

natural consideración en favor de personas que ejercen cargos públicos, generalmente de importancia, los cuales imponen prolijos cuidados, y les colocan en condiciones poco expeditas para el cumplimiento de los deberes de la tutela, así como situaciones en las que es racional suponer que otros motivos, la mucha prole, la pobreza, la falta de instrucción, de salud, la edad avanzada, el tener á su cargo otras tutelas, la milicia en el servicio activo, el importante ministerio espiritual de la cura de almas, etcétera, son todas las causas tenidas en cuenta por la ley para erigirlas en fundamento de *excusa* respecto de la tutela y de la protutela.

Resulta adicionada la enumeración de causas que excusan de la tutela, según el art. 244, con lo dispuesto en el 245, al determinar que «los que no fueran parientes del menor ó incapacitado no estarán obligados á aceptar la tutela, si en el territorio del Tribunal que la defiera existieren parientes dentro del *sexto grado* (1) que puedan desempeñar aquel cargo, cuya circunstancialidad pueden invocar como excusa» (2). Sin embargo, si el pariente dentro del sexto grado invocara una excusa legal, no podría utilizarse por el extraño ésta del art. 245 de la existencia de aquellos parientes que *pueden* desempeñar el cargo, pero que *quieren*, con fundamento, excusarse de él.

Dado el criterio taxativo del Código, en cuanto á causas de *excusas*, lo mismo que á las de *incapacidad* ó *remoción* para el ejercicio de la tutela y protutela, se da por reproducido, respectó de los primeros, el criterio expuesto en cuanto á las segundas, de que no cabe ampliar, por racionales que sean los motivos para ello, las en que tal *excusa* pueda fundarse, debiendo atenerse estrictamente á lo dispuesto por dicho Código acerca de este particular.

El art. 246, al disponer que los que se excusen de la tutela y protutela pueden, á petición del tutor ó del protutor, ser compelidos á admitir la tutela luego que hubiera cesado la causa de la exención, es una consecuencia lógica de la misma doctrina de las excusas, las cuales no subsisten cuando cesan los hechos que las motivan; pero tiene los inconvenientes anejos á toda *rescisión* de un estado de Derecho, y facultando al tutor existente para compeler al otro á admitir la tutela, lleva la per-

tres primeras en activo, la cuarta, la más pasiva de ellas, de recluta en depósito ó disponible, lo cual permite alegar aquella excusa, á pesar de ser difícil la hipótesis de que sean llamados al servicio activo fuera de circunstancias muy extraordinarias; y, en fin, que el núm. 12 del mismo art. 244, al no consignar como excusa más que la circunstancia de ser tutor ó protutor de otra persona (dado que en el 298 se dice que las causas que excusan á los tutores y protutores son aplicables á los vocales del consejo de familia), debe entenderse extensivo al cargo de vocal de un consejo de familia perteneciente á diferente tutela ó protutela, no obstante haber una diferencia visible de función y de responsabilidad entre estos cargos de carácter colectivo y el personal de tutor ó protutor.

(1) Que es el límite de la sucesión abintestato en la línea colateral, art. 955 del Código civil, explicado en el núm. 27, cap. 24, t. V, 1.<sup>a</sup> edic. y VI de la 2.<sup>a</sup>

(2) Otras observaciones que el extraño texto de este artículo inspira, quedan consignadas en el núm. 59 de este capítulo.

turbación á los intereses del tutelado y da lugar, si el que se excusó antes se resiste, á la complicación de cuestiones judiciales. La significación más importante de este artículo consiste en la doctrina de que la alegación y estimación de una excusa no constituye una resolución de carácter *definitivo*, sino que se reforma mediante la desaparición de la causa que dió lugar á dicha excusa.

Como un efecto singular, atribuido sólo á la tutela testamentaria, dispone el art. 251 que el tutor de esta clase que se excuse de la tutela perderá lo que voluntariamente le hubiese dejado el que le nombró.

