

la tutela, siempre que exista menor edad, concorra ó no, además, el otro motivo de incapacidad por demencia ó sordomudez que haga necesaria la tutela, ésta será de la clase establecida para los menores de edad, pero no de la instituída para aquellos incapacitados, y cuando dichos menores, que además sean dementes ó sordomudos, lleguen á la mayor edad, es cuando cesará el tutor que tengan por esta causa y sobrevendrá la necesidad de proveerles de otro correspondiente á la incapacidad, según las reglas de la tutela legítima y conforme á los artículos 213 á 220, aunque el que tuvieron antes fuera de clase de los testamentarios. Se exceptúa el caso en que haya sido nombrado por el padre ó por la madre ó por el extraño, en ambos conceptos de menor edad é incapacidad: en el primero, para mientras lo fuese la tutela, y en el segundo, para cuando cumplierse la mayor edad y subsistiera la incapacidad de locura, demencia ó sordomudez, que el padre conocía, extendiendo á este supuesto el nombramiento de tutor, si bien no había de entrar en el ejercicio de la segunda tutela sino cumplido el requisito previo de la declaración de incapacidad para administrar sus bienes, á que se refieren los artículos 213 y siguientes.

En todos los casos, incluso el anterior, previsto ya por quien nombra el tutor testamentario, que conoce el supuesto de la incapacidad por enfermedad del hijo ó menor, y provea á él con la designación de un tutor testamentario, que antes lo ha sido por defecto de edad mientras el tutelado no llegó á la mayor, es condición indispensable para la constitución de la tutela de los locos y sordomudos que preceda la *declaración especial* de que son incapaces para administrar sus bienes.

Con relación á este art. 213 es de notar: primero, que dice sólo *declaración*, pero se sobreentiende que ha de ser *judicial*; segundo, que lo de que *no se puede nombrar* tutor á estos incapaces sin que preceda aquella declaración, entendido literalmente, haría imposible el derecho, reconocido en el art. 206, á los padres de designarles tutor testamentario, si no hacían preceder el nombramiento de semejante declaración; cuando lo que debe significar es que no procede constituir esta tutela ni entrar en su ejercicio el tutor sino sobre la base de que preceda tal declaración; tercero, que como es terminante el supuesto de referirse sólo aquel artículo á los locos, dementes y sordomudos que sean *mayores de edad*, resulta que dicho estado de incapacidad por enfermedad en los menores no autoriza para ellos la tutela de esta clase. Pero obsérvese que no es propiamente la declaración de incapacidad por el estado de demencia, locura ó sordomudez, ó sea la determinación judicial de la existencia de esta enfermedad, lo que exige el art. 213, sino la especial de que, á consecuencia de ella, *sean ó resulten incapaces para administrar sus bienes*; y bien puede suceder que haya menores en situación legal de emancipados ó habilitados con el beneficio de la mayor edad, que sean locos, dementes ó sordomudos, y por este motivo debieran ser amparados con la tutela de esta especie, hipótesis que no consienten los términos de este art. 213, limitado á los mayores de edad, dando

con ello lugar á que en tal supuesto sea la tutela legítima de los menores, y no la de los locos y sordomudos, la que se aplique mientras no sobrevenga la mayor edad.

El Código no dice en este artículo, ni en ningún otro, cuál será la *situación civil* de *capacidad ó incapacidad* en que haya de considerarse al loco, demente ó sordomudo, desde que se instruye el expediente para obtener la declaración á que se refiere dicho artículo, hasta que ésta recaiga; á diferencia de lo que sucede respecto de los pródigos, para los cuales declara el art. 226, que sus actos anteriores á la demanda de interdicción no podrán ser atacados por causa de prodigalidad. En realidad, no es necesario, pues quedan sujetos, por lo que se refiere á los actos *inter vivos*, á la regla general del núm. 2.º del art. 1.263, según el cual no pueden prestar consentimiento los locos ó dementes y los sordomudos que no sepan escribir, y, además, su representación, durante este período, está conferida al *defensor* que se le nombre ó al Ministerio público (último párrafo del 215) (1).

