

# Tutela provisional

Por

JOSE MANUEL LETE DEL RIO

Doctor en Derecho

SUMARIO: 1) Razón de ser de esta figura.—2) Características.—3) Sus clases.—4) Tutela provisional a cargo de los Jueces municipales.—5) Tutela provisional a cargo del Consejo de familia.—6) Tutela provisional a cargo del nombrado para sustituir al que se excusa.

1.—La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, creada por la ley, para la representación, protección, defensa y asistencia de los que no son capaces de gobernarse por sí mismos (comprendiendo esta insuficiencia de propio gobierno tanto la que afecte a la persona y bienes, como sólo a los bienes). Definición que nos da el carácter y significación de la institución tutelar: el ser una institución unitaria, subsidiaria y supletoria de la patria potestad, por lo que se la puede denominar institución *cuasi-familiar* (1).

Por lo tanto, el objeto de la tutela es procurar que *el no capaz de gobernarse por sí mismo* no carezca de amparo y representación jurídica en ningún momento de su vida (2). Es decir, que tan pronto como se manifieste la necesidad de la tutela hay que organizar el mecanismo tutelar.

ESCOBAR (3) opina “no es de creer adecuado que para la existencia del órgano tutelar sea preciso esperar a su constitución, sino más bien que éste debe hallarse preestablecido, a fin de que, sin solución de continuidad alguna a la realización del hecho que motiva la tutela, atienda a las necesidades de la misma”. Mas en un sistema de base netamente familiar, como es el nuestro, no parece posible tener preestablecido todo el organismo tutelar, y, aunque tuviésemos un órgano siempre dispuesto, también chocaría con la estructuración que nuestro Código civil hace de la institución, ya que hemos de tener en cuenta su insuficiencia, pues —como dicen PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN (4)— “en el derecho español la tutela tiene un sentido orgánico, estando constituida por el

---

(1) Vid. LETE DEL RÍO: *La responsabilidad de los órganos tutelares*; Valladolid, 1965; págs. 2 y 3.

(2) En este sentido, ESCOBAR: *La tutela*; Madrid, 1943; págs. 95 y 96.

(3) Ob. cit., pág. 21.

(4) *Notas al ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: Tratado de derecho civil*; tomo IV, vol. 2.º; Barcelona, 1946; pág. 268.

conjunto de órganos que, armónicamente combinados, tienen a su cargo la guarda y protección legal del menor o incapacitado”.

Poner en marcha ese conjunto de órganos es dilatorio, se precisa cumplir trámites y llenar formalidades (5). El complejo engranaje tutelar no funciona de inmediato, nada más realizarse el hecho que da lugar a la tutela. Normalmente, aun actuando con premura, desde que surge la necesidad hasta el cumplimiento de las formalidades y total constitución de la tutela, hay un interregno durante el cual el menor o incapacitado no puede ni debe quedar sin protección y amparo (6). De ahí la necesidad de una tutela provisional.

Sin embargo, esta necesidad de tutela provisional no sólo es inicial, sino que también se siente —dado el carácter orgánico de nuestra tutela— cuando alguno de sus órganos falla, por ejemplo, por causa de incapacidad del tutor o cuando es removido (art. 243 del C. c.), durante el juicio de excusa, si se nombra sustituto (art. 250 del C. c.), etc.

2.—Características de esta tutela son: el ser excepcional, interina o transitoria. No debe durar más que el lapso de tiempo imprescindible para que se constituya la tutela normal; de lo contrario, su misma razón de ser la hará inservible para la protección y amparo del menor o incapacitado, ya que todo lo provisional es de reducido alcance. Pero si esto ocurre (si su duración excede de lo normal) no será un defecto de la tutela provisional, sino del sistema en su conjunto, puesto que, si las personas llamadas a la constitución y ejercicio de la tutela cumplen sus atribuciones con prontitud y esmero, esta tutela provisional habrá llenado su finalidad.

3.—Desde el punto de vista de la persona u órgano que ejerce la tutela provisional pueden observarse tres clases de la misma:

- a) A cargo de los Jueces municipales.
- b) A cargo del Consejo de familia.
- c) A cargo del tutor nombrado para sustituir al que se excusa.