La razón de este artículo no es otra sino la de suponer que la manda y el nombramiento de tutor testamentario son cosas relacionadas en la voluntad del testador, de tal manera, que aquélla venga á ser una especie de recompensa por el desempeño del cargo conferido, como si ésta fuera equivalente á una condición tácita. Por eso, contra esta presunción, subsistirá la voluntad del testador en cuanto á lo que deje al tutor nombrado, si añadiera que, á pesar de no desempeñar el cargo, haga suyo lo que en el testamento le dejó. Es indispensable que el tutor se excuse, es decir, que voluntariamente utilice causa legal que le exima de la tutela, para que tenga lugar la aplicación del art. 251; cualquiera otra causa que produzca la cesación en el desempeño del cargo, y que no sea producto de excusa voluntariamente alegada por el tutor, estará fuera del alcance de dicho artículo.

Los arts. 247 á 250, ambos inclusive, son reglas de cierto carácter *procesal* para desarrollar esta doctrina de las *excusas* sin llegar á constituir un verdadero *procedimiento*, que tampoco existe en la ley de Enjuiciamiento civil, mientras ésta no se reforme acomodándola á las necesidades de aplicación del Código. Al *término* para alegar la excusa dicen relación los dos primeros, distinguiendo, si las causas de exención que produce aquélla son posteriores ó anteriores á la aceptación de la tutela. Para la primera de estas dos hipótesis, la regla general es que la excusa no es admisible sino cuando se alegue ante el consejo de familia, en la reunión destinada á constituir la tutela, si el tutor estuviera presente en ella, y si no lo estuviese y hubiese tenido anterior noticia de su nombramiento, antes de los *diez días* siguientes al en que le hubiese sido notificado. Para la segunda, el mismo término de los *diez días*, dentro del cual ha de alegarse la excusa por el tutor que había aceptado ya la tutela, debe empezar á contarse desde aquel en que hubiera tenido conocimiento de las causas que la produjeran posteriormente, no pudiendo hacerlo más tarde y continuando obligado al desempeño del cargo. Aunque el Código no lo diga, igual criterio de tiempo habrá de observarse cuando exista pluralidad de causas que alegar, no realizándolo sucesiva, sino conjuntamente, dentro de dichos plazos fatales é improrrogables, puesto que el Código no autoriza su prórroga.

Al consejo de familia compete conocer de las excusas alegadas por los tutores y protutores; sus acuerdos podrán ser impugnados ante los Tribunales en el término de *quince días*. Este primer párrafo del art. 249

ha de entenderse completado con el precepto general del 310, según el que, de las decisiones del consejo de familia pueden *alzarse* ante el Juez de primera instancia los vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como también el tutor, el protutor ó cualquier pariente del menor ú otro interesado en la decisión (1).

Impugnándose el acuerdo del consejo de familia, será aquél sostenido por éste á expensas del menor; pero, si fuera confirmado, deberá condenarse en costas al que hubiera promovido la contienda.

En primer lugar, debe entenderse que este artículo se refiere también al incapacitado, siquiera su redacción sea deficiente y mencione sólo al menor; y en segundo, es de notar cuanto se ha dicho (2) acerca de los peligros que puede tener para los intereses del tutelado someterse á las consecuencias de estos gastos judiciales de la defensa, que á su costa han de hacerse.

Es de observar que la segunda parte del art. 249 no reproduce el precepto del 241, de que pueden ser condenados personalmente en las costas los vocales del consejo que tomaran el acuerdo revocado y, á lo sumo, habrá que acudir al principio general del art. 312, según el cual aquéllos son responsables de los daños que por su malicia ó negligencia culpable sufriera el sujeto á tutela, exceptuándose los que hubieran disentido del acuerdo que causa el perjuicio: regla, que será de muy difícil aplicación á estas facultades del 249, porque exige, como causa determinante de aquella responsabilidad, la difícil concurrencia de la prueba de su malicia ó negligencia culpable. Pueden cometer error en la apreciación de la excusa, en la estimación del término en que se alegue ó en cualquiera otra circunstancia que á la misma se refiera y, sin embargo, es muy difícil que esto pueda ser atribuido á malicia ó negligencia culpable, únicas hipótesis de esa responsabilidad para los miembros del consejo de familia.

En cuanto al procedimiento, ni el Código ni la ley de Enjuiciamiento civil, pendiente de reforma que la concuerde con el mismo, establecen nada, y mientras este vacío no se llene, lo más prudente será estar á lo dispuesto en el art. 1.840 de aquella ley procesal, que remite á la tramitación de los *incidentes* cuestiones de naturaleza análoga.