Lo que si resulta de la segunda parte del art. 218, que en realidad debiera serlo del 213, es que la declaración de incapacidad que se refiere á los sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de dicha enfermedad; de donde se deduce que tal declaración—por supuesto, para los sordomudos que no saben leer ni escribir, únicos sometidos á tutela conforme al núm. 2.º del art. 200—no es *absoluta*, sino *graduada* en la decisión judicial, determinando la extensión y límites de la tutela, á diferencia de lo que sucede con la de incapacidad de los locos y dementes que, como no es objeto de esta distinción, ha de entenderse absoluta y total en cuanto á la administración de sus bienes, no admitiéndose por el Código la doctrina de la capacidad *actual* en los intervalos lúcidos, ni aun con la garantía de la opinión facultativa ó dictamen pericial que la asegure, como el mismo Código la admite para los testamentos (2).

Es *potestativo* solicitar esa declaración de incapacidad, para administrar bienes por efecto de la locura, demencia ó sordomudez de los mayores de edad, en el cónyuge de los mismos ó en sus parientes que tengan derecho á sucederle abintestato. La ley no impone á estas personas la *obligación* de promover esa declaración, sino que les reconoce el *derecho* de hacerlo á partir del fundamento racional del interés, bien de un orden afectivo y económico en el cónyuge, bien tan sólo por los motivos de la segunda clase en los parientes que tengan derecho á su

(1) En cuanto á los actos *mortis causa*, la regla de capacidad ó incapacidad la determina el núm. 2.º del art. 661, los arts. 663 á 666, y el 996, como especial para la aceptación de la herencia por los sordomudos que supieran ó no leer y escribir—explicados en los núms. 31, cap. 1.º, 23 á 32, cap. 5.º y 45, cap. 26 todos del tomo V de la 1.ª edición y VI de la 2.ª. De los casos de intervención del Ministerio fiscal en la tutela, según el Código civil, dan cuenta las Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1889 y 7 de Marzo de 1898.

(2) Art. 665 citado.

ceder al incapaz abintestato por esa misma expectativa sucesoria (1).

Los términos del art. 214 en este punto se prestan á dos inteligencias, á saber: reconocer ese derecho en todos los que ostentan tal condición de parentesco, que les dé aptitud para suceder abintestato al incapaz, aunque existan otros de preferente llamamiento que el que la solicite; ó sólo al que por su más próximo parentesco estuviera llamado á la sucesión abintestato del incapaz. Aunque el interés económico de la expectativa sucesoria se halla más determinado en el pariente á que se refiere la segunda hipótesis de las dos anteriores, nos inclinamos á la primera, pues parece suficiente la razón general del interés de todos los que, según la ley, pueden ser herederos abintestato del incapaz, y de otro modo sería preciso justificar previamente la condición de pariente más inmediato y llamado en primer término á dicha sucesión, cuando no ha llegado todavía el momento en que ésta se verifique. No hubiera estado de más que el Código reconociera el derecho á promover la *constitución* de la tutela legítima de estos incapaces por sí mismos, puesto que no es imposible que los sordomudos, especialmente, y aun los dementes con intervalos lúcidos (2), sientan la necesidad de que se les provea de esta clase de tutor.

La obligación de promover esta clase de incapacidad es del Ministerio público en los casos que enumera el art. 215, si se trata de dementes furiosos, atendidos, sin duda, los peligros para el incapaz y para los demás, de tal estado de demencia, cuando no se utilizara el derecho, para pedir aquella por ninguna de las personas á quienes se les concede en el artículo anterior, ya por no hacer uso de esa facultad, ya por ser menor y carecer de la personalidad necesaria para comparecer en juicio. Es indispensable que en el expediente en que aquella declaración recaiga se halle representado y defendido el presunto incapaz, ó por la representación y defensa de que él mismo se provea, ó, en su defecto, por el *defensor* que le nombren los Tribunales ó, en último término, por el Ministerio público, el cual tendrá el carácter de *defensor* del presunto incapaz en los demás casos, es decir, cuando no sea aquél el que la promueva, á fin de que, bien como actor, bien como defensor del incapaz, intervenga forzosamente dicho Ministerio fiscal.

