

tarlos y al caso de que dos ó más alimentistas reclamen á la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente á darlos, que no tuviera fortuna bastante para atender á todos.

*Quinta.* Atendido el mismo *criterio transitorio* serán aplicables, á casos de *deuda alimenticia anteriores* al Código que subsistieran *después* de su publicación, las novedades legales que contiene respecto del Derecho precedente el segundo párrafo del art. 148, en cuanto á la *forma* de pagar la pensión alimenticia y á la relevación á los herederos de la obligación de devolver lo que hubiera sido recibido anticipadamente por el alimentista; así como lo prevenido por el art. 149, declarando el *derecho* del que presta los alimentos á *elegir* la forma de satisfacerlos, bien pagando la pensión, bien recibiendo y manteniendo en su propia casa al alimentista, sin necesidad de justificar la imposibilidad de cumplir de otro modo tal obligación por la escasez de su fortuna, como prescribía el art. 78 de la ley de Matrimonio civil.

*Sexta.* La *prescripción de la acción*, para obligar al pago de pensiones alimenticias de carácter *convencional ó voluntario*, pero no de origen exclusivamente *legal*, aunque el derecho del alimentista proceda de fecha *anterior* á la publicación del Código, se realizará por el término de *cinco años*, que establece el art. 1.966 con arreglo al criterio de *transición* en esta materia del art. 1.939 (1).

### § 2.º

#### Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

48. ENUMERACIÓN DE LAS APLICABLES Á LAS MATERIAS DE ESTE CAPÍTULO.—Constituyen dichas *fuentes*:

1.ª Los artículos del Código que se transcriben y explican en el Art. II. de este capítulo.

2.ª El tít. 18, lib. II de la ley de Enjuiciamiento civil, respecto de los alimentos provisionales, y los artículos concordantes, regla 21 del 63, segundo párrafo del 321, y núm. 8.º del 460 de la misma.

(1) Explicado en el núm. 70, cap. 10, t. III de la 1.ª edic., y IV de la 2.ª

## SECCIÓN DÉCIMOTERCERA

### INSTITUCIONES CUASI FAMILIARES

#### (LEGISLACIÓN COMÚN)

## CAPITULO XXXI

### SUMARIO.—La tutela.

#### Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la TUTELA y de la CURATELA ó CURADURÍA.*—1. Razón de plan.—2. Concepto y fundamento generales de las instituciones *cuasi familiares*.—3. Carácter de la institución tutelar y sus causas.—4. Modalidades que ha ofrecido la guarda tutelar, según las causas que la originan (la *tutela* y la *curatela*).—5. Fundamento de la *tutela*.—6. Su concepto y naturaleza de institución jurídico-civil.—7. Sus caracteres.—8. Sus precedentes legales.—9. Régimen tutelar en el Derecho anterior al Código civil.—10. Especies de la *tutela*.—11. Resumen de las reglas de Derecho en la legislación precedente al Código civil (capacidad é incapacidad para la *tutela*, su carácter obligatorio, excusas, discernimiento del cargo, obligaciones y derechos del tutor y del pupilo, acciones, extinción de la *tutela*).—12. La *curatela*; sus especies y principales reglas.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—13. Naturaleza del cargo de tutor.—14. *Tutela testamentaria*.—15. Aptitud para ser tutores.—16. Hipoteca por razón de *tutela*.—17. Obligaciones del tutor durante la *tutela*.—18. Enajenación de bienes raíces de menores.—19. Obligaciones del tutor y del curador al cesar en su cargo.—20. Suplemento por el tutor y curador del defecto de capacidad del menor.—21. Remoción del tutor.—22. Curador ejemplar.—23. Curador *ad litem*.

#### Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—I. *Preliminar.*—24. Base 7.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888.—II. *Disposiciones generales sobre la tutela y la protutela.*—25. Concepto legal de la institución tutelar.—III. *Disposiciones especiales sobre la protutela.*—26. Especies de la *tutela*.—A. *Tutela testamentaria.*—B. *Tutela legítima* y sus especies.—a. *Tutela legítima* de los menores.—b. *Idem* de los locos y sordomudos.—c. *Idem* de los pródigos.—d. *Idem* de los sujetos á interdicción civil.—e. *Idem* de los expósitos.—C. *Tutela dativa.*—IV. *Disposiciones especiales sobre la protutela.*—27. Reglas legales de la *protutela.*—V. *Disposiciones comunes á la tutela y á la protutela.*—A. Elementos personales.—28. Incapacidades para ser tutores y protutores.—29. Excusas de los tutores y protutores.—B. Elementos reales (afianzamiento de la *tutela*).—30. Sus reglas.—C. Elementos formales.—31. Posesión del tutor.—D. Contenido de la *tutela*.—32. Derechos del tutor.—33. Obligaciones del tutor.—34. Prohibiciones á los tutores.—VI. *Disposiciones complementarias.*—A. De las cuentas de la *tutela*.—35. Sus reglas.—B. Del Registro de *tutelas*.—36. Sus reglas.—VII. *De la extinción de la tutela.*—A. Causas normales.—37. Su enumeración.—B. Causas anormales.—38. Su enumeración.—VIII. *Prescripción de las acciones nacidas de la tutela.*—39. Disposición especial.—IX. *Criterio especial de transición.*—40. Sus reglas.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—41. Tutela testamentaria y legítima de menores é incapacitados.—42. Tutela transitoria.—43. Contenido de la tutela, (derechos del tutor).—44. Idem (representación del menor ó del incapacitado).—45. Idem (posesión y obligaciones del tutor).—46. Idem (prohibiciones al tutor).—47. Extinción de la tutela (indignidad del tutor (su remoción y cuentas).—48. Criterio especial de transición.

§ 3.º *Explicación.*—49. Criterio de unidad de guarda para los menores en el Código civil.—50. Elementos que forman el organismo de este régimen tutelar en el Código.—51. Crítica.—52. Distinciones.—53. Resumen de juicio.—54. Lo absoluto del criterio de unificación en las diversas aplicaciones del régimen tutelar.—55. ¿Ha realizado el Código el principio de unidad de guarda?—56. ¿Qué juicio debe merecer la manera como se ha dispuesto en el Código el organismo tutelar?—57. Doctrinas generales; concepto legal de la tutela (su objeto, personas á ella sometidas, sus caracteres; tutela provisional, otras situaciones tutelares; distinciones).—58. Carácter *obligatorio* del régimen tutelar.—59. Tutela provisional y sus variedades.—60. Especies de la tutela.—A. *Testamentaria.*—B. *Legítima.*—a. De los menores.—b. De los locos y sordo mudos.—c. De los pródigos.—d. De los sujetos á interdicción civil.—e. De los expósitos.—C. *Dativa.*—61. Doctrinas *especiales* sobre la *protutela.*—a. Del protutor.—62. Doctrinas *comunes* á la *tutela* y á la *protutela.*—A. *Elementos personales.*—1.º Capacidad é incapacidad para ser tutores y protutores.—2.º Excusas de la tutela y de la *protutela.*—B. *Elementos reales.* Del afianzamiento de la tutela.—C. *Elementos formales.*—63. *Contenido* de la tutela.—A. Derechos del tutor.—a. Respecto de la persona del tutelado.—b. Respecto de los bienes.—c. Comunes á la persona, bienes y derechos del tutelado.—B. *Obligaciones* del tutor (*anteriores, simultáneas y posteriores* al ejercicio de la tutela).—a. Obligaciones del tutor relativas á la persona del tutelado.—b. Idem respecto de los bienes y derechos patrimoniales del mismo y, por consiguiente, de varios de los actos civiles que le interesen.—C. *Prohibiciones* al tutor.—64. *Doctrinas complementarias.*—A. De las cuentas de la tutela (sus clases, la rendición, su forma, su examen, su censura, su aprobación provisional y definitiva, gastos y archivo de las mismas; obligación de denunciar cualquier delito cometido por el tutor en el ejercicio de la tutela al tiempo y con ocasión de la aprobación de cuentas; saldo de las cuentas é interés legal por razón de mora).—65. *Doctrinas complementarias.*—B. Del Registro de las tutelas. (Precedentes, su concepto y reglamentación en el Código, crítica; libros; inscripción y sus requisitos, tutelas exceptuadas de la inscripción; inspección judicial del Registro de tutelas).—66. *Conclusión de la tutela.* Extinción total y parcial.—A. Causas normales (mayor edad, habilitación, adopción y cesación de la incapacidad, de la interdicción ó de la prodigalidad). Explicación y crítica (supuestos legales de extinción de la tutela, no mencionados como causa de conclusión de la misma en el art. 278, y que deben reputarse como adicionales).—B. Causas anormales (la remoción del tutor; la interdicción civil del mismo).—67. Prescripción especial de las acciones nacidas de la tutela.

Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición.*—68. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.*—69. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

ART. I

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

**Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la TUTELA y de la CURATELA ó CURADURÍA.**

1. Conforme á la *razón de plan* establecida en otro lugar (1), y una vez terminado el estudio, según el *Derecho civil español común ó de Castilla*, de las *instituciones familiares*, procede examinar aquí las que calificamos de *instituciones cuasi familiares*, haciendo uso, para denominarlas así, de la conocida partícula jurídica *cuasi*, á semejanza de lo acostumbrado por leyes y juristas en tantas otras materias del Derecho (2).

2. Estimamos apropiada esta nomenclatura, en lo que al *Derecho de familia* se refiere, para diferenciar en dos grupos, partiendo de una base común—el fin *específico* de la protección familiar, como derivación del principio genérico de la asistencia humana,—las instituciones que lo cumplen dentro del orden propiamente *familiar*, con sus dos elementos, sociedad *conyugal* y *paterno-filial*, y aquellas otras que, en defecto de las primeras, y más señaladamente respecto de la última, proveen de modo *supletorio*, y en la medida posible, á dicho fin *familiar*, que es, á su vez, igualmente individual y social.

En efecto: refiérese dicho fin á la protección jurídica, á la asistencia, al complemento prestado en favor de personas, que por distintas causas no son suficientes á regirse por sí mismas en todas las aplicaciones de su vida, por no haber alcanzado ó por haber perdido la plenitud de las condiciones necesarias para ello en el orden jurídico. La menor edad del huérfano, la incapacidad mental, ciertos defectos físicos, como la sordomudez, la prodigalidad, la interdicción, cuantas causas, en suma, modifican la capacidad *civil* por mermar *la de obrar* ó hacer imposible su ejercicio por el mismo sujeto dotado de la *jurídica*, ofreciendo el Derecho instituciones y medios complementarios que suplan aquella deficiencia, que haría imposible la plenitud de la vida jurídica, de indispensable reconocimiento en toda *personalidad*.

Los principios á que responde esta institución en el orden jurídico tienen su fundamento de necesidad de antemano en el orden meramente humano; la mutualidad social reclama esta acción complementaria de unos seres respecto de otros, mediante instituciones más ó menos directamente derivadas de la naturaleza ó, en su defecto, de la obra hasta

(1) Núm. 1, cap. 12 de este tomo.

(2) Tradición y cuasi tradición; usufructo y cuasi usufructo; dominio y cuasi dominio; contrato y cuasi contrato; delito y cuasi delito.

cierto punto artificial de la ley. Allí donde falte el padre, la madre, el cónyuge y con ellos las instituciones nacidas de la relación conyugal ó de la paterno-filial, como medio primario más naturalmente apropiado para los fines de la asistencia humana, allí aparecen por una necesidad inexcusable otras instituciones que el Derecho organiza con carácter subsidiario para análogas aplicaciones; no con una sustitución perfecta y total, que alcance igual esfera de acción en estas instituciones secundarias que en aquellas primarias, sino en el límite y en la esfera de acción racionalmente posibles y estrictamente necesario, atendida la índole de los medios por que se realiza é indispensables fines que han de cumplir.

