

Adviértase que todas estas situaciones de incapacidad no pueden considerarse *a priori* como estados permanentes é irrevocables, producto de las declaraciones judiciales que los establecen; no tienen el carácter de *cosa juzgada*, ni, por consiguiente, engendran la *presunción* de esta naturaleza, á que se refiere el art. 1.252 (1).

Por lo que se refiere á la *crítica* de este artículo, es de observar:

a. En orden á la *conclusión* de la tutela por *menor edad*: 1.º Que en igual número del art. 278 no se mencionan diversos supuestos legales, que son, según el Código, causas de conclusión de la tutela, tales como el de la madre que pasa á segundas nupcias y enviuda del segundo marido, la cual *recobra* entonces la patria potestad, saliendo el hijo de la tutela en que se hallare constituido (art. 172); la suspensión de los efectos del divorcio por la reconciliación que, tratándose del que se funda en la culpabilidad de ambos cónyuges, por cuyo hecho los hijos entraron en tutela, hacen cesar ésta y vuelven los hijos á entrar en la patria potestad (pár. 2.º, núm. 2.º, arts. 73 y 74; núm. 2.º del 169); la vuelta del padre ó madre ausente, cuando hubiera muerto el otro cónyuge y recaído en tutela el hijo, cesando entonces ésta y recobrando el ausente que regresa la patria potestad; y otros casos, en los que los padres puedan ser privados por los Tribunales de la patria potestad ó suspendidos en su ejercicio, cuando lo sean los dos ó uno de ellos haya muerto, y, por consiguiente, los hijos entren en tutela, pues cesando aquella privación ó esta suspensión por nuevos acuerdos de los Tribunales (núm. 1.º, arts. 169 y 171), cesará, asimismo, dicha tutela y volverá la patria potestad: casos todos, que dentro del mismo Código, y por virtud de sus preceptos expresos, deben reputarse como *adición* á los que menciona el núm. 1.º, art. 278, para la conclusión de la tutela de los menores.

2.º Que constituye una omisión injustificada en el Código el no haber mencionado como caso de conclusión de la tutela el reconocimiento de hijos naturales y la legitimación por subsiguiente matrimonio, puesto

el Código que provea á esta hipótesis, se considere que se está en el caso de aplicar lo dispuesto por el art. 483 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que «se decidirán en juicio ordinario las demandas cuya cuantía sea inestimable ó no pueda determinarse por las reglas del art. 489 y las relativas á interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas».

Sin embargo, puede y debe distinguirse ambos supuestos: el de que se reclame contra un auto pronunciado en juicio sumario, declarando la incapacidad para obtener la *revocación* de tal decisión judicial, cuya impugnación exige un procedimiento contencioso, hipótesis prevista en el art. 219 del Código, y el de que se trate, sin contradicción de partes, no de *revocar* la previa declaración de incapacidad; por inexactitud de sus fundamentos cuando se pronunció, sino de *substituir*la con otra *nueva* de capacidad *actual*, por haber cesado ó no subsistir las causas que motivaron la anterior, en cuyo caso parece racional que sea suficiente igual procedimiento que el empleado anteriormente para declarar aquella incapacidad, ó sea el juicio sumario del art. 218 de dicho Código civil.

(1) Explicado en el núm. 21, cap. 18, t. II, 2.ª edic.

que por ambos hechos ingresan estos hijos en la patria potestad, según el art. 154, cuyo estado civil es *incompatible* con el de tutela, atendido el núm. 1.º del 200. Y existe la misma razón para que el Código lo hubiera declarado así que la que ha tenido para incluir en el art. 278 la *adopción* entre las causas de conclusión de la tutela.

