

marginales, indicando que su administracion corresponde al tutor ó curador, cuyo nombre ha de designarse. Y todo esto ha de proceder al discernimiento del cargo.

Ahora bien: en las testamentarias y ab-intestatos, hasta que se haga la liquidacion y particion de la herencia, no puede saberse lo que corresponde á cada interesado. El nombramiento de tutor ó curador, cuando hay menores ó incapacitados, y discernimiento del cargo han de preceder necesariamente á estas operaciones. ¿Cómo, pues, llenar los requisitos antedichos? En la imposibilidad de hacerlo, se ha adoptado generalmente en la práctica el medio de exigir preventivamente la fianza que el Juez considera suficiente, sin perjuicio de aumentarla, caso necesario, cuando conste con exactitud la entidad del caudal del menor, y sea entregado al tutor. Mientras no llegue este caso, no hay peligro de que el tutor abuse. La ampliacion de fianza está además autorizada por los arts. 215 y 216 de la Ley hipotecaria, debiendo observarse iguales formalidades que para la constitucion de la primera. La misma justificacion sobre la importancia, aproximada al ménos, del caudal del menor, tanto en muebles como en raíces, y de sus productos, que en el comentario anterior hemos dicho debia suministrarse para hacer el señalamiento de alimentos, podrá servir para fijar la entidad de dicha fianza. Y las notas marginales, en las inscripciones de la propiedad, se pondrán nego que se termine la particion de la herencia, pues antes no pueden constar en el registro los inmuebles que correspondan al menor. Si los tuviese de otra procedencia, inscritos ya á su favor, en estos se pondrán las notas indicadas.

Concluirémos con una reflexion á los que tengan escrúpulo de aceptar el procedimiento indicado. Supongamos un menor, cuyos bienes sean insignificantes ó de escaso valor: también será insignificante la fianza que se habrá exigido á su tutor. Pero ese mismo menor adquiere despues una pingüe herencia: ¿podrá negarse á su tutor su intervencion en los inventarios y demás operaciones de la testamentaria? De ningún modo. Tampoco podrá exigírsele la ampliacion de fianza hasta que llegue el caso de hacerle entrega de los bienes. Pues lo mismo debe suceder en el caso antes supuesto. Cuando se discierne el cargo al tutor, el menor no posee bienes: los que le corresponden están confundidos con todos los de la herencia, y al cuidado del administrador de la testamentaria; no hay, por tanto necesidad de que el tutor afiance por lo que no ha recibido ni puede aun recibir, ni se sabe á cuanto ascenderá. Pero el Juez tendrá buen cuidado de exigirle la correspondiente fianza, ó la ampliacion de la ya prestada, antes de hacerle la entrega de lo que corresponda al menor. Y despues de aprobada y registrada la particion, y no antes, podrán ponerse las notas marginales en las inscripciones de propiedad de los inmuebles.

ARTICULO 1268.

Para el discernimiento del cargo de curador para pleitos, basta acreditar el nombramiento hecho de cualquiera de las maneras consignadas en esta Ley.

Como el curador para pleitos no tiene que administrar bienes, ahora, lo mismo que antes, está relevado de la obligacion de prestar fianzas, impuesta á todos los demás curadores. Así, lo dá á entender este artículo al ordenar que, para el discernimiento de dicho cargo, "basta acreditar el nombramiento hecho de cualquiera de las maneras consignadas en esta Ley," en la seccion 4.^a del presente título. Sin embargo, aunque el curador *ad litem* no administre bienes, puede incurrir en responsabilidad por abandonar la defensa del menor, ó por no haber desempeñado su cargo con todo celo y diligencia, ó por otros abusos que hayan contribuido á que el menor pierda el pleito, que en justicia debiera haber ganado, y bueno fuera haber asegurado en fa-

vor de éste la indemnizacion de perjuicios. Acaso se haya tenido en consideracion, para no hacerlo así, que, siendo un cargo de confianza y sin retribucion, no era justo imponerle la carga de la fianza; y que la garantía está en la facultad que conceden al Juez los arts. 1255 y 1257 para negar el discernimiento del cargo, cuando no merezca su confianza el elegido.

Pero no basta solo acreditar el nombramiento para que el Juez deba discernir el cargo al curador para pleitos, como supone con poca exactitud el artículo que comentamos. La disposicion del 1269, que sigue, es de aplicacion general, y por lo tanto es necesario que otorgue previamente *apud acta* la oportuna obligacion, aunque sin juramento, de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo bajo la responsabilidad que las leyes imponen; y otorgada que sea esta obligacion, se estenderá en seguida la diligencia de discernimiento, con arreglo al 1270. La intencion de la Ley, en el presente artículo, ha sido indudablemente la de declarar que las disposiciones de los anteriores, relativas al señalamiento de alimentos y prestación de fianzas, que han de preceder en todos los demás casos, no son aplicables al curador para pleitos, y en este concepto ha dicho que basta acreditar el nombramiento para que se le discierna el cargo; pero no se refiere, ni podia referirse al artículo siguiente, cuya letra comprende á todos los anteriores, incluso el de este comentario.

