

nario, siendo en él representado el menor por el promotor fiscal del juzgado (1).

292. Además de los curadores que se dan por razon de la edad, de la incapacidad y para pleitos, hay otros, que son nombrados para la defensa de los bienes de un ausente, cuando este los ha dejado abandonados, y para los de la herencia yacente (2); á estos comunmente se da el nombre de defensores.

293. *Curadores de los condenados á interdiccion civil.*—Por último, debemos hacer mencion de los curadores que se dan á los que han sido condenados á sufrir la pena de interdiccion civil. La ley distingue diferentes casos, y dicta para cada uno la disposicion correspondiente.

Así pues, si el penado es soltero, menor de edad, y se halla emancipado, se le provee de un curador ordinario; pero si ha llegado á la mayor edad, el curador será ejemplar. La misma regla se sigue cuando es casado y está separado de su cónyuge por sentencia de divorcio; pero si no ha mediado esta separacion, el cuidado de administrar los bienes de la sociedad conyugal se encomendará á la mujer, si ésta fuese mayor. Si fuere menor, se la deberá proveer de curador, para cuyo cargo serán designados por orden sucesivo, el padre, madre, abuelos, hermanos y parientes más próximos de la misma mujer (3).

Los hijos del penado, menores de edad, que no tuvieren madre, quedarán sometidos á la autoridad del tutor ó curador, que será el mismo que fuere nombrado para el padre (4).

Seccion 27 TÍTULO VII.

De las reglas comunes á la tutela y curaduría.

294. La mayor parte de las disposiciones legales que se refieren á la aceptacion, administracion y responsabilidad de los

(1) Regla 5.<sup>a</sup> del citado art. 309 de la Ley orgánica, y artículos 1852 al 1859 inclusive de la Ley vigente de Enjuiciamiento civil. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1874.

(2) Ley 12, tít. II, Part. III.

(3) Reglas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del art. 4.<sup>o</sup> de la ley de 18 de Junio de 1870.

(4) Regla 8.<sup>a</sup> del mismo art. 4.<sup>o</sup>

guardadores, no menos que á la utilidad de los huérfanos, son comunes á la tutela y curaduría, y por esta razon, y por la de evitar remisiones inútiles y embarazosas, las comprendemos en este título, que dividimos en las secciones convenientes.

SECCION PRIMERA.

DEL DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE LOS GUARDADORES.

295. Discernimiento del cargo de guardador es, *el poder que el juez le confiere para que desempeñe sus funciones, represente al menor ó incapacitado con arreglo á las leyes, y cuide de su persona y bienes* (1). Esta autorizacion que, segun hemos dicho, sólo la exigia la ley en algunos casos, por costumbre se hizo extensiva á todos los tutores testamentarios, á excepcion de la madre y de los facultados por el testador para administrar sin dicho requisito (2): en el dia es general á todos ellos y tambien á los curadores (3), segun lo dejamos expuesto en el título precedente. La aprobacion del juez, segun la ley de Partida, en unos casos es necesaria

(1) Artículo 1868 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Este discernimiento es un acto de jurisdiccion voluntaria en que se reviste al guardador del poder suficiente para el desempeño de su cargo, especificando las facultades que se le confieren, respecto á las cuales debe ser el juez muy cauto para no extenderlas más allá de lo necesario; pero que mientras subsistan, tienen que ser respetadas y han de producir todos sus efectos, sin perjuicio de la responsabilidad legal á que está siempre sujeto el juez por sus actos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 1857.)

(2) *Aragon.*—Antes de la Ley de Enjuiciamiento no necesitaba el tutor testamentario que su cargo fuera discernido por el juez. (Fuero II, *De tutor.*)

*Cataluña.*—Desde las Córtes de Perpiñan, celebradas en el reinado de Don Pedro III en 1351, cap. IX, tampoco necesitaba el tutor testamentario el discernimiento del juez. Esto se halla ya modificado, así como en Aragon, despues de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(3) Artículos 1833 y 1834 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*. Sin embargo, los tutores testamentarios dados por el padre á sus herederos é hijos legítimos, no tienen necesidad de este discernimiento para desempeñar válidamente su cargo, segun se deduce de la ley 8.<sup>a</sup>, tít. XVI, Partida VI. (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1862.) Mas parece que esta sentencia no guarda conformidad con otra dictada por el

y en otros voluntaria, como en otra parte hemos manifestado. Es necesaria, cuando no hay impedimento legal en los tutores nombrados por el padre, por la madre ó por un extraño que instituye herederos á los huérfanos (1). Es voluntaria, cuando el tutor ha sido nombrado por la madre que sin instituir por heredero al hijo, sólo le dejó parte de sus bienes. Mas siendo los hijos herederos forzosos de la madre desde la publicacion de las leyes de Toro, parece que ya no debe tener lugar la distincion hecha por las Partidas. La concesion de la patria potestad á la madre en defecto del padre, ha venido á fortalecer nuestra opinion (2).