3.º Que lo propio sucede con la *emancipación* que es producto del matrimonio ó de la concesión de los padres (núms. 1.º y 3.º, art. 314), toda vez que el art. 278 incluye la *habilitación* ó beneficio de la mayor edad del art. 322 entre los modos de concluir la tutela, y este último fija igual regla de capacidad civil para el *habilitado* que para el *emancipado* (arts. 317 y 324). Además, según el núm. 1.º del 200, están sujetos á la tutela sólo los menores de edad no *emancipados legalmente*, y aquéllos son dos modos legales de emancipación, sin que la intervención *circunstancial* de un tutor, que en algunos casos necesita el emancipado para la realización con eficacia civil de ciertos actos (art. 317), pueda ser motivo de reparo á esta doctrina, cuando ni eso representa un estado civil perfecto y permanente de tutela, sino un suplemento de capacidad para hechos tasados que no pueden llevarse á cabo por el padre ó por la madre, y sí por un tutor, y cuando ese mismo criterio legal de defecto de capacidad en el emancipado, no lo es, tampoco, para que la tutela se reputé concluída respecto del habilitado con el beneficio de mayor edad, sujeto á igual criterio legal de suplemento de su defecto de capacidad civil por el propio art. 319, en virtud de la referencia del 324.

b. En cuanto á la conclusión de la tutela respecto de los incapacitados, nos remitimos á cuanto queda dicho en su *explicación*, de la que se deduce que el Código, más que á determinar, para cada una de las clases de tutela á que están sometidas estas personas, una causa de conclusión de la misma, lo que hace es consignar un principio, cometiendo una importante omisión respecto del procedimiento que debe emplearse para llevarla á cabo.

c. En orden á la tutela de los *expósitos*, carece el Código de toda regla que se refiera á su conclusión, fuera del principio consignado en el art. 212, de que los jefes de las casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas, deduciéndose que, cuando dejen de existir asilados en el establecimiento y salgan de él conforme á lo que sus reglamentos determinan, la tutela así establecida por ministerio de la ley concluirá en lo que se refiere á tal tutor, aunque es posible que si el antes asilado se halla en condiciones de edad ó de incapacidad, la tutela se constituya por los medios y reglas comunes.

B. *Causas anormales de conclusión de la tutela* (la remoción y la interdicción del tutor).

Referidas principalmente á las causas de *incapacidad*, se ocupa el art. 238 del Código de las de *remoción* de la tutela, consignándolas bajo los cuatro números del mismo, de los cuales el primero es de referencia á la mayor parte de las que menciona el art. 237.

Las únicas causas de *incapacidad*, y no de *remoción*, son las de los

números 7.º, 9.º, 10 y 11, que se refieren á las mujeres, á los que litigan con el menor sobre la propiedad de sus bienes, á los que le adeudan sumas de consideración y á los parientes mencionados en el párrafo 2.º del art. 293 y tutor testamentario que no hubiese cumplido con la obligación de pedir la formación del consejo de familia. Todas las demás de dicho art. 237 constituyen motivo legal de *remoción*.

La causa del núm. 4.º del art. 237, relativa á los que hubiesen sido removidos legalmente de otra tutela anterior, puede serlo de *remoción* ó sólo de *incapacidad*, según que, al ser removidos, estén desempeñando otra ó que la *remoción* haya sido antes de deferirse la nueva tutela; pues, en el primer caso, el ser removido de una de dos tutelas que se desempeñen será causa de *remoción* en la otra, y en el segundo, será sólo causa de *incapacidad* para ser posesionado en la segunda.

El comprender el Código entre las causas de *remoción* del núm. 1.º del art. 238 la incapacidad del núm. 8.º del 237 y no incluir la de los números 9.º y 10, relativos á cuestiones judiciales pendientes entre el tutor y el menor por acción real ó personal, tiene una explicación satisfactoria, en cuanto que el núm. 8.º se refiere á *pleitos pendientes* con el menor por aquellos á quienes hubiera de deferir la tutela nada menos que sobre el *estado civil*, que, si es causa de incapacidad *antes* de posesionarse del cargo, no puede menos de serlo de *remoción* cuando *después* de posesionado, y tal vez utilizando los datos ó pruebas que el ejercicio de la tutela haya puesto en sus manos, promueve cuestión judicial sobre ella, pues sería enorme que á quien discute la personalidad de éste se le mantuviera en el carácter tutelar del mismo; mientras que las cuestiones judiciales que á bienes y créditos se refieren podrán ofrecer en tanto se ventilan incompatibilidad de intereses entre el tutor y el menor, pero no le hacen inhábil para el ejercicio de la tutela después de ventiladas, ni indigno de ejercerla, porque haya hecho uso de sus derechos patrimoniales, pudiendo ser representado el menor en ese pleito por el protutor, con arreglo al núm. 2.º del art. 236. Violento es que un tutor que mantiene pleito sobre propiedad de bienes ó pago de deudas con el menor haya de conservar el carácter de tal, puesto que el art. 238 no toma estas causas 9.ª y 10 del 237 como motivos de *remoción*, pero dentro del texto legal no hay fundamento para otra interpretación que la indicada.