Este es el supuesto de donde se deriva la institución llamada *tutela* (1), órgano legal, mediante el que se provee á la representación, á la protección, á la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica, ya sea la causa la menor edad, ya la incapacidad física, mental ó de otras clases, ya la legal de la interdicción, como accesorio de ciertas penas, ya la judicial, de la prodigalidad declarada por sentencia firme.

3. Es la *tutela* una institución de carácter *subsidiario* ó *supletorio*, pues viene á sustituir con sus condiciones la falta de otras, ó propias del individuo sometido á tutela por razón de esas causas de incapacidad que proceden de la enfermedad, de la pena ó de la prodigalidad, ó nacidas de la insuficiencia de edad y falta de las cualidades naturales de representación que la relación paterno-filial presta á los hijos con el ejercicio del poder civil de la patria potestad.

4. De estos dos órdenes de causas que pueden motivar la tutela, el determinado por la menor edad y la orfandad constituye el supuesto más normal de la tutela; y el producido por otras causas es de índole más excepcional, habiéndose marcado, generalmente, la diferencia en las legislaciones históricas hasta el punto de distinguirse por el nombre. Lo primero se llamó *tutela*, lo segundo *curatela*, y á ambas instituciones se las designó en nuestras leyes con el nombre genérico de *guarda*.

La tutela de los menores huérfanos sustituye, en el complemento de su defecto de capacidad, el concurso y representación de otras personas que, como los padres, naturalmente la realizaban; la de los incapacitados reemplaza las condiciones propias del sometido á esta tutela, que las pierde por las causas que motivan su incapacidad. En este sentido la tutela de la primera clase reemplaza á los padres, y la de la segunda á los mismos incapacitados. Por eso puede decirse que la *patria potestad* es la institución *principal*, derivada del Derecho natural, conferida por la ley y otorgada sólo á los padres; mientras que la *tutela* es institución *secundaria*, producto del Derecho civil, conferida por la ley en la especie tutelar *legítima*, ó por la designación particular en la *testamentaria*, ó por la determinación de otro poder, el judicial ó el familiar que repre-

(1) De *tueri*, defender.

senta el consejo de familia; en la *dativa*, otorgada también á parientes ó á extraños del incapacitado; pues, aunque á veces se defiere á los padres en los casos de la de este último, no es por consecuencia de la de su patria potestad, sino como los primeros llamados entre las personas más indicadas para desempeñarla, según los casos.

5. No quiere decir esto que la tutela carezca de *fundamento* en el Derecho natural; antes, por el contrario, atendido su objeto de que la persona sometida al poder tutelar tenga condiciones, mediante la misma, para realizar todos los fines jurídicos de su personalidad, es también derivado forzoso del Derecho natural, puesto que presta las necesarias para hacer efectivos los derechos naturales del que necesita, á este propósito, hallarse constituido en tutela, en virtud de su propia insuficiencia.

6. De esto se deduce el *concepto* de la *tutela*, que consiste en un cargo ó investidura *civil* (1) de carácter generalmente obligatorio, conferido á una persona, para la representación, protección y defensa de otra, menor ó incapacitada por diferente causa que la edad, en los actos jurídicos que á la misma interesen en la administración de su patrimonio y, en general, en la defensa de todos sus derechos.

