

## CAPITULO III.

### FIN DE LA TUTELA.

---

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

113. 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 esta 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. Admitese 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. 7º, p. 234, núm. 385. Valette acerca de Proudhon, t. 2º, 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. Cou 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*, tit. 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 (Daloz, 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, necesitaríase 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. 1453). ¿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. 9<sup>o</sup>). Sentencia de casación, de 9 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 385).

ha consagrado. La corte de Agen invoca los arts. 472, 907 y 2045 (1). Por los términos del art. 907, el menor llegado á la mayor edad no puede disponer en provecho del que fué su tutor, en tanto que la cuenta de la tutela no haya sido rendida y escrupulosamente revisada. Esta es una disposición excepcional, y todos convienen en ello, supuesto que, por regla general, las incapacidades cesan con la tutela; ahora bien, las excepciones confirman la regla. La del art. 907 fácilmente se explica sin que se necesite recurrir á la ficción de minoría imaginada en el derecho antiguo: el pupilo se queda bajo la dependencia de su tutor en tanto que no se rinda la cuenta; de aquí una influencia que puede ser abusiva y que destruye la libertad del donador y del testador. ¿Qué tiene esto de común con la gestión de la tutela? En cuanto á los arts. 472 y 2045, tienen ellos por objeto asegurar la rendición de las cuentas: y recibirían su aplicación aun cuando no hubiese ningún acto de gestión posterior á la mayoría; luego son extraños á la cuestión que estamos examinando.

Hay otra consecuencia que se deriva de la opinión admitida por la corte de casación, y que igualmente depone en contra del principio de donde emana. Si la gestión tutelar continúa después de la mayoría, la hipoteca legal que garantiza los bienes del menor, debe también subsistir hasta la rendición de las cuentas (2). Nueva ficción tan exorbitante como la doctrina general que estamos discutiendo. Debe aplicarse á la hipoteca legal lo que acabamos de decir de los réditos legales; no hay, ni puede haber, hipoteca legal sin ley (arts. 2115 y 2117). ¿A quién otorga la ley la hipoteca por causa de minoría? A los menores en los bienes de su tutor (art. 2121); lo que supone un crédito nacido

1 Agen, 3 de Mayo de 1862 (Dalloz, 1863, 2, 16).

2 Pau, 7 de Enero de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 5).



durante la minoría. ¿Quiérese extenderla á los créditos originados despues de la mayoría y antes de la rendición de cuentas? Las hipotecas legales no se extienden en virtud de una ficción, y hay que recurrir al legislador, el único que puede establecer ficciones é hipotecas legales.

La opiuión que estamos sosteniendo ha sido consagrada por la corte de Nancy, de un modo contrario á las conclusiones de Troplong. Ya no hay tutela, dice la corte, cuando el pupilo ha entrado en la mayor edad (1); luego tampoco hay gestión tutelar, ni réditos que de pleno derecho, ni hipoteca legal. Las cortes de apelación han resistido á la autoridad de la corte de casación, y hay que decidirlo, la sentencia de la corte de Angers, pronunciada después de la de la corte de casación, está mucho mejor instivada. Además de los argumentos que hemos hecho valer, la corte dice que la ficción de una minoría subsistente después que el menor se ha hecho mayor, está en oposición con todos los principios que rigen la tutela. Si la administración continuada por el tutor es una gestión tutelar, precisa que sea revisada; luego el subrogadó tutor tendrá el derecho de intervenir tanto como el consejo de familia, lo que destruye toda la economía del código civil en materia de tutela y de mayoría. Qué el legislador pueda crear semejantes anomalías, lo admitimos; pero es imposible conceder ese derecho al intérprete. Por último, la corte observa que la ficción de la antigua jurisprudencia que quiere resucitarse la contradice el art. 475, el cual quiere hacer correr la prescripción de las acciones que nacen de la gestión tutelar, no á contar desde la rendición de la cuenta de la tutela, sino desde la mayoría (2).

1 Nancy, 19 de Marzo de 1830 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 471). Grenoble, 16 de Enero de 1832, y Bourges, 28 de Abril de 1858 (Daloz, en la palabra "privilegios é hipotecas," números 1054 y 1058).

