

con el tutor, en el caso del 241 ú otros semejantes, objeto de resolución judicial, refiérese ahora esta explicación al principio general de responsabilidad por *el ejercicio* de dicho cargo y á la causa de exención de la misma, que son objeto de las prescripciones del art. 312. «Los vocales del consejo de familia, dice este artículo, son responsables de los *daños* que, por su *malicia ó negligencia culpable*, sufriera el sujeto á tutela, y se eximirán de esta responsabilidad los que hubieran disentido del acuerdo que causó el *perjuicio*.»

Se trata de una responsabilidad personal individual, por razón de un *daño* sufrido por el sujeto á tutela, siempre que este daño haya sido producido por *malicia ó negligencia culpable*. Esto quiere decir que *todos* esos elementos son *indispensables* para que, mediante su *concurrencia* y justificación en un caso determinado, produzcan la *responsabilidad*. Si hubo *daño efectivo* para el menor, pero éste no se produjo mediando *malicia ó negligencia culpable* del vocal del consejo, no alcanza á éste la responsabilidad del art. 312, ni viceversa, si se prueba la intervención de *malicia ó negligencia culpable*, cuando los resultados de estas causas *no originan daño*. Consiste ésta en el resarcimiento del *daño*, ó sea en la reparación del quebranto que en su patrimonio haya sufrido el tutelado, pero quizá no en la indemnización de perjuicios propiamente tales, ó sea la compensación de *utilidades ó ganancias*

nismo tutelar, y otro además de índole procesal estableciendo el recurso de alzada para ante el Juez de primera instancia contra los acuerdos del consejo de familia; y como todo recurso de alzada entraña el concepto de una verdadera apelación, al efecto de que pueda ser revisada la resolución recurrida, es manifiesto que no es entablando una demanda como pueden ni deben impugnarse los acuerdos del consejo de familia, pues en las demandas el demandante tiene una acción libre y expedita para formularlas en los términos que mejor le parezca, á ellas tienen que ajustarse en su día los Tribunales al decidir la cuestión controvertida, no contienen en su exposición y fundamento base alguna de forzada preparación, y en las alzadas ó apelaciones gira por el contrario la discusión sobre la base de una cuestión resuelta á cuya resolución no ha dado la ley carácter ejecutivo. Demanda y alzada implican dos conceptos jurídicos que no es dable confundir, que tienen significación propia y diferente en el Derecho procesal y á esta significación y concepto técnico hay que atender para interpretar el pensamiento del legislador en el sentido que ha sido interpretado. Ahora bien, ¿en qué forma, por qué trámite ha de sustanciarse el recurso de alzada? El Código nada dice, como tampoco dice y determina sobre otros extremos procesales, dejando así un vacío que forzosamente hay que ir llenando á medida que se van presentando las cuestiones ante los Tribunales, con un criterio inspirado en la naturaleza de las respectivas contiendas y en los preceptos que por analogía pueden ser tenidos en cuenta de la ley de Enjuiciamiento civil, mientras una ley ó siquiera un reglamento no regule esta materia procesal, y con este criterio en el mismo caso á que se refieren las presentes observaciones, el Tribunal Supremo ha consignado, que por los trámites señalados á los incidentes, deben sustanciarse las alzadas entabladas contra acuerdos del consejo de familia, porque estas alzadas pueden estimarse como incidentes surgidos en el desarrollo de la tutela, porque teniendo por base la existencia de una demanda sería contradictorio admitir la sustanciación establecida por la ley de Enjuiciamiento civil para las demandas no incidentales; y porque dada la índole de las cuestiones propuestas sobre la base de un acuerdo del consejo de familia, es racional suponer que cabe discutir con suficiente amplitud dentro de los trámites de un incidente, tales cuestiones, sin menoscabo del derecho de las partes.»

perdidas; pues aunque el Código dice al principio del art. 312 tan sólo *daños*, y al final del mismo sustituye esa palabra con la de *perjuicio*, que no son *sinónimas* en Derecho, es por *referencia* á aquellos *daños*; y si bien debe suponerse que en las leyes se emplean las palabras en su valor técnico-legal, no hay que olvidar que no es lícito, ni prudente siquiera, extenderlas, sobre todo en su aspecto *sancionador*, á términos y aplicaciones que no estén claramente incluidos en su texto.