La naturaleza jurídica de la tutela es la de ser una institución del Derecho privado, de reglamentación legal propia y no susceptible de ser esencialmente modificada, ni en los supuestos de su aplicación, ni en el general contenido de sus condiciones de ejercicio, ni en los fines para que está instituída; pudiendo obrar sólo la voluntad particular ó la representación de ella en las instituciones que, como el Poder judicial ó el consejo de familia, la suplen respecto de las circunstancias de individua-

(1) Que no es lo mismo que cargo *público*, pues se deriva de la ley civil ó Derecho privado, y no del Derecho público, y se establece para fines puramente *civiles*, y no de los considerados de carácter *público*; razón por la cual es institución aplicable, lo mismo á los extranjeros que á los nacionales de un país. Esta distinción no significa que la *tutela* no sea institución que afecte al orden público ó al interés general, como todas las materias del Derecho positivo y cuantas leyes se refieren al *estado* de las personas y á la asistencia de los que necesitan el principio de protección legal. Constituye la *tutela* un orden general del Derecho que no puede ser modificado por la voluntad de los particulares ni por la determinación judicial, ni variado el contenido de las facultades y deberes que forman su ejercicio. Sucede, por ejemplo, lo que con el matrimonio, que es también una institución de Derecho privado, pero de interés general y público y de condiciones permanentes é invariables en todo lo que le es fundamental, lo mismo en la tutela que, respondiendo al principio de la necesidad de protección á los débiles ó personas que no se bastan á sí mismos para los fines todos de su personalidad es el resultado de la convivencia humana con la doble fase de un deber social genérico y de otro específico é imputable, según los casos, á los particulares, como medio de cumplir aquél.

El docto jurisconsulto y afamado criminalista D. Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, en su magistral y justamente renombrada obra *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, una de las más notables que se han escrito sobre esta importante rama del Derecho, en los aspectos científico, exegético y constituyente, sustenta la doctrina contraria á la opinión que consignamos en el texto, afirmando que «la tutela y curatela son cargos públicos, cargas públicas, no derechos familiares». Tomo II, página 239.

lización y efectividad en cada caso, ó, á lo sumo, en alguno de sus accidentes que no modifican aquella esencia predeterminada por la ley.

Es además, socialmente considerada la tutela, una forma especial de protección jurídica que forma parte de un sistema general de la protección social y asistencia humana (1).

7. Pueden señalarse á la tutela estos dos caracteres: la *permanencia*, en cuanto la tutela subsiste durante todo el tiempo en que la hacen necesaria las condiciones que son origen de su institución; y la *generalidad*, en cuanto asume toda la vida civil del sometido á tutela, puesto que ésta en su ejecución viene á *integrar* la persona de aquél, que, sin ella, quedaría en una situación incompleta y fraccionaria, inadmisibles para la noción de su personalidad é imposible para la efectividad de los derechos que la constituyen.

8. En punto á *precedentes* de la *tutela* derivada de aquellos orígenes de Derecho, que informan la legislación civil española, y aun de las modalidades que esta institución ofrece en las leyes de los diferentes pueblos y tiempos, se da aquí por reproducido lo dicho en otros lugares (2).

9. La *menor edad* y la *incapacidad* fueron en el antiguo Derecho de Castilla situaciones amparadas por instituciones legales de dos clases: *preventivas* las unas, como la *guarda*, y *represivas* alguna otra, como el beneficio de *restitución in integrum*, según que evitaban ó reparaban las consecuencias posibles y dañosas de aquel defecto de capacidad. Aquélla se distinguía en *tutela* y *curatela* ó *curaduría*; la tutela se daba sólo por razón de menor edad, en favor de los huérfanos impúberes; y la curatela, además de por menor edad, para los púberes que no habían cumplido veinticinco años, se otorgaba por incapacidad, calificándose la primera de curaduría *ad bona*, y la segunda de *ejemplar*. Existía también otra última especie titulada *ad litem*, que tenía por objeto la representación, generalmente, en juicio del menor ó del incapacitado en un determinado asunto, cuando se consideraba preciso por razones de incompatibilidad legal con su representante legítimo, y habitual, padre, tutor ó curador. La tutela con la curatela, en las especies indicadas, y con la intervención de la autoridad judicial, á manera de complemento para

(1) Principio el cual se realiza en virtud de una variedad de medios de protección, ya física, según las leyes reguladoras del trabajo de los seres débiles, como los niños y las mujeres; ya intelectual, como las que prescriben la instrucción obligatoria; ya benéficas por las leyes de la beneficencia pública; ya, en suma, hasta con un sentido preventivo y penal, con cuantas leyes se refieren al orden público y á la sanción de la pena para el respeto de las personas, la inviolabilidad de su domicilio, la seguridad de su propiedad y la libre práctica en la vida social del derecho de cada uno, y el resultado definitivo de estos complejos medios de obtener la armonía social.