2 Angers, 23 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 2, 42); Lyon, 19 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854, 2, 165); Dijon, 17 de Enero de 1856

Se hace una objeción que da margen á una nueva dificultad. Si la administración posterior á la mayoría no es una gestión tutelar, dice Troplong, hay que decir que el menor no podrá, á contar desde su mayoría, reclamar ningún interés del tutor que continúe reteniendo su patrimonio. En efecto, si ya no hay tutela, el tutor gestionará ó en virtud de un mandato tácito, ó como agente de negocios. Conforme á los verdaderos principios, hay mandato tácito, porque el menor llegado á la mayor edad consiente, á contar desde este momento, en que el tutor continúe manejando los negocios; luego hay concurso de consentimiento, y por lo tanto, contrato de mandato, más bien que cuasi-contrato de gestión de negocios (1).

Poco importa, por lo demás, en la cuestión que nos ocupa; porque según el art. 1,373, el gerente se somete á todas las obligaciones que resultarían de un mandato expreso que le hubiese otorgado el propietario. Luego al gerente, tanto como al mandatario, se les debe aplicar el art. 1,996, por cuyos términos el mandatario debe los intereses de las sumas que ha empleado en su propio uso, contando desde la fecha en que se aplicó dichas sumas. Síguese de aquí que el tutor que continúa administrando los bienes, no debe el interés de pleno derecho de las sumas que retiene; no lo deberá sino cuando se pruebe que ha empleado los caudales pupilares en propio provecho, pero al actor corresponde comprobarlo. Se ha fallado que el tutor que guardaba los caudales sin colocarlos deberá ser sospechoso de haberlos empleado en sus negocios (2). Esto es inadmissi-

(Dalloz, 1856, 2, 91), Besançon, 1º de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 93), y Gante, 29 de Julio de 1852, á conclusiones del abogado general Donny (*Pasicrisia*, 1853, 2, 137).

1 Las sentencias citadas en la nota 2, de la página 129 deciden, las unas que hay gestión de negocios, y las otras que hay mandato.

2 Nancy, 19 de Marzo de 1830 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 471); Angers, 23 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 42).

ble, porque no hay presunción legal sin texto. El pupilo puede ser dañado si no puede probar que el tutor empleó el dinero en su uso particular. ¿Pero acaso no es él mismo culpable de negligencia? Sufrirá las consecuencias de sus actos (1).

118. Acerca de la cuestión que estamos discutiendo, hay una tercera opinión que tiene á su favor la autoridad del derecho romano. Demolombe está de acuerdo con nosotros en combatir el principio que la corte de casación tomó del antiguo derecho; él rechaza la ficción de una minoría que se prolongase más allá de la mayoría legal. Pero añade una reserva para el caso en que los actos de gestión que ejecute el tutor después de la tutela sean una consecuencia de la administración tutelar y una dependencia necesaria. ¿Acaso no es, entonces, la gestión de la tutela que continúa? ¿y no sería ilógico anular los actos llevados á cabo por el tutor, considerándolos, en su principio, como pertenecientes á la tutela, y en su postrimera ejecución, como gestión de negocios? Para un solo y mismo hecho, se necesita un solo y mismo principio. La distinción se halla escrita en el Digesto, y también era enseñada en el antiguo derecho francés (2).

Admitimos la distinción tal como Dalloz la formula. Se ha verificado un acto mientras duraba la tutela; las consecuencias enojosas para el menor se producen después de su mayor edad. Este acto con sus consecuencias debe regirse por los principios de la tutela. Así es que el tutor pone en manos de un hombre insolvente una suma de 10,000 francos, sin garantía hipotecaria; la insolvencia sale á luz des-

1 Besançon, 1º de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 93).

2 L. 13, D. "de tutela et rationibus distrahendis" (XXVII, 3). Meslè, "De las tutelas," núm. 53 (parte 1ª cap. XII). Demolombe, n. 3º, p. 25, 30, núms. 25 y 27, seguido por Dalloz, en la palabra *minoría*, número 583.

