

Notas sobre la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados

FRANCISCO DE ASIS SANCHO REBULLIDA
Catedrático de Derecho civil

Según el artículo 1.323 C. c., *para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que a este efecto se le designará por quien corresponda según las disposiciones de este Código y de la Ley de enjuiciamiento civil.*

1. Este precepto —trasunto fiel del 1.387 del Código italiano de 1865, y que llena efectivamente una laguna del Proyecto de 1851— supone, como el 1.318, una modificación de la antigua regla *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (1); si a las capitulaciones de los menores de edad que pueden contraer matrimonio deben concurrir las personas que son llamadas a prestar la licencia familiar para la celebración de tal matrimonio, a las que otorguen los incapaces que puedan contraer matrimonio, debe concurrir el tutor.

2. En rigor, no parece absolutamente correcta la expresión “juicio de interdicción civil”. MUCIUS SCAEVOLA (2) transcribe a este respecto las apreciaciones del jurisconsulto CARVAJAL “... hoy no se sabe a qué clase de juicios se refiere el Código, por una razón sencillísima: porque no hay tal juicio. La interdicción... no requiere su declaración separada o especial, bastando el pronunciamiento de la sentencia (penal) condenatoria para que inmediatamente, por ministerio de la ley, surja la incapacidad del condenado y se proceda al nombramiento de un tutor... Esto de juicio de interdicción suena a la legua a galicismo jurídico; porque, en efecto, con estas mismas voces le califica el Derecho francés, no siendo lícito semejante trasplante a nuestro Código, cuando no existe con ese nombre el juicio de incapacidad...”.

3. ¿Qué es “inhabilitación”? Con esta expresión el artículo 1.323 se refiere, sin duda, por lo menos a la declaración de prodigalidad y consiguiente incapacitación (cfr. arts. 200-3.º y 221 a 227); esto,

(1) Cfr. FUNAIOLI, G. B., *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia?*, separata de la “Rivista del diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia”, número 1-2, año XX, Milán, 1953.

(2) *Código civil*, XXI, Madrid, 1904, págs. 257 y 258, nota 2.

prácticamente, lo reconocen todos los autores (3). MUCIUS SCAEVOLA lo entiende aplicable, además, a los sordomudos que no sepan leer ni escribir (4); MANRESA, en general, a todos los mayores sujetos a tutela (5); en cuanto a los dementes, dicen PÉREZ GONZALEZ y CASTÁN que la solución depende de la que se dé al problema de su matrimonio en intervalo de lucidez (6).

4. La doctrina entiende, en general, que se trata de una tutela limitada y transitoria, es decir, desprovista de protutor y de consejo de familia, y que desaparece una vez otorgadas las capitulaciones. Pero que si el incapacitado tuviese ya constituido el organismo tutelar que le corresponde, no sería necesario nombrarle otro tutor *ad hoc*, sino que el ya nombrado sería quien debe asistir al incapaz en el otorgamiento de sus capítulos matrimoniales.

En el primer supuesto se trataría de una tutela "restringida", sistemáticamente adicionable a la de los menores emancipados o habilitados de edad (arts. 59-3.º, 168, 317 y 324 C. c., y 2.º del Decreto-ley de 1 de marzo de 1937), y a la de los hijos menores de padre viudo desaparecido (art. 2.035 Lec.).

(3) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V-1.º, 2.ª ed., Madrid, 1912, págs. 564 y 565; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, IV, 4.ª ed., Valladolid, 1938, pág. 291; etc. Es más, DE CASTRO aduce que "a pesar de lo terminante de su referencia a haberse promovido juicio de interdicción civil, ha podido dudarse de su aplicación antes de la sentencia, por las siguientes razones: 1.ª, porque no conoce nuestro Derecho un juicio de interdicción civil en el sentido de pena, pues hay sólo la posibilidad de que, comenzado un proceso criminal, se imponga al procesado la pena accesoria de interdicción civil; 2.ª, porque la interdicción y sus efectos van unidos a la duración de la pena, sin que se advierta razón para anticipar sus efectos al no condenado; 3.ª, porque los términos de interdicción civil o inhabilitación se usan en el artículo 1.323, no siempre en el sentido de pena, sino también en el de incapacitación, y con especial consideración al supuesto de la prodigalidad. Podría pensarse que, dirigido el precepto a la prodigalidad y a la interdicción, sólo a aquélla se refiere en el tiempo que media entre la demanda y la sentencia, pues sólo la demanda de prodigalidad abre un período sospechoso (art. 226)" (*Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952, págs. 362 y 363 y nota 1 de esta última). Aduce también que el artículo 1.387 del Código italiano de 1865 estaba referido al artículo 339, "entre cuyos supuestos hay uno paralelo en Derecho español, el del pródigo" (pág. 352, nota 4).