No puede, por otra parte, negarse que semejante interpretación restrictiva puede parecer insuficiente, para la reparación debida al menor, en muchos casos en que el *perjuicio* sea tan evidente que casi constituya una disminución cierta de su patrimonio. Pero este es un punto delicado que no cabe entregar á un criterio *extensivo*, con el que se supla el imperfecto y anfibológico texto del Código sin las correspondientes reglas y restricciones, caso de ampliar á los *perjuicios* dichas responsabilidades.

60. De justicia es el segundo párrafo del art. 312, declarando la *exención* de esta responsabilidad en favor de los vocales que hubiesen disentido del acuerdo causa del perjuicio; pero limitada á los que disienten, puede inducir á muchos á inclinarse siempre á las minorías para ponerse á cubierto de posibles responsabilidades ulteriores. Otra cosa sería si el Código hubiese completado su pensamiento exigiendo, además de este disentimiento, la interposición del recurso de alzada del art. 310 por el vocal, y entonces, realizada la revisión judicial y confirmando el acuerdo, existiría una base segura y de práctica menos peligrosa para esa exención de responsabilidad.

III. Contenido jurídico del consejo de familia; su competencia.

61. No puede ser más exigua la *regla general* que, en cuanto á la misma, establece el art. 309: «El consejo de familia conocerá de los negocios que sean de su competencia, conforme á las disposiciones de este Código.» En este punto, como en otros que al consejo se refieren, se da la anomalía de que en el título asignado al mismo por el Código no se determinan, y sí en otros distintos dispersos por todo su articulado, sus aplicaciones legales. Ciertamente es que se trata de un organismo de pura creación legal, y que sólo la ley puede y debe determinar las facultades que determinan la esfera de su competencia; pero bien pudo establecerse por general enumeración cuáles fueran éstas, sin perjuicio de cualquiera otra referencia. Es preciso hojear todo ese cuerpo legal y deducir de la consulta de cada uno de esos artículos aquellos casos, teniendo en cuenta que sólo ellos, y no otros, serán los que expresan sus facultades, sin que sea lícito extender su acción más allá de lo expresado terminantemente por el Código.

Hay, sin embargo, un *principio* que puede servir para establecer de una manera general la medida de esta *competencia* del consejo. Éste, más que un *consejo de familia*, es un *consejo de tutela*; es decir, uno y, tal vez, el principal elemento de los que forman el organismo tutelar;

así es que su esfera de acción natural y apropiada y, en suma, sus aplicaciones, han de referirse á esa institución y á las personas á ella sometidas por los distintos conceptos que enumera el art. 200, así como, también, á los bienes, derechos y actos.

PRIMER GRUPO: *Competencia del consejo de familia en cuanto á la tutela.*

62. La competencia del consejo puede referirse á las tres fases de *constitución, ejercicio y extinción* de la tutela, y á las *especiales* aplicaciones á la de los locos, sordomudos, pródigos y sujetos condenados á interdicción civil.

1.º A. DOCTRINAS COMUNES Á TODAS LAS TUTELAS.

La *constitución* de la tutela, en relación con la *competencia* del consejo de familia, comprende las aplicaciones siguientes:

a) *Respecto del tutor.*

63. 1.º La aprobación del nombramiento del tutor testamentario hecho por la madre que contrajo segundas nupcias para los hijos del primer matrimonio, pues sin tal requisito no surtiría efecto, procediéndose entonces á la designación de tutor legítimo (párrafo 2.º, art. 206).

2.º Si el tutor fuera nombrado por un extraño que deje herencia ó legado de importancia al tutelado, el nombramiento no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó el legado.

3.º Si hubiera más de un tutor de los designados en su testamento por un extraño para un mismo menor ó incapacitado, á quien se hubiese instituído heredero ó dejándole manda de importancia, el consejo de familia declarará quién debe ser preferido (art. 209, párrafo último).