pués de la mayoría del pupilo; éste tendrá contra su tutor la acción que nace de la tutela, y por consiguiente la hipoteca legal. Si ha de decirse la verdad, esto no es una excepción pel principio que hemos establecido, sino su aplicación. En efecto, el acto de donde resulta el perjuicio para el menor se consumó durante la tutela, luego es un acto de gestión tutelar del que es responsable el tutor, y para el cual el menor tiene su garantía hipotecaria. Pero si se supone que después de la mayoría, el tutor verifique un acto de gestión, por mas que sea una continuación y una dependencia de asunto comenzado durante la tutela, este acto ya no será un acto de administración tutelar, se registrá no por los principios de la tutela, sino por los del mandato tácito. El tutor percibe intereses, se vencen después de la mayoría del pupilo, ¿son caudales pupilares los que él percibe, y deben aplicarse las disposiciones del código sobre los intereses debidos por el tutor y sobre la hipoteca legal? Nó, los intereses se adquieren día por día; los que se vencieron durante la minoría son dineros pupilares y están regidos por los principios de la tutela, mientras que los intereses que vencen á contar desde la mayoría son dineros que se deben al mayor, y el tutor no tiene derecho á percibirlos; si los recibe, no es como tutor, sino como mandatario, y por tanto, deben aplicarse los principios del mandato. Diríase, en vano, que se trata de un solo y mismo hecho, porque en realidad son dos hechos distintos, separados por la mayoría; desde el momento de la mayoría, los intereses que se vencen cesan de ser caudales pupilares para convertirse en rentas pertenecientes al mayor.

119. ¿Deben aplicarse los mismos principios al caso en que la tutela concluye por la destitución del tutor, su excusa ó su dimisión? Nosotros no lo creemos. Desde el momento en que concluye la tutela, ya no hay tutor, luego

tampoco administración tutelar, sino gestión de negocios, y en consecuencia, se vuelve á entrar en el derecho común, en lo concerniente á los réditos, y no puede ser cuestión de hipoteca legal. Hay, no obstante, un motivo de duda que ha dominado á Demolombe y á Dalloz (1). Cuando el menor se vuelve mayor ya no hay tutor ni pupilo, y en consecuencia, ni administración tutelar; mientras que si la tutela está únicamente vacante, hay todavía un menor, luego hay una tutela, luego conclúyese que hay una gestión tutelar. Aquí está, á nuestro modo de ver, el error. Para que haya gestión tutelar no basta que haya un menor, se necesita que haya también un tutor. Ahora bien, cuando la tutela está vacante, no hay tutor. Sin duda que en caso de destitución el legislador habria podido y debido aplicar al tutor destituido la responsabilidad rigurosa que pesa sobre el tutor; y como no hay falta que echar en cara al menor, el legislador habria debido también mantener su garantía hipotecaria. Pero no lo ha hecho, ¿puede el intérprete colmar el vacío? ¿puede extender á una tutela de hecho los principios que la ley establece para la tutela de derecho? Tal es la verdadera cuestión; ya la hemos decidido negativamente (2). Todas las razones de justicia y de equidad que se alegan no nos interesan, sino que van dirigidas á los que hacen la ley y no á los que la interpretan. Realmente hay aquí un vacío en el código civil; se le reconoce por las relaciones del tutor destituido con los terceros: en el silencio de la ley se aplican los principios del mandato (3). O por mejor decir, hay que aplicar también los principios del mandato en el caso de gestión de negocios, en las relacio-

1 Demolombe, t. 8º, ps. 22 y siguientes, núm. 24, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 584.

2 Véase el tomo 4º, núm. 373.

3 Aubry y Rau, t. 1º, p. 470, y nota 12, Demolombe, t. 7º, p. 301, número 508.

nes del tutor y del menor. La tutela de hecho es en definitiva, una tutela ficticia, puesto que se considera como tutor al que no lo es; ahora bien, las ficciones no existen sino en virtud de un texto; el intérprete explica, pero no crea. Esto nos parece decisivo. La opinión que estamos combatiendo es tan poco segura por sí misma, que después de haber creado una ficción, retrocede ante las consecuencias que dimanen. Demolombe dice que el menor no tiene hipoteca legal para la gestión que el tutor hubiese continuado después de su destitución (1). ¡Entonces esto es y no es á la vez una gestión tutelar! ¡Se establece una ficción y se limitan sus efectos! Lo repetimos: el legislador tiene ese derecho, el intérprete no lo tiene.