(4) *Op. cit.*, págs. 255 y ss. También ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, IV, 2.ª ed., Madrid, 1963, pág. 134.

(5) *Comentarios al Código civil español*, IX, Madrid, 1904, págs. 189 y ss. También BORREL, *Derecho civil español*, IV, Barcelona, 1954, pág. 324.

(6) Notas al *Derecho de familia* de KIPP y WOLF, vol. 1.º, trad. esp., Barcelona, 1946, pág. 283. También DE BUEN. Notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, trad. esp., VI, Madrid, 1926, pág. 83. Por otra parte, en los casos de sordomudez y prodigalidad, como observa LACRUZ BERDEJO, la capacidad o incapacidad para capitular dependerá de los términos en que esté redactada la sentencia en que se declare la incapacidad. En todo caso —añade— el precepto tiene una eficacia inversa antes y después de la sentencia: antes reduce la capacidad del incapacitado, y luego la amplía sobre la que tendría sin él (*Derecho de familia.—El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, página 284).

Con todo hay algunas apreciaciones que aconsejan repasar, antes de proponer conclusiones, algunas de las opiniones más destacadas.

Para SÁNCHEZ ROMÁN, una vez otorgadas las capitulaciones, “desaparece esta especial tutela *transitoria* (subrayado por él) y se restituye el caso a las reglas correspondientes a la clase de tutela de interdicción o de prodigalidad de que se trate”; y opina que no rigen los artículos 201 y 261 en cuanto a protutor y consejo de familia “montando todo el organismo tutelar, cosa que parece contraria al propósito pasajero de esta designación de tutor, que es más bien una especie de curador *ad hoc* para el caso, y que hasta se opone a la referencia que este artículo 1.323 hace a la Lec., difícil de concordar con el Código, puesto que el sistema tutelar en que aquélla y éste se inspiran son distintos” (7).

MUCIUS SCAEVOLA refiere el precepto principalmente a los supuestos en que se haya instado la acción judicial correspondiente, sin que haya recaído sentencia o no haya alcanzado firmeza: “y que al artículo 1.323 se le haya dado carta de naturaleza principalmente en contemplación al caso del presunto incapaz por prodigalidad manifiesta, pero no declarada judicialmente, o por delito gravísimo ya cometido, pero todavía no ejecutoriado, lo demuestra el hecho de requerirse la asistencia y concurso del tutor *al sólo efecto* del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales”. “De no ser así —dice también— tendríamos que confesar la ignorancia de su razón de ser, porque aquéllos contra quienes ya se ha pronunciado sentencia de interdicción o de inhabilitación quedan sometidos a la representación de un tutor, el cual no está impedido para autorizar los contratos matrimoniales de sus representados” (8). Entiende también que el “juicio de inhabilitación” estará promovido —y regirá, desde entonces, el art. 1.323— desde que se presente la demanda correspondiente: y que, en cuanto a la interdicción, como el sumario constituye sólo una serie de diligencias investigatorias y provisionales, el momento inicial de actuación del precepto será cuando el Ministerio fiscal “presente su querrela de acusación, dando forma justiciable a los hechos que estime investigados y pidiendo la correspondiente sanción penal. La calificación fiscal, en este período, opinamos, por consiguiente, que surtirá los efectos de la demanda” (9). Por lo demás, la invocación de este precepto a la Lec., hace opinar al autor que prescinde “de trámites y organismos acaso no indispensables para el acto concreto de la formalización de un contrato matrimonial”; la designación se hará por el orden que señalan los artículos 220, 227 y 230 C. c., mediante las reglas contenidas en el libro III, tít. III, sec. 3.^a, Lec.; es decir, que la hará el juez conforme disponen los artículos 1.847 y 1.848 Lec. para el curador ejemplar, pero el nombramiento será de

(7) *Op. y loc. cit.*

(8) *Op. cit.*, págs. 256 y 257.