Llama el art. 250 del Código *juicio de excusa* á la cuestión que se promueva con la alegación de la misma por parte del tutor ó protutor, pero en su sustanciación ante el consejo de familia no hay regla de enjuiciamiento alguna á que aquél deba acomodarse para conocer y decidir de la excusa. Dicho artículo provee á la situación de la tutela mientras se sustancia ese juicio por el consejo, y en todo el tiempo que dure la impugnación que del acuerdo del mismo se haga ante los Tribunales. El criterio del Código consiste en que, no obstante la alegación de la

(1) Por ejemplo, el que hubiera de ser tutor legítimo, á quien habrá de pasar la tutela si se admitiera la excusa del testamentario.

(2) Al explicar el art. 241, en la letra B, núm. 64 de este capítulo.

excusa, el que la proponga estará obligado á ejercer su cargo, y si no lo hace, el consejo de familia nombrará persona que le sustituya, quedando el sustituido responsable de la gestión del sustituto, si aquella fuera desestimada. Claro es que, si fuera estimada, el consejo será el responsable de la gestión del sustituto, y no el tutor ni el protutor, y que tan pronto como el que se excusa deje de serlo por haberse estimado su alegación, se estará en el caso de proceder á la provisión de la tutela ó protutela vacantes en los términos que sea procedente. El sustituto tendrá, mientras ejerza su cargo, todas las facultades y obligaciones que corresponden al tutor ó protutor á quien sustituye, pudiendo el consejo que le nombre determinar las garantías con que ha de desempeñar esta sustitución.

#### B. ELEMENTOS REALES.

*Del afianzamiento de la tutela.*—Bajo este epígrafe trata el Código, en el cap. 8.º, tít. 9.º, lib. I, arts. 252 á 260, de lo que pudiera llamarse las garantías exigidas al tutor en el ejercicio de la tutela, por lo que dice relación á la administración de bienes del tutelado, que se le confía.

Sabido es que no se distingue el Código por la precisión técnica, ni siquiera por la unidad de lenguaje que emplea respecto de cada una de las materias que reglamenta, y en este punto es de notar que, después de aquel epígrafe, usa en el resto del articulado constantemente la palabra *fianza*, y aun su impropia distinción en *hipotecaria* y *pignoraticia*, cuando sólo la *personal* es la que tiene rígorosamente este concepto, aun dentro del mismo Código, en el tít. 14 del lib. IV, al regular el contrato de fianza, donde se exige siempre la intervención de tercera persona ó sea del *fiador*, mientras que en la garantía hipotecaria y pignoraticia no es la persona, sino los bienes, los que la prestan. Sin embargo de esta impropiedad de dicción, la idea es clara y no puede ofrecer fundamento racional de duda respecto de la naturaleza y fines de esta doctrina.

Más ocasionada á cuestión sería la letra del art. 252, en aquel pasaje que dice: «el tutor, antes que se le *defiera del cargo*, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión»; pues lo de *deferir*, que equivale á *conferir*, *otorgar*, *nombrar*, etc., tal como está completada la frase, parece equivalente á la *posesión* del tutor en la tutela, cargo en el cual ha de ponerle el consejo de familia (art. 271), así como una de sus obligaciones es la de hacer inventario de los bienes á que se extiende la tutela, dentro del término que al efecto le señale aquél (núm. 3.º, art. 264), determinándose entonces la extensión de la fianza por los bienes muebles que entren en su poder, rentas, productos ó utilidades durante un año (art. 254); todo lo cual parece indicar que sólo es practicable cuando el tutor se halla en posesión del cargo, no obstante que el art. 252, exige el afianzamiento de la tutela *antes* de que se *defiera* aquél. Á pesar de esa mala redacción, es indudable el sentido del Código, bastando distinguir el *nombramiento* de la *posesión* y considerando equivalente á ésta lo que con la frase de que «*antes* de que se le *defiera* el cargo», dice el

art. 252, es decir, *antes* que éntre en el *desempeño* normal del mismo, y, por consiguiente, *antes* de que se le ponga en posesión, bastando al efecto que esté designado, para que cumpla las obligaciones del inventario y afianzamiento de la tutela, puesto que mientras esto no tenga lugar, el protutor ejercerá los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos (art. 256).