Los arts. 216 á 219 se refieren á la *forma* é indicación de las diligencias necesarias para esta declaración de incapacidad que ha de preceder

(1) Parece algo extraño que no se reconozca igual derecho á los herederos que el incapaz pudiera tener instituidos en testamento, cuando en caso análogo el Código les autoriza para pedir la declaración de ausencia (art. 185), que es otra especie de incapacidad, y cuando la razón de expectativa sucesoria y su interés en que se provea la tutela legítima, previa la declaración de incapacidad para administrar sus bienes el loco, demente ó sordomudo, concurre en ellos de modo más cierto y determinado. La razón de doctrina no puede ser otra sino la naturaleza esencialmente *revocable* del testamento mientras vive el testador.

(2) Cuya hipótesis reconoce el Código para otras aplicaciones más graves, como la de hacer testamento, en el art. 665, explicado en los núms. 28 á 32, cap. 5.º, t. V, 1.ª edic. y VI de la 2.ª

á la constitución de la tutela de los locos, dementes y sordomudos que no sepan leer ni escribir, pero figura en el Código en un orden inverso al que debe tener.

El iniciador de ellos es el art. 218, al prescribir que la declaración de incapacidad deberá hacerse *sumariamente*. No pasa de esta indicación el Código, que dejó, sin duda, para la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil el establecer la innovación concordante con sus preceptos, determinando los trámites del enjuiciamiento que corresponden á casos de esta naturaleza; pero como esta reforma aun no se ha realizado, pudiera creerse (1) que la solución más prudente es la de aplicar, hasta donde sea posible, el supuesto procedimiento de los arts. 1.847 y 1.848, con sus concordantes generales, 1.819 y 1.820 de la ley de Enjuiciamiento civil, incorporando los trámites y recursos necesarios á que se refieren los arts. 216, 217 y 219 del Código. Esos artículos de la ley procesal son relativos á actos de *jurisdicción voluntaria*, naturaleza que no puede decirse tenga por completo el expediente de que se trata, atendido que existen partes que pueden contender y contradecir las alegaciones y solicitudes respectivas, afirmando las unas y negando las otras la incapacidad en cuestión, y que este juicio sumario, que ofrece un verdadero carácter *contencioso*, ha de terminar por una declaración ó decisión, estableciendo ó denegando dicha incapacidad; además de que los artículos 1.847 y 1.848 se limitan, el primero, á indicar el supuesto que da lugar al expediente, y el segundo, á hacerle necesario cuando sea resuelta la incapacidad previamente declarada en sentencia firme, y en otro caso determina que se «acreditará sumariamente en un antejuicio»; así como los 1.819 y 1.820 se concretan á consignar la posibilidad del recurso de apelación en ambos ó en un solo efecto para los que hubieran promovido ó vinieran después á todo expediente de jurisdicción voluntaria.

Dada la insuficiencia de esta concordancia procesal entre la ley de Enjuiciamiento civil y el art. 218 del Código, no se encuentra en aquella ningún molde de enjuiciar que pueda decirse expresivo de un procedimiento sumario especial ó aplicable por directa analogía para tramitar esta declaración de incapacidad previa, en la tutela de dementes, locos y sordomudos que no sepan leer ni escribir.

Falta la verdadera regla de enjuiciamiento que desenvuelva el principio contenido en la primera parte del art. 218; pero, dada la posibilidad de la contención ó alegación de prueba contraria en esta clase de expedientes ó juicios sumarios, el único molde procesal de contención abreviada y de carácter general es el que la ley de Enjuiciamiento civil establece para los *incidentes* (2), olvidando, por supuesto, la naturaleza que tienen de cuestiones relacionadas con otra principal y aceptando de ellos tan sólo el trámite, que es también el correspondiente á las apela-

(1) Así lo entiende Manresa, obra citada, tomo II, pág. 185.

(2) Art. 1.873, en relación con el 741 y sigs. Así lo entendió la Fiscalía del Tribunal Supremo en su Circular de 25 de Enero de 1894 y Memoria de 1895, pág. 71.

ciones en los mismos actos de jurisdicción voluntaria, según lo dispuesto por el art. 1.821, y cumpliendo, por supuesto, las únicas prescripciones de carácter procesal que contienen los arts. 216, 217 y 219 del Código. De no ser esta la solución, mientras el enjuiciamiento se reforma, no cabe otra que la de un procedimiento sumario, de una índole discrecional, en el que se observen las únicas prescripciones señaladas en esos artículos del Código y se proceda en lo demás por las reglas generales del enjuiciamiento.