4.—Según el artículo 203 del Código civil, “*los Jueces municipales (7) del lugar en que residen las personas sujetas a tutela proveerán*

(5) Es afortunada la comparación de ESCOBAR (ob. cit., pág. 24), al decir que “el funcionamiento de la tutela en derecho español es algo parecido al elefante, de gigantescas proporciones, pero lento en sus movimientos y cuyas decisiones se detienen ante cualquier obstáculo”.

(6) Vid. SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de derecho civil*; tomo V, vol. 2.º; Madrid, 1912; pág. 1321); CLEMENTE DE DIEGO (*Curso elemental de derecho civil español, común y foral*; tomo 6.º; Madrid, 1920; pág. 558); VALVERDE (*Tratado de derecho civil español*; tomo IV; Valladolid, 1938; pág. 607); ESCOBAR (ob. cit., pág. 95); GONZÁLEZ ALEGRE (*Teoría de la tutela y formularios de su práctica*; Teruel, 1956; pág. 48), etc.

(7) Hoy, hay que entender comprendidos los Jueces comarcales. No, en cambio, los Jueces de paz. Aunque estimamos que deberán ejercer la tutela provisional —estos últimos— cuando les sea ordenado por el Juez municipal o comarcal, si el menor o incapacitado reside en pueblo distinto del en que esté

al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación.

Si no lo hicieren —dice el párrafo 2.º de este artículo—, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados” (8).

Intervenciones como ésta demuestran la importancia de las atribuciones de la Autoridad judicial y justifican el que la jurisprudencia la haya configurado como verdadero órgano tutelar (9), aunque esto no quiere decir que nuestro sistema pierda su carácter familiar (10).

La razón de que se encomiende esta tutela provisional (11) a los Jueces Municipales es la mayor facilidad que tienen, por razón de su cargo, para conocer qué personas deben estar sujetas a tutela (12).

Conforme a lo establecido en este artículo 203, las atribuciones que, por ministerio de la ley, asume la Autoridad judicial parece que son supletorias (13). Es decir, tendrá esas atribuciones en el caso de que *por la ley no hubiese otras encargadas de esa obligación*: las que tienen el deber de prestar alimentos (14) y, en general, las llamadas al desempeño de la tutela legítima en sus diferentes especies (15).

ESCOBAR (16) señala la relatividad y confusión de la frase legal:

situado el Juzgado; e incluso por sí mismos, sin que medie indicación u orden del Juez municipal o comarcal, en los casos en que haya que tomar alguna medida urgente; piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que haya que recluir, sin demora, en un establecimiento a un loco o demente. Llegamos a esta conclusión por un criterio análogo al del antiguo artículo 1.892 de la Ley de Enjuiciamiento civil (modificado por la Ley de 24 de abril de 1958), que establecía este criterio respecto al depósito de la mujer casada.

(8) Análogo, este artículo, al 174 del Proyecto de 1851, e idéntico al 169 del Proyecto de 1882.

(9) Sentencias de 7 de diciembre de 1901, 17 de junio de 1943, 5 de marzo de 1947 y 28 de abril de 1965. Vid. en este sentido, entre otros: DE BUEN (*Notas al COLIN Y CAPITANT: Curso elemental de derecho civil*; tomo II, vol. 1.º; Madrid, 1923; págs. 185-186), PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN (ob. cit., págs. 276-277) y ESCOBAR (ob. cit., págs. 17 y ss.).

(10) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., pág. 126, nota 5.

(11) PUIG PEÑA (*Tratado de derecho civil español*; tomo II, vol. 2.º; Madrid, s./f.; pág. 335) habla, en este supuesto, de “fase provisional en la constitución de la tutela”.

(12) Vid., en este sentido, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*; tomo II; Madrid, 1890; comentario al artículo 203). MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA*; tomo IV; Madrid, 1943; comentario al artículo 203) señala la analogía del artículo 203 con el 174 del Proyecto de 1851, que imponía esta obligación de cuidar de la persona y bienes del huérfano al Alcalde del domicilio, justifica el que fuesen los Alcaldes en el Proyecto y razona el que lo sean en el Código civil los Jueces municipales.