Inmediatamente después, y no al final de este capítulo, debería figurar el art. 260, por virtud del cual se declaran exentas de la obligación de afianzar la tutela las personas siguientes:

1.º El padre, la madre y los abuelos, en el caso en que son llamados á la tutela de sus descendientes. Y ¿por qué no los cónyuges, los hijos y los hermanos, que también son llamados á esta tutela legítima y, aun con preferencia á aquéllos, en la de los locos, sordomudos y sujetos á interdicción? Si el fundamento de esa relevación está en la confianza que inspiran los vínculos de cariño entre el tutor y el tutelado, no cabe negar que igual causa de afecto subsiste, tratándose de los cónyuges, que de los hijos y de los hermanos.

2.º El tutor testamentario relevado por el padre ó por la madre, *en su caso*; inciso innecesario, que se refiere tan sólo al supuesto de nombramiento de la madre. Nótese la diferencia de criterio con que el Código ha procedido en este punto, otorgando á los padres que designen tutor testamentario la facultad de relevar de fianza al nombrado, siendo así que en algunos casos de patria potestad, como la que tienen los padres naturales y adoptantes sobre los hijos de esta clase, no les otorga el Código la administración de los bienes de los mismos, sino mediante fianza que asegure sus resultas á satisfacción del Juez ó de las personas que deban concurrir á la adopción, conforme al art. 166 (1), lo cual produce la extrañeza de que quien no puede relevarse de fianza para administrar por sí mismo los bienes de un hijo menor, puede nombrar un tutor para igual fin con dicha relevación.

Entiéndase que esta exención de la obligación de afianzar en los dos casos antes indicados cesa cuando con posterioridad á su nombramiento sobrevengan causas ignoradas por el testador que hagan necesaria la fianza á juicio del consejo de familia: cesación procedente, puesto que el que le nombró y relevó de fianza no pudo tener en cuenta aquellos hechos.

3.º El tutor nombrado, con relevación de fianza, por extraño que hubiese instituído heredero al menor ó incapaz, ó dejádole manda de importancia. Pero en este caso la exención de fianza quedará limitada á la garantía de los bienes en que consista la herencia ó legado del extraño que nombró el tutor, de ninguna manera á los otros bienes que pudiera tener en su patrimonio el tutelado.

Resulta: 1.º, que esta doctrina de la exención en la obligación de

(1) Explicado en el núm. 32, cap. 28 de este tomo.

afianzar la tutela, es aplicable tan sólo á la *legítima* ejercida por ciertas personas, como el padre, la madre y los abuelos, cuando son llamados á la de sus descendientes, pero no cuando los designados por la ley son el cónyuge, los hijos ó los hermanos; 2.º, que es igualmente aplicable á la tutela testamentaria, ya venga del padre, ya de la madre, ya de un extraño, aunque en este último caso con la restricción indicada de aplicarse la exención de fianza sólo á la administración de los bienes que hubiera dejado al tutelado; 3.º, que no es aplicable á la tutela dativa; todos los tutores de esta clase deberán prestar fianza.

Dos clases de garantía establece el art. 253 para cumplir los fines de este afianzamiento: una de carácter necesario en toda clase de tutelas, como requisito previo é indispensable al ejercicio de las mismas, según previene el art. 252, antes explicado, y otra de carácter circunstancial y complementario, cual es la adopción por el consejo de familia de cualquiera determinación útil para la conservación de los bienes del mismo menor ó incapacitado. Respecto de la primera ó fianza, informado por más amplio espíritu el art. 253 admite para garantía las variedades de lo que impropriamente llama *fianza* en sus especies de *hipotecaria*, *pignoratícia* y *personal*, si bien esta última sólo en defecto de las anteriores. Entendemos que en la imposibilidad de constituir fianza hipotecaria ó pignoratícia, de que habla la segunda parte de este art. 253, autorizando para que sólo entonces se pueda admitir la personal, permite que, cuando aquélla no sea bastante á cubrir el tipo de cantidad que debe asegurar, se complete con fianza personal, porque si ésta puede sustituir á la otra, al no ser posible constituirla, podrá también sustituir la en el mismo supuesto de parcial insuficiencia, ya que no de absoluta falta de la misma.

