

## ARTÍCULO 1248.

Hecho y aceptado el nombramiento, se determinará con audiencia del promotor del juzgado el importe de la fianza que haya de prestar el curador nombrado.

La misma audiencia deberá tener lugar para la apreciación y aprobación definitiva de la fianza que se prestare.

## ARTÍCULO 1249.

Dada y aprobada la fianza, se discernirá el cargo al nombrado.

Estos artículos disponen lo mismo que el 1240 á 1242: para evitar repeticiones, véase el comentario de estos.

## ARTÍCULO 1250.

Discernido el cargo, se hará entrega al curador del caudal del incapacitado por inventario que se unirá al expediente.

La obligación de hacer inventario es general á todos los tutores y curadores de bienes, tanto que si no lo hacen pueden ser removidos por sospechosos (1). Por eso parecía lo más lógico y conveniente que esta disposición, y lo mismo la del art. 1252, que debiera estar colocado á continuación del presente, se hallasen entre las generales de la sección 5ª de este mismo título. Pero sin duda la nueva ley no se ha propuesto consignar aquí la obligación de hacer inventario; sino la de que se entreguen por inventario al curador ejemplar los bienes del incapacitado. Esta entrega deberá autorizarla el escribano, uniendo dicho inventario al expediente con la correspondiente diligencia en que se acredite, que el curador recibió los bienes en él expresados.

Y no solo debe hacerse al curador bajo inventario la entrega del caudal del incapacitado, sino también la de cuantos títulos le pertenezcan, ya sirvan para justificar sus intereses y derechos, ya para la administración de sus bienes y para que el curador pueda percibir los frutos y rentas de los mismos. Si cualquiera de estos documentos ó bienes obrase en poder de un tercero que se resista á entregarlo, el mismo juez, que conozca del expediente sobre nombramiento de curador, tiene jurisdicción para obligarle á ello, por ser un acto indispensable para llevar á efecto lo dispuesto en el artículo que comentamos. Así lo tiene declarado el tribunal Supremo de Justicia por sentencia de 30 de junio de 1859, decidiendo una competencia entre el juez de primera instancia del distrito de Maravillas de Madrid y el de igual clase de Santander.

## ARTÍCULO 1251.

Todo expediente que se formare para el nombramiento de curador ejemplar, hecha que sea la entrega de los bienes, se protocolizará en la escribanía pública del lugar del domicilio del incapacitado, ó en la que el juez designe si hubiere más de una.

Caso de no haber ninguna, la protocolización se hará en la escribanía de la cabeza de partido que el juez determinare.

Esta disposición tiene sin duda por objeto facilitar el medio de encontrar en cualquier tiempo las noticias, que puedan convenir, respecto á la curaduría de un incapacitado; pero la misma razón había para haberla hecho extensiva á los tutores y curadores de bienes. El expediente se incorpora al protocolo en el lugar que le corresponde entre las escrituras matrices, y por esto será conveniente que, cuando el nombramiento de curador ejemplar sea consecuencia de una ejecutoria dictada en juicio con-

1. Leyes 15, tít. 16, y 1ª, tít. 18, Part. 6ª

tradictorio, no se actúen estas diligencias á continuación de los mismos autos, sino en pieza separada, poniendo por cabeza copia fehaciente de la ejecutoria, y solo esta pieza es la que debe protocolizarse. Cuando deba el juez designar la escribanía en que haya de protocolizarse el expediente, convendrá lo haga de aquella de que acostumbrara valerse para sus actos civiles el incapacitado, ántes de serlo, ó sus ascendientes.

## ARTÍCULO 1252.

Se dará asimismo á reconocer al curador nombrado como tal á quien corresponda, según las circunstancias del caudal.

Lo mismo decimos de esta disposición que de las dos anteriores, en cuanto á que debieran, en nuestro concepto, estar entre las generales del presente título, para que fuera general su aplicación. Además, el orden natural exigía que se le hubiese colocado á continuación de la del art. 1250. En la misma providencia en que el juez mande que se haga entrega al curador por inventario del caudal del incapacitado, habrá de mandar también que se dé á reconocer como tal á quien corresponda; y hecho todo, como que con ello queda terminado el expediente, acordará su protocolización.