4.º La designación de tutor legítimo corresponde al consejo de familia en defecto del testamentario, con arreglo al orden de llamamientos para las distintas especies de tutela establecidas por la ley (arts. 211, 220, 227 y 230).

5.º Igualmente el nombramiento de tutor dativo, en defecto de testamentario ó de legítimo (art. 531).

6.º También le compete la resolución de las excusas, incapacidades y remoción de los tutores; el sostenimiento de las contiendas judiciales á que den lugar sus acuerdos, en nombre y á expensas del tutelado, y el proveer á los cuidados de la tutela mientras se resuelva definitivamente sobre el impedimento, debiendo obtenerse la previa aprobación judicial, caso de litigio (arts. 239 á 243).

7.º La retribución que habrá de disfrutar el tutor por el ejercicio del cargo, cuando sea legítimo ó dativo ó cuando, siendo testamentario, no se hubiese fijado por la persona que le nombre, será por él determinada (arts. 276 y 277).

8.º Dará, en fin, posesión de su cargo al tutor (art. 261).

b) *Respecto del protutor.*

64. Corresponde al consejo de familia:

1.º La facultad de nombrarle, cuando no lo hayan hecho los que tienen derecho á elegir tutor (art. 233).

2.º Las mismas facultades que respecto del tutor en cuanto á las excusas, incapacidad, remoción y posesión (arts. 239 á 243, 249 y 261).

c) *Respecto de la persona del tutelado.*

65. Dictar las medidas necesarias, una vez formado el consejo de familia, para atender á la persona del menor ó incapacitado (art. 301).

d) *Respecto de los bienes de la tutela:*

66. 1.º Proceder á dictar todas las medidas necesarias para atender á los bienes del menor ó incapacitado, una vez formado el consejo de familia (art. 301).

2.º Señalar el término dentro del cual ha de hacer el tutor el inventario de los bienes á que se extiende la tutela, elegir los testigos que, con intervención del protutor, han de asistir á dicho acto, y decidir, según la importancia del caudal, si habrá de intervenir ó no Notario que autorice el acto (núm. 3.º, arts. 264 y 265).

3.º Acordar cuáles bienes consistentes en alhajas ó muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles ó industriales no deben estar en poder del tutor, y, por el contrario, ser depositados en un establecimiento destinado á este fin (párrafo 1.º, art. 266).

4.º Designar los peritos que han de apreciar los demás muebles y semovientes, si no estuviesen tasados (párrafo 2.º, art. 266).

5.º Fijar la cuantía y calificación de la fianza que ha de prestar el tutor (art. 255).

6.º Determinar los actos administrativos que ha de ejercer el protutor para la conservación de los bienes y percepción de sus productos mientras se constituye la fianza (art. 256).

e) *Respecto de la tutela.*

67. Procederá á dictar todas las medidas necesarias, una vez formado el consejo de familia, para *constituir* la tutela (art. 301).

B. EL EJERCICIO DE LA TUTELA.

68. Puede referirse á la *persona*, á los *bienes y derechos*, ó á los *actos* del tutelado.

a) *En cuanto á la persona del tutelado*, es de la competencia del consejo de familia:

69. 1.º Señalar la pensión alimenticia del menor ó incapacitado, cuando nada se hubiese resuelto en el testamento acerca de este particular, y, por consiguiente, en todo caso de tutela legítima ó dativa (número 1.º, art. 264).

2.º Autorizar los castigos y correcciones á que se refieren los artículos 155 y 156 impuestos por el tutor al tutelado (núm. 1.º, art. 269).

3.º Autorizar asimismo al tutor para dar carrera ú oficio determinado al menor, cuando esto no hubiese sido resuelto por los padres, ó para modificar las disposiciones de éstos (núm. 2.º, art. 269).

b) *En cuanto á la administración de los bienes y derechos del tutelado.*

70. Compete al Consejo:

1.º Cuidar de los bienes hasta que el tutor se posea del cargo (arts. 243 y 301).

2.º Autorizar á éste para continuar el ejercicio del comercio ó industria á que el incapacitado ó sus ascendientes, ó los del menor, hubieren estado dedicados (núm. 4.º, art. 269).