(13) En este sentido, Vid. SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit., pág. 1321), CLEMENTE DE DIEGO (ob. cit., pág. 558), VALVERDE (ob. cit., pág. 607).

(14) A tenor del artículo 143 del Código civil, los ascendientes, descendientes y hermanos.

(15) En este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit., pág. 1321), CLEMENTE DE DIEGO (ob. cit., pág. 558), VALVERDE (ob. cit., pág. 607).

(16) Ob. cit., págs. 21-22.

cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esa obligación, ya que “no siempre será posible al Juez Municipal —dice este autor— conocer si existe o no alguna de dichas personas, supuesta, además, la latitud con que la ley habla; la mayoría de las veces dicha posibilidad escapará a los medios que para informarse tenga aquél, no obstante poseer a su mano la fuente del Registro civil y extremar su celo para ello. De aquí que sólo se abran dos caminos a los Jueces Municipales, el de la oficiosidad, en el que pueden fácilmente caer, o el de la inactividad”.

Pero, aunque estas palabras de ESCOBAR no fuesen ciertas, si los Jueces Municipales conociesen en todo momento qué personas son, se plantea otro problema. Y es el siguiente: si esas personas se hacen cargo inmediatamente de su obligación, no hay cuestión; ahora bien, si lo demoran o no se hacen cargo de sus deberes (por desconocimiento, negligencia...), ¿tiene el Juez que esperar a que esto ocurra? Creemos que no, pues si esperase tendríamos un período de tiempo durante el cual el menor o incapacitado carecería de protección y amparo, que es precisamente lo que mediante esta tutela provisional se trata de evitar (17).

Entonces, la solución que nos parece correcta es la siguiente: el Juez Municipal, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de un menor o incapaz que deba estar sujeto a tutela y observe que de momento —al menos— no hay persona de las encargadas por la ley de esta obligación que se ocupe de ello, proveerá al cuidado del mismo y de sus bienes muebles.

Ahora bien, en el supuesto de que exista alguna de las personas encargadas por la ley de esa obligación, hay que distinguir: a) que se presente, en cuanto lo supiere, al Juez, recabando para sí ese cuidado de la persona y bienes muebles, en cuyo caso le asumirá, puesto que el Juez sólo debe actuar en defecto de la misma; b) que no se haga cargo de sus atribuciones, no pudiendo alegar desconocimiento (bien porque tuvo medios para saberlo o el Juez Municipal se lo haya comunicado), o acuda tardíamente, sin justificación alguna; en este segundo supuesto, habría lugar a exigirla responsabilidad por el incumplimiento de esa obligación que la ley le impone. Así, consideramos que debe entenderse la supletoriedad de las atribuciones que la tutela provisional señala, en virtud del artículo 203, a los Jueces Municipales (18).

Como, acertadamente, dice MANRESA (19), en esta función los Jueces Municipales son auxiliados por las personas que, a tenor del artículo 293, tienen la obligación de participarles el hecho que da lugar a la tutela, en el momento que lo supieren, para que procedan a constituir el consejo de familia (20), ya que si no procediesen a la constitución del

(17) PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN (ob. cit., pág. 280) dicen que los Jueces municipales son los llamados, *cu principio*, a representar y defender a éste (menor o incapacitado).

(18) Vid. ESCOBAR, ob. cit., pág. 96.

(19) Ob. cit., comentario al artículo 203.

(20) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., págs. 141 y ss. y 198.

consejo de familia incurrirán en la responsabilidad que el artículo 232 del C. c. les impone. Y, una vez formado el consejo de familia, a tenor del artículo 301, procederá éste a dictar todas las medidas necesarias para atender a la persona y bienes del menor o incapacitado y a constituir la tutela. Es decir, el Juez Municipal cesa, en sus funciones de tutela provisional, una vez formado el consejo de familia (21).

