

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

TRIBUNAL SUPREMO

I. La representación de los hijos menores de edad obliga al padre que ejercita la patria potestad a suministrarles litis expensas.—II. La madre natural, que contrae matrimonio, no pierde la patria potestad sobre los hijos naturales que tuviere al casarse.—III. Imposibilidad de coexistencia de tutela y patria potestad.—IV. Valor de la tutela constituida en el caso de la

(SENTENCIA 18 OCTUBRE 1947)

ANTECEDENTES.—El año 1928 la Audiencia provincial de Murcia sentenció una causa criminal, por estupro de doña C. P. A., y condenó, como estuprador, a don A. F. F. a reconocer al hijo que la estuprada había dado a luz el 25 de enero de 1928 y que fué inscrito, como hijo natural de dicha señora, en el Registro Civil de Murcia con el nombre de A., constando, por nota marginal, en cumplimiento de la ejecutoria recaída, la filiación natural con respecto al padre don A. F. F. Este, que era fundador Jefe de la Falange de H., murió asesinado por los marxistas el 4 de agosto de 1936, habiéndose instado por doña C. P. A., en el año 1941, en nombre de su hijo natural reconocido, la declaración de herederos *ab intestato* de don A. F. F., logrando el auto de 5 de agosto de 1941, en que se declaró únicos y universales herederos del finado a su madre, doña J. L. F. V., y a su hijo natural reconocido, don A. F. P., éste en la proporción que determina la ley en el artículo 841 del Código civil. Con posterioridad murió la abuela paterna del hijo natural, contándose entre los herederos de la misma un hijo llamado B. F. F., que, según aseveraciones del demandante, posee y disfruta todo el caudal hereditario, tanto del padre como de la abuela del hijo natural.

En 8 de diciembre de 1942, doña C. P. A. contrae matrimonio, y el 18 de diciembre de 1942 acude don M. P. M., padre de la doña C. P. A., al Juzgado, pidiendo la constitución del consejo de familia del hijo natural don A. F. P., que todavía era menor de edad, por entender que doña C. P. A. había perdido la patria potestad sobre su hijo al contraer matrimonio. Consigue la constitución del consejo, formado con parientes del menor sólo de la línea materna. Es designado tutor el abuelo M. P. M., y la tutela debidamente inscrita en el Registro de Tutelas del Juzgado de Murcia, habiéndose deferido el cargo con la asignación de frutos por alimentos.

El abuelo y tutor acudió al Juzgado de Primera Instancia de H., en representación de su pupilo, solicitando se le concediese el beneficio de pobreza para litigar con don B. F. F. en juicio de *ab intestato* de don A. F. F., padre natural del menor, y de nulidad del testamento de la abuela paterna, doña J. L. F. V., por preterición de herederos.

Se opusieron a la demanda don B. F. F. y el Abogado del Estado, alegando el primero, entre otras razones, que la madre natural no había perdido la patria potestad; en período probatorio no se hizo ninguna prueba de la condición legal de pobre de la madre natural del menor, doña C. P. A., apareciendo más bien como rica. El Juzgado de Primera Instancia, el 13 de junio de 1945, dictó sentencia accediendo a la demanda y concediendo el beneficio de pobreza. En apelación, en cambio, la Audiencia de Albacete, el 7 de mayo de 1946, revocó la del inferior, negando, en su consecuencia, el aludido beneficio.

Contra esta sentencia, don M. P. A. interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Único. Interpretación errónea conducente a su aplicación en sentido indebido del artículo 168, en relación con el 172 del Código civil. Del examen conjunto de esos preceptos, el Tribunal *a quo* deduce que no cabe conceder la pobreza solicitada, toda vez que la declinación más o menos voluntaria que de sus derechos respecto a su hijo hizo doña C. P. A. no la puede eximir de la obligación que, por deberes de naturaleza, tiene a sufragar los gastos judiciales de las acciones que en nombre de su dicho hijo se puedan promover. Esta tesis rebate la del juzgador de instancia, quien, en la sentencia revocada, mantiene una doctrina que, en síntesis, es la que sirve de base al presente recurso. El artículo 168 del Código civil no aclara si el precepto que contiene es solamente aplicable a la viuda que contrae segundas nupcias o, por extensión, alcanza también a los casos en que, al contraer matrimonio, tuviere la mujer descendencia natural, el Juzgado se inclina por el criterio extensivo. Mas, en el caso presente, la realidad muestra la existencia de un consejo de familia y de un tutor, que asumen la íntegra representación del menor, y cuya constitución y subsistencia no han sido impugnadas por nadie. Es evidente que no cabe en buena doctrina legal sostener la coexistencia de la patria potestad materna y la de los citados organismos tutelares. Planteado este problema en el caso presente, la Audiencia yerra decisivamente al intentar soslayar el problema, argumentando, a la vista de los preceptos que esta parte reputa infringidos, que si bien puede estarse ante un caso de suspensión de las relaciones paternofiliales, ello no obsta para que la madre venga obligada a satisfacer los gastos judiciales producidos por las acciones que a nombre de su hijo menor se ejerciten, y ello por deberes de naturaleza. Al argumentar así la Audiencia, ha olvidado el verdadero sentir de los preceptos civiles que suspenden el ejercicio de la patria potestad materna en el caso de contraer nupcias; es evidente que el ánimo del legislador, al contemplar estos casos, fué el convencimiento de que en el matrimonio prepondera y sojuzga la voluntad del varón, por lo que hay que sustraer la patria potestad de la mujer, así mediatizada, a los hijos que pueda tener de un matrimonio anterior, que, de otro modo, quedarían sujetos, a través de su madre, a la voluntad de un extraño; siendo como es cierta esta intención del legislador, es innegable que el precepto del artículo 168 del Código civil es no sólo aplicable al caso de segundas nupcias, sino también al de la mujer que al matrimonio aportara descendencia natural; por eso, en el presente caso, la constitución de organismos para la tutela del hijo de doña C. P. A., cuando ésta contrajo matrimonio, fué medida previsora encajada perfectamente en el espíritu del texto legal que se analiza; legítima la constitución de los organismos tutelares, con la consiguiente transferencia que, en orden al gobierno de la vida de su hijo, confería la ley a doña C. P. A., es indudable que al cesar ésta en el ejercicio de sus derechos quedó automáticamente descargada de las obligaciones correlativas. La tesis de la Audiencia de que, no obstante tener legitimidad los organismos tutelares, en tanto no se instara su supresión en el procedi-

miento correspondiente, la madre continúa obligada a atender a los gastos del menor, es errónea de todo punto. La ortodoxia legal está mantenida en la sentencia del Juzgado; legítima y no atacada en forma la existencia de los organismos tutelares, desaparecen de consuno los derechos y obligaciones de la madre que ha sido privada de su patria potestad; y para resolver sobre la petición de pobreza sólo hay que atender a la notoria falta de recursos propios del menor en cuyo nombre se acude a los Tribunales. Es, pues, patente la interpretación errónea en la sentencia recurrida de los preceptos cuya infracción se denuncia.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, conforme al espíritu en que se inspira el artículo 18 de la Ley Procesal, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado, con reiteración, que para otorgar el beneficio de pobreza a los hijos menores de edad no emancipados es preciso que sus padres sean también pobres en sentido legal; porque, si no lo fueren, no hay términos hábiles de acceder a tal pretensión; con tanto mayor motivo cuanto que el artículo 155 del Código civil les impone tal deber como uno de los efectos derivados de la obligación de representarlos, inherente a la organización de la patria potestad.