3.º Autorizarle, también, para retirar de su colocación cualquier capital que produzca intereses (núm. 8.º, art. 269).

4.º Darle igual autorización para hacer gastos extraordinarios en las fincas cuya administración comprenda la tutela (núm. 11, art. 269).

5.º Censurar las cuentas anuales de la misma (art. 279).

c) *En cuanto á la celebración de los actos del tutelado, que á éste interesen por razón de sus bienes ó derechos.*

71. Compete al consejo de familia autorizar al tutor:

1.º Para dar y tomar dinero á préstamo (núm. 5.º, art. 269).

2.º Para colocar el dinero sobrante en cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela (núm. 6.º, art. 269).

3.º Para retirar, según se ha dicho, de su colocación cualquier capital que produzca intereses (núm. 8.º, art. 269).

4.º Para enajenar ó gravar bienes que constituyan el capital de los menores ó incapaces, ó hacer contratos ó actos sujetos á inscripción (núm. 5.º, art. 269).

5.º Para transigir y comprometer en árbitros las cuestiones en que el menor ó incapacitado estuviere interesado (núm. 12, art. 269).

6.º Para entablar demandas en nombre de los sujetos á tutela y para sostener los recursos de apelación y casación contra las sentencias en que hubiesen sido condenados, exceptuándose las demandas y recursos en los juicios verbales (núm. 13, art. 269).

7.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, ó para repudiar ésta ó las donaciones (núm. 10, arts. 269 y 992).

8.º Para proceder á la división de la herencia ó de otra cosa que el menor ó incapacitado poseyere en común (núm. 7.º, art. 269).

9.º Para que el heredero del autor de una obra pueda oponerse, de acuerdo con el consejo de familia, á la publicación de aquélla, en los casos á que la ley de propiedad intelectual se refiere (arts. 38, 39, 40 y 44 de la ley de 10 de Enero de 1879) (1).

C. LA EXTINCIÓN DE LA TUTELA. Compete al consejo de familia:

a) *Respecto de las cuentas.*

72. Censurar é informar las generales de la tutela dentro de un plazo que no excederá de seis meses (art. 282).

b) *Respecto de cualesquiera delitos que se hubieran cometido por el tutor en el ejercicio de la tutela.*

73. Denunciarlos á los Tribunales.

2.º DOCTRINAS ESPECIALES RESPECTO DE DETERMINADAS TUTELAS.

A. *Respecto de la tutela de los locos y sordomudos.*

74. Al consejo de familia corresponde:

(1) Véase el núm. 10, cap. 12, t. III, 2.ª edición.

1.º Ser oído por los Tribunales antes de declararse la incapacidad (1), circunstancia previa á su vez para que pueda procederse al nombramiento de esta clase de tutela, lo cual exige que, previamente también, se constituya y active dicho consejo. Ya (2) se ha dicho que no pueden intervenir como vocales en este informe los parientes que hubieran solicitado la declaración de incapacidad, pero sí ser oídos por el consejo cuando así lo soliciten (art. 217).

2.º Otorgar la autorización especial necesaria al defensor del incapacitado, en los casos en que proceda su nombramiento, cuando no haya sido el Ministerio fiscal el que pidiera la declaración de incapacidad, para deducir demanda en juicio ordinario contra el acto que ponga término al expediente (art. 215, último párrafo y 219).

3.º Autorizar la reclusión del incapaz en un establecimiento de salud, á menos que la tutela esté desempeñada por el padre, la madre ó algún hijo (3).

B. *Respecto de la tutela de los pródigos.*

75. La competencia del consejo en esta clase de tutelas está sometida, según en su lugar fué explicado, á la especial determinación que se haga en la sentencia en que se declare la prodigalidad (art. 221), y dentro de las restricciones generales establecidas por los arts. 224 y 225.

C. *Respecto de la tutela de los que sufren interdicción civil.*

76. Las funciones del consejo de familia en esta tutela se limitan á la *administración de los bienes* y á la *representación en juicio* del penado, así como al *nombramiento de tutor*, cuando no exista ninguna de las personas designadas para ello en el art. 220, según la concordancia del 230 y del 231.

