un cuasi-delito es menor que la responsabilidad del deudor que

1 París, 1.º de Mayo de 1807 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 312).

deje de cumplir un compromiso contractual. Nosotros creemos, al contrario, que los delitos y los cuasi-delitos engendran una responsabilidad más absoluta; el mismo texto de la ley lo aprueba. «Cada uno, dice el art. 1383, es responsable del daño que ha causado, no solamente por sus actos, sino también por su *negligencia* ó por su *imprudencia*. ¿Acaso la *negligencia* es un dolo ó una de esas faltas graves que se asimilan al dolo? ¿Acaso la *imprudencia* es una falta de trascendencia que pueda calificarse de dolo? Esto es más bien lo que los antiguos intérpretes del derecho romano llamaban *culpa ligerísima*. Luego si se aplicaran al subrogado tutor los arts. 1382 y 1383, resultaría que estaría obligado por la más ligera culpa, mientras que el tutor no lo está. Esto sería una anomalía inexplicable. El error proviene, como lo diremos en el título de las *Obligaciones*, de que se ha hecho de la responsabilidad especial establecida por los arts. 1382 y 1383 en el capítulo *De los delitos y de los cuasi-delitos*, una regla general que se aplica á todo género de obligaciones, hasta á los compromisos contractuales. De aquí una confusión completa y una ausencia de principios racionales. Así lo hacemos constar aquí, salvo el insistir en el título de las *Obligaciones*, en donde está el lugar de la materia.

II. Como administrador.

179. El art. 420 dice que las funciones del subrogado tutor consisten *en obrar* por los intereses del menor, cuando se encuentran en oposición con las del tutor. Esta es una misión enteramente diversa de la que tiene el subrogado tutor como vigilante. En esta última calidad, él no obra y no interviene en la gestión, mientras que en el caso de conflicto de intereses entre el tutor y su pupilo, el subrogado

tutor *obra*. Este es el término de que se sirve la ley. Si el consejo de familia autoriza al tutor á que tome en arrendamiento los bienes del menor, el subrogado tutor es el que, dice la ley, celebrará el arrendamiento, luego él es el que en dichos casos administra la tutela; desempeñando las funciones de tutor, debe incurrir en la misma responsabilidad.

Hay casos en que la ley exige la presencia del subrogado tutor en un acto ejecutado por el tutor, aunque no haya oposición de intereses. Así es que debe estar presente á la venta de los muebles y de los inmuebles del menor (arts. 452 y 459). Si la ley quiere que esté presente, es para que vele por los intereses del menor. Luego si el subrogado tutor descuidase tal deber, si no asistiere á los actos en que se requiere su presencia, ó si cuidase de los intereses del pupilo, sería responsable del daño que resultare al menor. Aquí, otra vez, su responsabilidad es la misma que la del tutor, porque concurre con el en los mismo actos.

180. Fuera de estos casos, el subrogado tutor no obra. Puede suceder, no obstante, que él se mezcle en la gestión; y hasta ha sucedido que un subrogado tutor se ha apoderado de toda la administración. Cuando él maneja la tutela, aunque sin título, claro es que es responsable. ¿Pero de qué culpa es responsable? En este caso, se entra en el derecho común de las obligaciones que se originan de un cuasi-contrato. El subrogado tutor que administra no procede como mandatario legal, porque no tiene mandato para administrar; viola al contrario la ley; porque si administra ¿quién vigilará su gestión? El maneja los negocios, y por lo tanto, está obligado por la culpa legal (art. 1374).

Núm. 5. Responsabilidad del consejo de familia.

181. En el antiguo derecho, pesaba cierta responsabilidad sobre los parientes nominadores; ellos eran las caucio-

nes del tutor que elegían. En la práctica, se moderaba esta responsabilidad en el caso en que el tutor era notoriamente insolvente cuando se le elegía (1). El proyecto de código civil reproducía este principio; declaraba responsables á los parientes cuando habían concurrido en el nombramiento de un tutor insolvente. No se adoptó esta disposición. ¿Debe inferirse de esto que los miembros del consejo de familia no incurran en ninguna responsabilidad? A falta de disposiciones especiales se queda bajo el imperio de los principios generales. Pero ¿cuál es el derecho común? En caso de fraude ó de dolo, no hay duda alguna. Proudhon supone que los miembros de un consejo, venden su sufragio á un tutor que arruina á su pupilo; claro es que aquellos serian responsables, porque cada uno de ellos es responsable de su dolo. Proudhon agrega aún, que serian responsables de la falta grave que hubiesen cometido llamando á la tutela á un hombre que estuviese en quiebra, ó que estuviese colocado bajo un consejo judicial por causa de prodigalidad (2). Esto vuelve á entrar en la doctrina de la jurisprudencia, porque Domat, limitaba la responsabilidad de los nominadores en caso de dolo y de mala versación, y la disposición del proyecto no tenía otro sentido, salvo que pronunciase la palabra dolo.