El núm. 2.º de este art. 238, que menciona como causa de *remoción* la relativa á los que se *ingieran* en la administración de la tutela sin haber reunido el consejo de familia y pedido el nombramiento de protutor, ó sin haber prestado la fianza cuando deban constituir la é inscrito la hipotecaria, más que causa de *remoción* es de *no posesión* del tutor nombrado; y por lo que se refiere al núm. 3.º, que declara procedente la *remoción* de los que no formalicen el inventario en el término establecido por la ley ó no lo hagan con fidelidad, está en armonía con las disposiciones del Código que exigen este requisito como previo para el ejercicio de la tutela por el recelo que produce, respecto de la buena gestión

del tutor, la omisión de aquellos antecedentes. La *remoción* de los que se conduzcan mal en el ejercicio de la tutela á que se contrae el núm. 4.º de este art. 238 es una causa conforme con la naturaleza y fines de la misma que, aun cuando adolece de cierta vaguedad, no cabe precisarla más y queda sometida á la apreciación del consejo de familia, cuyo acuerdo puede ser objeto de una decisión judicial ulterior.

Complementarios del art. 238, en cuanto á la *remoción*, son el 210 y el 234 (1). El primero, más que causa de *remoción*, en el valor legal en uso de esta palabra, que es separación ó destitución de un tutor sospechoso por causa legal (2), es de cesación en el cargo de tutor cuando apareciera el nombrado por el padre, á quien debe *transferirse* inmediatamente la tutela, en el supuesto de dicho art. 210; pero el segundo, 234, sí que es causa especial y expresa de *remoción*, que consiste en que el tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido nombrado el protutor, debiendo ser removido de ella el que dejara de reclamar este nombramiento.

Ahora bien: ¿cabrá fundar la *remoción* en cualquiera otra causa que racionalmente pudiera considerarse bastante para ello? Entendemos que no, dado el criterio taxativo de enumeración de motivos legales que el Código emplea, en lugar de una regla ó principio general de doctrina, cuya aplicación pudiera permitir aquella libertad de juicio en la estimación de los supuestos que dieran lugar á la *remoción* por parte del consejo de familia á quien se confiere esta facultad. Así, en efecto, se establece por los arts. 239 y sus complementarios hasta el 243.

El primero de ellos otorga al consejo la competencia para declarar la incapacidad de los tutores y protutores y para acordar su *remoción*, pero debiendo citarles y oírles, si se presentan. Esta audiencia y acuerdos constituyen una *primera instancia* del expediente de *remoción* ó de incapacidad. Si se consiente el acuerdo por el tutor, declarado incapaz ó removido, se produce el estado de *tutela vacante*, y debe procederse al nombramiento de tutor. Mientras esto se verifica, la regla del Código es distinta, según que por la declaración de incapacidad no llegara á entrar el tutor en el ejercicio del cargo, en cuyo caso el consejo de familia proveerá á los cuidados de la tutela mientras se resuelva definitivamente sobre el impedimento; y si hubiese entrado, dicho consejo declarará la incapacidad ó acordará la *remoción*, y caso de promoverse litigio, las determinaciones que adopte para proveer á los cuidados de la tutela

(1) Explicados en la letra A, núms. 59 y 60 de este capítulo.