Segundo. Que, esto establecido, se articula el recurso al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denunciándose, en el único motivo invocado, la infracción del artículo 168, en relación con el 172, ambos del Código civil, por interpretación errónea conducente a su aplicación en sentido indebido.

Tercero. Que la sentencia recurrida no infringe los preceptos antecitados, ya que la claridad literal de sus términos obliga al juzgador a mantener su criterio, sin contradecirlo con interpretaciones que puedan desnaturalizarlo, por cuanto el artículo 168 sólo hace referencia a la viuda que pasa a segundas nupcias, como asimismo a los hijos legítimos, al establecer que no perderá aquélla la patria potestad si el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento tal contingencia, y ordenado que, en tal caso, conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos; sin que al artículo 172, complementario de aquél, pueda dársele otro alcance que determinar el momento en que la viuda recobra, por ministerio de la ley, la patria potestad sobre todos los hijos no emancipados al volver a enviudar.

Cuarto. Que, por lo expuesto, y en armonía también con lo estatuido en el artículo 63 del Código civil, tampoco son de estimar las alegaciones del recurrente en torno a la imposibilidad legal de que venga obligada la madre a representar a su hijo, y sufragar los gastos que origine su defensa, en tanto subsista el organismo tutelar, bajo cuya guarda se halla el menor; porque en el supuesto de que la madre natural no pierde la patria potestad, la constitución de aquél no puede tener la virtualidad de mermar ni extinguir los deberes naturales que la corresponden sancionados por la ley civil, aunque por motivos, más o menos justificados, declinase en estos autos la representación del menor; a menos, como dice la sentencia de esta Sala, de 24 de enero de 1900, de subordinar el objeto principal de la defensa a lo que, con relación a ésta, tiene, más que otro, carácter formal.

Quinto. Que no habiéndose intentado siquiera demostrar que la madre del recurrente sea pobre en sentido legal, ni impugnadas las apreciaciones de la Sala sentenciadora, en relación con la holgura social y económica en que aquél se desenvuelve, cae por su base el único fundamento del recurso.

FALLO.—Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley.

COMENTARIO

Curiosa sentencia la que comentamos, porque al socaire de una sencilla cuestión de pobreza para litigar, se plantea un problema interesante sobre el que sepamos, hasta ahora, no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo. Y es lástima que el deseo de ceñirse a los límites de la cuestión planteada, en el único motivo del recurso de casación, haya impedido al Tribunal entrar en todo el fondo del asunto.

Cuatro problemas latén en la sentencia que comentamos: es el primero el relativo a la cuestión discutida, esto es, si se concedía o no el beneficio de litigar, como pobre, al hijo natural demandante; el segundo se refiere a si la madre natural, que contrae nupcias, pierde; durante el matrimonio la patria potestad sobre el hijo natural habido con anterioridad, en aplicación analógica del artículo 168 del Código civil; es el tercero si puede darse una coexistencia entre patria potestad y tutela, y, finalmente, la cuarta cuestión es la del valor de la tutela constituida en el caso a que se refiere la sentencia que comentamos.

I. La obligación de representar a los hijos menores de edad obliga al padre que ejercita la patria potestad a suministrarles litis expensas.

Es muy reiterada, como dice la sentencia en el primer considerando, la doctrina de que, no demostrada la pobreza legal del padre del menor, no puede concederse el beneficio de asistencia gratuita para litigar. Así lo declaran, entre otras, las sentencias de 16 de febrero de 1876, 21 de septiembre de 1888, 28 de mayo y 8 de octubre de 1904, 21 de diciembre de 1910, 30 de diciembre de 1915 y 22 de septiembre de 1930¹. Y la justificación de esta doctrina la vuelve a encontrar el Tribunal Supremo, como ya lo hizo en la sentencia de 24 de enero de 1900 (también en las posteriores al Código civil, últimamente citada), en la obligación que el

1. Mas la sentencia de 21 de enero de 1903, relativa a un caso en que menores, representados por un defensor judicial, pedían la privación de la patria potestad que tenía el padre natural, dice, por un lado, que "cuando el hijo litigue sin estar representado por sus padres no puede exigirse a éstos el abono de los gastos judiciales, sino en casos de excepción", y por otro, que "no hay razón de justicia ni de equidad que imponga al padre demandado una obligación tan contraria al orden de la naturaleza, como la de contribuir con su patrimonio a su propio descrédito".

artículo 155, párrafo primero, impone de representar a los hijos, en el ejercicio de toda clase de acciones. Dice así esta sentencia de 1900: "Que no es del artículo 134, como tampoco del 114, ni del 143 del Código civil, en que se consignan los respectivos derechos de los hijos naturales y legítimos, de donde se pueden derivar la obligación del padre respecto de los gastos que tengan que hacer los hijos para defenderse en juicio, sino del 155", añadiendo "que la representación atribuída al padre no puede entenderse establecida para el solo efecto de suplir la falta de capacidad del hijo, sino que ha de tener también por objeto hacer eficaz la obligación de la defensa con arreglo a la fortuna del mismo padre"².

II. *La madre natural, que contrae matrimonio, no pierde la patria potestad sobre los hijos naturales que tuviere al casarse.*

Vengamos al problema de si la madre natural, que contrae matrimonio, pierde la patria potestad, durante el mismo, por aplicación del artículo 168 del Código civil. El único motivo de casación añade también infracción del artículo 172 del mismo Código.