Tratándose de incapacidad, cuyo principal medio de demostración puede consistir en la prueba pericial indicada, nada prescribe taxativamente el Código, ni se encuentra en la ley de Enjuiciamiento, especialmente consagrada á la determinación de ese medio justificativo en expedientes de esta naturaleza, lo cual no significa que no se empleen estos elementos de comprobación cuando se estimen necesarios, que será en la generalidad de los casos.

Dichos arts. 216 y 217 prescriben, como trámites previos de esta clase de juicios sumarios, los dos siguientes:

1.º La audiencia del consejo de familia, en cuyo informe no intervendrán los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad, aunque fueran miembros del mismo, si bien conservan el derecho de ser oídos individualmente por éste cuando lo soliciten, al efecto de que se tenga en cuenta la manifestación al informar como tal consejo á los Tribunales.

De la necesidad de este trámite se deduce la de *constituir* el consejo de familia *previamente* á la declaración de incapacidad. Se ofrece con esto la aparente anomalía de que á personas que todavía no están sometidas á tutela, porque no han sido aún declaradas incapaces para administrar sus bienes, se les constituya dicho consejo, pues es el más capital elemento del organismo tutelar, sentido en el cual ha de entenderse y aplicarse para este caso la disposición del art. 293, ó empezar por solicitar la constitución de aquél los que promovieran el expediente de incapacidad. Tiene esto el inconveniente de que cualquiera mayor de edad, á pretexto de locura, demencia ó sordomudez pueda ser objeto de tal medida, aunque después resulte denegada la incapacidad pretendida y, por consiguiente, la tutela.

La base racional, sin embargo, para que á instancia de parte pueda constituirse el consejo, ya que es un elemento de los que han de intervenir necesariamente en el expediente de incapacidad, según los artículos 216 y 217, será la de un testimonio que acredite haberse incoado dicho expediente.

2.º El reconocimiento judicial ó inspección del Juez ó Tribunal del condenado como incapaz. Aunque no resulte expresamente del Código, ni tampoco de las diferentes congruencias procesales, parece indudable que, cualquiera que sea el tipo de procedimiento que se adopte para que en él recaiga la declaración de incapacidad *sumariamente*, como lo previene el art. 218, los competentes para conocer de estos asuntos serán

los Jueces de primera instancia, y contra su decisión, podrá utilizarse el recurso de apelación para ante la Sala de lo civil de la Audiencia territorial correspondiente; ya porque el ser *sumario* el procedimiento no excluye este recurso ordinario de alzada, ya porque lo delicado del asunto haría peligroso que tuviera el carácter de decisión *firme* é inapelable la del Juez, ya, también, porque los arts. 216 y 217 no hablan del Juez ni del Juzgado, sino de los *Tribunales*; y como respecto de éstos previene la audiencia del consejo de familia y el examen *por sí mismos* del denunciado como incapaz, debe entenderse que, por lo menos, esta última diligencia debiera repetirse en la segunda instancia, puesto que, más que de un medio de prueba, se trata de un *trámite necesario* que, con carácter preceptivo y de práctica personal, dicho art. 216 impone á esos Tribunales antes de declarar la incapacidad.

Esta misma condición de procedimiento *sumario* quita á sus decisiones el valor de *cosa juzgada* por sentencia *definitiva*, produce el doble resultado de que sea susceptible del recurso de casación y de que contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad, declarándola ó negándola, puedan los interesados deducir demanda en juicio ordinario, según dice el art. 219 del Código, ó declarativo de mayor cuantía, conforme al núm. 3.º del art. 483 de la ley de Enjuiciamiento civil, siendo preciso para que el defensor de los incapacitados entable este procedimiento ordinario, especial autorización del consejo de familia, al efecto de precaverse contra cualquiera malicia ó ligereza, por el prurito de litigar.

En dicho procedimiento ordinario ó declarativo de mayor cuantía es en donde ha de ejercitarse el derecho del declarado incapaz, bien por sí mismo, para que se le provea de la oportuna representación en el litigio, si la que tuviere como incapaz no se prestara á ello, bien por su legal representación (1), para que se le restablezca en la integridad de su capacidad, si hubieran cesado los motivos que dieron lugar á la declaración de incapacidad que le sometió á tutela, ya que una de las maneras de concluirse ésta es el haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces (núm. 2.º, art. 278).