Por consiguiente, hay que notar existe un error de expresión en el artículo 203, cuando dice *hasta el nombramiento de tutor*, y habrá que entender que la tutela provisional que ostenta—conforme a este artículo— la Autoridad judicial dura solamente hasta la formación del consejo de familia. Y esto es así, además de por la razón que acabamos de exponer, porque el tutor no puede actuar sin el protutor (artículo 201), ni entrar en el desempeño de sus funciones sin que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro (artículo 205) y el consejo de familia le haya dado posesión (artículo 261) (22). Interpretándolo en este sentido, no existe antinomia—como dice MUCIUS SCAEVOLA (23)— entre los artículos 203 y 301.

Debido a la transitoriedad de las funciones de la Autoridad judicial en esta tutela provisional, que está pensada para que sólo dure el tiempo imprescindible hasta la formación del consejo de familia, no se la imponen las mismas obligaciones que al tutor normal, sino que las atribuciones de los Jueces Municipales se extienden solamente al cuidado de la persona y bienes muebles del menor o incapacitado.

Por lo que se refiere al cuidado de la persona, el Juez normalmente proveerá al mismo poniendo al menor o incapacitado (24) bajo el cuidado de una institución o persona de su confianza, siendo responsable por falta de elección y de vigilancia (25).

Respecto a los bienes muebles, deberá adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias y precisas para salvaguardarlos, ateniéndose a lo prevenido en los artículos 959 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (26).

Que el Código civil, en su artículo 203, sólo mencione los bienes muebles responde a la idea de breve provisionalidad de esta tutela y a que —como dice MUCIUS SCAEVOLA (27)— los inmuebles no son sus-

(21) Desde luego —empleando frase de MUCIUS SCAEVOLA (ob. cit., comentario al artículo 203)—, “esto es un poderoso acicate que imprime mayor actividad al Juez para libertarse cuanto antes de la grave responsabilidad que sobre él gravita”.

(22) Vid, en este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit., pág. 1321), CLEMENTE DE DIEGO (ob. cit., pág. 559), VALVERDE (ob. cit., págs. 607-608), ESCOBAR (ob. cit., pág. 96).

(23) Ob. cit., comentario al artículo 203.

(24) Loco o demente o sordomudo, ya que, a pesar de la incapacidad, la prodigalidad e interdicción no atribuyen facultad alguna sobre la persona del pródigo o interdictado, salvo la representación en juicio de este último.

(25) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., pág. 138.

(26) Vid., en este sentido, MANRESA (ob. cit., comentario al artículo 203) y ESCOBAR (ob. cit., pág. 95).

(27) Ob. cit., comentario al artículo 203.

ceptibles de ocultación. Por lo que se refiere a estos últimos, el problema más grave que pudiera suscitarse es que surgiese litigio respecto a los mismos, en cuyo caso, como el menor o incapacitado no tiene todavía constituida la tutela, será representado en juicio por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el artículo 838, número 6, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor el Ministerio Fiscal ha de representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes, *hasta que se les provea de tutor o curador (27-bis)* para la defensa de sus propiedades y derechos (28).

Termina este artículo 203 haciendo responsable a la Autoridad judicial, si no cumpliere con la obligación que la impone, de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados. Aquí, se hace responsable a la Autoridad judicial únicamente de los daños, lo que ha planteado la cuestión de si la omisión de los perjuicios es intencionada o es una insuficiencia de expresión, debiendo entonces entenderse comprendidos estos últimos. Nos inclinamos en favor de este último criterio en base del principio del interés y afecto del tutelado, ya que si bien, en cuanto a los bienes, los daños son de fácil apreciación, no es lo mismo por lo que se refiere a la persona, a la que el incumplimiento de los deberes que la ley señala acarreará más perjuicios que daños en la mayor parte de los casos (29).

Otra dificultad es la de hacer efectiva esta responsabilidad. El procedimiento será el establecido por los artículos 903 a 918 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (30).

5.—Dice el artículo 301 del Código civil (31), que *“formado el consejo de familia por el Juez Municipal, procederá aquél a dictar todas las medidas necesarias para atender a la persona y bienes del menor o incapacitado y constituir la tutela”*.