El artículo 168 tiene sus antecedentes históricos en el Fuero Juzgo (Ley 3.^a, tit. III del libro IV), que decía: "Si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fijos de menor edad en su guarda, si ella quisiere e si se non casare...", y en las Partidas (Ley 4.^a, tit. XVI, Part. 6.^a); que dice: "El que fuere dado por guardador de huérfanos... deve ser varón e non muger. Fueras ende si fuesse madre o auela que fuesse dada por guardador dellos. Ca estonce, tal muger, como sobre dicha es, si prometierte en mano del Rey o del Juez del lugar, do son los huérfanos que demientra que los moços touiere en guarda que non casara... E la razón por que defendemos que non case demientra que los moços touiere en guarda es ésta: porque podría acaescer que por el grand amor que auría a su marido que tomasse de nueuo, non guardaría también las personas nin los bienes de los moços o faría alguna cosa que se tornaría en grand daño dellos."

En cambio, el artículo 64 de la Ley de Matrimonio civil de 1870 no privaba a la madre viuda, que volvía a casarse, de la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio.

El Código Napoleónico, modelo del nuestro en tantos preceptos, adoptaba un sistema diverso: A la muerte de uno de los cónyuges (art. 390) se abre la tutela de los hijos que se encomienda al supérstite. Se da una coexistencia de patria potestad del supérstite con la tutela que ejerce respecto a los bienes heredados del premuerto por los hijos. Pero el marido (artículo 391) puede designar un consejo especial, sin cuya aprobación no podrá la mujer realizar ningún acto de los que, por la tutela, se le ha conferido, salvo que el padre consigne en el nombramiento los actos que su viuda podrá realizar sin tal intervención. Esta facultad se le concede al marido solamente como manifestación de su autoridad marital.

2. Cfr. sobre esta cuestión GÓMEZ MORÁN: *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Madrid, 1947, págs. 325 y sigtes.

Mas si la viuda contrae nuevas nupcias (arts. 395-96), debe ponerlo en conocimiento del consejo, el cual decidirá si ha de seguir con la tutela o no. Si no cumple este trámite se la considera declinada del cargo y solidariamente responsable, con su marido, de la tutela que indebidamente conservan. El consejo de familia podrá acordar lo que le parezca; pero si decide la continuación de la mujer, el nuevo marido será protutor y quedará afecto a las correspondientes responsabilidades³.

Y el Código civil italiano de 1865 disponía lo propio, si bien con matices diferenciales de escasa importancia⁴.

El Código civil español, apartándose de estos Códigos, en que innegablemente se inspiró en tantas ocasiones, y apartándose de la legalidad vigente en España, que permitía a las binubas la conservación de la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio (la sentencia de 26 de diciembre de 1908 declaró que conservaban la patria potestad las viudas que contrajeron matrimonio antes de la vigencia del Código, adquiriendo así un estado civil que ha de ser respetado conforme a las disposiciones transitorias), introduce el artículo 168 y su complementario, el 172. Olvidándose, como señala García Goyena⁵, que es de las madrastras de quienes se cuentan los actos de crueldad y mal trato a los hijastros.

La Ley cubana de 18 de julio de 1917 ha derogado sencillamente los artículos 168 y 172 del Código civil (que rige en aquella antigua colonia española), declarando "en su consecuencia (que) la madre que pase a segundas o ulteriores nupcias conservará la patria potestad sobre sus hijos de anteriores matrimonios".

La revisión ordenada en Puerto Rico el año 1902 suprime los artículos 168 y 172 del Código civil (español, vigente en aquella antigua colonia); pero, más tarde, la Ley de 15 de marzo de 1931, reformada después por la de 30 de marzo de 1939, da una nueva redacción al artículo 164 (antiguo 168) y somete al mismo régimen al padre o madre cuyo anterior matrimonio hubiese sido disuelto, por cualquier causa, y contrajere nuevas nupcias. Este régimen es de pérdida de la patria potestad si lo estima oportuno el tribunal, en virtud del juicio declarativo promovido por parientes a quienes correspondería en su caso la tutela⁶.

En la Argentina (art. 308, redactado de nuevo por la Ley de 22 de diciembre de 1926), si la viuda que contrae nuevo matrimonio es mayor de edad, conserva la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior⁷.

El B. G. B. alemán, en cambio, en su § 1.967, dispone que si la madre contrajere nuevo matrimonio, perderá la patria potestad. Conservará, sin

3. Cfr. AUBRY et RAU: *Cours de Droit civil française d'après la méthode de Zachariae*, tomo IX, París, 1917, págs. 137 y sigtes.

4. Cfr. RUGGIERO: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.^a edición, Mesina, 1926, tomo II, páginas 628 y sigtes.

5. Cfr. *Concordancias*, tomo I, pág. 180.

6. Cfr. MUÑOZ MORALES: *Reseña histórica y anotaciones al Código civil de Puerto Rico*, Puerto Rico, 1947, págs. 117 y sigtes.

7. Cfr. RIVAROLA: *Instituciones del Derecho civil argentino*, Buenos Aires, 1941, tomo I, pág. 273.

embargo, con las restricciones establecidas en el § 1.696, el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo.

En Portugal (arts. 162 al 164), la viuda que contrae nuevas nupcias pierde la administración de los bienes de sus hijos, conservando, en cambio, la guarda de los mismos. Pero el consejo de familia puede reservarla expresamente el ejercicio de la patria potestad, en cuyo caso prestará fianza y responderá, solidariamente con ella, de la administración el marido⁸.

En el Código civil suizo (art. 288) se prevé que, cuando las circunstancias lo exijan, se nombrará un tutor al menor cuyo padre o madre, investido de la patria potestad, contraiga matrimonio⁹.

El nuevo Código civil italiano se refiere a la viuda que va a casarse, la cual, antes de hacerlo, debe notificarlo al Tribunal de Menores, y éste, hecha información y oído el Fiscal, delibera si la administración de los bienes puede conservarla la madre o si establece limitaciones respecto a la administración de los bienes y a la educación de los hijos.

Se ve que el Tribunal puede privar a la viuda, que se casa, de la administración de los bienes, y establece que, omitida la notificación, la madre incurre en pérdida de la patria potestad y hace al nuevo marido solidariamente responsable de la administración realizada. Y para impedir que la madre continúe administrando, se dispone que el Tribunal, a instancia del Fiscal, de los parientes o de oficio, cuando no quiere readmitir a la madre en la administración de los bienes, deliberará sobre las condiciones para la educación de los hijos y el nombramiento de un curador para la administración de los bienes. Y el oficial del estado civil debe avisar al Procurador del Rey el nuevo matrimonio de la viuda.

En todo caso, cuando la madre es admitida a la administración, se entiende asociado a la misma al nuevo marido y resulta de ella responsable solidario¹⁰.

Se ve que el Código civil no está de acuerdo con lo que del derecho comparado se deduce; pero los artículos 168 y 172 están en el Código, y a su interpretación y comentario de la sentencia hay que atenerse.

