

SECCION III.—Del segundo tutor.

§ I. NOMBRAMIENTO.

421. «En toda tutela, dice el artículo 420, habrá un se-

¹ Rennes, 19 de Julio de 1826, y 9 de Abril de 1827 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 719, 19 y 29).

² Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 724.

gundo tutor, nombrado por el consejo de familia.» La segunda tutela es, pues, siempre dativa, porque no hay segundo tutor legal, y el padre que muere el último, que es quien puede elegir tutor para sus hijos, no puede nombrarle segundo tutor (1). ¿Por qué la ley quiere que la segunda tutela emane siempre del consejo de familia? Las funciones mismas del segundo tutor implican la necesidad de una elección, ya que está llamado á vigilar la administración del tutor y á provocar su destitución, si es procedente; por lo que importa que tenga la firmeza necesaria para cumplir con funciones tan delicadas. Debe intervenir cuando el tutor y el menor tienen intereses opuestos, y así, es menester que no tenga los mismos intereses que el tutor. Por último, el segundo tutor es en cierto modo, el mandatario del consejo de familia; y como éste se reune raras veces, la inspección de la tutela que se le ha confiado reposa, en gran parte, en el segundo tutor, razón por la cual es bueno que sea un hombre de la confianza del consejo. Según ésto, difícilmente se concebiría que el segundo tutor fuese designado por la ley. El padre que muere el último habría podido, en rigor, elegir al segundo tutor; pero habría sido de temer que su elección no correspondiese á las aspiraciones del legislador. El que da y pide una prueba de amistad nombrando un tutor testamentario, apenas si se halla en condiciones de elegir un vigilante severo del tutor á quien confía sus hijos. Más valía dejar este cuidado al consejo de familia, llamado él mismo á inspeccionar la tutela.

422. La ley quiere que el segundo tutor sea nombrado inmediatamente que hay tutor; y desde el momento en que hay uno que deba ser vigilado, hay necesidad de un vigilante. En la tutela dativa, el nombramiento del segundo tutor tiene lugar inmediatamente después de el del tutor

¹ Duranton, *Curso de Derecho francés*, t. III, p. 504, n.º 517.

(art. 422). En la tutela legal ó testamentaria, debe el tutor, antes de entrar en funciones, hacer que se convoque al consejo de familia para el nombramiento del segundo tutor: esta obligación está sancionada con una pena muy grave. Si el tutor se ha ingerido en la administración antes de haber hecho que se nombre el segundo tutor, dice el artículo 421, puede el consejo de familia retirarle la tutela, si hubo dolo por su parte, sin perjuicio de las indemnizaciones que se debieren al menor. La ley agrega que se convocará al consejo de familia con tal objeto, sea á solicitud de los parientes, acreedores, ó otros parientes interesados, sea de oficio por el juez de paz. No puede decretarse la destitución mientras no haya habido dolo pues las más de las veces no habrá más que negligencia ó ignorancia de la ley. Aun cuando no hubiere más que simple falta, estará obligado el tutor á una indemnización; lo que es aplicación del derecho común.

423. La ley no quiere que administre el tutor antes de que haya segundo tutor. Si de hecho administra sin que haya el segundo tutor, ¿estarán sus actos atacados de nulidad? Es seguro que el menor podrá pedir la de tales actos, si se trata de uno para el cual se exija por la ley la intervención del segundo tutor, y esto como aplicación del derecho común, el cual le permite promover la nulidad desde el momento en que no se han cubierto las formas protectoras establecidas por su interés. Si no fuere necesaria la presencia del segundo tutor, ya no será el caso de nulidad, siempre que el tutor hubiere hecho lo que estaba facultado para hacer, salvo el derecho del menor para exigir una indemnización si ha recibido algún daño. Esto es aplicación de los principios sobre responsabilidad del tutor.

¿Pueden también los terceros que contrataron con el tutor demandar la nulidad de los actos que hubiere ejecutado sin que haya habido segundo tutor? Todos admiten que los terceros no pueden alegar la falta de nombramien-

to del segundo tutor, tratándose de un acto de administración que pueda ejecutar sin la intervención del segundo tutor. Ni se diga que el tutor no puede administrar y que ésta incapacidad es de orden público: la ley no dice tal, no declara al tutor incapaz para administrar; y así, éste puede y aun debe hacerlo por ser tutor. Si es necesaria la presencia del segundo tutor, tienen los terceros derecho de exigir que haga el tutor se nombre el segundo tutor; pero si contratan ó litigan sin haber usado de tal derecho, no pueden promover la nulidad. Esta no es de orden público, pues sólo fué establecida por el interés del menor; y así, únicamente él puede utilizarla (1). En este sentido se ha formado la jurisprudencia (2).