(2) Respecto de Roma, núm. 41, cap. 5.º; de los pueblos germanos, 32, cap. 6.º; y de España, 17 y 31, cap. 11. Y en cuanto á dichas modalidades de otras legislaciones, respecto de Francia, núms. 18 á 22, cap. 8.º; de Italia, 43 y 44 del mismo capítulo; de Alemania, 21 y 22, cap. 9.º; de Inglaterra, 34, capítulo igual; y de Rusia, 18 y 19, cap. 10, todos de este tomo.

ciertas aplicaciones, constituía el que pudiera llamarse *sistema ó régimen tutelar* del Derecho anterior al Código civil.

Ambas instituciones, *tutela* y *curatela*, se daban para la persona y para los bienes del pupilo menor ó incapacitado en la medida de lo que se reputaba necesario para ambos fines, *personal* y *patrimonial*, de la guarda, según las circunstancias.

10. Reconocían las leyes las especies de tutela *testamentaria*, *legítima* y *dativa*. La primera era la ordenada por el padre, por la madre ú otra persona que hubiese instituido heredero al huérfano ó dejándole manda de importancia (1). La segunda, la que, en defecto de la anterior, se defería por ministerio de la ley á los más próximos parientes (2). La tercera, la instituída por el Juez para el pupilo, en defecto de las dos anteriores (3).

11. La regla general de capacidad para ser tutor era la de hallarse en la plenitud de los derechos civiles, y no estar comprendido en ninguno de los otros casos expresos de incapacidad, según las leyes (4), además de la condición del próximo parentesco en el orden indicado, cuando se trataba de la legítima.

Tuvo siempre la tutela un carácter obligatorio, fuera del supuesto á que se refiere el art. 1.840 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual bastaba la conformidad del Promotor fiscal con la oposición del tutor elegido á aceptar el cargo, en la tutela dativa, para que el Juez nombrase nuevo tutor, pudiendo tan sólo relevarse de ella mediante la alegación y prueba de excusa legal (5).

(1) L. 2.ª, tit. 16, Part. VI; arts. 1.833 y 1.834, L. Enj. civ.

(2) Combinadas todas las disposiciones del Derecho anterior, el orden para la tutela legítima era el siguiente: primero, el abuelo paterno; segundo, el materno; tercero, la abuela paterna; cuarto, la materna, siempre que ambas renunciaran á las segundas nupcias y al beneficio de no quedar obligadas cuando se comprometieran por otro; quinto, los más próximos parientes por el orden con que son llamados á la sucesión abintestato, L. 9, tit. 16, Part. VI, art. 1.836, L. Enj. civ.

(3) Leyes 2.ª y 12, tit. 16, Part. VI; art. 1.838, L. Enj. civ.

(4) Eran incapaces los menores de veinticinco años, los mudos y sordomudos, ciegos, dementes y cualesquiera otros impedidos física ó moralmente, por ejemplo, las personas de malas costumbres, ó condenados por delito de corrupción de menores, violación, estupro y raptó; las mujeres, excepción hecha de la abuela; los militares en activo servicio, los prelados, religiosos profesos y aun clérigos regulares, excepto estos últimos para la tutela legítima de sus parientes, si la solicitaban dentro de cierto término; el deudor ó acreedor del pupilo, y el que tuviese comprometidos sus bienes por contratos con el Estado.—Leyes 4.ª y 14, tit. 16, Part. VI, y arts. 466 y sus concordantes del Código penal.