Aunque el artículo 168 habla de pérdida de la patria potestad, más bien hay que hablar de suspensión de la misma; porque, como dice la resolución de 27 de octubre de 1921, si la madre vuelve a enviudar recupera, conforme al artículo 172, la patria potestad sobre todos los hijos no emancipados.

El problema de la sentencia es si estos artículos son de aplicación al hijo natural cuya madre contrae matrimonio.

Indicábamos que el Tribunal Supremo no se había aún pronunciado

8. Cfr. ENNEKERUS-KIPP y WOLFF: *Derecho de familia*, traducción española, Barcelona, 1946, tomo IV, vol. II, pág. 120.

9. Cfr. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado*, 5.ª edición revisada por Ortega Lora, Madrid, 1942, tomo III, pág. 156.

10. Cfr. ROSSEL et MENTHA: *Manuel du Droit civil suisse*, 2.ª edición, Lausanne, sin fecha, tomo I.

11. Cfr. AZZARITTI, AZZARITTI e MARTÍNEZ: *Diritto civile italiano*, Nápoles, 1940, tomo I, págs. 983 y sigtas.

sobre esta cuestión. En cambio, Pedreira¹² señala que hubo una Audiencia territorial que conoció de un caso análogo, y en la referencia que de ella da se recogen todos los argumentos esgrimidos en favor de la aplicación a la madre natural del artículo 168 del Código civil. Los argumentos de esta sentencia, de fecha y Tribunal ignorados, son los de que ni el artículo 154 ni ningún otro establecen que la madre natural que se case conserva la patria potestad, y si la pérdida de ésta se debe a la oposición de afectos entre el nuevo marido y los hijos del vínculo anterior, mayor razón asiste al fundamento cuando de hijos naturales de la esposa se trata. Que el artículo 63 del Código civil, no obstante la prohibición del artículo 168, habla, equiparándolas, de ambas clases de descendencia, como las equipara el último párrafo del artículo 156, en tanto que el 172 previene que, al enviudar la madre, recobra la potestad sobre todos los hijos, lo que supone la pérdida previa, sin distinción de legítimos, legitimados o naturales reconocidos.

La doctrina, casi unánimemente, es contraria a la interpretación del artículo 168, que acabamos de transcribir¹³. Los argumentos que emplea, algunos de los cuales son aducidos en el único motivo del recurso, son fácilmente rebatibles.

El argumento de que ni el artículo 154, ni ninguno otro establecen la conservación de la patria potestad por la madre natural que se casa, es un argumento pueril. Porque si es cierto que no lo dice el Código, también lo es que señala taxativamente las causas de extinción y pérdida de la misma, y entre ellas se encuentra el artículo 168, del que claramente se deduce que sólo hace referencia a la filiación legítima.

El argumento Aquiles de la tesis de extensión del artículo 168 a la madre natural es el que ya decía la Ley 4.^a, tít. XVI, Partida 6.^a, o sea, que la oposición de afectos en la madre, solicitada por el cariño hacia sus propios hijos y el profesado al nuevo esposo, podrían redundar en daño de los intereses de aquéllos. Se dice que éste es el fundamento de la disposición contenida en el artículo 168 del Código civil y que esta causa también es aplicable a la madre natural (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*). Pero no es seguro que esa sea la causa de lo que dispone el artículo 168, porque en el caso de ser viudo con hijos el que contrae matrimonio, la esposa podría influir perniciosamente sobre él, con daño para los hijos del matrimonio anterior, y, sin embargo, a nadie se le ha ocurrido sostener que habiendo la misma razón de derecho la disposición deba ser la misma.

No es el fundamento, dice Pedreira¹⁴ la incompatibilidad de intereses, porque la sentencia de 19 junio 1901 permitió nombrar tutor de los hijos de la binuba al nuevo marido de la madre. Tampoco lo es la incompatibilidad de efectos porque los de la madre, lo natural es que subsistan, aun después de celebrado el nuevo matrimonio, como subsiste la convivencia,

12. Cfr. PEDREIRA CASTRO: *El Código civil a través de la jurisprudencia*. Madrid, sin fecha, tomo I, págs. 208 y sigtes.

13. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*. tomo V, vol. II, Madrid, 1912, 2.^a edición, pág. 1207.

14. Op. cit., pág. 209.

hasta el punto de que el artículo 1.408 considera carga de la nueva sociedad de gananciales la educación de los hijos legítimos de uno solo de los cónyuges. Añadiendo Sánchez Román¹⁵ que no es fundamento de la disposición el temor de que la madre binuba carezca de libertad e independencia para el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior, porque el Código civil, en su artículo 63, párrafo 2, dice que la mujer podrá, sin licencia del marido, “ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiere tenido de otro y respecto de los bienes de los mismos”. El propio Sánchez Román, a continuación, pone de relieve que esta independencia y libertad que el artículo 63 concede a la madre binuba, puede, en la realidad, estar sojuzgada por “estar obligada a la unidad de domicilio por la convivencia conyugal, a la obediencia al marido y a todas las limitaciones y faltas de libertad que su condición de casada produce”, y, por consiguiente, “desde el momento en que el Código hace depender la conservación de la patria potestad, en la madre viuda que pasa a segundas nupcias, sobre los hijos del primer matrimonio de la circunstancia de haberlo autorizado en su testamento el anterior marido, padre de los mismos, es lógico deducir que el Código no ha tenido en cuenta aquella temida falta de libertad e independencia de la madre y que sólo tal disposición significa una especie de pena por no haberse mantenido viuda y, a lo sumo, un medio puesto al servicio del natural recelo que pueda sentir el padre de que, muerto él, sus hijos continúen bajo la patria potestad de la madre, que contrae segundo matrimonio, y tal circunstancia pueda ceder en perjuicio de dichos hijos por hallarse sometida la madre a las influencias legales y morales del nuevo marido”.

Otro argumento, en pro de la tesis que combatimos, es que tanto el artículo 63, como el 156, como el 172, hablan, equiparándolos, de los hijos naturales reconocidos y de los legítimos. Esto es verdad sólo en parte, porque el artículo 172 claramente se refiere a los hijos legítimos de matrimonios anteriores, puesto que habla de madre viuda que ha pasado a segundas nupcias. Si atendiéramos a una interpretación pegada a la letra, como pretende la doctrina contraria, en lugar de poner este artículo en relación con el 168, con el que se conjuga perfectamente, tendríamos que referirle a la madre viuda que, vuelta a casar, enviuda de nuevo y tiene, además de hijos legítimos, hijos naturales reconocidos no emancipados. Este caso no es el de la sentencia que comentamos, ni esta interpretación es de recibo.