(9) *Op. cit.*, pág. 259.

tutor y recaerá en la persona llamada por el C. c. en aquellos preceptos (10).

MANRESA, en cambio, no configura esta tutela ni como inorgánica ni como claudicante. “En el caso —dice— de que el inhabilitado no tenga tutor nombrado, es claro que habrá de nombrársele; pero cuando ya exista tutor en ejercicio, ¿deberá ser éste el que inter venga, o habrá de designarse otro expresamente para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales? Las palabras *que a este efecto se designará* empleadas en el artículo, no tienen, a nuestro modo de ver, más que una interpretación: la de designarse el tutor para los efectos de otorgar las capitulaciones matrimoniales a que el artículo se refiere; pero en el supuesto de que el incapacitado no tenga ya nombrado tutor, pues si lo tiene, a él corresponderá intervenir en aquel acto, sin que pueda nombrársele otro especial porque lo prohíbe el mismo Código”, citando luego los artículos 199 y 201 (la tutela se ejercerá por *un solo tutor*); más adelante, contestando la pregunta “¿quién nombra ese tutor?” y desarrollando la expresión legal *por quien corresponda*, añade: “Si la sentencia de interdicción civil o de prodigalidad fue dictada anteriormente, cabe que el padre o la madre, en su testamento, hayan nombrado tutor al inhabilitado, debiendo respetarse esta designación. En otro caso, puesto que han de guardarse las prescripciones del Código civil, el nombramiento corresponde al consejo de familia... A este fin se pondrá el hecho por quien corresponda en conocimiento del juez municipal, para que este proceda inmediatamente a la constitución del consejo de familia, por quien ha de ser designado o nombrado el tutor y protutor” (11). Otro aspecto interesa destacar desde ahora en la exégesis —en este punto, correctora— de MANRESA: “Nótese que habla de sentencia pronunciada o de juicio promovido de interdicción civil o inhabilitación, comprendiendo así las diversas situaciones de los incapacitados que sean mayores de edad a quienes se refieren los artículos 213, 218, 221 y 228, según los cuales para nombrar tutor a los locos y sordomudos ha de preceder la declaración de incapacidad en expediente sumario de jurisdicción voluntaria; y respecto a los pródigos y a los que sufren interdicción civil, ha de preceder sentencia declarando la incapacidad en juicio contradictorio. Por consiguiente, no basta que se hayan promovido dichos juicios, sino que es necesario se terminen con la declaración de incapacidad o inhabilitación” (12). En realidad, la tesis interpretativa de MANRESA se funda en esta apreciación: en que el artículo 1.323 no es aplicable sino desde la declaración de inhabilitación, es decir, desde la Sentencia, y que su función específica se limita a cubrir el espacio de tiempo que medie entre aquella declaración y el nombramiento del organismo tutelar. En otras palabras, el

(10) *Op. cit.*, págs. 261-263.

(11) *Op. cit.*, págs. 189 y 190.

(12) *Op. cit.*, pág. 188.

artículo 1.323 sólo sirve para acelerar el proceso preordenado por los artículos 293 y concordantes.

Pero VALVERDE se adhiere a la opinión contraria: “aunque parece que habrá que designar todo el organismo tutelar, por así exigirlo el artículo 201, creemos con SCAEVOLA que al referirse este artículo 1.323 a la Ley de enjuiciamiento, ha querido nombrar para este caso un tutor *ad hoc*, que viniese a sustituir al curador ejemplar de la Ley de enjuiciamiento, y por tanto bastará para estos casos la asistencia y concurso del tutor, sin necesidad de nombrar el resto del organismo tutelar de la tutela ordinaria” (13).

En el mismo sentido se pronuncia DE BUEN para quien “no será necesario, como en otros casos análogos a éste hemos visto, constituir todo el organismo tutelar, bastando un tutor *ad hoc*, caso de que no estuviera constituida la tutela” (14).