ARTICULO 1269.

Cumplido cuanto queda dispuesto en los artículos que preceden se exigirá al nombrado que otorgue en el mismo expediente la oportuna obligacion á desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo bajo la responsabilidad que las leyes imponen.

ARTICULO 1270.

Otorgada dicha obligacion, se estenderá en seguida la diligencia de discernimiento, en la cual el Juez dará facultades al nombrado para representar al menor con arreglo á las prescripciones legales, y para cuidar de su persona y bienes.

El primero de estos artículos ha modificado notablemente la antigua jurisprudencia. Segun ésta, hecho el nombramiento de tutor ó curador para bienes y ejemplar, se hacia saber al elegido para su aceptacion y juramento, y para que prestase la correspondiente fianza que, como hemos dicho, era de fiadores. Otorgada ésta ante escribano por medio de escritura pública, se presentaba copia en el expediente, y si el Juez la estimaba bastante, le prestaba su aprobacion, y sin más trámites mandaba discernir el cargo. Si el curador era para pleitos, se le discernia el cargo con solo la aceptacion y juramento. Esta diligencia se estendia *apud acta* en todo caso, autorizándola solamente el escribano, y en ella se obligaba el tutor ó curador bajo el juramento prestado, á desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo.

Todo esto ha variado en el dia. En primer lugar, ya no debe exigirse el juramento, no obstante que era de ley (1), puesto que el art. 1269 se contenta con la obligacion de que en él se habla, y en ningun otro se exige tal requisito (2). En segundo lugar, la fianza ha de ser hipotecaria, y no de fiadores; y ha de otorgarse en el mismo espe-

1. Ley 9, tít. 16, Part. 6.^a

2. En confirmacion de esto, véase la exposicion de *Motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil*, por el Sr. Gomez de la Serna, el cual en la página 229 dice lo siguiente: «La Comision creyó que no debia exigirse el juramento, vínculo que por desgracia no es tan eficaz en nuestros tiempos, como en los siglos anteriores.»

diente, y no por escritura separada, previa la fijación de su entidad, y la aprobación ó declaración de ser suficientes las fincas que para ella se ofrezcan, en la forma que hemos explicado al comentar los arts. 1224 1264 y sigs. Y por último, no solo ha de preceder al discernimiento la aceptación y fianza, sino también el señalamiento de alimentos, ó de fruto por pensión, según el art. 1261. A todas estas disposiciones se refieren los arts. que comentamos al ordenar que, "cumplido cuanto queda dispuesto en los artículos que preceden, se exigirá al nombrado que otorgue en el mismo expediente la oportuna obligación de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, bajo la responsabilidad que las leyes imponen," y otorgada esta obligación se extenderá en seguida la diligencia de discernimiento.

A primera vista parece que dicha obligación deba ser un acto separado ó independiente del otorgamiento de la fianza, puesto que de éste se habla en el art. 1264; pero basta el sentido común para comprender que no pueden ni deben separarse estos dos actos. El tutor ó curador se obliga á desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, y para asegurar el cumplimiento de esta obligación presta la fianza hipotecaria: en un mismo acto, pues, debe otorgarse lo uno y lo otro, y solo podrán separarse, aunque no hay necesidad de ello, cuando no sea el mismo tutor, sino otra persona por él, quien constituya la hipoteca. Así, aprobada la fianza por el Juez con arreglo á lo que prescribe el art. 1224, se otorgará en el expediente la obligación antedicha, constituyéndose á la vez la hipoteca; y no en seguida, como dice el 1270, sino después que ésta haya sido inscrita en el Registro de la propiedad, se extenderá la diligencia de discernimiento.

En este sentido han sido ampliadas las disposiciones de que tratamos por las de la Ley hipotecaria y del Reglamento para su ejecución, que se refieren á esta materia. Véanse en este tomo, y téngase presente que empezarán á regir en 1.º de enero de 1863. Según los artículos 149 y 150 de dicho Reglamento, luego que el Juez declare ser suficientes las fincas ofrecidas en hipoteca, se constituirá ésta por medio de un acta, que extenderá el escribano en el mismo expediente, firmará el tutor ó curador, y aprobará el Juez en auto separado, mandando al propio tiempo que se hagan las anotaciones que previene el art. 152. De dicha acta y de este auto se darán dos copias autorizadas al tutor ó curador, para que en su vista se hagan en el Registro de la propiedad las inscripciones correspondientes. Una de estas copias quedará en el Registro, y la otra se devolverá al interesado, con nota de quedar hecha la inscripción; y mientras esta última copia no se devuelva al juzgado y se una al expediente, no podrá discernirse el cargo al tutor ó curador. Y por último, en el art. 151 del propio Reglamento se expresan las circunstancias que han de contener el acta de la constitución de hipoteca y su inscripción en el Registro.