(2) Resulta en el Código algo desnaturalizado este carácter de la doctrina de *remoción* de tutores y curadores sospechosos en el Derecho antiguo, porque no todas las causas que se enumeran como de *remoción* por el art. 238, en sus referencias al 237, se fundan en esa nota de sospecha ó de indignidad del tutor, sino en otros motivos que le hacen inhábil, á juicio de la ley, por ejemplo, los supuestos de los núms. 1.º, 12 y 13 del 237 (sujetos á tutela, religiosos profesos ó extranjeros que no residan en España, y esto se percibe más observando que ha desaparecido aquel carácter de *cuasi pública* que tenía la acción de *suspectis tutoribus et curatoribus*.

no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial. Así lo dispone el art. 243, de manera poco lógica y con vaguedad en el segundo extremo, conforme indicamos en otro lugar (1). Mejor hubiera sido establecer que, mientras se discute judicialmente el acuerdo del consejo de familia, declarándose la incapacidad ó decretando la remoción del tutor en ejercicio, por haberse alzado éste de dicho acuerdo, quedara el tutor en suspenso de su cargo, en lugar de la confusa y complicada solución que acepta la segunda parte de este art. 243.

El tutor puede alzarse del acuerdo del consejo formulando reclamación ante los Tribunales, ó sea ante el Juzgado de primera instancia, dentro de los *quinze días* siguientes al en que se le haya comunicado la resolución. El art. 240, que así lo establece en concordancia con la regla general del 310 (2), modifica hasta cierto punto lo dispuesto por la ley de Enjuiciamiento civil, que en el art. 1.879 dispone que no pueden ser removidos los tutores y curadores por un acto de jurisdicción voluntaria, aun cuando fuera á solicitud de los menores, y que para decretar su separación después de discernido el cargo sería necesario oírles y vencerles en juicio; pero obsérvese que esto obedece á la introducción y facultades del consejo de familia, quien, en realidad, conoce en primera instancia de este asunto y debe citar y oír á los tutores de cuya incapacidad ó remoción se trate; precepto éste del art. 239 del Código, que viene á sustituir, dentro del nuevo régimen tutelar, á aquel artículo de la ley procesal.

Algún peligro de ser perjudicados los intereses del menor puede ofrecer en la práctica el art. 241, al declarar que, cuando el tutor promueva contienda judicial, litigará el consejo *á expensas del menor*, si bien podrán ser personalmente condenados en costas los vocales que hubieran procedido con *notoria malicia*; porque un litigio de esta naturaleza puede ser dispendioso, sin que sea bastante á evitar que las consecuencias del mismo recaigan sobre el patrimonio del menor la salvedad final de que las costas se impongan á los vocales del consejo, en el caso extremo nada menos que de una *notoria malicia*.

No ofrecería estos peligros mantener al consejo como Tribunal de primera instancia ó en la facultad de *informar*, en lugar de ser *parte litigante* en el juicio que el tutor promueva reclamando contra el acuerdo de aquél que lo declara incapaz ó lo remueva; pero tampoco puede ocultarse que tal información pudiera ser insuficiente, en defensa de los intereses del menor, para sustraerse á aquella tutela.

La declaración del art. 242, de que cuando la resolución del consejo de familia sea favorable al tutor y haya sido adoptada por unanimidad no es admisible recurso alguno contra ella, es lógica dentro del sistema

(1) Letra B, núm. 65 de este capítulo.

(2) Que dice: «De las decisiones del consejo de familia pueden alzarse ante el Juzgado 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, salvo en el caso del art. 242.»

del Código, porque los únicos que pueden reclamar este acuerdo son el tutor agraviado por ellos y los vocales que disientan del acuerdo de la mayoría; pero modifica considerablemente la doctrina del Derecho anterior, que hacía de estas cuestiones fundamento para el ejercicio de una acción *cuasi pública*. La *unanimidad* ha de ser entendida, no de todos los vocales que formen el consejo de familia, sino de los presentes que sean suficientes en número para deliberar y tomar acuerdos, para lo cual, según el art. 305, bastará que sean *tres*.