La ley de Matrimonio civil, como posterior que fué á la Hipotecaria, anterior á la edición oficial de la reformada y vigente, dejó sin efecto los arts. 207 al 209 y 211 al 213 de ésta, que regulaban la hipoteca especial de las madres que pasaran á segundas nupcias, según lo puso en claro el art. 145 del Reglamento para la ejecución de dicha ley; pero la publicación del Código extendió su influencia modificadora, y pudiéramos decir, hasta cierto punto derogatoria, á los arts. 210 y 214 á 216 y sus concordantes del Reglamento (1), excepto los que de éste pueden subsistir, á pesar de la reforma de dicho Código, como son los relativos á las circunstancias necesarias del acta de constitución de hipoteca (artículo 151), aunque modificado en los extremos relativos á la intervención del Juez ó Tribunal, hoy sustituido por el consejo de familia (art. 255.) El estado actual de esos textos legales después de la última reforma de la ley Hipotecaria, en la vigente de 16 de Diciembre de 1909, es éste: suprimidos los arts. 207 á 209, como lo estaban ya en la anterior; igualmente quedan suprimidos en dicha reforma los 211 y 213 á 216; el 210 modificado, pasando á ser el 207, con alguna variación de redacción y la de excluir la fianza *personal* y mencionar expresamente la *pignora-*

(1) 145 á 153.

*ticia*, además de la hipotecaria; el 212, sustituido por el 210, con las variantes en el texto antiguo que exige el régimen tutelar.

Con todo este organismo legal guardaban la necesaria relación los arts. 1.865 á 1.871 de la ley de Enjuiciamiento civil, considerando como parte necesaria del expediente de discernimiento de los cargos de tutor y curador los extremos relativos á la prestación y aprobación de la fianza en los casos en que no se había hecho relevación eficaz de ella; mas hoy ha sido sustituido por los artículos 252 á 260 del Código, relacionados con la doctrina general de la legislación hipotecaria, en su Reglamento é Instrucción para la redacción de instrumentos públicos sujetos á Registro, de 9 de Noviembre de 1874, respecto de la hipoteca ó fianza llamada *hipotecaria* en dicho Código, y con las reglas de éste en cuanto á hipoteca, prenda y fianza (1), según la clase de garantía que se preste para el desempeño de la tutela.

Preceptos especiales en este punto del afianzamiento del cargo de tutor, y cualquiera que sea la forma de la garantía de las tres clases que hace posible el art. 253, son los siguientes:

a. El relativo á la *extensión* de la misma que se determina por el artículo 254, según el cual la fianza deberá asegurar el importe de los bienes muebles que entren en poder del tutor, las rentas ó productos que durante un año rindan los bienes del menor ó incapacitado y las utilidades que, también durante un año, puedan éstos percibir de cualquiera empresa mercantil ó industrial.

Es de notar con relación á este artículo: 1.º Que la garantía ó fianza del tutor nunca alcanza, por no ser necesaria, á los bienes inmuebles que estarán inscritos en el Registro de la propiedad á nombre del tutelado. 2.º Que no se extiende á todos los muebles, sino á aquellos que se hubieren entregado al tutor, toda vez que, según el art. 266, las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles ó industriales que, á juicio del consejo de familia, no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en el establecimiento destinado á este fin, lo cual revela que dicho consejo será el que ha de determinar qué bienes de los que forman el patrimonio del sometido á tutela son los que han de entregarse al tutor y cuáles no, siempre con la determinación de su valor, y si no estuvieren tasados, con su apreciación por los peritos que designe. 3.º Que, por un descuido de redacción en el núm. 2.º de este art. 254, se refiere á las rentas ó productos de los bienes del menor ó incapacitado, y en el 3.º, hablando de las utilidades anuales de cualquiera empresa mercantil ó industrial, que hubiera de percibir el tutelado, se menciona sólo al menor y se omite al incapacitado, aunque es también aplicable á éste dicho precepto, con el que ha venido á adicionarse lo antes establecido en el art. 1.865 de la ley de Enjuiciamiento civil.

b. El relativo al Poder, á quien corresponde conocer de todo cuanto á la fianza se refiere, tanto para la determinación de su *cuantía*, como

(1) Tít. 14 y 15, lib. IV.

para su *calificación* concediéndose al tutor el derecho de recurrir á los Tribunales contra el acuerdo del consejo de familia (1), aunque prohibiéndosele éntre en posesión de su cargo sin haber prestado la fianza que le exija dicho Consejo, ó la que por decisión judicial se establezca, modificando el acuerdo del mismo.