Si se trata de un curador para pleitos, después de aceptado el cargo, se extenderá la obligación de desempeñarlo bien y fielmente, y en seguida la diligencia de discernimiento.

En el principio de esta sección hemos dicho lo que se entiende por discernimiento. Basta aquella definición y lo que ordena el artículo 1270 para comprender la naturaleza y efectos de esta diligencia judicial: es el poder que el juez, en virtud de su ministerio, confiere al tutor ó curador para que represente en juicio y fuera de él al menor ó incapacitado, y para que cuide de su persona y bienes con la diligencia y celo de un buen padre de familias; así es que suele contener las mismas cláusulas que un poder general. (Véase en los *Formularios*.) Sin el discernimiento, el tutor ó curador nombrados carecerían de representación legítima, por faltarles la delegación judicial ó el poder que la confiere, y por esto se les dá testimonio de dicha diligencia, para que puedan acreditar su personalidad cuando convenga.

Téngase presente que en el mismo discernimiento debe mandarse que se ponga testimonio de él en el registro del juzgado de que habla el artículo 1271.

Si el tutor ó curador solicitase que se le dé á reconocer á los inquilinos, arrendatarios y demás personas con quienes deba entenderse, ó alguna de ellas, así lo acordará el juez, como el artículo 1252 lo dispone para los curadores ejemplares.

Y practicado todo lo que va espuesto, se tendrá por terminado el expediente sobre el nombramiento de tutor ó curador de bienes, el cual se archivará en la escribanía del actuario, pues solo se ha dispuesto su protocolización para el caso de nombramiento de curador ejemplar (artículo 1251).

SECCION SESTA.

DISPOSICIONES COMUNES Á LAS SECCIONES ANTERIORES.

Solo el último de los artículos que comprende esta sección puede, hasta cierto punto, justificarse su rúbrica: los demás no son comunes á todas las secciones anteriores, como en ella se dice; sino solamente á las secciones 1.ª, 2.ª y 3.ª. Trátase en la presente de medidas de inspección para vigilar la conducta de los tutores y curadores para bienes, y adoptar en su caso las disposiciones convenientes á la buena gestión de los mismos, y á la conservación de los intereses de los menores é incapacitados; medidas convenientes, y aun necesarias, que han venido á llenar la omisión que sobre este punto se echaba de ver en nuestro antiguo derecho.

Todas estas medidas se refieren, al parecer, á los bienes; ninguna á las personas de los menores é incapacitados, no obstante ser mas lamentables y de mas difícil reparación los abusos que con estas pueden cometerse. El tutor ó curador puede tener abandonada la educación religiosa é intelectual de su pupilo; puede favorecer y estimular sus vicios y malas maneras, ó contribuir á su fomento por abandono, ó por no aplicarles el correctivo conveniente: con el objeto de obtener mayor lucro para sí, puede economizar tanto en los alimentos y vestido del menor, que no sean proporcionados á la cantidad asignada para ello. El curador ejemplar puede también cometer idénticos excesos, ó no procurar la curación del demente. El juez, como protector de esas personas desvalidas, tiene el deber de corregir tales abusos, que pueden llegar hasta constituir delito; y el promotor fiscal lo tiene también de denunciarlos para que se corrijan. Quizá la ley no haya hecho aquí mención especial de ellos, en consideración á que dan lugar á la remoción del tutor ó curador, de lo cual hablaremos en el comentario del artículo 1276.

Tampoco se encuentran entre esas medidas y disposiciones generales otras que, como ellas, son posteriores el discernimiento del cargo, y tienen obligación de cumplir los tutores y curadores. Ya hemos indicado algunas en los comentarios anteriores del presente título. De los casos en que pueden vender ó gravar los bienes de sus menores, y de las formalidades con que han de hacerlo, se trata en el tít. 13 de esta 2.ª parte de la Ley. Pero principalmente se echa aquí de menos lo relativo á la obligación de formar inventario, impuesta espresamente á los curadores ejemplares por el art. 1250: no por esto puede entenderse que los demás tutores y curadores están relevados de hacerlo, como indicamos al comentar dicho artículo. Las leyes de partida (1) imponen á todos esa obligación, disponiendo que no pueda ser removido por sospechoso el guardador que no forme inventario.

1. Leyes 15, tít. 16, y 1.ª, tít. 18, Part. 6.ª y 99, tít. 18, Part. 3.ª
Tom. v.