424. ¿Quién puede ser nombrado segundo tutor? El consejo de familia tiene para el nombramiento de segundo tutor la misma amplitud que para el del tutor; por consiguiente, puede nombrar un pariente por consanguinidad ó uno por afinidad, ó hasta un extraño, sin perjuicio de aplicarse las reglas concernientes á las excusas. No obstante, su elección, en todo lo relativo á los parientes, está limitada por una disposición especial. "El segundo tutor, dice el artículo 423, será tomado en aquella de las dos líneas á la cual no pertenezca el tutor." Esta disposición es consecuencia del artículo 420, conforme al cual las funciones del segundo tutor consisten en promover por los intereses del menor, cuando se hallen en oposición con los del tutor. Si el segundo tutor perteneciere á la misma línea que el tutor, tendría el mismo interés que éste, y, por consiguiente, se hallaría en conflicto con el pupilo. De ahí la restricción del artículo 423. El objeto de esta disposición es, pues, impedir que el segundo tutor y el tutor tengan unos mismos intereses; pero no dice, como se ha creído,

¹ Aubry y Rau, t. I, p. 417. Demante, t. II, p. 428, núm. 171 bis I. En sentido contrario, Demolombe, t. VII, p. 220, núms. 363 y 364.

² Sentencias de Riom, 1º de Marzo de 1817, y de la Corte de Casación, 4 de Junio de 1818 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 298).

que si hay parientes de ambas líneas, el consejo de familia se verá obligado á tomar el segundo tutor entre los parientes de la línea á la cual no pertenezca el tutor; pues, en este caso, el consejo podría nombrar un extraño (1). Lo único que resulta de la ley, es que el consejo deberá nombrar un extraño si no hay parientes más que en una línea.

Resulta, ademas, otra consecuencia de la restricción establecida por el artículo 423. Si el tutor es reemplazado por un pariente que pertenezca á la línea donde ha sido elegido el segundo tutor, deberá el consejo de familia nombrar otro segundo. No puede decirse que el consejo hubiera debido tomar al tutor en la línea á la cual pertenece el segundo, porque el consejo debe gozar de la libertad más absoluta en su nombramiento, determinándose por el interés del menor (2).

Si el consejo de familia hubiese nombrado el segundo tutor tomándole de la misma línea del tutor, ¿habría nulidad en su deliberación? No nos parece dudosa la afirmativa; porque siendo de orden público la tutela, toda vez que fué establecida por el interés de los incapaces, la inspección de la administración del tutor es de esencia en la tutela, y no hay ya inspección posible cuando los intereses del segundo tutor, lo mismo que los del tutor, están en pugna con los del menor. Esto es lo que naturalmente acontecerá cuando el tutor y el segundo tutor pertenezcan á la misma línea (3).

425. El artículo 423 agrega: "Fuera del caso de primos hermanos." ¿Cuál es el sentido de esta excepción? Los primos hermanos pertenecen á las dos líneas, de modo que cuando un primo hermano es tutor, no sería posible, conforme á la regla establecida por el artículo 423, tomar

1 La doctrina y la jurisprudencia se hallan en este mismo sentido (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 290).

2 Nancy, 14 de Marzo de 1826 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 292).

3 Aubry y Rau, *Curso de Derecho civil francés*, t. I, p. 420, nota 1.

al segundo tutor entre los parientes, puesto que ~~necesariamente~~ pertenecería á la línea del tutor. Sobre esta regla es la excepción de la ley; luego ella quiere decir que si el tutor es primo hermano, puede tomársele indiferentemente de cualquiera de las dos líneas. Lógicamente, habría sido necesario decidir que, en este caso, el consejo debe nombrar un extraño como segundo tutor, por ser el único medio de resguardar los intereses del menor (1); pero se ha propuesto otra interpretación más restrictiva del artículo 423. Como el texto legal habla de primos hermanos en plural, se dice que prevé el caso en que el tutor y el segundo tutor sean primos hermanos del menor (2). Esta interpretación es más favorable al menor, en el sentido de que siendo el tutor y el segundo tutor parientes suyos más cercanos, no hay que temer que sacrifiquen su deber á su interés; pero tal interpretación es inadmisible. Cuando la ley establece una regla y después una excepción, la excepción se refiere naturalmente á la regla. ¿Y cuál es la regla en el caso que nos ocupa? El Código dice que debe tomarse el segundo tutor en la línea á la cual no corresponde el tutor. Esta regla es la que el artículo 423 deroga, *en caso de primos hermanos*; por lo mismo, si el tutor es un primo hermano, puede ser tomado el segundo tutor en la línea de aquél, ó sea en una ú otra línea, puesto que el tutor pertenece á ambas.