Se pueden distinguir dos fases en la constitución del organismo tutelar (32): *Primera*, desde que surge la necesidad de la tutela hasta que se forma el consejo de familia, que, como hemos visto, ejerce —durante ese lapso de tiempo— provisionalmente la tutela la Autoridad judicial. *Segunda*, una vez formado el consejo de familia, cesa el Juez Municipal en su tutela provisional, pero el hecho es que sigue sin constituirse la tutela; entramos, por consiguiente, en la segunda fase, en la que se encomienda al consejo de familia el constituir la tutela. Pero, entre

---

(27-bis) Esta frase, del artículo 838, núm. 6, de la Ley Orgánica del Poder judicial, ha sido modificada por el artículo 2.º, núm. 5, del Estatuto del Ministerio Fiscal, sustituyéndola por esta otra: *hasta que se les provea de las instituciones tutelares previstas por las leyes en cada caso*.

(28) Vid., en este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN (ob. cit., pág. 280).

(29) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., pág. 205.

(30) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., págs. 205-206 y 138.

(31) Es análogo, este artículo, al 190 del Proyecto de 1851, e idéntico al 268 del Proyecto de 1882.

(32) En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA (ob. cit., comentario al artículo 301) y MANRESA (ob. cit., comentario al artículo 301).

tanto, pueden pasar días, e incluso meses, hasta la total constitución y puesta en marcha del organismo tutelar, por lo que sigue siendo imprescindible la tutela provisional que, ahora, ostentará el consejo de familia hasta tanto constituye la tutela (33).

Como dice ESCOBAR (34), "en tanto entren en funciones el tutor y el protutor, al consejo de familia incumbe la representación del pupilo y, en su consecuencia, atender al cuidado de su persona e intereses, con plenitud de facultades y efectos jurídicos". En este sentido, la Sentencia de 20 de enero de 1904 establece que el consejo puede dictar todas las medidas necesarias para atender y garantizar la persona y bienes del menor o incapacitado.

Las medidas que puede adoptar el consejo de familia —como se observa de la simple lectura de este artículo 301— no están limitadas, por lo que se refiere a los bienes, sólo a los muebles. Sin duda alguna, debido a que esta tutela provisional a cargo del consejo de familia puede ser de mayor duración que la que ostentaba la Autoridad judicial (piénsese en todos los requisitos y formalidades que hay que llenar antes de que el tutor y protutor entren en el pleno ejercicio de sus funciones). Por otra parte, si surgiese litigio sobre los bienes inmuebles del tutelado, lo lógico, en este caso, es que la representación del mismo la ostente el presidente del consejo de familia.

Por lo que se refiere a la persona del tutelado, igual que en el supuesto anterior, lo normal es que el consejo de familia encomiende el cuidado de la misma a una institución o persona de su confianza, quedando responsable de su falta de elección y vigilancia.

Una vez constituido el organismo tutelar, cesará el consejo de familia en su tutela provisional (35).

Su responsabilidad viene establecida, caso de incumplimiento de la obligación que le impone el artículo 301, en el artículo 312, a cuyo tenor "*los vocales del consejo de familia son responsables de los daños que por su malicia o negligencia culpable sufre el sujeto a tutela*". Se trata de una responsabilidad personal e individual, y la manera de liberarse de ella es, según el párrafo 2.º del citado artículo 312, disentir del acuerdo que causó el perjuicio. Por otra parte, su responsabilidad alcanzará, a nuestro modo de ver, tanto a los daños como a los perjuicios (36).

Además, de su responsabilidad, puede ser removido de la tutela el consejo de familia, por conducirse mal en el desempeño de aquélla (37). Como en este supuesto de remoción no hay tutor ni protutor tendremos que estar a lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil, y el Juez,

(33) Vid. Sentencia 27 de mayo de 1904, MANRESA (ob. cit., comentario al artículo 301), MUCIUS SCAEVOLA (ob. cit., comentario al artículo 301), ESCOBAR (ob. cit., pág. 115).

(34) Ob. cit., pág. 115.

(35) Sobre los trámites propios de la constitución de la tutela. Vid. ESCOBAR, ob. cit., págs. 115 y ss.