120. Para el caso de muerte del tutor, tenemos una disposición especial. El art. 419 establece: «La tutela es un cargo personal que no se transmite á los herederos del tutor. Estos serán únicamente responsables de la gestión de su autor; y si son mayores, estarán obligados á continuarla hasta el nombramiento de un nuevo tutor.» ¿Cuál es el carácter de esta gestión que los herederos continúan? La opinión general es que es un mandato conferido á los herederos del tutor por la ley; de donde se sigue que no pueden aplicarse á los herederos los principios más severos que rigen la administración del tutor; ellos no estarán obligados á los intereses de pleno derecho, y sus bienes no quedarán sometidos á la hipoteca legal (2). En la opinión que acabamos de enseñar sobre los efectos que produce el fin de la tutela, no hay la menor duda sobre todos estos puntos. No puede haber gestión tutelar cuando no hay tutor, y las disposiciones excepcionales que la ley establece con-

1 Demolombe, t. 8º, p. 32, núm. 29.

2 Ducaurroy, *Comentario*, t. 1º, p. 443, núm. 619. Marcadé t. 2º, página 215, art. 419, núm. 1. En sentido contrario, Demolombe, t. 8º, p. 22, núm. 24, y p. 32, núm. 29.

tra el tutor no pueden extenderse á los que no son tutores. Demolombe sostiene la distinción que propuso en caso de vacancia de la tutela: la administración de los herederos es una gestión tutelar; pero no está garantida por la hipoteca legal. Aquí el texto mismo del código se levanta contra la doctrina que en él se quiere introducir. ¡Preténdese que haya una gestión tutelar, después de la muerte del tutor, siendo así que el art. 419, dice que la tutela no pasa á los herederos del tutor! La tutela es un cargo personal, dice la ley, lo que equivale á decir que se confía únicamente á los que la ley juzgue idoneos. Luego no basta que haya actos de administración concernientes al menor, para que haya tutela, sino que antes que todo se necesita un tutor. Sin duda que el legislador habría podido extender á los que manejan la tutela de hecho la responsabilidad que impone á los que la desempeñan de derecho; pero no lo ha hecho. Esto decide la cuestión.

¿Por qué la ley impone á los herederos del tutor el deber de continuar la gestión hasta el nombramiento de un nuevo tutor? Se contesta que es una obligación que el tutor había contraído y que pasa á sus herederos (1). Esto no es exacto, porque la ley dice todo lo contrario. La tutela es un cargo personal, ninguna de las obligaciones que de él derivan pasan á los herederos del tutor. Luego no es en el derecho, sino en la equidad, en donde debe buscarse la razón de la obligación que el código impone á los herederos. He aquí por qué los herederos mayores, son los únicos obligados á continuar la gestión. Si se tratara de una obligación civil transmitida á los herederos por el difunto, pasaría á los menores tanto como á los mayores; pero como se trata de una medida de equidad, se concibe que los menores no estén sujetos á ella, puesto que la obligación recaería en sus tutores.

1 Demolombe, t. 8º, p. 7, núm. 8.

¿Cuáles son los poderes de los herederos? ¿Pueden hacer todo lo que el tutor tiene el derecho de hacer? Nos parece que el texto de la ley decide la cuestión; los herederos *continúan* la gestión del tutor, dice el art. 419; luego es la misma gestión. Esto se funda también en la razón; el menor nunca puede estar sin representante, sin protector: en espera de que se nombre un nuevo tutor, los herederos del antiguo harán las veces de representante legal, luego deben tener los mismos derechos. Se pretende que debe interpretarse el art. 419 por el art. 2010, el cual establece que: «En caso de muerte del mandatario, sus herederos deben participarlo al mandante, y proveer, entretanto, á lo que las circunstancias exijan en interés de éste.» Conclúyese de aquí que los herederos no pueden ejecutar sino los actos de una necesidad urgente (1). La ley no dice esto; y el caso del art. 2010 es enteramente diverso del que trata el artículo 419. La gestión tutelar es una administración de todos los instantes, que, por consiguiente, debe continuarse siempre. No hay razón para establecer una distinción entre los diversos actos de la tutela: todos los que interesan al menor deben ejecutarse, luego los herederos tienen derecho para ejecutarlos. Demolombe, después de haber asentado como principio que ellos no pueden ejecutar sino los actos urgentes, agrega una restricción á su opinión; admite que los actos que hicieren serian válidos respecto á terceras personas; esto implica que tienen derecho á ejecutarlos. Ya se comprende, sin que lo digamos, que estamos res olvidando la cuestión en derecho; no queremos dar á entender que los herederos estén obligados á ejecutar todo lo que el tutor ejecutaría. Una cosa es el derecho de ejecutar los actos de gestión y otra es la cuestión de saber si es conveniente eje

1 Demolombe, t. 8º, p. 12, núm. 18, y p. 14, núm. 19.



cutarlos. En interés del menor, importa que los herederos no ejecuten sino los actos de una utilidad evidente. Ciertamente es que ellos son responsables, pero su responsabilidad no está garantida por una hipoteca legal.