426. ¿Se aplican á los parientes por afinidad la regla y la excepción establecidas por el artículo 423? Parécenos que no es dudosa la afirmativa. Cierto que la ley no menciona á los parientes por afinidad, pero tampoco los excluye; luego hay que aplicar el principio general seguido por el Código en materia de tutela, de que los parientes por afinidad están en la misma línea que los parientes por con-

(1) Demante, t. II, p. 250, núm. 173 *bis*, IV, Demolombe, t. VII, p. 224, núm. 369.

(2) Duranton, t. III, núm. 518, Marcadé, t. II, p. 218 art. 423, núm. 1. Aubry y Rau, t. I, p. 421.

sanguinidad. Cuando de la composición del consejo de familia se trata, el artículo 408 llama indistintamente á él, y á título de excepción, á los primos hermanos y á los maridos de las primas hermanas; y la misma regla debe observarse respecto de la segunda tutela⁽¹⁾.

¿Debe extenderse la excepción que establece la ley respecto de primos hermanos, á todos los parientes que pertenecen á las dos líneas? Las excepciones no se extienden, á menos que sean aplicación de un principio; y la que establece el artículo 423 deroga, por el contrario, un principio, y principio de orden público. Esto basta para que deba rechazarse toda extensión de la ley. Por otra parte, ni siquiera hay razón para ello, ya que la excepción se funda en el vínculo estrecho de parentesco que existe entre el tutor y su pupilo; y si esto es exacto respecto del primo hermano, no lo es ya fuera del grado de primo hermano⁽²⁾.

§ II. DE LAS FUNCIONES DEL SEGUNDO TUTOR.

427. El segundo tutor está llamado á vigilar al tutor, como su misión principal; pero, cosa singular, la ley no lo dice de una manera expresa, á pesar de lo cual, no cabe la menor duda. A solicitud del segundo tutor se convoca al consejo de familia, cuando se trata de la destitución del tutor (art. 446). Esto supone el derecho y el deber de vigilar la administración de la tutela. ¿De qué modo ejercerá esa vigilancia el segundo tutor? La ley no le da más que un medio, y aun este depende de la voluntad del consejo de familia; á saber: puede obligar al tutor á entregar al segundo tutor unos estados de la situación de los negocios de la administración, correspondientes á las épocas que el consejo estime á propósito señalar (art. 470). Esta

¹ Marcadé, *Curso elemental*, t. II, p. 218, núm. I, del artículo 423.

² En sentido contrario, Aubry y Rau, t. I, p. 421, nota 5.

obligación debería existir de derecho, en vez de ser facultativa, porque si el segundo tutor no tiene este medio de inspección, llegará á ser imposible su vigilancia.

El artículo 420 establece que las funciones del segundo tutor consisten en promover por los intereses del menor, cuando están en oposición con los del tutor. De aquí que, generalmente, el segundo tutor no gestiona; no es tutor, ni substituye al tutor; ni aun en el caso de quedar vacante la tutela, ó bien abandonada por ausencia, reemplaza el segundo tutor de pleno derecho al tutor, sino que entonces debe provocar el nombramiento del nuevo tutor (art. 424). Llamado á vigilar la administración, es imposible que él mismo obre, porque ¿qué sería entonces de la inspección de la tutela? Hay una excepción cuando los intereses del menor están en conflicto con los del tutor: la ley dice que, en este caso, él *obra*; luego él es quien administra entonces la tutela por un acto especial. ¿Qué viene á ser, en ese caso, la garantía que el menor encuentra en el segundo tutor? Este no puede vigilarse á sí mismo; por lo que, á decir verdad, se halla vacante la segunda tutela mientras dure el acto. Pues bien, la ley quiere que haya siempre un segundo tutor, y así, será necesario, como lo resolvió la Corte de París, nombrar un segundo tutor *ad hoc* (1). La ley no conoce esta denominación, pero expresa perfectamente el motivo y objeto de esta segunda tutela provisional.

Lo mismo acontece, por identidad de motivos, cuando el segundo tutor tiene intereses opuestos á los del menor: aquél no podía presentar su dimisión, por no ser perpetua la oposición de intereses entre él y el menor, sino solamente para un acto particular y temporal; de modo que

¹ París, 11 de Marzo de 1843 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 305). La Corte de Rennes resolvió que no era necesario el nombramiento de un tutor *ad hoc* (Sentencia de 24 de Mayo de 1851, Dalloz, 1856, 5, 470, núm. 17).

basta con reemplazarle provisionalmente por un tutor *ad hoc* (1).