

Notas sobre la delación testamentaria del protutor

Según el artículo 233 del Código civil, *al consejo de familia corresponde nombrar protutor cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho a elegir tutor para los menores.*

Por tanto, con carácter previo a la delación dativa, pueden nombrar protutor las personas a quienes la Ley permite nombrar tutor. Estas son, según el artículo 206, el padre y la madre del menor o incapacitado; incluso se da, entre ambos preceptos, una cierta redundancia, pues este último artículo autoriza a los padres a nombrar a sus hijos tutor y *protutor*. Pero, después, el artículo 207 concede que puedan *nombrar tutor a los menores o incapacitados el que les deje herencia o legado de importancia*. Y aquí ya no hay redundancia, pues el artículo 207 no menciona al protutor.

Con lo que cabe preguntar, ¿también los extraños del artículo 207 pueden designar protutor?... Si sólo dispusiéramos, para la solución, de los artículos 206 y 207, tendría que ser negativa, pues el 206 autoriza expresamente a los padres a nombrar protutor a sus hijos, y el 207 solamente tutor; sin embargo, parece que, a la vista del 233, se impone la afirmativa: en cuanto a este precepto, la única diferencia es que no resulta redundante.

Ello admitido, se plantea otra cuestión; porque el artículo 233 no dice que puedan nombrar protutor para los menores *e incapacitados* quienes pueden nombrarles tutor..., sino que pueden nombrar protutor—sin precisar para quiénes—los que tienen derecho a nombrar tutor para *los menores*, sin añadir a los incapacitados.

Con ello caben dos interpretaciones: a) referir el «para los menores» al término de referencia, es decir: pueden nombrar protutor para los menores y para los incapacitados los que pueden nombrar tutor para los menores, y b) referir el «para los menores» al término referido, es decir: pueden nombrar protutor para los menores quienes pueden nombrarles tutor.

Gramaticalmente parece preferible la solución *sub*, a), pues «para los menores» está referido al tutor. También lógicamente, pues esta solución equipara el régimen de la delación testamentaria del protutor a la del tutor, y no se ve razón para justificar un régimen diverso.

Los precedentes y concordancias poco pueden ayudar en la exégesis del precepto; en el Código francés—del que se importó la figura—la delación del *subrogé tuteur* es solamente dativa. En el italiano de 1865, cabía la delación testamentaria del protutor (artículo 264), atribuida, como la del tutor, a los padres respecto de los hijos menores (art. 242) y de los interdictos por enfermedad mental (art. 339, § 2.º); al extraño no se le permitía nombrar tutor, pero si instituía heredero o nombraba legatario, podía designarle un curador especial encargado solamente de la administración de los bienes que le dejara (art. 247). En el Proyecto español de 1851 no se admite la delación testamentaria hecha por extraños; se limita al padre, y, en su defecto, a la madre, para los hijos menores (arts. 177-180 y 185), así como curador para los mayores dementes, sordomudos (art. 294) o pródigos (art. 299).

* * *

¿Cabe delación testamentaria de protutor sin hacerse también la de tutor?

La hipótesis es improbable; lo lógico es que, quien designa protutor a un menor o incapaz, lo haga además de designarle tutor (con lo que, si infringe la regla del artículo 235 del Código civil, tal designación será inválida, a tenor del artículo 4.º); pero cabe imaginar también la designación aislada y no se ve argumento alguno contra su validez.

El problema surge cuando la delación legítima del tutor recae en persona que sea pariente de la misma línea que el protutor de-

signado testamentariamente. ¿Qué delación debe prevalecer?... Como quiera que la designación de tutor no está limitada en este sentido, constituyéndose así en punto de referencia para calificar el parentesco del protutor, deberá prevalecer aquélla, considerar nula la de éste, y proceder a su delación dativa, respetando la regla del artículo 235.

FRANCISCO SANCHO REBULLIDA.