Además, los artículos 63 y 156 son una muestra evidente, como excepción que son, de la regla general que el Código sigue de distinguir la filiación legítima de la natural. Cuando habla de filiación el Código, se entiende de la legítima, pues cuando quiere comprender a la natural reconocida o a la ilegítima, lo hace expresamente.

Y este argumento cobra especial relieve en el artículo 168, donde se habla de “madre que pase a segundas nupcias” y de “marido difunto padre de éstos”, con lo que el precepto se refiere con toda claridad a la filia-

15. Op. cit., págs. 1207 y sigtes.

ción legítima. Y el artículo 172, en relación evidente con el 168, vuelve a hablarnos de "madre viuda que ha pasado a segundas nupcias (y) vuelve a enviudar".

No existe contradicción entre los artículos 63 y 168 del Código civil, porque teniendo la interpretación que buscar a la Ley aquel sentido en el cual se desvanezca la incompatibilidad entre dos preceptos, para no dar lugar a una laguna del derecho¹⁶, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 diciembre 1892, dijo que la regla del artículo 63 sólo es aplicable, por lo que hace referencia a la filiación legítima, al caso de que el marido hubiera previsto y autorizado el nuevo matrimonio.

Hay, en favor de la tesis que defendemos, un argumento derivado del carácter odioso de la disposición contenida en el artículo 168, porque está inspirada en el recelo y es privativa de una potestad como la paterna. Las disposiciones odiosas no pueden ser interpretadas ampliamente, sino en sentido restrictivo. Y basándose en este criterio, Sánchez Román¹⁷ dice que el Código civil hace de peor condición a la madre legítima que a la natural, puesto que ésta no pierde la patria potestad cuando se case.

En fin; el artículo 168 es inaplicable al supuesto de filiación natural porque no puede darse el supuesto de que el padre, previendo el matrimonio de la madre natural, la autorizara para conservar la patria potestad (mucho más si el padre era desconocido). Porque la potestad que el artículo 168 confiere al primer marido es una proyección hacia el futuro de la facultad ordenadora y organizadora que tiene sobre su familia. Y en la filiación natural falta, como vamos a indicar, la familia: en el caso presenté de la sentencia comentada, la madre natural reconoció a su hijo, y así lo acredita el acta de nacimiento; con ello adquirieron madre e hijo, respectiva y recíprocamente, un estado de madre y de hijo naturales. Al ser condenado por estupro el padre, como consecuencia vino el reconocimiento de la prole, y a su vez, respectiva y recíprocamente, adquirieron padre e hijo un estado de padre y de hijo naturales. Ningún vínculo más surgió del reconocimiento. Y, por tanto, tampoco entre los padres, quienes, a lo sumo, por el concubito ilícito, pueden originar algún impedimento para el matrimonio de alguno de ellos con parientes del otro (art. 84, 4.º, del Código civil). No existiendo vínculo entre los padres naturales, tampoco puede haber autoridad del varón sobre la mujer, y no habiendo tal autoridad no puede usarse de ello en los términos del artículo 168.

Podría ocurrir, también, que la madre natural reconociera al hijo después de casada y entonces mal podría perder una potestad que aún no había adquirido ni obstáculo legal, que no existe, para adquirirla.

Gómez Morán¹⁸ sostiene la aplicación del artículo 168 al supuesto de filiación natural nacida antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, sin haber sido reconocido tal hijo, ni antes ni después del nuevo matrimonio. Mas en este caso, si estrictamente se trata de un hijo natural, en rigor, mejor, en la realidad se trata de hijo

16. Véase D. DIMCO: *Discurso de apertura de los Tribunales*, Madrid, 1940.

17. *Op. cit.*, pág. 1208.

18. *La mujer en la historia y en la legislación*, Madrid, sin fecha, págs. 130 y sigtes.

legitimado por subsiguiente matrimonio del que no se han cumplido los requisitos de legitimación por pereza, pero cuyo estado de hijo legítimo puede ser reclamado con arreglo al artículo 118 aportando el reconocimiento expreso o tácito que antes se ignoraba o demostrando el marido al casarse conocía el embarazo de su mujer (art. 110, núms. 1 y 3). En pro de la legitimación de estos hijos, por subsiguiente matrimonio, militaría el argumento de no haber hecho uso el presunto padre de la facultad de desconocer la prole que le confiere el artículo 111. Hay que convenir, sin embargo, que el caso es raro ¹⁹.

III. Imposibilidad de coexistencia de tutela y patria potestad.

La madre natural, en la sentencia que nos ocupa, ejercitando un acto de poder personalísimo (así lo dice la sentencia de 5 enero 1945, corrigiendo a Cicu ²⁰, que habla de poder familiar), reconoció a su hijo dándole un título de estado de hijo natural, que, si bien no alcanza a crearle una familia ²¹, sí, por lo menos, determina una relación entre padre e hijo (ver Sent. 5 enero 1945), y esta relación no es otra que la paterno filial, porque filiación, según la definición concisa y elegante de Planiol ²², no es otra cosa que "la relación que existe entre dos personas de las que una es padre o madre de la otra". El contenido de esta relación desde el lado del padre, o si se prefiere usar la terminología italiana preconizada por Cicu, al estado de padre se le aplica la definición de la patria potestad de Clemente de Diego ²³, "deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de la persona y bienes de los hijos, en la medida reclamada por las necesidades de éstos". Y las sentencias de 24 mayo 1909 y 24 junio 1929 destacan en la patria potestad el interés del hijo, quedando el de los mismos padres en segundo plano.

La patria potestad es una institución natural que no necesita del derecho positivo para actuarse; aunque no hubiera Estado, habría patria potestad, porque el hijo viene al mundo necesitado de protección y dirección y porque, por impulsos naturales innegables, los padres se sienten obliga-

19. La ley de Divorcio de 1932, en su art. 21, permitía conservar la patria potestad a la divorciada que se casaba de nuevo, y en su virtud la Orden de 4 de octubre de 1933 dijo que no podía ser de peor condición la viuda que de nuevo se casaba que la divorciada, y que estaba bien extendida una escritura de emancipación de un hijo menor, otorgada por la madre viuda, después de haberse vuelto a casar. Hoy no puede dudarse de la vigencia del art. 168 (resolución de la Dirección de 17 de julio de 1940); mas la viuda o divorciada que contrajo matrimonio antes de la derogación de la ley del Divorcio, el 23 de septiembre de 1939, publicada en el *Boletín Oficial* de 5 de octubre, conserva dicha patria potestad. Cfr. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, 6.ª edición revisada por Bonet, Madrid, 1945, tomo I, págs. 81 y sigtes.