(36) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., págs. 201-202.

(37) Artículo 238, núm. 4 del Código civil.

a instancia o petición del menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz, podrá concederle un defensor judicial (38).

No es este supuesto, del artículo 301, el único en que el consejo de familia ejerce la tutela provisional. Pues, conforme al artículo 243 del Código civil (39), “*si por causa de incapacidad no entrare el tutor en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá a los cuidados de la tutela mientras se resuelve definitivamente sobre el impedimento. Si el tutor hubiese ya entrado en el ejercicio del cargo, y el consejo de familia declarase la incapacidad o acordase la remoción del tutor, las determinaciones que adopte para proveer a los cuidados de la tutela, en el caso de promoverse litigio, no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial*” (40).

Buena prueba de que es el consejo de familia y no otro quien ejerce esta tutela provisional es que el Tribunal Supremo así ha interpretado —siempre y sin contradicción— este precepto, rechazando la posibilidad de que pudiera nombrarse un tutor interino (41). Ostenta, asimismo, la tutela el consejo de familia cuando, a pesar de haber entrado el tutor en el ejercicio del cargo, sea removido del mismo, con la particularidad de que las determinaciones que el consejo adopte —para proveer a los cuidados de la tutela— necesitan de la aprobación judicial (42).

Certeramente, opina CASTÁN (43) que “el regimen aceptado por el Código para este último caso tiene el inconveniente de los gastos y retrasos que en daño del menor o incapacitado supondrá el expediente de aprobación judicial”. Retraso que, por otra parte, está en contradicción con el carácter provisional de esta tutela.

Ejerciendo esta tutela provisional —igual que en el supuesto anterior— el consejo de familia, no hemos de repetir otra vez lo antes dicho en cuanto al modo de proveer al cuidado de la persona y bienes del tutelado, así como tampoco a la responsabilidad en que incurre caso de incumplimiento. Lo que sí es de notar, a tenor del artículo 241 del Código civil, es que si al sostener el litigio a expensas del menor, los vocales del consejo de familia hubieren procedido con notoria malicia podrán ser personalmente condenados en costas (44).

(38) Vid. LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, págs. 214 y ss.

(39) Es análogo, este artículo, al 209 del Proyecto de 1851, e idéntico al 209 del Proyecto de 1882.

(40) Según la Sentencia de 16 de octubre de 1908, “incumbe al Juez municipal, antes de la constitución del Consejo de familia, la obligación de adoptar medidas encaminadas al cuidado de las personas sujetas a tutela y de sus bienes, según el artículo 203, y después al mismo Consejo, con arreglo al 301, careciendo en tal estado de aplicación el artículo 243...”. Es decir, el artículo 243 es aplicable únicamente al supuesto por él contemplado.

(41) Vid. Sentencias 8 de octubre de 1898 y 21 de enero de 1930.

(42) Vid., en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 1898, 15 de enero de 1901 y 21 de enero de 1930. En contra de este criterio se muestra MUCIUS SCAEVOLA (*ob. cit.*, comentario al artículo 243).

(43) *Derecho civil español, común y foral*; tomo V, vol. 2.º; Madrid, 1958; pág. 286.

(44) Vid., sobre este punto, LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, pág. 198 y ss.

6.—A tenor del artículo 250 del Código civil, “durante el juicio de excusa, el que la proponga estará obligado a ejercer su cargo. No haciéndolo así, el consejo de familia nombrará persona que le sustituya, quedando el sustituido responsable de la gestión del sustituto si fuere desechada la excusa (45).