296. Es juez competente para el discernimiento de los cargos de tutor y curador para los bienes, el del domicilio del padre ó de la madre cuya muerte ocasionare el nombramiento, y en su defecto lo es el juez del domicilio del menor, ó el del incapacitado, ó el de cualquiera lugar en que tuviere bienes inmuebles. Para el discernimiento de los cargos de curadores para pleitos, será competente el juez del lugar en que los menores é incapacitados tengan su domicilio, ó el del lugar en que necesitaren comparecer en juicio (3).

mismo Tribunal Supremo en 29 de Marzo de 1865, en la que, refiriéndose á tutores y curadores testamentarios, se declaró que la omision del discernimiento judicial de su cargo constituia una falta de personalidad para presentarse en juicio, é invalidaba la representacion legal de los guardadores.

(1) Leyes 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, tít. XVI, Part. VI.

(2) La ley 6.<sup>a</sup> citada. Los intérpretes establecen la diferencia de la confirmacion judicial hecha con inquisicion, esto es, investigacion de utilidad, ó sin ella, y marcan los casos de cada una. Nosotros no podemos admitir diferencias que no están conformes con la letra ni con el espíritu de la ley, que al confiar al juez la confirmacion de los tutores, no ha querido que fuera una mera fórmula, sino un acto beneficioso al pupilo.

(3) Reglas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del art. 309 de la Ley orgánica del poder judicial. El juez no debe discernir el cargo al tutor testamentario nombrado por el padre, si sobrevive la madre, á quien la ley ha concedido el derecho de patria potestad; pero si lo hubiere verificado, será preciso para dejarle sin efecto, segun declaracion del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Julio de 1876, que preceda el juicio ordinario exigido por el art. 1276 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855. (1879 de la vigente.)

SECCION II.

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS GUARDADORES.

§ I.

297. Los guardadores tienen impuestas por las leyes diversas obligaciones, que han de cumplir, ántes del ejercicio de su cargo, en el desempeño de sus funciones, y despues de terminarlás.

§ II.

Obligaciones que preceden á la administracion.

298. Las obligaciones que preceden á la recepcion del cargo, son:

- 1.<sup>a</sup> La fianza.
- 2.<sup>a</sup> El juramento.
- 3.<sup>a</sup> La formacion de inventario.

299. *Fianza.*—Encargados los guardadores de la administracion de los bienes ajenos, de que no rinden cuentas periódica y frecuentemente, deben afianzar el éxito de su cargo (1). En nuestro concepto, ántes de la Ley de Enjuiciamiento civil, esta obligacion comprendia á todos (2); pero en el dia no tienen que dar

(1) Leyes 94, tit. XVIII, Part. III, y 9.<sup>a</sup>, tit. XVI, Part. VI.

(2) «No eximiendo la ley á ningun guardador de la obligacion de afianzar, deciamos en nuestras primeras ediciones, debe deducirse que es extensiva á todos, y de consiguiente, que no están excluidos los testamentarios, como aseguran muchos intérpretes, que sin duda se fundan en la no expresion de la ley al tratar de ellos, y en el derecho romano que así lo establecia. Si el silencio de las leyes valiera; si no debiera aplicarse por analogía de razon la doctrina que exponemos, seria necesario tambien decir que ni los tutores dativos ni los curadores debian afianzar, porque tambien respecto á ellos callan las leyes. Agrégase á esto, que si los tutores testamentarios tienen á su favor el testimonio del que los da, los dativos y curadores tienen el del juez que, ó los elige ó confirma su eleccion. La práctica aprueba esta inteligencia, si bien en algunas partes no se exige la fianza cuando el padre ha relevado expresamente de ella al tutor.» Pero esta doc-

fianzas los tutores testamentarios nombrados por el padre ó la madre del menor y los curadores nombrados por los mismos, cuando á unos y á otros han relevado de esta obligacion. Tampoco tienen que darlas los tutores y curadores nombrados por cualquier persona que haya instituido heredero al menor ó dejándole un legado de importancia, siempre que el extraño instituyente los haya relevado de ellas, pero la relevacion sólo se entenderá respecto á los bienes en que consista la herencia ó legado. No obstante, cuando sobrevengan razones muy fundadas, el juez podrá exigir la prestacion de fianza aún al tutor ó curador nombrado por el padre ó por la madre, ó por la persona que haya dejado al menor manda ó legado de importancia (1). Los curadores nombrados por el mismo menor y los ejemplares tienen tambien que prestarlas (2). No afianzando, ni se les debe discernir el cargo, ni confiárseles la administracion, ni permitir que en ella continúen si ya la hubieren comenzado. Los curadores para pleitos no tienen obligacion de prestar fianzas (3).