Aunque el art. 220 enumera el orden de personas á quienes corresponde la tutela de los locos y sordomudos, y no la califica de *legítima*, no es dudoso que á la de esta clase se refiere, puesto que aquel artículo forma parte del capítulo (2) que lleva por epígrafe «*La tutela legítima*». El primer llamamiento se halla establecido en favor del cónyuge no separado legalmente, y en los sucesivos se llama por este orden: al padre, *en su caso* á la madre, á los hijos, á los abuelos —en los cuales se comprenden también las *abuelas*— á los hermanos varones y á las hermanas que no estuviesen casadas, con preferencia del doble vínculo, lo mismo

(1) Esto debería tener hasta el carácter de acción pública, por el interés social que ofrece la capacidad y estado civil de las personas.

(2) Tit. 9.º, lib. I.

que en la tutela de los menores (núm. 4.º, art. 211), otorgándose prelación á los varones respecto de las hembras y al mayor sobre el menor, y á los abuelos si concurriesen con las abuelas, y en igualdad de sexo á los de la línea del padre.

Lo que no hace el Código es decir si estos distintos motivos de parentesco que determinan el llamamiento para desempeñar la tutela legítima de los locos, dementes y sordomudos, ha de ser sólo el legítimo, y como la ley no distingue, resulta arbitraria la exclusión del parentesco ilegítimo, atendidos los términos del texto legal, así como violenta y peligrosa la hipótesis de que, dada esa indeterminación, pueda ofrecerse el caso de que el padre adulterino, sacrilego ó incestuoso prive de la tutela á los hijos legítimos ó naturales del incapacitado ó que los hijos ilegítimos de éste, naturales ó no, impidan que la tengan los abuelos legítimos ó los hermanos de aquél. Á estos peligros puede dar lugar, no sólo la indeterminación del legítimo ó ilegítimo parentesco en el Código, sino el observar que en este art. 220 no se contiene el precepto del 211, declarando que no tiene lugar la tutela legítima de los menores respecto de los hijos ilegítimos; por donde, *a sensu contrario*, puede decirse que tiene lugar cuando se trata de los locos, dementes ó sordomudos. Ese es el resultado de la aplicación del contexto del Código, por más que sospechamos que la mente de su redacción fué referirse sólo al *parentesco legítimo*, lo cual no pasa de la categoría de una suposición que carece de fundamento que la autorice en los términos con que está redactado dicho art. 220.

Alguna mayor claridad sería necesaria para no engendrar ciertas dudas, á que da lugar el llamamiento que del padre, y en su caso de la madre, hace el núm. 2.º del art. 220; pero esto nos parece que debe entenderse en el sentido de que cuando el padre no exista ó no pueda ser tutor legítimo por cualquiera causa que legalmente se lo impida—ausencia, divorcio de que sea culpable y que en su caso le privaría de la patria potestad, pues no es lógico que quien no pueda ejercerla pueda desempeñar la tutela, privación ó suspensión de la misma por decreto judicial, etcétera,—la madre será á quien corresponda la tutela legítima, como si el orden fuera éste: primero, el cónyuge; segundo, el padre; tercero, la madre, etc. (1).

Para mantenerse dentro del criterio legal del Código, aunque otro pudiera ser el más racional, no debe olvidarse que el orden establecido para la tutela de los locos y sordomudos en el art. 220 se refiere exclusivamente á la *legítima*; que el sentido de *prelación* entre las distintas especies de tutela lo determina implícitamente el art. 204, que forma parte

(1) La diferencia de los llamamientos entre el Código y el art. 1.849 de la ley de Enjuiciamiento civil para la curaduría ejemplar, consiste en que ésta llamaba al padre antes que al cónyuge, y á los hijos antes que á la madre y á los hermanos en general, y no tan sólo, como el Código, á las hermanas solteras, por la falta de independencia que el estado de casada produce en la mujer. Creemos de buen acuerdo las modificaciones del Código.

de las disposiciones generales de la misma y, de modo explícito, aunque con ocasión de la tutela dativa, el 231, según el cual la *testamentaria* es antes que la *legítima*, y ésta antes que la *dativa*. Á su vez el 210, si bien con ocasión de la testamentaria, otorga preferencia al nombrado por el padre, debiendo entenderse también extensiva al nombramiento hecho por la madre, sobre cualquier tutor que esté en ejercicio, mandando que *se transfiera inmediatamente* á aquél la tutela, así como que se limite á administrar los bienes del que lo nombró hasta que no vaque la tutela en ejercicio cuando el tutor testamentario fuera nombrado por un extraño.