“Este precepto —según ROYO MARTÍNEZ (46)— debe, lógicamente, ser referido al supuesto de excusa por causa surgida luego de comenzado por el tutor el ejercicio de la tutela, pues es absurdo entenderlo como aplicable al supuesto de excusa alegada al producirse el nombramiento, ya que el ejercicio del cargo supone, como antecedente necesario, la prestación de fianza hipotecaria o pignoratícia y la formación de inventario, y no cree posible —este autor— exigir tales sacrificios al tutor excusado”. No es posible, sin embargo, hacer esta distinción. El criterio del Código es claro: *el que proponga la excusa está obligado a ejercer su cargo*. Por lo tanto, si ejerce el cargo, tendrá que cumplir con todas y cada una de las obligaciones que el mismo implica: prestar fianza, realizar el inventario, etc.; de lo contrario, incurrirá en causa de remoción (47). Y el artículo que comentamos, en previsión de que el tutor que se excusa no quiera ejercer su cargo, establece la sanción: la responsabilidad por la gestión del sustituto, si fuera desechada la excusa. Entenderlo de otro modo no es correcto, pues, aparte de la claridad del precepto legal, la tutela tiene por finalidad —y así lo ha señalado el Tribunal Supremo (48)— la protección e interés de los sujetos a ella y, por consiguiente, todo lo que a la misma haga referencia debe interpretarse con base en el principio de protección e interés; por tanto, no cabe, al aplicar este principio interpretativo, decirse por estimar no comprendido en el artículo 250 al tutor que se excusa al producirse el nombramiento, ya que sería suprimir una garantía al tutelado, la de que el sustituido sea responsable de la gestión del sustituto.

“A nadie se le puede obligar —dice MUCIUS SCAEVOLA (49)— a que desempeñe un cargo que rehusa”. Pero se contradice, el citado comentarista, al afirmar, a continuación, que “cabe emplear medios punitivos que en el temor del castigo envuelvan la coacción, y esto hace el Código”. Pues nos parece ilógico y poco acertado lo que hace el Código, al forzar al que se excusa a ejercer su cargo, ya que no será modelo de guardador aquel que está deseoso de dejarlo (50). Si se

(45) Es igual, este artículo, al 216 del Proyecto de 1851, e idéntico al 216 del Proyecto de 1882. Concuerta con los artículos 1839 y 1840 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El Código civil francés también obliga al tutor que se excusa a continuar en el ejercicio de su cargo (art. 440), e incluso, con un criterio todavía más radical, obliga a los herederos del tutor a continuar la gestión de su causante hasta el nombramiento de un nuevo tutor (art. 419).

(46) *Derecho de familia*; Sevilla, 1949; pág. 348.

(47) Artículo 238 del Código civil.

(48) Sentencia de 16 de octubre de 1908.

(49) Ob. cit., comentario al artículo 250.

(50) En este sentido, ABELLA, *Código civil español*, conforme a lo dispuesto

objetase que si cumple mal se le podrá remover y exigir la debida responsabilidad, diremos que no es una solución buena, ya que es mejor siempre normas preventivas que represivas, y, además, hay actuaciones que pueden ocasionar ciertos daños a los menores o incapacitados (*daños morales*) que son de muy difícil resarcimiento económico. Por otra parte, cuando se excusa, no hay que pensar lo haga por mero capricho o egoísmo, sino que muy bien puede ser por que tenga una verdadera imposibilidad de ejercer el cargo de tutor (51).

Lo anómalo es que se establezca una tutela provisional, puesto que va en contra del principio de la unidad de la tutela que se contiene en el artículo 201 del C. c., según el cual "*la tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia*". Más lógico hubiera sido que —como dice ESCOBAR (52)— "en los casos a que se refiere el artículo 250 C. c., fuese el consejo de familia quien asumiera el ejercicio de la tutela, como ocurre en los del artículo 243, con la limitación establecida en éste, ya que parecen ser análogas las situaciones previstas en el mismo y en el 250, sin perjuicio de otras sanciones que pudiera imponer la ley al alegante de la excusa, si fuese ésta desechada con estimación de temeridad o mala fe por parte del mismo".

Otro inconveniente serio, en contra de esta solución del artículo 250 y, también, certeramente apuntado por ESCOBAR (53), es que el tutor sustituto no prestará garantía, y si la presta —cosa que no ha previsto nuestro Código civil, al no prever la tutela provisional—, será, muchas veces, un gravoso inconveniente para quien va a ejercer un cargo durante muy breve tiempo; lo que dará lugar a que sea difícil encontrar la persona que sustituya al tutor que se excusa, teniendo en cuenta que el consejo de familia debe elegir no a cualquiera, sino a aquel que reúna garantías personales de honradez, moralidad, etc..., y, si es posible, incluso, patrimoniales.