300. Será admisible toda clase de fianza, á excepcion de la personal (4). Su entidad, la necesaria para garantizar el importe de los bienes muebles y la renta ó producto de los inmuebles que constituyan el caudal del menor ó incapacitado, lo cual se justificará cumplidamente (5).

trina, que entónces estaba en su lugar, ha sido esencialmente modificada, como decimos en el texto.

*Aragon.*—Tambien se exige la fianza en Aragon. (Obs. 3, *De tutor.*, libro V.) Pero en el dia, tanto en esta provincia, como en las demás que se rigen por sus especiales fueros, están dispensados de prestarla los guardadores de quienes se hace mencion en la Ley de Enjuiciamiento civil, y á que nos referimos en el texto.

(1) Artículos 1833, 1834, 1837 y 1841 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(2) La Ley de Enjuiciamiento de 1855 establecia terminantemente esta obligacion de los curadores ejemplares: del art. 1865 de la vigente, se deduce tambien con claridad.

(3) Artículo 1871 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(4) Artículo 1866. Por la ley de 1855 se exigia, en su art. 1265, que las fianzas fuesen siempre hipotecarias.

(5) Artículo 1865 de la Ley de Enjuiciamiento, y 146 del reglamento para la ejecucion de la *Ley hipotecaria*. Antes sólo eran admitidos fiadores para responder del buen desempeño de los guardadores en el ejer-

301. Examinaremos lo que acerca de este punto establece la *Ley hipotecaria*, al hablar de la materia de hipotecas en el segundo tomo.

302. *Juramento.*—Antes de proceder al discernimiento del cargo, los guardadores otorgarán, bajo juramento, la oportuna obligacion de desempeñar bien y fielmente los deberes que aquel les impone, conforme á las leyes (1).

303. *Formacion de inventario.*—Los guardadores deben hacer inventario de los bienes del huérfano, sin cuyo requisito se haria ilusoria su responsabilidad. Este inventario ha de ser solemne y circunstanciado, comprensivo de todos los bienes del huérfano, y una vez hecho no admite ya contradiccion (2). Las leyes no prefijan tiempo para formarlo, pero consideran como sospechoso al que sin justa causa le omite (3); aunque si hubiera habido para esto algun motivo fundado, el juez lo tendrá en cuenta y mandará que sin dilacion se proceda á hacer el inventario. La cantidad y calidad de los bienes del pupilo ó menor deben servir de regla para la mayor ó menor extension del plazo en que ha de ser acabado. Mas la práctica ha introducido prudentemente, á fin de evitar fraudes, la costumbre de que al hacerse cargo de la administracion los guardadores, se les entreguen por inventario los bienes, y que se obliguen á su responsabilidad en el instrumento que otorguen. La ley vigente de Enjuiciamiento civil dispone que hecho el discernimiento, se haga entrega del caudal del menor ó incapacitado por inventario, así como tambien de los títulos y documentos que se refieran á sus bienes (4). No reputamos exen-

cicio de su cargo, y no se admitian prendas, ni hipotecas, por ser incierto el daño que puede experimentar el menor. Ley 94, tit. XVIII, Part. III.

(1) Dicha ley 94 y art. 1868 de la *Ley vigente de Enjuiciamiento civil*.

*Aragon.*—Así lo establece tambien el derecho aragonés. (Obs. *De tutoribus*, lib. V.)

*Cataluña.*—D. Pedro IV de Aragon, en las Cortes de Perpiñan de 1351, capítulo XI, mandó prestar á los guardadores este juramento previo del empeño de su cargo.

(2) Ley 2.<sup>a</sup>, tit. VII, lib. III del Fuero Real, y ley 120, tit. XVIII, Partida III, y 15, tit. XVI, Part. VI.

(3) Ley 15, tit. XVI, Part. VI.

(4) Artículo 1870.

to de esta obligacion á ningun guardador (1), si bien el del huérfano que no tuviere bienes, cumplirá con manifestarlo judicialmente (2).

*Yuson 28* § III.

**Obligaciones de los guardadores en el ejercicio de la administracion.**

304. Las obligaciones de los guardadores durante su administracion, ó son referentes á la persona del pupilo y del menor, ó á sus bienes. A la primera clase pertenecen la educacion y los alimentos.