Corresponderá dar á reconocer al curador á los inquilinos, colonos ó arrendatarios, y demás personas con quienes deba entenderse, según la clase y circunstancias del caudal. Para no causar costas, sin necesidad, convendrá no practicar diligencias de esta clase sino las que el mismo curador designe como necesarias. Y además, deberá dársele testimonio del discernimiento para que pueda acreditar su personalidad cuando convenga.

## SECCION CUARTA.

## DEL NOMBRAMIENTO DE CURADOR PARA PLEITOS.

Curador *ad litem* ó para pleitos es la persona á quien se encarga judicialmente la representación y defensa en juicio de los menores ó incapacitados. También el derecho civil y la antigua jurisprudencia han sufrido algunas modificaciones en esta materia por la nueva Ley de Enjuiciamiento, como se verá en los siguientes comentarios.

Antes indicáremos que el juez competente para conocer del nombramiento de estos curadores es el mismo que para los tutores ó curadores de bienes: véase lo que sobre esto hemos dicho en el presente tomo. El art. 1255 dá á entender claramente que debe serlo el juez del domicilio del menor. No siendo este juez, ó el del ab-intestato ó testamentaria, el que conozca del pleito en que haya de hacerse el nombramiento de curador para pleitos, creemos deberá exhortar para ello al del domicilio del menor. No de otro modo podría tener cumplimiento dicho artículo.

Téngase también presente, que el curador para pleitos no tiene derecho á retribución alguna por el desempeño de su cargo: ni la ley se la señala, ni es compatible con la naturaleza de tal cargo, que es de piedad y de confianza. Pero si con motivo ú ocasión de él tuviera que hacer algún viaje, ó sufragar algunos gastos, bien podrá reclamar la correspondiente indemnización, ó el reintegro de lo que legítimamente hubiere desembolsado. Si fuese procurador causídico, y representara por sí al menor en el pleito, podrá percibir los derechos que como tal le correspondan con arreglo á los aranceles judiciales, pues en tal caso no devenga ni exige estos derechos en concepto de curador del menor, sino en el de procurador del juzgado, y como tal puede exigirlos y deben serle abonados, como se abonarian á cualquier otro procurador. Por la

propia razon si fuere letrado, y se encargara por sí mismo de la direccion y defensa del pleito, podria exigir los honorarios que por este concepto le correspondieran.

No se nombrará curador para pleitos á los menores de doce y catorce años, ni se permitirá los nombren á los mayores de dichas dos edades respectivamente, sino cuando sus tutores ó curadores no puedan con arreglo á derecho representarlos.

## ARTÍCULO 1254.

En todos los demas casos no podrá representar á los menores mas que su tutor ó curador, sin que por ningun pretexto se admita la representacion del curador para pleitos.

“El guardador en nome del huérano deve demandar, ó defender el derecho del en todo pleyto, quel moviesse, ó le fuesse movido en juicio.” Aunque era generalmente observada esta disposicion tan terminante de la ley 17, tít. 16, Partida 6<sup>a</sup>, en algunos juzgados solia nombrarse á los menores ó incapacitados curador para pleitos, á pesar de tener tutor ó curador de bienes sin impedimento para representarlos. Aun era mas general la práctica de proveer de curador para pleitos al menor que carecia de tutor ó curador *ad bona*. A corregir estos abusos van dirigidos los artículos que comentamos. Siguiendo el principio de la ley de Partida, establecemos como regla general, que el tutor, ó el curador de bienes, en su caso es el legítimo representante en juicio de su menor ó incapacitado, y como escepcion, que cuando aquellos no puedan representar á éstos con arreglo á derecho, se les provea de curador *ad litem*; pero añadiendo, como para restringir el sentido de esta excepcion, que fuera de este caso no se admita bajo ningun pretexto la representacion del curador para pleitos.