PÉREZ y CASTÁN entienden que “este artículo, de dicción tan poco afortunada y que es copia de 1887 del C. c. italiano de 1865, parece crear una tutela especial y transitoria al sólo efecto del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales”; y que “sin que sea fácil armonizar elementos tan contradictorios, cabe sentar como interpretación más probable: 1.º Que el artículo 1.323 se refiere, no sólo a los interdictados, sino también a los pródigos y a los sordomudos; estando subordinada su aplicación a los locos, a la solución que se dé al problema de la posibilidad de su matrimonio en intervalo de lucidez. 2.º Que si existe ya tutor nombrado de antemano, no hace falta nuevo nombramiento. 3.º Que será, por el contrario, necesaria la designación de tutor *ad hoc* cuando no exista tutor ordinario, como sucederá en el caso, previsto en el texto legal, de que haya sido promovido el juicio de interdicción o inhabilitación, sin haber recaído todavía sentencia. 4.º Que no será menester la constitución de todo el organismo tutelar, pues se trata de un tutor, que, dada la referencia que el artículo hace a la Lec., habrá de ser nombrado por el juez (al modo del curador ejemplar de dicha ley) si bien entre los parientes y por el orden que señalan los preceptos del C. c. (cf. arts. 220, 227 y 230)” (15).

BORRELL y SOLER califica el supuesto como “otro caso de tutela incompleta”, afirmando que “el contenido de este artículo no responde al sistema general del Código, pues habla de una tutela especial dispuesta para el caso; pero parece más acertada la opinión de que no es necesaria la designación de un nuevo tutor cuando el que otorga las capitulaciones ya lo tuviere; y que, si no lo tuviere todavía, se le nombrará directamente por el juez, sin necesidad de constituir, al efecto, una tutela especial y transitoria, y un consejo de familia para que lo nombrase”. De la invocación que el precepto hace a la Lec. de-

(13) *Op. y loc. cits.*

(14) *Op. y loc. cits.*

(15) Notas *cits.*, *loc. cit.* En análogo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, 7.ª ed., Madrid, pág. 184.

duce también la aplicabilidad de los artículos 1.847 y ss. de la misma, relativos al curador ejemplar (16).

Para BONET no es necesaria la designación de tutor *ad hoc* “cuando ya se halle sujeto de antemano a tutela por razón de su incapacidad, porque contraría el principio de *unidad de tutela* sancionado por los artículos 199 y 201” y que, en cambio, “será necesario el nombramiento de tutor cuando la demanda o proceso de inhabilitación o interdicción esté en curso sin haber recaído todavía sentencia; pero no es menester la constitución de todo el organismo tutelar, pues se trata aquí de un tutor especial que, dada la referencia que el artículo 1.323 hace a la ley procesal, habrá de ser nombrado por el juez, si bien entre los parientes y por el orden que señalan los preceptos del Código” (17).

ESPÍN entiende que “la incierta expresión del Código parece referirse a una tutela *ad hoc* y transitoria para este acto (18).

Y PUIG PEÑA que “no es menester la constitución de todo el organismo tutelar, en definitiva, se trata aquí de un *tutor especial* que, dada la referencia que el artículo hace a la Lec., habrá de ser nombrado por el Juez, si bien entre los parientes y por el orden que señalan los artículos 220 y ss. de nuestro Código” (19).

A mi juicio no se trata de una tutela unipersonal y transitoria, sino orgánica y estable; su especialidad no radica, pues, en ello, sino en su carácter anticipado y en su eventual firmeza. Sistemáticamente no es, por tanto, referible a la del menor emancipado, e hijo de padre viudo desaparecido, sino, acaso, a la que informa en el juicio civil de incapacitación.

A. Resulta extraño, en primer lugar, que el artículo 1.323 C. c. se refiera a dos supuestos de hecho indistintamente: el haberse promovido juicio, y el haberse pronunciado sentencia, a no ser que se refiera, en este caso, a la que aún no ha adquirido firmeza. Porque si la hubiese adquirido, lo lógico y más normal es que, quien hubiere promovido el juicio de incapacitación, una vez conseguida, inste, en su caso, la constitución del organismo tutelar correspondiente y que sea, entonces, el tutor normalmente nombrado quien asista y concurra al otorgamiento de las capitulaciones del incapacitado. Es poco verosímil que el cónyuge o heredero *ab intestato* del loco o sordomudo (art. 214 C. c.) o el cónyuge o heredero forzoso del pródigo (art. 222) hayan instado su incapacitación y después de obtenida no insten —pudiendo incurrir, incluso, en responsabilidad— la constitución del consejo de familia (art. 293). Tampoco es probable esta pasividad en el cónyuge y herederos *ab intestato* del penado (art. 228, § 2.º).