Cierto que aquí se emplean las frases «si hallándose en ejercicio un tutor apareciere el nombrado por el padre, ó si el tutor que nuevamente apareciere fuese nombrado por un extraño»; pero no es ésta razón bastante para suponer que tal verbo se refiere sólo al tutor nombrado después, sino al nombrado en cualquier tiempo ó sea, á la distinta influencia que el nombramiento de un tutor testamentario por el padre, por la madre ó por un extraño, debe tener sobre una tutela en ejercicio, al tiempo en que sobrevenga dicha nueva designación de tutor testamentario, cualquiera que sea la clase de testamentario, legítimo ó dativo del que se halla ejerciendo la tutela, pues el Código no distingue esta calidad. Y como de lo que se trata es de determinar por el art. 210 la prioridad en unos casos y la subordinación en otros á la tutela en ejercicio de una nueva tutela testamentaria, es evidente que esta disposición del 210 es expresiva del criterio del Código para todos los casos semejantes y pertenece á las que tienen el carácter de *generales*, figurando entre la tutela testamentaria, porque al tratar de ella es cuando era preciso determinar ó negar aquella preferencia. Otras soluciones podrían ser más racionales en el Derecho constituyente, pero resultan arbitrarias en el constituido (1).

c. *Tutela de los pródigos*.—Nada menos indicado para los *supuestos* y *finés* á que se refiere, que lo establecido en el Código respecto de la *tutela de los pródigos*. Lo es, en verdad, el que tratándose de una tutela que no afecta para nada á la persona del pródigo ni le quita la autoridad marital y paterna (art. 224), cuyo alcance está limitado á los actos de administración y otros que á los bienes se refieren, no siempre en la misma medida; y que, por consiguiente, no le priva por completo de

(1) Es precepto legal complementario de esta materia el núm. 4.º, art. 2.º de la Ley Hipotecaria, según el que las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposición de sus bienes, deberán inscribirse en el Registro de la propiedad. La palabra *ejecutorias* equivale en este punto á declaraciones judiciales, aunque no tengan el carácter procesal de sentencias *definitivas*, ni el de *firmes* y sean dictadas sumariamente, á tenor del art. 218, vayan ó no seguidas del juicio declarativo á que se refiere el 219, si bien procede hacer nueva inscripción ó cancelarlas, según que la sentencia que se dicte en aquél sea confirmatoria ó revocatoria del auto de incapacidad sumariamente declarada en un principio.

capacidad civil, ni menos hace imposible que ejerza por sí mismo la acción fiscalizadora conveniente á sus intereses y á la posibilidad legal de sus iniciativas sobre la gestión del tutor, se le haya de colocar bajo el influjo de un organismo tutelar tan complejo como cuando se trata de los menores ó de los otros incapacitados, resultando inútiles, y muchas veces contraproducentes para los fines de esta tutela, los dos elementos que se llaman *consejo de familia* y *protutor*, ya que sería bastante que tal defecto de capacidad se supliera con aquella curatela *ejemplar* del Derecho antiguo, puesto que en realidad no necesita otra cosa que un administrador y representante legal en la aplicación concreta á que la *prodigalidad* se refiere, y para garantía de los derechos eventuales, en cuyo favor está realmente establecida.

Aparte esto, adolece también esa tutela en el Código del defecto de ser más *judicial* que *legal*, y, por tanto, de *contenido* más circunstancial que permanente y propio.

Su extensión en cuanto á los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en los que por uno ó por otro, lo cual prueba la iniciativa legal que se reconoce en este incapacitado, á pesar de la tutela, habrá de ser consultado el consejo de familia, sin que nada se diga del protutor, que por lo visto queda en las condiciones generales de normalidad que para el ejercicio de este cargo se hallan establecidas en todas las tutelas, *varia* según la determinación que se haga de uno ó de otros extremos en la sentencia pronunciada en juicio contradictorio, por la que se declare la prodigalidad (art. 221).