Siempre que el tutor ó curador tenga interés personal en el pleito que haya de seguirse á nombre de su menor, no podrá representar á éste, y en tal caso es cuando se le ha de proveer de curador para pleitos: así se consigna tambien espresamente en el art. 420. Pero si no se oponen ó escluyen, ántes bien son idénticos el interés del uno y el del otro, de modo que pueden hacer unidos su defensa, no habrá necesidad de tal nombramiento. Supongamos que el tutor y su menor tienen igual derecho á una herencia, y que se ven en la necesidad de reclamarla judicialmente: en el pleito que para esto se siga, podrá el tutor comparecer por sí y á nombre de su menor; pero si ganan el pleito, para hacer entre ambos la particion de los bienes será necesario nombrar al menor un curador *ad litem*. Sobre este punto no se ha hecho novedad.

La principal novedad consiste en no poderse suplir con el curador para pleitos la falta de tutor ó curador para los bienes, prescindiendo de este nombramiento, ó aplazándolo indefinidamente. Lo primero que debe hacerse hoy es nombrar tutor ó curador *ad bona* al que lo necesite, y solo en el caso de que estos tengan incompatibilidad para representar en juicio á sus menores ó incapacitados, es cuando se hará el nombramiento de curador para pleitos. Esta es nuestra opinion, de conformidad con el texto literal de los artículos que comentamos, y con lo que disponen tambien el 353, 416 y 420. Sin embargo, cuando se empeñe cuestion sobre el nombramiento de tutor ó curador, si tuviese el menor que seguir algun otro pleito, la necesidad exige que se le provea de curador para este pleito, á fin de que no quede abandonada su defensa por falta de representacion legítima mientras se resuelve aquella cuestion. Véase lo que hemos dicho sobre esto en el comentario del art. 1230.

Indicaremos, por último, que aunque estos artículos y los demás de la presente sec-

cion hablan solo de menores, es indispensable hacer estensivas sus disposiciones á los incapacitados, pues para este efecto se encuentran en idéntico caso, y esta ha sido siempre la jurisprudencia.

## ARTÍCULO 1255.

El nombramiento de curador para pleitos, cuando el Juez hubiere de hacerlo, debe recaer en pariente inmediato, si lo hubiere, del menor; en su defecto, en persona de su intimidad, ó de la de sus padres; y no habiéndolos, ó no siendo aptas las que hubiere, en vecino del lugar del domicilio del menor que mereciere la confianza del Juez.

Era práctica general conferir el cargo de curador para pleitos á cualquiera de los procuradores del juzgado en que se hacia el nombramiento. Esta práctica tenia, en cierto modo su apoyo en la ley, pues por autos del Consejo de 17 de Julio de 1790 y 9 de Mayo de 1792, insertos en la nota 2<sup>a</sup> al tít. 25, lib. 4<sup>a</sup> de la Novísima Recopilacion, se ordenó que se repartieran entre los procuradores de los Reales Consejos las defensorías y curadorías *ad litem* para los negocios que ocurrieran en los tribunales y juzgados de la corte, lo cual se ejecutara por el repartidor que ellos mismos nombrasen. Por regla general no habia abusos que lamentar; pero como podian cometerse por el interés de los procuradores en seguir ó prolongar el pleito para percibir sus derechos, ha querido la nueva Ley que, además del procurador, que necesariamente habrá de intervenir en el pleito si es de mayor cuantía, haya otra persona afecta al menor por el parentesco ó la amistad, que vele por sus intereses, y á este fin se dirige el artículo que comentamos.