¿Y estará bien aplicado el derecho común en este caso en que la ley calla? Creemos que á los miembros del consejo de familia debe aplicarse lo que hemos dicho del tutor y del subrogado. Ellos reciben también un mandato de la ley, y deben ser responsables si no lo cumplen con la solitud de un buen padre de familia. En vano se dice que su oficio es gratuito. El del tutor también lo es; y, sin

1 Domat, *Leyes civiles*, libro 1º, tít. 1º, sec. 4ª, núm. 4.

2 Proudhon, t. 2º, p. 327. Demolombe, t. 7º, p. 215 núm. 352. Sentencia de Gante, de 20 de Noviembre de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 239).

embargo, es responsable cuando no administra como buen padre de familia. ¿Por qué había de ser de otro modo respecto á los miembros de familia? Esto no quiere decir, que si nombran á un tutor en quiebra ó pródigo, deban ser responsables de todas las consecuencias que pueda acarrear tan mala gestión. Se aplica siempre la responsabilidad con cierta indulgencia, en el sentido de que se tiene en cuenta el grado de la culpa. No insistimos, porque tales discusiones no son, por decirlo así, más que pura teoría. Pero si insistimos en mantener el principio de la responsabilidad: precisa que los parientes sepan que no se reúnen por pura formalidad, sino por desempeñar una función formal, que seriamente deben desempeñar. La responsabilidad de nuestras acciones es la mejor garantía del cumplimiento de nuestros deberes.

Núm. 4. Garantía de la responsabilidad.

182. El menor tiene una hipoteca legal sobre los bienes del tutor, por los derechos que contra éste tenga por motivo de la tutela. Volveremos á tratar esta cuestión en el título de las *Hipotecas*. El menor no tiene hipoteca legal sobre los bienes del subrogado tutor, y menos aún sobre los bienes de los miembros del consejo de familia. Diremos en otra parte, si los bienes del tutor de hecho están gravados con hipoteca legal. Esta garantía es nula ó ineficaz cuando el tutor no tiene inmuebles, ó cuando no tiene bienes suficientes para responder de las consecuencias de la mala gestión. Antes hemos dicho que el legislador belga ha tratado de remediar este vicio de nuestro derecho civil, pero que el remedio es igualmente insuficiente. Una sola garantía hay, la de la caución, pero implica una administración asalariada. A nuestro juicio, éste es el verdadero

sistema. Pasamos de largo, porque nuestro objeto no es criticar el código, sino interpretarlo.

§ V.—DE LA DURACION DE LAS ACCIONES RELATIVAS

A LA TUTELA.

183. El art. 475 dice: «Toda acción del menor contra su tutor, relativamente á los actos de la tutela, prescribe en diez años contados desde la mayoría.» Esta disposición es á la vez una innovación y una excepción de los principios generales que rigen la prescripción. En el derecho antiguo, las acciones del menor contra el tutor no tenían más límite que el de la más larga prescripción inmobiliaria. Y aun había autores que sostenían que, conforme al antiguo derecho romano, estas acciones jamás debían prescribir. Esto equivalía á llevar el favor debido al menor hasta la injusticia respecto al tutor. Si la posición del pupilo es favorable, la del tutor también lo es; él cumple con un cargo gratuito, muy oneroso y muy penoso. ¿Es posible que esté siempre amenazado de una acción de responsabilidad? ¿Esta acción debe durar treinta años? Proudhon dice, y muy bien, que la defensa del tutor, á diferencia de los demandados en general, reposa no en escritos, sino en recuerdos que disipa el tiempo; que las piezas justificativas, á menudo muy numerosas, consisten en simples notas que se extravían ó se pierden fácilmente. Después de todo, el menor no puede quejarse si se le conceden diez años después de su mayoría para demandar á su tutor. La equidad está aquí del lado del tutor (1).

La acción puede aún durar y muchas veces existe más de diez años. Según los términos del art. 475, los diez años comienzan á contarse desde la mayoría del pupilo.

1 Berlier, *Exposición de los motivos*, núm. 16 (Loché, t. 3º, p. 414). Proudhon, t. 2º, p. 416. Demolombe, t. 8º, p. 135, núm. 148.