La *interdicción civil* del tutor es otra de las causas anormales de la extinción de la tutela (art. 43 del Código penal).

67. El ejercicio de la tutela puede dar lugar á responsabilidades del tutor para con el tutelado, ó viceversa, y producir *acciones* del uno respecto del otro, ejercitadas por sí ó por sus representantes ó derechohabientes. Su término *especial de prescripción*, según el art. 287 (1), es el «de *cinco años de concluida ésta*», ó sea la tutela.

En su *explicación*, puede decirse:

1.º Que este término especial no será aplicable á las acciones que no procedan *precisamente* de esta causa y tiempo—*durante* el ejercicio de aquélla,—aunque se den con *ocasión* de ella entre las mismas personas, si tienen un *hecho* posterior de que se deriven, como la conformidad de las partes en el reconocimiento de la obligación ó la ejecutoria que declare la misma, después de concluida la tutela, sino que quedarán sometidas á las *reglas generales* de la prescripción de acciones, según su clase (2); por ejemplo, en los casos en que la acción contra el tutor ó el tutelado se dé entre ellos por *cualquier* otro motivo, ó cuando se trate de responsabilidades determinadas posteriormente á la conclusión de la tutela, bien por reconocimiento voluntario de la obligación por parte del obligado y aceptación por la otra parte, bien por sentencia firme que las declare, como sucederá con el saldo liquidado voluntariamente ó por decisión judicial y sus intereses legales, casos estos dos últimos en que la acción personal prescribe por el término ordinario del art. 1.964.

2.º Que también son excepción de este término especial de prescripción de los cinco años del 287 aquellas acciones que, á pesar de ser procedentes del ejercicio de la tutela, tienen otro plazo especial señalado en la ley, como sucede en el supuesto del número 1.º, art. 1.291, que declara *rescindibles* los contratos que pudieran celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas á quienes

(1) Que no obstante figurar como el último del capítulo 10, tit. 9.º, lib. I del Código civil destinado á las *cuentas de la tutela*, sin duda porque con ocasión de ella es cuando más generalmente sobrevendrá el ejercicio de acciones recíprocamente entre el tutor y el que fuese su tutelado, como estas acciones pueden proceder de otras causas y darse para otros fines que dichas cuentas, el precepto de su *prescripción especial* puede considerarse que se refiere *al ejercicio de la tutela*, y por eso incluimos su explicación en este lugar.

(2) Arts. 1.962 á 1.968, explicados en los núms. 62 á 67, cap. 10, t. III, 2.ª edición de esta obra.

representen hayan sufrido lesión en más de la *cuarta parte* del valor de las cosas objeto de aquéllos, cuya acción de rescisión durará *cuatro años*, contados desde que haya cesado la incapacidad de las personas tuteladas (art. 1.299).

3.º Que también la acción de nulidad, si se dirige contra el que celebró con el tutor el contrato nulo en que esté interesado el tutelado, durará sólo *cuatro años*, el cual tiempo empezará á correr, cuando se refiera á los contratos celebrados con los menores ó incapacitados, desde que saliesen de la tutela (art. 1.301).

4.º Que si la acción de nulidad se dirige á dejar sin efecto un contrato de los que el tutor no puede celebrar sin autorización del consejo de familia y que, no obstante, celebró sin ella los actos en que la exige el artículo 269 ó infringiendo alguna de las prohibiciones del 275, la acción prescribirá por el término ordinario de *quince años* señalado á las personales que no tengan término especial de prescripción (art. 1.964).

5.º Que para el ejercicio de la acción reivindicatoria que comprenda en sí la de nulidad respecto de contratos sobre transmisión de bienes, que traten de reivindicarse después por el antes sujeto á tutela, anulando aquéllos en cuanto constituyen un título nulo de adquisición de los mismos, la acción *reivindicatoria* prescribirá á los *seis años* desde la fecha del contrato si tuvo por objeto bienes muebles, y á los *treinta* de la inscripción si se refirió á inmuebles (arts. 1.962 y 1.963).