20. *La filiación*, traducción española de Giménez Arnáu y Santa Cruz, Madrid, 1930, página 213.

21. Aunque tampoco se lleva con excesivo rigor el criterio de falta de estado familiar en los hijos naturales, como acredita una simple ojeada a los arts. 46, 84, 302 y 945 del Código civil.

22. *Traité élémentaire de Droit civil français*, tomo I, 8.ª edición, París, 1920, página 419.

23. *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II, Madrid, 1930, pág. 538.

dos e inclinados a actuar, con esa potestad, al mismo tiempo tuitiva y de mando; de mando, para mejor actuar la protección al hijo. Por eso el Estado, que se encuentra con la patria potestad, la convierte en un poder jurídico, regulándola en sus preceptos. En la familia se da un triple interés: individual, familiar²⁴ y estatal que se traduce en preceptos especiales que demuestran la existencia y la protección del Derecho a los mismos; mas el interés del Estado es un interés que corre paralelo al familiar, y por eso este interés, como mejor se tutela es haciendo que se consiga plenamente la finalidad familiar, y uno de los modos es establecer firmemente la patria potestad para que actúe en la órbita de la autonomía familiar. Mas como somos humanos y puede haber desviaciones de las finalidades familiar y estatal o se puede ejercitar la patria potestad con abuso, o infringir el deber de ejercitarla, el Estado toma sus precauciones estableciendo órganos de vigilancia del ejercicio de las potestades patria y tutelar²⁴, o estableciendo sanciones penales por la infracción de los deberes paternos (arts. 487 y 488 del Código penal), sanciones que, inclusive, lleguen a veces a la privación de la misma patria potestad (delito de abandono de familia creado por la Ley de 12 marzo 1942 y hoy recogido por el artículo 488 del Código penal)²⁵.

Es lo que expresa Barassi²⁶ al decir que "resulta que la patria potestad, que el progenitor tiene el deber de ejercitar, y no por su propio interés, constituye una típica función. A la que está unido, junto al interés del menor y de la familia, un interés del Estado, hoy aún más vibrante. El Estado lo tutela con órganos propios mediante la vigilancia y control y mediante sanciones; sin que, por lo demás, la patria potestad, substancialmente ligada al afecto del padre, salga fuera del derecho privado. El progenitor ejercita la patria potestad a la luz de la afectiva solidaridad familiar y provisto de un poder de representación en cuanto a los actos civiles del hijo menor".

Este párrafo es de perfecta aplicación a nuestro derecho, especialmente al derecho actual, en el que ese interés paralelo del Estado está más evidente que antes en virtud de la aludida creación de los Tribunales tutelares de menores y del delito de abandono de familia. Pero, además, el interés del Estado español, por lo que a patria potestad se refiere y por su recto ejercicio, está bien patente, porque nada menos que merece una declaración del Fuero de los Españoles, que en su artículo 23 dice: "Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El Estado suspenderá el ejercicio de la patria potestad o privará de ella a los que no la ejerzan dignamente y transferirá la guarda y educación de los menores a quienes por Ley corresponda".

Por si no estuviera suficientemente claro en el Código civil, especialmente en el número 1 del artículo 156, que en la patria potestad domina la idea de deber, ha venido la Ley de 12 marzo 1942, con el delito que crea,

24. Cfr. ley de 12 de diciembre de 1940.

25. Cfr. CUELLO CALÓN: *El delito de abandono de familia*, Barcelona, 1942.

26. *La famiglia legittima nel nuovo Codice civile*, 2.ª edición, Milán, 1941, página 224 y sigtas.

de abandono de familia, a sancionar, enérgicamente, a quienes a tales deberes faltaren.

Por otro lado, de todos los textos legales citados se deduce, recordando el giro romano (interest reipublicae), que interesa al Estado que la patria potestad se ejercite y que se ejercite dignamente en provecho de la alimentación, educación, guarda y representación de los hijos menores. Porque, no por muy repetido debe olvidarse recordar que la familia, según Cicerón (*De Officiis*, I, 18, aunque habla propiamente de matrimonio), es "principium urbis et quasi seminarium reipublicae".

Siendo delito el abandono de familia y de orden público las disposiciones que reglamentan la patria potestad (no entramos en la cuestión de si el derecho de familia corresponde al privado, sin decir que pertenece al público), la declinación de ésta, "por motivos más o menos justificados", que dice la sentencia, no puede tener ningún valor. No comprendemos cómo se puede hablar, en la sentencia que comentamos, de motivos justificados de declinación de la patria potestad; éstos no pueden darse ni en el caso que comentamos ni en ningún otro²⁷. El padre que ejercita la patria potestad puede verla extinguirse, o perderla, o serle suspendida, pero de ninguna manera puede declinarla.

La frase "declinar por motivos más o menos justificados" está tomada a la sentencia de 24 enero 1900. Ambas sentencias, la de 24 enero 1900 y la que comentamos, hablan de declinación de la representación en autos, pero los casos controvertidos son diferentes, porque la declinación que se daba en la sentencia de 24 enero 1900 era perfectamente ortodoxa, ya que se trataba de no representar a unos hijos naturales, su padre, por motivos de delicadeza, ya que litigaban con la esposa de este último. Pero allí el padre no declinó la patria potestad, sino que proveyó a los hijos de defensor judicial. Podría (no es este lugar de discutirlo) dudarse de si era adecuada la designación del defensor, pero no se oculta que la designación del mismo es compatible con la subsistencia de la patria potestad, y su designación se hace para supuestos de oposición de los intereses del menor con su padre (art. 165).

En la sentencia que comentamos no se acude a la designación de un defensor judicial, sino a la constitución de un organismo tutelar en toda regla, razón por la que el empleo del giro declinación de la representación en autos, de que habla la sentencia, tiene un mayor alcance que tuvo en la sentencia de 1900.

Y esto nos lleva de la mano al problema interesante de la coexistencia entre tutela y patria potestad. El Tribunal Supremo, en su afán de ceñirse al recurso y a su único motivo de casación, ha dictado un cuarto considerando que, indirectamente, al hablar de que los deberes naturales de la patria potestad no quedan mermados por la constitución de la tutela, y añadir "aunque por motivos más o menos justificados declinase en estos autos la representación del menor", parece llevar a la doble conclusión: 1.ª, que puede ser legítima la declinación de la representación en estos autos, y 2.ª, que podrían darse simultáneamente pleitos en que

27. Véase lo que a continuación decimos.

la representación del menor la llevase la madre natural y otros en que declinase esta representación. Las consecuencias apuntadas, que también en parte, son debidas al precedente de la sentencia de 24 enero 1900, son completamente inadmisibles, y sobre ellas ni podía declararse partidario el Tribunal Supremo ni directamente las patrocinara.