Con arreglo á él, siempre que corresponda al Juez hacer el nombramiento de curador para pleitos, lo cual sucederá siempre que sea para representar á un menor de 14 ó 12 años, segun sea varon ó hembra, ó á un incapacitado, deberá recaer en un pariente inmediato de éstos, si lo hubiere con aptitud para ello y que no tenga el mismo impedimento que el tutor. Por esto sin duda no se dice «en el pariente mas inmediato», sino «en pariente inmediato.» Aunque esta denominacion es relativa, y no se halla definida, creemos no pueden reputarse como tales á los que pasen del cuarto grado civil. A falta de pariente con estas circunstancias, debe recaer el cargo en persona de la intimidad del menor ó incapacitado, ó de la de sus padres; y no habiéndola con la aptitud necesaria, en un vecino del lugar del domicilio del menor, que merezca la confianza del Juez. Esto dá á entender además, como ya hemos indicado, que al Juez de dicho domicilio corresponde hacer este nombramiento.

Nótese que no se escluye espresamente á los procuradores de los tribunales: podrán ser nombrados, si se encuentran en alguno de los casos antedichos; pero visto el objeto de la Ley, cuando el Juez haya de elegir á un vecino del domicilio del menor, deberá dar la preferencia á persona que no sea procurador del juzgado. Esto no se opone á que el curador nombrado confiera poderes á un procurador para que se siga el pleito, como es indispensable hacerlo si es de mayor cuantía, encargando su direccion á un letrado de crédito y de su confianza.

## ARTÍCULO 1256.

Los menores mayores de catorce años siendo varones, y de doce si hembras, podrán nombrar curador para pleitos á quien tengan por conveniente.

## ARTICULO 1257.

Queda sin embargo al prudente arbitrio del Juez otorgar al nombrado el discernimiento del cargo, ó negárselo, si creyere que no reúne las circunstancias necesarias para desempeñarlo.

## ARTICULO 1258.

El nombramiento deberán hacerlo los menores por comparecencia que suscriban ante el Juez.

## ARTICULO 1259.

Hecho que sea el nombramiento, si el Juez no encuentra en él dificultad, discernirá el cargo al nombrado.

Estos cuatro artículos son claros y de fácil ejecución. El primero de ellos, reconociendo y respetando el derecho que nuestras leyes conceden á los huérfanos mayores de 14 años, si son varones, y de 12, si hembras, pero menores de 25, que no estén incapacitados, para elegir el curador que haya de representarles en juicio ó cuidar de sus bienes, ordena que podrán nombrar curador para pleitos á quien tengan por conveniente. Pero esta amplia facultad, en cuanto á la designación de persona, tiene su correctivo en la que el artículo 1257 concede al Juez para otorgar ó negar al nombrado el discernimiento del cargo, la cual se deja á su prudente arbitrio, según crea que reúne, ó no, las circunstancias necesarias para desempeñarlo.

Si el Juez, por el conocimiento que tenga de la persona, ó por informes que haya tomado confidencialmente, cree que el curador elegido no reúne dichas circunstancias, ó no es conveniente para los intereses del menor, le negará el discernimiento del cargo, sin necesidad de dar la razón que para ello tenga, puesto que la ley lo deja á su prudente arbitrio, y mandará se haga comparecer de nuevo al menor para que designe ó elija otra persona. Podrá suceder que el menor pida reposición ó mejora de esta providencia, solicitando se discierna el cargo al curador por él elegido por reunir las circunstancias necesarias para desempeñarlo. Si el Juez no accede á esta pretensión y se empeña cuestión sobre ello, se hará lo que dispone el art. 1260.

También podrá suceder, que comparecido el menor ante el Juez se niegue á designar otra persona: en tal caso el Juez le apremiará con apercibimiento de nombrarle el curador de oficio; y así se practicará, si aquel insiste en su negativa. Se hará igualmente de oficio el nombramiento siempre que el menor se niegue á verificarlo, ó lo deje á elección del juzgado. Téngase presente que, según la ley 13, tit. 16, Part. 3.<sup>a</sup> es obligatorio el nombramiento de curador para pleitos, y el Juez puede y aun debe dar tales guardadores, si los menores no hacen por sí el nombramiento: no es como en el de curador para los bienes, que no puede apremiárseles á que lo reciban.