6.º Que la acción para pedir la indemnización de daños y perjuicios, cuando no se dirige contra el tutor, si no contra el que causó el daño ó el perjuicio, en el caso que las cosas se hubiesen transmitido legalmente á terceras personas, prescribirá por la regla general de los *quince años* de las acciones personales (art. 1.964).

En cambio, prescriben por este término especial de *cinco años de concluida la tutela* del art. 287 las acciones entre tutelado y tutor para reclamar el primero al segundo la rendición de cuentas ó la indemnización de daños y perjuicios, cualquiera que sea la causa, siempre que se refiera á hechos ú omisiones del tutor durante el ejercicio de la tutela ó á exigir la responsabilidad civil por delitos cometidos con ocasión del mismo; y, de igual modo, las acciones que competan al segundo contra el primero, *por razón del ejercicio de la tutela*, como el pago del premio de administración ó retribución que le sea debido por justificados suplementos hechos por el tutor en favor del tutelado que sean reintegrables á aquél, ó indemnización de daños ó perjuicios que en algún caso le sea debida, es decir, obligaciones, derechos y acciones entre ambos que procedan directa é inmediatamente del ejercicio de la tutela, sin ningún hecho posterior que haya producido *novación* en este origen, y, por tanto, en el fundamento más próximo del título de pedir ó de la causa de deber del uno ó del otro.

El fin que se propone este art. 287 del Código es el manifiesto de que no traspase ese límite de *cinco años*, después de concluida la tutela, el ejercicio de acciones entre tutor y tutelado, y viceversa, que se refieran

á liquidar las consecuencias de esta relación civil y á hacer efectivas las responsabilidades que mutuamente se deban por consecuencia de la misma, ya que no conviene á ambos prolongar á términos más remotos su respectiva liberación de responsabilidades, para evitar de esta suerte que el que estuvo sujeto á tutela tarde más en el reintegro de sus derechos, confiado en el mayor plazo para el ejercicio de sus acciones ó quede pendiente de obligaciones derivadas de aquel estado civil, cuyo cumplimiento pueda reclamársele después de largo tiempo, con mayor perturbación para sus intereses y más dificultad para sus defensas; y, por análogos fines de evidente conveniencia respecto del tutor, que al cabo ejerció la tutela como cargo obligatorio, el cual resultaría tanto más odioso y vejatorio cuanto más se prolongara la expectativa de la efectividad de las responsabilidades contraídas en su desempeño.

Precisamente por ser ésta la mente del art. 287 y el sentido más provechoso de su aplicación, el plazo especial de prescripción de acciones de *cinco años de concluida la tutela* habrá de entenderse, no sólo cuando concluye para el tutelado, sino cuando concluye para el tutor, aun sustituido por otro nuevo, quien podrá, á este efecto, seguir representando al menor ó incapacitado; ya porque respecto de él, y á los efectos de sus responsabilidades ó derechos nacidos del ejercicio de la tutela ó de los de sus derechohabientes, realmente *concluyó* aquélla desde que cesó en la misma, ya porque no sería justo prolongar por un plazo que puede llegar á un considerable número de años aquel estado de incertidumbre y falta de liquidación y efectividad de las consecuencias de dicha relación tutelar, en que él intervino. Confirma este criterio el tenor del segundo párrafo del art. 259, según el que «no se podrá cancelar totalmente la fianza hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión».

ART. III

RÉGIMEN VIGENTE

§ 1.º

Criterio de transición.

68. REGLAS DE DERECHO.—Lo son *especiales*, para la *transición* en esta materia, las siguientes:

Primera. «Los padres, las madres y los abuelos que se hallen ejerciendo la curatela de sus descendientes no podrán retirar las fianzas que tengan constituidas, ni ser obligados á constituir las si no las hubieran prestado, ni á completarlas si resultaran insuficientes las prestadas.» (Regla *séptima* de las *Disposiciones transitorias* del Código.)

Esta regla tiene por objeto *concordar* el Derecho precedente, en los casos en que ya estuviese aplicado, con las *novedades* que en materia de fianza para la tutela de incapacitados establece el Código civil, según