Hay una incompatibilidad legal entre patria potestad y tutela (artículo 19 del Código civil). Sánchez Román²⁸ nos dirá con su habitual seguridad: "intégrase el concepto legal de la tutela, según el Código, con las otras dos condiciones negativas que aquel texto señala a los tutelados, a saber: 1.ª, que no estén bajo la patria potestad, por incompatibilidad entre ambas situaciones civiles, toda vez que la patria potestad es institución familiar y la tutela cuasi familiar, y, por consiguiente, supletoria de aquélla e innecesaria cuando la primera existe".

En el Apéndice foral aragonés, partiendo de la base de la vigencia del artículo 168 del Código civil, prevé en el artículo 2.º, párrafo 1.º, que "no se podrá separar a los hijos e hijastros de la compañía del cónyuge superviviente, aunque pase a otro matrimonio, mientras haga efectiva la obligación legal de alimentarlos, a menos que exista para la separación motivos de moralidad o de mal tratamiento". Es decir, que se da la hipótesis de una coparticipación de las potestades sobre el hijo menor, entre la madre binuba, que conserva la guarda de los hijos, y la tutela constituida que actuará en todo lo demás. Es el único supuesto de coexistencia entre la patria potestad y la tutela, coexistencia que, al decir de Castán²⁹, ha dado mal resultado, pero que, de hecho, se da también bajo el imperio del derecho común, en méritos del artículo 1.408, núm. 5, que pone al cargo de la sociedad de gananciales el sostenimiento y la educación de los hijos legítimos de uno solo de los cónyuges.

La sentencia que comentamos da una solución fragmentaria, si bien legítima, al choque entre tutela y patria potestad en punto a representación en toda clase de acciones que a los hijos competan. Y la solución no podía ser más que favorable a la patria potestad, a la que, conforme al artículo 155, núm. 1, compete el "deber" de representar a los hijos menores no emancipados.

IV. *Valor de la tutela constituida.*

Esta solución fragmentaria debe ser extendida a la totalidad de aspectos que la patria potestad presenta. No perdiendo la madre natural, al casarse, la patria potestad sobre el hijo que hubo de soltera o de viuda, la tutela no tiene posibilidad de crearse, y creada no puede subsistir. Por eso la tutela constituida perecerá a la primera acometida que, contra ella, se suscite. Esta acometida podrá venir de la madre natural para recuperar la plenitud de una potestad nunca perdida, de la persona que tenga interés en que desaparezca la tutela, inclusive del Ministerio público.

28. Op. cit., pág. 1315.

29. *Derecho foral*, 2.ª edición, Madrid, 1932, pág. 37.

Mas en tanto no se produzca el derrumbamiento de la tutela creada, ¿qué valor tendrá? Suele dividirse la tutela desde el punto de vista de su debida constitución y funcionamiento en tutela de hecho y de derecho. Esta última se refiere a tutela debidamente constituída y que funciona legalmente. En el concepto preciso de tutela de hecho discrepan los autores. Ya en el derecho romano se discute sobre la misma cuestión terminológica, esclarecida por un trabajo de Solazzi³⁰, pues mientras autores, como Girard^{30 bis}, parecen equiparar el protutor y el falsus tutor, Maynz³¹, en cambio, los distingue.

En Derecho extranjero, aparte las referencias de los tratados generales, hemos de anotar un trabajo de Sumein, de principios de siglo³², sobre el tema de la tutela de hecho, y en Derecho español no hacen referencia a ella los tratados generales³³; se detiene un poco en ella De Buen³⁴, la dedica un capítulo Escobar de la Riva³⁵ y un estudio completo, aparecido simultáneamente en portugués y en castellano, Ortega Pardo³⁶.

Vemos que para Escobar de la Riva los casos de tutela de hecho, en el Derecho español, son los siguientes:

"a) Deducido de la R. D. G. R. 17 marzo 1893, el del tutor nombrado por el Consejo de familia y que como tal actuó (en el caso resuelto enajenando una finca) antes de haber sido removido el autor anterior (vid la S. T. S. 28 junio 1913).

b) El del tutor que, habiendo sido declarado firmemente incapaz para el cargo por el Consejo de familia, continúa el ejercicio de la tutela hasta el nombramiento de un nuevo tutor (art. 243, 2.º, C. c.).

c) El del tutor que continúa dicho ejercicio después de la mayoría del pupilo o de su habilitación de edad, o de haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces sujetos a interdicción o prodigios (artículo 278 C. c.).

Según algunos autores, la tutela de hecho no podrá existir en ninguno de dichos casos (debe referirse a los de la letra c), porque en todos ellos se ha extinguido la misma por falta de pupilo y no cabe que la haya sin éste."

Por su parte, Ortega Pardo clasifica los supuestos de tutela de hecho del siguiente modo, en cuatro grupos:

"1. Cuando una persona no nombrada tutor se apodera de la tutela,

30. *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, en el Archivo jurídico, 1924, páginas 150 y sigtes.

30 bis. *Manuel de Droit romain*, París, 1924, 7.ª edición, pág. 230, nota 7.

31. *Cours de Droit romain*, tomo III, pág. 319.

32. *Essai sur les tuteurs de fait*, en la "Revue trimestrielle de Droit civil", 1903. También DUBOIS: *De la tutelle de fait*, Rennes, 1934.

33. A lo sumo, como DE DUBOIS (loc. cit., pág. 598), hacen referencia al protutor del Derecho romano.

34. COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, traducción española con notas de Demófilo de Buen, tomo II, vol. I, Madrid, 1923, págs. 41 y sigtes.

35. *La tutela*, Madrid, 1943, págs. 245 y sigtes.

36. *La tutela de hecho*, en la "Revista de Legislación y Jurisprudencia", año 1947, tomo XIV de la segunda época, págs. 80 y sigtes.; *La tutela de facto*, en el "Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", tomo XXIII, págs. 1 y sigtes.

ejerciéndola de hecho. Muchos son los casos que dentro de este grupo pueden presentarse. El más frecuente es el de un tutor apocado o de avanzada edad, que descargue por entero la administración de la tutela, violando las disposiciones de la ley, en un tercero que de hecho la ejerce.

2. Cuando una persona es nombrada tutor, pero no puede desempeñar su cargo por comprenderle alguna de las incapacidades del artículo 237 o no ha cumplido todos los requisitos que la ley exige para empezar el ejercicio de sus funciones, y, sin embargo, desempeña la tutela.