SEGUNDO GRUPO. *El consejo de familia respecto de otras aplicaciones civiles.* Tienen relación éstas con el *matrimonio*, la *adopción* y el *beneficio de la mayor edad*.

A. *Respecto del matrimonio.*

77. Compete al consejo de familia:

1.º Prestar á los menores el consentimiento para celebrarlo en ciertos casos (art. 46), ya sean hijos legítimos, naturales, ilegítimos, adoptivos ó expósitos; estos últimos en la representación que de la tutela y del consejo tienen los jefes de las casas en que se hallan acogidos.

2.º Concurrir al otorgamiento de las escrituras de capitulaciones matrimoniales y de cualquiera alteración que en las mismas se haga en los casos necesarios, según el Código (arts. 1.318 y 1319).

3.º Autorizar las donaciones que en contrato antenupcial hagan los menores de edad en los casos en que le corresponde también dar el con-

(1) Art. 216, explicado en las letras B, b, núm. 59, cap. 31 de este tomo.

(2) Idem íd.

(3) En estos casos debe presentarse en la administración de la casa de salud testimonio de la decisión judicial que declare la incapacidad, y certificación del acuerdo del consejo autorizando la reclusión.—Véase el Real decreto de 19 de Mayo de 1885.

sentimiento para el matrimonio, y siempre que no excedan del límite señalado por la ley (1).

4.º Ejercitar el consejo ó cualquiera de sus vocales, en nombre de la mujer casada menor, el derecho de ésta á pedir la inscripción de bienes, de que trata el art. 1.349, la constitución de hipoteca en garantía de los mismos ó de la dote estimada y calificar la suficiencia de la hipoteca en los casos en que proceda por falta de padre, madre, dotante, donante, tutor ó protutor (2).

5.º Intervenir en la enajenación, gravamen é hipoteca de los bienes de la dote inestimada, si la mujer fuera menor, y exigir al marido la constitución de hipoteca en el caso de enajenación de tales bienes, del propio modo y con iguales condiciones que se ha dicho en el número anterior respecto de los bienes de la dote estimada (3).

6.º Consentir—también el consejo ó alguno de sus vocales—que el marido que recibió en dote estimada ó inestimada efectos públicos, valores cotizables ó bienes fungibles y no los hubiese asegurado con hipoteca, los sustituya con otros equivalentes ó los enajene, á condición de invertir su importe en otros bienes, valores ó derechos igualmente seguros, en los casos en que corresponda con arreglo al art. 1.352 y sus concordantes (4).

B. *Respecto de la adopción.*

78. Consentir en la adopción del menor de edad en los casos en que corresponda, si la considera provechosa; ó negarla, si la estimara perjudicial (5).

C. *Respecto del beneficio de mayor edad.*

79. Conceder al menor de edad, *huérfano de padre y madre* (6), que tenga diez y ocho años cumplidos y consienta en la habilitación, con la aprobación del Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal, el beneficio de la mayor edad, haciéndolo constar en el Registro de tutelas y anotándolo en el civil (7).

IV. *Extinción del consejo de familia.*

80. Se realiza por su *disolución*, la cual tiene lugar en los casos en

(1) Art. 1.329, segundo párrafo del núm. 1.º del 275, en relación ambos con el 46, y 634 á 636, explicados, respectivamente, en los núms. 32, cap. 20; C, núm. 62, cap. 31; 41, cap. 14 de este tomo; observación 7.ª, págs. 693 y 694, tomo IV, 2.ª edic. de esta obra.

(2) Arts. 1.349 y 1.352, explicados en la letra c, núm. 45, y en la b, núm. 44, cap. 18 de este tomo.

(3) Art. 1.361, explicado en la letra c, núm. 46, cap. 18 de ídem íd.

(4) Art. 1.359, explicado en la letra c, núm. 44, cap. 18 de ídem íd.

(5) Art. 178, explicado en el núm. 21, cap. 27 de ídem íd.