Complemento de este artículo, y por lo que se refiere á esa situación de no haber prestado todavía el tutor la fianza, es el 256, que encomienda al protutor los actos de administración que el consejo crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos, siendo ésta una de las atribuciones de la protutela á que alude el núm. 5.º del art. 236 (2).

c. Los relativos á la *inscripción* de la fianza hipotecaria en el Registro de la propiedad y al *depósito* de la pignoraticia en los establecimientos públicos destinados al efecto, y personas que deben pedir la una ó el otro, que son por *este orden*, puesto que el Código las designa sucesivamente, el tutor, el protutor y cualquiera de los vocales del consejo, constituyen la materia de los arts. 257 y 258, los cuales no ofrecen, como su texto demuestra, ninguna novedad, ni exigen explicación. El único precepto sustantivo es el final del segundo párrafo del 258 que, para asegurar el cumplimiento de aquella obligación de pedir la inscripción de la fianza hipotecaria ó el depósito de los efectos ó valores en que consista la pignoraticia, establece, respecto de los que omitiesen esta diligencia, que sean responsables de los daños y perjuicios; debiendo entenderse que, cumplida esa obligación por cualquiera de las personas que enumera el expresado artículo, quedarán relevadas de dicha responsabilidad, no sólo aquella, sino también las demás que el artículo menciona, siempre que llegue á verificarse la inscripción ó el depósito.

d. Los relativos á la posible necesidad de *augmentar* ó *disminuir* la fianza ó garantía de la tutela durante su ejercicio, según las vicisitudes que experimente el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que aquélla esté constituida. Nada más natural que este principio de *proporcionalidad* entre la garantía y lo garantizado, consignado en el párrafo 1.º del art. 259, que tiene sus precedentes en las leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento civil (3), atendida la posible alteración que el uno ó el otro elemento pueden sufrir á través del tiempo merced á muy variadas causas, haciendo insuficiente ó excesiva la fianza prestada antes por el tutor.

(1) Este precepto debe considerarse como una aplicación de la regla general establecida en el art. 310, que autoriza para alzarse ante el Juez de primera instancia de las decisiones del consejo de familia á cualquier interesado, como en este caso lo es el tutor, siendo necesario ese extremo del art. 255 y algo expuesto á error por los diferentes términos en que está concebido, al decir que el tutor puede recurrir á los Tribunales; aparte lo peligroso que es discutir ante éstos cuanto se refiere á la calificación de la suficiencia de una garantía para la tutela, sobre todo si ésta consiste en valores públicos, mercantiles ó industriales y, más que todo, en el caso de la fianza personal.

(2) Explicado en el núm. 60 de este capítulo.

(3) Arts. 215 y 1.869, respectivamente.

No dice el Código quién deberá apreciar la necesidad de esta variación en la fianza, ni conforme á qué reglas habrá de verificarse, aunque es claro que este punto queda sometido al criterio establecido en el 255, que declara de la competencia del Consejo de familia todo lo que se refiera á la cuantía y calificación de la fianza para la tutela, no sin conceder al tutor recurso ante los Tribunales contra los acuerdos de aquél.

Más sensible es la omisión de toda regla en la hipótesis de disminución de valores de una fianza durante el ejercicio de la tutela, imposibilidad en el tutor de reponerla ó completarla en cuanto á los efectos que deba producir para la continuación ó cesación del tutor en el ejercicio de su cargo. El criterio legal parece no debe ser otro que el que se deduce del art. 252, pues una fianza que se ha hecho insuficiente equivale á una falta de ella, y, sin embargo, no existe ningún otro artículo que declare la cesación del tutor por esta causa.