En estos casos actuará el tutor normalmente designado e implicado

(16) *Op. cit.*, págs. 211 y 223-224.

(17) *Compendio de Derecho civil*, IV, Madrid, 1960, págs. 194 y 195.

(18) *Op. cit.*, pág. 134, nota 11.

(19) *Tratado de Derecho civil español*, II-1, Madrid, 1953, pág. 244.

en el total organismo tutelar. En ello, según se ha expuesto, es pacífica la doctrina.

Así, el artículo 1.323 aparece como más justificadamente referido a los casos en que, pendiente el proceso de incapacitación —o el proceso penal que pueda imponer la interdicción—, no haya recaído aún sentencia firme.

Y, dentro de esta hipótesis, la referencia verdaderamente fundada del precepto es la del presunto pródigo: no hay incapacitación sin sentencia firme (art. 221); pero los actos *anteriores a la demanda* —y nótese que aquí el Código habla de “interdicción”— no podrá ser atacados por causa de prodigalidad (art. 226); ... *¿quid* de los actos posteriores a la demanda pero anteriores a la sentencia?... Entre las cautelas que proveen a esta etapa “sospechosa” aparece plenamente justificada la del artículo 1.323 (20).

Pero nuestro artículo 1.323, al traducir el italiano —con terminología también coincidente con el Código francés—, dejó objetivamente referida la solución a todos los casos de procesos conducente a incapacitación en los que, empero, el presunto incapaz podía contraer matrimonio (*supra*, núm. 3); y, quizá por simple descuido de redacción, también a los casos de incapacitación ya declarada, en las raras hipótesis en que no haya recaído aún nombramiento de tutor.

Objetivamente —lo que llamaríase *mens legis*— esto es así; pero la averiguación de su destino lógico y presumible —la *mens legislatoris*— puede ayudar, si no a restringir, sin más fundamento, el ámbito del precepto, sí a resolver la cuestión planteada en orden a la naturaleza y caracteres de esta tutela.

Y, en este orden de cosas, si el precepto aparece como una medida cautelar en la “etapa peligrosa” del proceso de incapacitación por prodigalidad —extendida a todo proceso que conduce a incapacitación—, parece obligado concluir que se trata de una simple *anticipación* de acontecimientos; se trata de requerir la actuación del tutor cuando aún no está designado y, por tanto, se anticipa su nombramiento; pero no parece que se trate de cambiar la naturaleza de esta tutela ni el mecanismo de su constitución.

Al presunto pródigo —y a los restantes presuntos incapacitados— se les ha de nombrar tutor a través de un mecanismo ordenado por el Código; ello tendrá lugar cuando la correspondiente sentencia adquiera firmeza; pero si, entretanto, ha de otorgar capitulaciones, como a su otorgamiento debe asistir y concurrir el tutor, lo inmediato es pensar que se ponga en marcha, anticipadamente, el mismo mecanismo ya previsto y dispuesto; no que se arbitre otro distinto.

Naturalmente que si el proceso de incapacitación no desemboca en este resultado, el organismo no llega a adquirir estabilidad, queda automáticamente disuelto: pero esta *eventual firmeza* en el nombramiento,

(20) Apoyan esta tesis los argumentos ya expuestos de DE CASTRO (*supra*, nota, 3).

este riesgo claudicante, no predica, de suyo, distinto sistema constitutivo, sino sólo distinta firmeza en su subsistencia.

Lo mismo cabe decir de su actuación. El artículo 1.323 dice que "a este efecto se le designará". Sobre que el precepto no dice "a este sólo efecto", el hecho indudable de que, durante la pendencia del proceso no tenga otra actuación, no quiere decir que sea una tutela distinta de la que se organice siendo firme la sentencia; quiere decir que este tutor ya no vuelve a actuar antes de aquella firmeza (21).