(6) De este texto se deduce que, aunque exista tutela y consejo, como en los casos de suspensión de la patria potestad, por ejemplo, de la madre viuda que pasa á segundas nupcias que, nuevamente viuda, puede recobrarla, no podrá dicho consejo otorgar el beneficio de la mayor edad, porque el tutelado no es *huérfano de padre y madre*.

(7) Arts. 322 y 323, explicados en los núms. 7 y 8, cap. 8.º, tomo II, 2.ª edic. de esta obra.

que se extingue la tutela, única regla formulada acerca del particular por el art. 313. Concuera este artículo con el 278 (1), á cuyas cuatro causas de extinción—llegar el menor á la mayor edad (2), haber obtenido habilitación en la misma (3), haber sido adoptado, puesto que le somete á la patria potestad del adoptante (4), el estado incompatible con el tutelar, y el cesar las causas que motivan la tutela, cuando se trate de incapaces sujetos á interdicción ó pródigos (5),—hay que agregar la más natural de la muerte del tutelado, y aun otras, como la de la madre que contrajo segundas nupcias, la cual, nuevamente viuda, recobra la patria potestad, incompatible con el estado civil de tutela (6), cuando cesan los efectos del divorcio (7), cuando regresan el padre ó madre ausentes (8), ó cuando se alce la suspensión de la patria potestad impuesta por los Tribunales (9).

Por lo que se refiere al matrimonio del menor, como causa que disuelva ó no el consejo de familia, por considerar subsistente ó no la tutela, á virtud de cierta intervención que se otorga al tutor, aun después de la celebración de aquél, según diversos preceptos del Código (10), nos remitimos á lo dicho al tratar de la *emancipación*, como uno de los efectos civiles que el matrimonio produce (11).

81. Los *efectos* de haber sobrevenido alguna de las *causas* que pro-

(1) Explicado en la letra A, núm. 65, cap. 31 de este tomo.

(2) Art. 320, explicado en los núms. 7 y 8, cap. 8.º, t. II, 2.ª edic. de esta obra.

(3) Arts. 317, 322, 323 y 324, explicados en ídem íd., y núm. 20, cap. 29 de este tomo.

Conviene no olvidar que, según el art. 317, el menor de edad emancipado por habilitación ó por otra causa no puede realizar ciertos actos, según se ha dicho en el lugar correspondiente, sin el consentimiento del padre, de la madre ó de un tutor, y en este último supuesto sobreviene la cuestión de, si el consejo de familia, á que antes estuviera sometido, debe subsistir en previsión de esta hipótesis, ó si ha de nombrarse de nuevo, puesto que el tutor no se concibe solo, sino bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia, sin embargo de que en este caso habrá de permanecer completamente pasivo, remitiéndonos, por lo que á este punto se refiere, á cuanto dejamos dicho acerca de estas situaciones accidentales de intervención de un tutor, lo mismo en la hipótesis del art. 317 que en la del 59 y otros del Código, para suplir el defecto de capacidad, por razón de edad, de los menores en determinadas condiciones, que dan lugar á esas situaciones circunstanciales y pasajeras de la tutela, que no son un estado plenamente tutelar en la normalidad de esta institución, según las reglas generales de la ley, que la establece y organiza.

(4) Arts. 177 y 154, explicados en la letra c, núm. 22, cap. 27, y 22, cap. 28 de este tomo.

(5) Arts. 213, 221 y 228, explicados en las letras B, b, c y d, núm. 59, cap. 31 de ídem íd.

(6) Art. 172, explicado en el núm. 34, cap. 29 de ídem íd.

(7) Arts. 73 y 74, explicados en los núms. 26 á 28, cap. 23 de ídem íd.

(8) Art. 170, explicado en el núm. 29, cap. 29 de ídem íd.

(9) Art. 171, explicado en el núm. 27 de ídem íd.

(10) Arts. 59, 60, 317, 1.352, 1.359, 1.361, etc., explicados en los núms. 53 á 60 y 40 á 52, cap. 17; 20, cap. 29; letras b y c, núm. 44, y en la c, núm. 46, cap. 18 de este tomo.

(11) Núms. 23 á 25, cap. 17, y núm. 15, cap. 29, ambos de este tomo.