305. *Educacion.*—La educacion comprende la conservacion del pupilo y del menor, y su direccion moral y civil, que debe ser proporcionada á su posicion social y á sus facultades (3). Debe confiarse á la persona ó establecimiento que señaló el padre testador, y en su defecto, á quien determine el juez: éste podia designar á la madre mientras se conservaba viuda, pero no al heredero presunto del pupilo (4); hoy la designacion corresponde á la madre en defecto del padre, como una consecuencia de la patria potestad. Si el huérfano no tuviere bienes, será dedicado á un oficio ú ocupacion útil en que se proporcione la subsistencia presente y adquiera medios de facilitársela en lo sucesivo, principal punto en que consiste la educacion (5).

306. *Alimentos.*—Llamamos aquí alimentos, *todos los gastos que ocasionan la subsistencia y educacion del pupilo y del menor* (6). Si no están señalados por el padre ó la madre, ó dispuesto

(1) No es conforme á las leyes ni á su espíritu la excepcion que algunos hacen de los tutores testamentarios.

(2) *Aragon.*—En Aragon, segun afirma Portoles, cuando hay nombrados dos tutores, es preferido para administrar el que ordenó el inventario. Si el guardador se descuida en hacerlo, por falta de base para la rendicion de cuentas se halla establecido que se defiera al juramento del menor cuando ya tenga la mayor edad, ó al de su heredero. (Fuero II, *De tutoribus.*)

(3) Ley 16, tít. XVI, Part. VI.

(4) Ley 19 del mismo título y Partida.

(5) Ley 16 del mismo título y Partida.

(6) Leyes 16 y 20 del mismo título y Partida.

otra cosa por el que haya nombrado heredero al menor, deben ser prescritos por el juez, con arreglo á las circunstancias y á los bienes, y ser sacados de los frutos, quedando íntegros los capitales (1). Los sobrantes de los productos ó rentas del caudal de los menores, despues de cubierta la suma señalada para alimentos y satisfecho el tanto por ciento de administracion, se depositarán en el establecimiento público destinado al efecto (2). Cuando los gastos y emolumentos son próximamente iguales, por práctica se señalaban frutos para alimentos; costumbre ventajosa á los guardadores, á los huérfanos y menores, y que deja á los primeros más expedito el ejercicio de su cargo. En el dia esta práctica se ha convertido en ley, pues se halla dispuesto que corresponda al juez determinar si el desempeño del cargo se ha de entender frutos por alimentos, ó señalarse para éstos una cantidad determinada (3). Pero si fuera peligroso al huérfano y menor el descubrimiento de su fortuna, pueden desde luego los guardadores anticiparles lo que necesiten, y á su vez deben ser reintegrados (4).

307. No son menores las obligaciones de los guardadores acerca de los bienes de los huérfanos y menores. Consisten estas obligaciones, parte en la conservacion y empleo de la fortuna de ellos, y parte en la intervencion de sus negocios.

308. *Conservacion de los bienes.*—Obligado está el guardador á cuidar y conservar los bienes del menor y del incapacitado, comprendiendo tambien bajo este nombre á los que están sufriendo la pena de interdiccion civil (5), con el celo y diligencia que á sus propios negocios dedican los hombres regularmente cuidadosos; á reparar los edificios, hacer labrar las tierras, sostener los ganados (6) y defender judicial y extrajudicialmente los derechos

(1) Ley 20 del mismo título y Partida. Arts. 1861 y 1864 de la *Ley de Enjuiciamiento civil.*

(2) Artículo 1876 de la misma, y sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1864.

(3) Artículos 1861 y 1862 de la citada ley.

(4) Ley 20, tít. XVI, Part. VI.

(5) Regla 5.ª, art. 4.º de la ley de 18 de Junio de 1870, que dicta las reglas complementarias al art. 43 del Código penal reformado en 1870.

(6) Ley 15, tít. XVI, Part. VI.

del menor (1). Tienen prohibicion de enajenar ó gravar sin prévia autorizacion judicial, que sólo se concederá, justificando ántes la necesidad ó utilidad de la enajenacion y con las demás formalidades establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil, los correspondientes á las siguientes clases:

- 1.º Bienes inmuebles.
- 2.º Efectos públicos y valores de toda especie, sean al portador ó nominativos.
- 3.º Derechos de todas clases.
- 4.º Alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo (2).