Se podría argüir, desde el punto de vista práctico, que el organismo tutelar del Código, tanto en su proceso constitutivo cuanto en su composición, es demasiado complejo para tan simple actuación; pero, de una parte, cabe oponer que esta objeción no es sólo referible al caso contemplado por el artículo 1.323, sino a todo el sistema tutelar del Código; y, de otra parte, cabe redargüir que, en la mayoría de los casos, con la interpretación dominante aún se complica más, pues hay que montar una tutela conforme a la Lec. para el otorgamiento de capitulaciones y, después, cuando se declare en firme la incapacitación, otra distinta, que es la que hemos calificado de lenta y complicada.

Tutela anticipada, eventual, con posibilidad claudicante; tutela condicionada a la sentencia firme de incapacitación; pero tutela orgánica, de constitución y designación normales.

B. El supuesto de hecho del artículo 1.323 en nada se asemeja a la tutela unipersonal e intermitente del menor emancipado: más bien es inversa.

Cuando el menor obtiene la habilitación de edad, cesa el organismo tutelar ya constituido y que, hasta entonces, había funcionado; pero en esta cesación quedan ciertas actuaciones residuales: el tutor —el mismo que lo fue en el organismo completo y en actuación continuada— actúa para que el menor emancipado o habilitado de edad pueda tomar dinero a préstamo, o gravar o vender bienes inmuebles; para cumplir esta exigencia legal no parece que haya de revivir todo el organismo tutelar (cfr. la S. de 12 febrero 1902).

Y si no existió tutor porque los padres del menor faltaron después de obtenida por éste la emancipación (cuando no existía, pues, patria potestad: arts. 154 y 167), pero antes de la mayoría de edad, no se puede sostener la conveniencia de nombrar protutor y consejo de familia en base a su futura actuación, porque nunca tendrán ya que actuar (22).

Si el supuesto de hecho del artículo 1.323 es de anticipación y eventualidad, el de los artículos 59, 168, 317 y 324 es de residuo y certeza. Observa, según se ha expuesto, MUCIUS SCAEVOLA, que, tratán-

(21) A no ser que, subsistiendo la situación del otorgante, se modifiquen las capitulaciones: el art. 1.319 relativiza la indiscriminada afirmación de la doctrina dominante.

(22) Problema aparte es si, aun en estos casos, y para las exclusivas actuaciones atinentes al nombramiento y posesión del tutor, será necesaria la constitución del consejo de familia.

dose de un sólo acto, de una sola relación jurídica, requerida la intervención del tutor, debe holgar todo organismo de vigilancia, que más bien la supone con referencia a un ejercicio continuado y permanente. Pero esto, que es cierto en relación a las actuaciones tutelares *posteriores* a su extinción, no lo es, de modo absoluto, con relación a las actuaciones *anticipadas* que, probablemente, llegarán a ser continuadas y permanentes.

Lo mismo cabe decir de la administración de bienes de la sociedad conyugal y la comparecencia en juicio del marido menor de dieciocho años (art. 59, § 2.º).

Más semejanza presenta, en cambio (unque también existan notables diferencias), con la tutela de los hijos menores de padre viudo desaparecido (art. 1.035 Lec.); pero este argumento pierde fuerza interpretativa si se tiene en cuenta que procede de la misma Lec, es decir, que no supone una excepción en el sistema adoptado para la tutela por el Código civil.

Dentro del Código, el supuesto de hecho más parecido, a lo que entiendo, se encuentra en los artículos 216 y 217. La tutela de los locos y sordomudos está supeditada a la declaración de incapacidad (art. 213); pero en este proceso de incapacitación debe ser oído el consejo de familia (arts. 216 y 217)... En la práctica se rompe este círculo vicioso mediante la constitución de un consejo *provisional* (23) que, tras la incapacitación, se eleva a definitivo. Aquí sí que hay actuación concreta y aislada de un organismo tutelar anticipada y eventualmente constituido y que, por definición, es el organismo tutelar ordinario dentro del sistema del Código.

C. Ciertamente que el artículo 1.323 dice que este tutor se le designará al presunto incapaz "por quien corresponda, según las disposiciones de este Código y de la Ley de enjuiciamiento civil". En ello se basa la doctrina dominante para entender que lo nombra el juez (artículo 1.847 Lec.), pero conforme a los criterios de vocación del Código (arts. 220 y 227). Ahora bien, ello no resuelve totalmente el caso de que exista delación testamentaria (aunque cabría referir la alusión al Código como referencia puente, en orden a los arts. 206 y ss.) ni, sobre todo, el caso en que no haya delación testamentaria ni legítima, es decir, el caso en que proceda la delación dativa (art. 231); aplicando el artículo 1.847 Lec., ¿cómo quedaría salvada la invocación al propio Código?... y si, entonces, de la doble invocación, al Código y a la Lec., se prescinde de la primera, ¿no es más lógico prescindir de la segunda?