Es visto que no todos los pródigos tendrán igual situación civil en cuanto á su defecto de capacidad, ni todos los tutores de pródigos podrán ejercer iguales facultades, ni existirá una pauta igual para todos los casos respecto de la necesidad de consultar al consejo de familia. ¿Á qué queda, por tanto, reducida la *normalidad* de la tutela, según su concepto general dentro del Código, para esta aplicación que de ella se hace á la denominada de los pródigos? ¿No podrá resultar peligroso este arbitrio judicial, del cual depende esa difícil graduación de capacidad de los declarados pródigos, en los distintos casos y en mayor ó menor número de atribuciones ó supuestos de intervención del tutor y del consejo de familia? ¿Obedecerá este criterio exagerado de la *circunstancialidad* de cada caso, á que fuera imposible determinar, como en las demás especies de tutela, los normales efectos de la situación civil á que su constitución dé lugar?

En ninguna tutela, como en la de los pródigos, cabría delimitar mejor las funciones del tutor y el defecto de capacidad del tutelado, toda vez que se halla instituída en defensa de la integridad del *patrimonio* de éstos y en garantía de los derechos eventuales respecto de ciertas personas, y, por consiguiente, sólo á los actos de conservación, administración y disposición de los bienes, y representación y defensa de los derechos en los mismos del pródigo se puede referir el defecto de su capacidad y la ór-

bita de acción de la tutela. No se hace así, sin embargo, por el Código, lo que da lugar á que cada caso de tutela de esta clase ofrezca un *contenido* diverso, según lo que determine la sentencia en que se declare la prodigalidad.

Esta declaración debe hacerse en juicio *contradictorio*, es decir, en un procedimiento *contencioso*, que no será otro que el del juicio declarativo de mayor cuantía, á que se refiere el núm. 3.º del art. 483 de la ley de Enjuiciamiento civil. Nada, tampoco, expresa el Código de donde se deduzca el concepto legal de la *prodigalidad*, ni menos los elementos que puedan servir á determinarla, para que proceda su declaración y con ella se origine el establecimiento de la tutela de esta clase. Lo único útil en este punto es la disposición del art. 222, según el cual sólo pueden pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge y los herederos *forzosos* del pródigo, y por excepción el Ministerio fiscal, por sí ó á instancia de algún pariente de aquél, cuando sean menores ó estén incapacitados. Esto último sirve para deducir que la *prodigalidad* no es más que un concepto *relativo* ó *circunstancial* que depende no sólo de la falta de aptitud racional y sensatez, *económicamente* consideradas, para regir su patrimonio del que ha de ser declarado pródigo por los desaciertos é irreflexivas dilapidaciones que en sus bienes cometa, sino de que tenga ó no cónyuge ó herederos *forzosos* (1), pues faltando estas personas, la ley se abstiene de someter á esta especie de tutela al mayor (2) que derroche, malbarate ó dilapide sus bienes. Así es que cesarán los efectos de la sentencia que la declare, y se le pondrá término cuando dejen de existir aquellas personas, cónyuges ó herederos *forzosos*, supuesto comprendido en el núm. 2.º del art. 278, por haber cesado la causa que motiva la tutela, al tratarse de incapaces sujetos á interdicción ó pródigos.

Á la apreciación judicial, según el resultado que las pruebas ofrezcan, está también remitida la determinación de los actos ó elementos de juicio en que puede fundarse la declaración de prodigalidad, sin que en este punto anticipe el Código regla alguna. Bueno es tener presente que no es la cuenta de los gastos racionales ó necesarios llevados á cabo por el supuesto pródigo, en el adverso resultado económico que la gestión relativa á su patrimonio le produzca, lo que puede servir de fundamento á la declaración de prodigalidad, sino más bien la realización de actos que no tengan justificación económica, si son de enajenación, por el equivalente exiguo que se obtenga, á cambio de los bienes enajenados,

(1) Que son los calificados de tales en el art. 807, explicado en los núms. 37 á 57, cap. 15, t. V, 1.ª edic. y VI de la 2.ª

(2) Los menores están sujetos á la patria potestad ó á la tutela por razón de *edad* cuando no son emancipados, sin embargo de que esta situación de la emancipación ó de la menor edad, y aun de la patria potestad, como en algún supuesto á que pretenden dar lugar los artículos 160 y hasta el 162, en los que se concede al menor la administración de los bienes, puede éste incurrir en la hipótesis de la prodigalidad, con las circunstancias del art. 222.