Según el artículo 1258, los menores deberán hacer dicho nombramiento por comparecencia ante el Juez. Lo mismo dispone el 1238 respecto del nombramiento de curadores para los bienes: véase, por tanto, lo que sobre esto hemos dicho en el comentario de dicho artículo. Y hecho el nombramiento, si el Juez no encuentra en él dificultad, discernirá el cargo al nombrado (art. 1259); pero haciéndoselo saber previamente para su aceptación, sin juramento, y para que otorgue la obligación de que habla el art. 1269. Estos curadores no están obligados á prestar fianza, como se deduce del 1268, de conformidad con la antigua jurisprudencia. Véanse también los comentarios de estos dos artículos.

## ARTICULO 1260.

Si sobre el discernimiento del cargo se empeñare cuestión, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor el Promotor Fiscal del juzgado.

Habla este artículo del caso en que se empeñe cuestión sobre el discernimiento del cargo de curador para pleitos, disponiendo que se sustancie en juicio ordinario. ¿Y por qué no también cuando la cuestión verse sobre el nombramiento, ó necesidad de hacerlo, sobre el orden de preferencia que marca el art. 1255, ó sobre la aptitud del elegido? Todas estas cuestiones están, en nuestro concepto, comprendidas implícitamente en la disposición del artículo que comentamos, pues el que hace oposición al nombramiento ó á la aptitud del elegido, lo que en realidad pretende es que no se le discierna el cargo. Con el mismo objeto y para caso igual están dictadas las disposiciones del art. 1230 y párrafo 2.<sup>o</sup> del 1236, y sin embargo no se habla en ellas del discernimiento, sino del nombramiento: acaso se hayan tomado como sinónimas estas dos palabras según lo hace el Diccionario de la Academia, no obstante que en el lenguaje forense cada una de ellas tiene su significación propia. Siempre, pues, que se empeñe cuestión sobre cualquiera de los objetos indicados, que impida el inmediato discernimiento del cargo, ha de sustanciarse en juicio ordinario de mayor cuantía, en el cual el menor, y lo mismo el incapacitado en su caso, será representado por el Promotor fiscal del juzgado.

Mientras se ventila y falla esta cuestión, ¿quién representará al menor en el juicio principal, que ha motivado el nombramiento de curador *ad litem*? Creemos que también el Promotor fiscal, puesto que el menor no tiene otra representación en tal caso. Si el juicio principal pudiera suspenderse, sin perjuicio del menor, mientras se sustancia y falla la cuestión sobre el nombramiento ó discernimiento del curador para pleitos, sería más expedito adoptar este medio; pero como eso no podrá ser las más veces, sobre todo cuando sea demandado el menor, y como no es justo que éste quede sin representación ni defensa, no hay otro medio que el de ser representado por el Promotor, á quien está confiada por la ley la representación y defensa de las personas desvalidas. Esta representación cesará luego que se discierna el cargo al curador para pleitos.

## SECCION QUINTA.

## DEL DISCERNIMIENTO DE LOS CARGOS DE TUTOR Y CURADOR.

Por discernimiento se entiende el acto ó diligencia judicial, por la cual el Juez confirma en su cargo al tutor ó curador nombrado, confiriéndole las facultades necesarias para representar al menor ó incapacitado, y para cuidar de su persona y bienes.

Examinando los artículos que comprende esta sección, se echa de ver que su epígrafe no corresponde al objeto de la misma, pues si en ella se habla del discernimiento, es solo por incidencia, como se ha hecho en las secciones anteriores. Su objeto principal es determinar lo que ha de preceder á dicha diligencia; y en este sentido pudiera haberse titulado, ó también de "disposiciones comunes á las secciones anteriores," puesto que á todas ellas es aplicable lo que aquí se ordena. Trátase de los alimentos y asistencia de los menores ó incapacitados, y de la fianza y obligación de los tutores y curadores, introduciendo, como en toda esta materia, modificaciones importantes en nuestro antiguo derecho civil, según demostraremos en los siguientes comentarios.