Pero es que, además, esta doble invocación del artículo 1.323 admite otras interpretaciones: a) considerarla no específicamente referida

(23) La jurisprudencia le asignó además, la guarda de la persona y bienes del presunto incapaz (SS. de 20 enero 1904, 7 marzo 1905, 5 diciembre 1945). A juicio de PERE RALUY, *sin fundamento legal alguno* (*Derecho del Registro civil*, II, Madrid, 1963, pág. 811).

a *quien* designará el tutor y mediante *qué procedimiento*, sino como referencia genérica a la normatividad vigente en materia de tutela: el propio Código y lo que de la ley procesal éste haya dejado vigente, sin detenerse a resolver aquí el problema de los límites derogatorios; es decir, interpretar la doble invocación como una referencia abstracta a la ley, al Derecho objetivo; en principio, no es presumible que de un modo tan lacónico e inexpresivo al artículo 1.323 haya querido revivir parcial y excepcionalmente la vigencia de preceptos derogados (24); *b*) que con esta manera de expresarse el artículo 1.323 se refiera a la necesidad de declarar judicialmente —en este caso, incoar el proceso— la incapacitación, según las normas de los artículos 216, 217, 218 y 219 C. c. y las de la Lec. a que éste puede quedar remitido; lo mismo puede decirse del artículo 221 C. c. en relación con la regulación en la Lec. del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía; ha podido querer referirse a que se anticipa la puesta en marcha del artículo 293 C. c. y de los que de la Lec. sean concordantes; *c*) puede suponer un error del legislador que, al tratar de una cuestión de tutela fuera de su *sedes materiae* ha pensado —con toda lógica, por otra parte— que las cuestiones sustantivas (quién designa al tutor, orden de la delación) estaban reguladas en el Código civil, y las procesales (procedimiento para la constitución del organismo tutelar) en la Lec., es decir, no ha tenido en cuenta que el contenido procesal de los artículos 293 y ss. C. c. estaba, conforme al sistema vigente, en el Código y no en la Ley de enjuiciamiento.

En todo caso, la interpretación usual de esta invocación a la Ley de enjuiciamiento civil no tiene sentido si, de los dos supuestos de hecho contemplados por el artículo 1.323 C. c., nos fijamos sólo en el de la sentencia de interdicción o inhabilitación. Y no parece interpretación correcta la de quedarse con la invocación a la Lec. en el caso de que se haya promovido juicio, y prescindir de ella en el de que haya recaído sentencia firme. Los autores, en general, dicen que si el incapacitado ya tuviese tutor (nombrado sólo conforme al Código), no es necesario nombrarle otro; no abordan —salvo MANRESA— la hipótesis de que, estando ya judicialmente incapacitado, no se le haya proveído aún de tutor, pero parece que entonces la solución no puede ser distinta: nombramiento conforme al Código (así, expresamente, MANRESA). Pues bien, la invocación que el artículo 1.323 hace a la Ley de enjuiciamiento está referida a los dos supuestos de hecho en él contemplados; si pacíficamente se prescinde de aquélla en uno de ellos, no se ve razón decisiva para no hacerlo también en el otro.

5. El momento determinante de la actuación del precepto será, en los supuestos de incapacitación, la interposición (o la admisión) de la

(24) Entiende GUASP que en el art. 1.323 C. c. la innovación a la Lec. es un alvoldo material, que no puede contradecir la derogación fundamental establecida en las normas del Derecho civil que se refieren directamente a la materia. (*Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 1663).

demanda. En los de interdicción, no parece que deba ser el de la que-
rella o denuncia; MUCIUS SCAEVOLA, como queda expuesto, entiende
que lo constituye la calificación fiscal; pero quizá pueda entenderse
que, desde el Auto de procesamiento, queda ya “promovido juicio de
interdicción civil” a los efectos de este precepto, esta interpretación
hallaría cierto apoyo en la analogía con la procedencia de las medidas
cautelares.