e. Los relativos á la prohibición de cancelar totalmente la fianza hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión, conforme á lo prevenido en el segundo párrafo de este art. 259. En efecto: la fianza no cumpliría sus fines de garantizar el desempeño del cargo de tutor, con relación á la integridad de bienes y derechos del tutelado, si fuera posible que perdiera su eficacia mediante la cancelación mientras que aquellas responsabilidades de la gestión tutelar no estén completamente solventadas ó no existan para el tutor. No es lo mismo cancelar una fianza del tutor que sustituirla por otra. Lo primero está prohibido; lo segundo, aunque no resulta expresamente consentido, debe entenderse legalmente posible, siempre que el acuerdo del consejo sea favorable á la sustitución, atendida la decisión que recaiga sobre la calificación y cuantía de la nueva fianza, la cual, desde el momento que se declara admisible y se da por constituida, no puede menos de autorizar para cancelar totalmente la anterior, aunque no haya llegado el supuesto del segundo párrafo del art. 259, de haberse aprobado las cuentas de la tutela ni extinguido para el tutor todas las responsabilidades de su gestión. Lo más difícil en la práctica podría ser el punto relativo á determinar cuándo el tutor ha extinguido *toda* la responsabilidad de su gestión para que la cancelación *total* de la fianza sea posible; pero los mismos términos de este segundo párrafo del art. 259 lo dicen, en tanto que la hacen depender exclusivamente de que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela, debiendo otorgarse esta aprobación por quien corresponda, según los casos y al tenor del cap. 10.º de este mismo tít. 9.º, lib. I del Código.

Parece inútil añadir que la calificación de la fianza se acomodará á las reglas correspondientes, según que sea hipotecaria, pignoratícia ó personal.

C. ELEMENTOS FORMALES.—No comienza el ejercicio de la tutela sino mediante la *posesión* en que ha de poner á los tutores y protutores el consejo de familia (art. 261); que, así como éste ha venido á reempla-

zar á la intervención judicial, aquélla ha sustituido á la formalidad del antiguo *discernimiento* del cargo de tutor y curador. Claro es que la posesión del cargo supone la conformidad del tutor en aceptarlo; pero si no se prestara á ello, sin alegar causa de incapacidad ni de excusa, á pesar de su carácter obligatorio (art. 202), tampoco el consejo tiene reconocido en el Código medios coercitivos ni sanciones especialmente establecidas para constreñirle á dicha posesión, fuera de la general de responsabilidad de daños y perjuicios, que no se halla expresamente formulada para este caso, sino que resulta virtualmente de los principios generales y, por analogía de criterio, de algunos otros pasajes más explícitos del mencionado Código (1), como fórmula reparadora de los agravios, quebrantos ó menoscabos que, por acción ú omisión de cualquiera de los elementos que forman el organismo tutelar, sufra el tutelado.

63. CONTENIDO DE LA TUTELA.—Dada la falta de sistematización que el texto del Código ofrece en este punto, percíbese lo mejor posible el *contenido* de la tutela, distinguiendo los preceptos de aquél en *tres grupos*, relativos á los *derechos, obligaciones y prohibiciones* de los tutores.

A. DERECHOS DEL TUTOR.—Se refieren éstos á la *persona* y al *patrimonio* del menor ó incapacitado, dando lugar á los que pudieran llamarse aquí, como en otras instituciones familiares ya estudiadas, *relaciones personales y patrimoniales*.

a. *Respecto de la PERSONA del tutelado*.—Á las *relaciones personales* se refieren los *derechos* del tutor á exigir de los menores ó incapacitados sujetos á tutela, dice el art. 263, concordado con los núms. 1.º, 2.º y 3.º del 269: 1.º, respeto; 2.º, obediencia; 3.º, á corregirlos moderadamente; y 4.º, á educarlos.

Prescindiendo de que para el incapacitado mental es un precepto estéril éste que le previene respeto y obediencia al tutor, cuando su locura ó demencia le hace irresponsable de sus actos, el art. 263 no es más que una aplicación similar de las relaciones paterno-filiales, que se conforma con el sentido de poder de dirección y protección característicos de la tutela. Lo que no se establece para ésta es la unidad de domicilio en el tutor y tutelado, ni, por consiguiente, la obligación del último de seguir á aquél en todos los cambios de residencia, punto que habrá de ser resuelto en cada caso por el consejo de familia cuando no esté prejuzgado por las disposiciones de los padres que nombraron al primero, las cuales deben considerarse de preferente aplicación, según se deduce del núm. 1.º del art. 264, que, al declarar obligado al tutor á alimentar y educar al menor ó incapacitado con arreglo á su condición, añade: «y con estricta sujeción á las disposiciones de sus padres», una de las cuales puede ser relativa al domicilio que haya de tener el tutelado ó á las que, en defecto de aquéllas, hubiera adoptado el consejo.

Las *concordancias* de dicho art. 263 completan la enumeración defi-

(1) Arts. 203, 232, 236, 258, 273, 280, etc.