Para conceder la autorizacion, si se tratase de bienes comprendidos en los números 1.º, 3.º y 4.º, será una condicion precisa la de haber de ejecutarse la venta en pública subasta, anunciada durante el término de treinta dias, y prévio avalúo hecho por peritos nombrados por el juez. Los valores expresados en el número 2.º se enajenarán siempre por medio de agente de bolsa ó corredor nombrado por el juez, al precio de la cotizacion oficial. Si no se cotizasen en bolsa, se venderán con las formalidades establecidas para la venta de inmuebles (3).

(1) Ley 17 del mismo título y Partida.

(2) Ley 18, tít. XVI, Part. VI, y art. 2011 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(3) Artículos 2015, 2016, 2017 de la misma.

En sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Enero de 1872, se declaró que «cuando la venta de los bienes se ha otorgado por el mismo juez que entendió debía hacerlo, porque se había anunciado públicamente y porque se dirigía al pago de una deuda del padre de los menores que figuraba en la relacion de las que éste había dejado, y obraba en el expediente de inventario, cuenta y particion de su herencia, practicada por los testamentos, prévia audiencia y conformidad de los curadores *ad bona* y *ad litem* de los hijos menores y la aprobacion judicial.... aunque no haya precedido á ella el requisito, excusado en este caso, de la informacion de necesidad ó utilidad,» no puede ser tachada del vicio de nulidad. Y por la de 7 de Febrero de 1873 se declaró también que las leyes 60, tít. XVIII, Partida III, y 18, tít. XVI, Part. VI, se refieren únicamente á las ventas de bienes de menores, casos y condiciones con que por sus guardadores deben hacerse, pero que no tienen aplicacion en los casos en que, de conformidad de herederos y legatarios, se ha verificado una venta en juicio de testamentaria en subasta pública é interviniendo y precediendo á este acto todas las

309. La autorizacion no se debe conceder para la venta en general de todos los bienes inmuebles del pupilo ó del menor,

formalidades que le hacen válido, con tal que tenga lugar ante juez competente. También conviene advertir que, según tiene declarado el Tribunal Supremo, no son aplicables las solemnidades de informacion de utilidad, licencia judicial y subasta, cuando solamente se trata de transmitir un crédito hipotecario de menores, objeto de juicio ejecutivo, á persona que le paga integrante con réditos y costas, pues semejante hecho no es más que un mero acto de cobranza. (Sentencia de 21 de Octubre de 1878.)

La ley 18 citada del tít. XVI, Part. VI, señala los siguientes casos en que se puede verificar la enajenacion: si fuere para pagar las deudas del padre del huérfano; para casar á éste ó á una hermana suya; ó por otra causa legítima y que no se pudiera excusar; y aún en estos casos, determina que si lo pudiera evitar, es decir, si no fuere indispensable, no permita el juez que se enajene la casa que fué del padre ó del abuelo del huérfano y en la cual éste nació. La 4.ª, tít. V, Part. V, ya había prohibido la enajenacion de las cosas de los huérfanos, á no ser que hubiera gran necesidad de hacerlo, ó por gran utilidad de ellos, *por gran pro*. Esta ley 4.ª ha sido citada también por el Tribunal Supremo en confirmacion de una sentencia suya dictada en 8 de Enero de 1869. Lo dispuesto en el núm. 4.º del artículo 2011 de la Ley de Enjuiciamiento, es bastante conforme á la opinion de algunos antiguos juriconsultos, entre ellos Gutierrez y Gregorio Lopez, que creen que la prohibicion de enajenar los bienes raíces debe extenderse también á las cosas muebles preciosas, útiles al huérfano, que puedan conservarse, si bien opinan al mismo tiempo que los tutores están facultados para hipotecar indistintamente todas las de esta clase. Por sentencia del Tribunal Supremo (inaplicable ya), se declaró que los esclavos (en Ultramar) no pueden ser considerados como bienes raíces, y que no son aplicables á las ventas que hacen los guardadores de un menor, no en concepto de tales, sino en virtud de autorizacion y facultades de que se hallan investidos, las formalidades que las leyes exigen para las de los bienes raíces de éstos (12 de Mayo de 1859). Las formalidades establecidas para la enajenacion de los bienes inmuebles de los menores son indispensables, aunque éstos sean casados y mayores de diez y ocho años, con tal que no lleguen á veinticinco: la venta hecha en contravencion á lo que sobre este punto disponen las leyes de Partida, es nula de derecho. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de Noviembre de 1863 y de 19 de Octubre de 1865.) Así es que, para enajenar los bienes de la mujer casada menor de veinticinco años, no basta tampoco la licencia del marido, y es preciso que preceda el decreto judicial con las debidas solemnidades. (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Setiembre de 1862.) Las formalidades que se