(5) Como tales se reputaron: 1.º Por *beneficio ó privilegio* de la ley, los casos siguientes: el tener cinco hijos legítimos vivos, considerándose tales los que hubiesen muerto en defensa del Estado; los Embajadores y demás individuos del Cuerpo diplomático, ausentes por razón del servicio público, mientras durara su ausencia y un año después de su regreso; los jueces y magistrados; los profesores de gramática, retórica, filosofía, medicina y jurisprudencia, y, en general, puede decirse que todos los dedicados á la enseñanza; y los casados durante los cuatro primeros años de matrimonio.—LL. 1.ª, 2.ª y 3.ª, tit. 17, Part. VI, y L. 7.ª, tit. 2.º, lib. X de la Nov. Rec.—2.º Por *imposibilidad*, los que tuviesen ya tres tutelas, ó una sola cuya administración fuese difícil ó

En todo caso, la tutela, cualquiera que fuera su clase, hacía preciso la intervención judicial para lo que se llamaba el *discernimiento* del cargo (1).

Al *contenido* de la tutela refiérense las obligaciones de los tutores antes de entrar en el ejercicio de ella, durante la misma y después de terminada.

a. Las obligaciones anteriores al desempeño del cargo eran las de prestación de fianza, siendo admisible cualquiera clase de la misma, á excepción de la personal (2).

Viene luego la obligación otorgada *apud acta* por el tutor de cumplir los deberes de su cargo conforme á las leyes (3), y la formación de inventario cuando el caudal del menor no fuera conocido, bastando que el tutor nombrado presente un inventario simple del caudal del mismo, formado con citación del Promotor fiscal y asistencia de dos de los parientes más próximos del menor, uno por cada línea, y, si no los hubiera, de dos vecinos de arraigo designados por el Juez (4). Al tiempo de hacerse el discernimiento, el Juez fijará la cantidad en que ha de consistir la pensión alimenticia, si opta por este medio, y determinará el tanto por ciento que haya de abonarse al tutor por el desempeño de su cargo (5).

b. Las obligaciones durante la tutela se referían á la persona y á los bienes: en cuanto á la primera, las de la educación física, moral é intelectual del pupilo y su representación en juicio y fuera de él (6); en cuanto á los segundos, las de su conservación, administración, defensa judicial y extrajudicial é intervención de la autoridad del tutor en todos los actos jurídicos que pueden ser causa de obligarse el pupilo (7). Para la enajenación de bienes de menores y transacción acerca de sus derechos, habría que estar á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil (8).

c. Las obligaciones del tutor, terminada la tutela, se reducían á la rendición de cuentas y entrega de bienes al pupilo con el saldo de productos que resultase de su administración, á no haberse discernido el cargo con la fórmula de *frutos por pensión* (9). Para hacer efectiva esta

importante; los que no saben leer ni escribir; los que sufren enfermedad crónica; los que viven de un jornal diario, y los mayores de setenta años.—L. 2.<sup>a</sup>, tít. 17, Part. VI—y por *incompatibilidad moral*, los que tuviesen derechos que ejercitar contra el huérfano, sobre todo, ó contra una parte importante de su patrimonio, y los que hayan tenido enemistad grave con el padre del mismo, á no ser que se hubieran reconciliado con él.—L. 2.<sup>a</sup>, tít. 17, Part. VI.