El sustituto, nombrado por el consejo de familia, ejerce una tutela provisional en tanto dure el juicio de excusa. A este tutor provisional DE BUEN le considera un tutor "*ad hoc*" (54).

---

en la Ley de 26 de mayo y R. D. de 24 de julio de 1889, precedido de..., Madrid, 1904; pág. 137.

(51) En este sentido, BONEL (*Código civil español*; tomo I; Barcelona, 1890; págs. 405 y ss.). GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*; tomo I; Madrid, 1852; art. 216) alaba la solución romana como más equitativa y justa; por derecho romano el tutor no podía ser obligado a administrar durante el juicio de excusa, aunque, en último término, si eran desechadas las excusas, tenía la misma responsabilidad que impone el artículo 216 del Proyecto.

(52) Ob. cit., págs. 236-237.

(53) Ob. cit., pág. 237.

(54) *Notas* al COLIN Y CAPITANT (ob. cit., pág. 171); CUNHA GONÇALVES (*Tratado de direito civil em comentário ao Código civil português*; vol. II; Coimbra, 1930; pág. 557) en el comentario al artículo 231 (semejante al 250 del C. c. español) considera, también, al sustituto como un tutor provisional o "*ad hoc*".

Este tutor provisional o "ad hoc" tendrá las mismas atribuciones de un tutor normal en cuanto al cuidado de la persona y bienes del menor o incapacitado, con la única limitación de durar aquél mientras dure el juicio de excusa, limitación que dimana del carácter provisional de esta tutela.

Si la excusa fuese desechada, la responsabilidad por la actuación del sustituto deberá pedirse, a tenor del artículo 250, al sustituido (55). Ahora bien, en tanto se resuelve sobre la excusa, el responsable será el sustituto, el cual tendrá una acción de repetición contra el primitivo tutor en el supuesto de que la excusa fuese desechada.

Si la excusa se confirma, será responsable el sustituto de su propia actuación, y, si éste resultase insolvente (56), estimamos que podrá exigirse responsabilidad del consejo de familia por falta de elección, ya que el consejo de familia es el que tiene el deber de elegir la persona del sustituto, pudiendo exigirle las garantías que estime oportunas.

Es decir, la excusa sólo exonera de responsabilidad al tutor en el caso de que fuese definitivamente admitida.

Por lo que respecta a la gestión del tutor sustituido, anterior a la excusa, éste tendrá que rendir cuenta general de la tutela al sustituto, el cual tiene obligación de pedirla y tomarla, quedando, de otro modo, responsable de los daños y perjuicios (57).

Termina esta tutela provisional si se desecha la excusa, ya que entonces cesa el sustituto y continúa ejerciendo la tutela el sustituido. Y si la excusa se confirma también cesa el sustituto, pues habrá que nombrar un nuevo tutor. Consideramos que, a la vista del artículo 250 de nuestro Código civil, no cabe llegar a otra solución. Sin embargo, en el último supuesto (que se confirme la excusa), lo lógico hubiera sido haber nombrado sustituto a aquel a quien corresponda la tutela legítima, y si la tutela es dativa confirmar al sustituto, pues no pueden beneficiar al tutelado los sucesivos cambios.

---

En el derecho francés, donde se encuentra esta figura del tutor "ad hoc", se le caracteriza como un tutor provisional, para un mandato limitado, encargado de representar al menor para un acto o asunto determinado. Sobre esta figura del tutor "ad hoc", Vid. VIGNALOU-PERER (*Tutelles et Conseils de famille*, 2.ª ed., puesta al día por P. BLONDY; París, 1964; págs. 169 y ss., números 655 y ss.).

(55) Es éste un supuesto de responsabilidad del tutor por hechos de otro.

(56) Tomamos la palabra *insolventia* en un sentido amplio, que comprende también la moral.

(57) Artículo 280 del Código civil. Vid. LETE DEL RÍO. ob. cit., pág. 152.