3. Cuando el que ha sido legalmente nombrado tutor, válidamente toma posesión del cargo y comienza su gestión; pero posteriormente, por alguna de las causas del artículo 238 (núms. 1, 3 y 4), se le remueve del mismo, continuando, no obstante, en sus funciones.

4. Cuando una vez terminada la tutela, por las causas que prevé el artículo 278, continúe el tutor, a pesar de ello, desempeñando sus funciones, aplazando la rendición de cuentas que prescribe el artículo 281." (A nuestro entender, este caso, aunque se presenta por los autores como uno de los de tutela de hecho, es un supuesto diferente.)

Se observa que, en ambas enumeraciones de supuestos de tutela de hecho, recibe el mismo tratamiento el caso del tutor que continúa en la tutela a pesar de que el pupilo ha llegado a la mayoría de edad. La cuestión es controvertida; pero a nosotros nos interesa destacar que el argumento para excluir la tutela de hecho es el fundamental de inexistencia de pupilo. Este caso se da también en la sentencia que examinamos: no hay pupilo; hay, además, persona investida de la patria potestad; dos razones o, mejor, dos aspectos de una misma razón, suficientes para eliminar el concepto de tutela de hecho.

Los actos realizados por semejante organismo tutelar serán nulos: ya veremos qué clase de nulidad les afecta. Y la propia madre natural podría echarlos abajo, sin que pudiera oponérsele para impedirlo la teoría de los actos propios. Así, por ejemplo, podría imprimir una nueva orientación a la educación que el organismo tutelar hubiera señalado al hijo, aunque lo hiciera el tutor con la aprobación del Consejo de familia (artículo 269, núm. 2.º); podría imponer castigo a su hijo natural (de conformidad con artículos 155, núm. 2.º, y 156), e incluso deshacer la habilitación de edad que hubiera podido conceder al hijo el Consejo de familia (artículo 323).

Aunque no dejaría de ser posible que el Juez, a quien, por ejemplo, acudiera, amparada en el artículo 156 del Código civil, para imponer un castigo al hijo, se negase a autorizarlo sin haber declarado previamente la nulidad de la tutela constituida. Mas no cabe dudar que un Registrador de la propiedad podría negarse a inscribir la escritura de enajenación de bienes del hijo natural en cuanto le constara la menor edad de éste y que vivía su madre, porque entre las facultades calificadas está precisamente, con arreglo al artículo 18 de la ley Hipotecaria, la que se refiere a la capacidad de las partes.

A mi juicio, la nulidad de los actos y contratos, realizados por el tutor en nombre del pupilo, será una nulidad relativa. Obsérvese en el caso de autos que la tutela, desde que se creó hasta la sentencia que comentamos, ha durado cinco años, durante los cuales el organismo tutelar ha estado actuando, y declarar la nulidad absoluta de toda esta gestión sería tanto como aplicar un criterio similar al que pretendía Fernando VII al hablar de los mal llamados años. Lo vivido, y más si tiene carácter de gestión de una serie de asuntos y tiene un tracto largo de desarrollo, tiene en sí una aspiración legítima a ser mantenido, so pena de crear problemas inmensos. En el presente caso, una nulidad de todo lo actuado por la tutela traería más perjuicios que ventajas para el menor. Por eso es preferible el criterio de anulabilidad, que puede dar lugar a que los actos se convaliden por la prescripción sanatoria (artículo 1.301), a que sean confirmados por el menor al salir de la minoría de edad (artículo 1.310), o a que sean ratificados (artículo 1.259, párrafo segundo, y artículo 1.892). Ya veremos los criterios doctrinales que amparan una u otra solución. Lo cierto es que la propia ley opta por la convalidación, en bloque, de ciertos actos, como los pagos a que se refieren los artículos 275, núm. 2.º, y 1.163, que son liberatorios si se han convertido en utilidad del menor.

El tratamiento jurídico de toda esta gestión tutelar exige, a mi entender, distinguir entre relaciones externas, o sean las del tutor con terceros, y relaciones internas, o sean las del organismo tutelar con el menor. A unas y a otras hay que aplicar o se pueden aplicar diferentes reglas. Por lo que se refiere a las relaciones internas hay que aplicar las reglas de la tutela, por lo general. Porque teniendo que tener por criterio fundamental, en este supuesto, el interés del menor, éste quedará mejor salvaguardado aplicando las reglas de la tutela, que son más rigurosas que si se aplican las del mandato (tácito) o de la gestión de negocios ajenos. Por otro lado, creando todo el organismo tutelar y obrando el tutor bajo la estrecha dirección del Consejo de familia, no sería justo excluir la responsabilidad de todo el organismo tutelar, agravando la correspondiente al tutor. Decimos que, por lo general, se aplicarán las normas de la tutela, porque habrá casos en que estas normas, por el supuesto anómalo que contemplamos, no serían aplicables, por ejemplo, lo relativo a las cuentas que debe rendir el tutor que es sustituido por otro (artículos 279 y 280), porque aquí no entra un nuevo tutor en la tutela, sino que entraría la madre con patria potestad.

Las relaciones externas del tutor con terceros se podrían regir por varios criterios, o por la asimilación al supuesto de gestión de negocios³⁷, o por la teoría del mandato tácito³⁸, o por las reglas de la tutela, ya sea basándose en la idea de la apariencia que debe ser protegida, ya en la máxima de error "communis facit jus", ya en la aplicación ana-

37. DE BUEN, op. cit., pág. 198; LAURENT: *Principes de Droit civil français*, tomo IV, Paris, 1878, pág. 486.

38. ESCOBAR DE LA RIVA, op. cit., pág. 251.

lógica de la doctrina de los funcionarios de facto³⁹. Es inaplicable al caso la tesis de la "administratio conexa"⁴⁰.

Si insistimos en la idea de que, en la pugna de intereses entre el menor y los terceros, el de aquél debe prevalecer sobre los de éstos, tendremos que rechazar, para este caso que motiva nuestro comentario, la tesis de aplicación de las reglas de la tutela, porque entonces el menor o su madre natural no podrían impugnar los actos realizados por el tutor cuando hubieran sido ajustados a las reglas que gobiernan la tutela.

Es preferible cualquiera de las otras dos teorías, especialmente la de la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Ignacio SERRANO Y SERRANO

39. ORTIZA PARDO, *op. cit.*, pág. 101.

40. SUMMEN, *loc. cit.*, formula esta teoría que tiene su entronque en el texto del Código de Justiniano, ley 11, Libro V, tít. LI: "Tutor post puberem aetatem puellae, si in administratione connexa perseveraverit, tutelae actione totius temporis rationem praestare cogitur".