- (1) Con arreglo á los arts. 1.861 á 1.872 de la L. Enj. civ.
- (2) Art. 1.866, L. Enj. civ.; núm. 4.<sup>o</sup>, 168, y los concordantes de la L. Hip.
- (3) Art. 1.868, L. Enj. civ.
- (4) Pár. 2.<sup>o</sup>, art. 1.861, L. Enj. civ.
- (5) Art. 1.862, ídem íd.
- (6) LL. 16.<sup>a</sup> y siguientes, tít. 11, Part. VI.
- (7) LL. 15.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup>, tít. 16, Part. VI.
- (8) Arts. 2.011 á 2.030. Núm. 69, cap. 21.<sup>o</sup>, t. IV, 2.<sup>a</sup> edic.
- (9) Consiste ésta en que el tutor hacía suyos todos los pendientes de los bienes y

obligación, competen al menor y á sus herederos la acción directa *tutela* ó la de *rationibus distrahendis*, cuando presentadas las cuentas resultaran reparos fundados que oponerle, y hubiera que reclamar por no hallarse comprendido lo reclamable en lo que debiera ser objeto de restitución por parte del tutor; y á favor de éste, la acción *contraria* de *tutela*, para obtener del pupilo ó de sus herederos el reintegro de gastos que fueran abonables al tutor por razón del desempeño de su cargo (1).

La tutela se extinguía total ó parcialmente. Respecto del tutor, lo primero, por la muerte del pupilo, por su adopción plena ó su arrogación, ó por llegar á la edad de la pubertad (2); lo segundo, por cumplimiento del plazo ó condición señalada á la tutela, la muerte, interdicción civil, excusa y remoción del tutor (3).

12. Similar de la institución de la tutela es en el Derecho anterior otra institución protectora denominada *curatela* ó *curaduría*, establecida en favor de los menores de edad y de los incapacitados para la representación y defensa de sus personas y derechos y administración de sus bienes (4).

La curatela se califica de *ad bona*, *ejemplar* y *ad litem*, según que se otorgue por razón de menor edad ó por razón de incapacidad, ó de modo transitorio y para un asunto especial. La primera estaba instituída para los púberes menores de veinticinco años; la segunda para todos los incapacitados, cualquiera que fuese su edad; y la tercera para toda clase de menores púberes, impúberes ó incapacitados, siempre que no pudieran ser representados por su tutor ó curador ordinario. La primera no tenía

contraía la obligación de atender á todas las necesidades del pupilo, sin que éste pudiera reclamar nada de los productos á título de sobrante, ni aquél tampoco cosa alguna por premio de administración.

(1) L. 21, tít. 16, Part. VI.

(2) Ídem íd.

(3) L. 21, tít. 16, Part. VI. La remoción del tutor sospechoso tenía lugar: por la falta de inventario; por resultar enemigo del huérfano ó de sus descendientes; por la ocultación del tutor que, sabiendo su nombramiento, no se presentara á aceptar el cargo; por su falsa manifestación de carecer de alimentos con que atender al pupilo; por la enajenación de esos bienes sin los requisitos de derecho; por la indefensión del pupilo en juicio ó fuera de él; por haber administrado con fraude el patrimonio de otro pupilo ó dirigido de modo inmoral su educación, y, en suma, por cualquiera causa bastante á presumir que su tutela sería perjudicial en la persona y en los bienes del pupilo.—L. 1.<sup>a</sup>, tít. 18, Part. VI.—Era obligatorio promover la remoción del tutor, para la madre, abuela, hermana ó nodriza del pupilo, y cualquiera, en defecto de estas personas, podía entablar dicha acción, por su carácter de *pública*, en interés de los menores.—LL. 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, tít. 18, Part. VI.

(4) L. 13, tít. 16, Part. VI. Nacida en Roma con destino á los incapacitados, fué más tarde por medios indirectos aplicada á los menores de edad (ley Letoria), pues sin darle el carácter de obligatoria como la tutela, se estableció que los púberes no salieran de ésta sino para entrar en la curaduría, que era al fin un poder más suave que el de la tutela. En las Partidas se sanciona esta nueva forma de guarda de menores é incapacitados, subsistiendo después la institución á través de todos los Cuerpos legales posteriores, estableciéndose las últimas reglas del Derecho anterior al Código para el nombramiento de curadores, lo mismo que para la tutela, en las dos leyes de Enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881 (tít. 3.<sup>o</sup>, lib. III).