

diendo diligencia, en la que se espresase el nombre de la persona elegida, y suscribiéndola el juez, autorizada por el escribano que intervenga en el espediente.

Pero la eleccion del menor no obliga al juez á prestar su asentimiento y á discernir el cargo al elegido; porque el huérfano no está facultado para dispensarle de las condiciones que la *Ley* exige. En ese caso tampoco el juez puede por sí nombrar, porque el defecto en la eleccion del menor no puede dar al otro lo que no tiene. Así, pues, negado el discernimiento se hará saber al menor la desaprobacion del elegido, para que nombre otro curador en lugar del desechado. A pesar de que la *Ley* no lo dice espresamente, esa misma práctica deberá observarse, cuando el curador nombrado alegue legitima escusa, y le sea admitida.

Entiéndense condiciones necesarias aquellos requisitos que la *Ley* exige; ó mas bien puede decirse que el juez debe negar el discernimiento cuando concurra en el nombrado alguno de los impedimentos, tales como la incapacidad física para trabajar en provecho del huérfano; la prodigalidad declarada judicialmente; la menor edad de 25 años; el ser mujer, salvo la madre y la abuela; el ser de malas costumbres; el ser deudor del huérfano, ó el hallarse desempeñando destino del Estado que obligue á la rendicion de cuentas, ó en el servicio militar, *leyes 4.ª y 14, tit. 16, Part. 6.ª* Fundamos la opinion consignada en que las leyes relativas á excusas no se hallan derogadas ni tácita ni espresamente por la de enjuiciamiento.

ART. 2240. *Hecho el nombramiento, el Juez con audiencia del Promotor, si no tuviere el menor con anterioridad curador para pleitos, y con la de éste en lugar de aquel, habiéndolo, determinará la fianza que el curador nombrado haya de prestar.*

ART. 1241. *La misma audiencia deberá tener lugar para apreciar y aprobar la fianza que se prestare.*

ART. 1242. *Aprobada la fianza, se discernirá el cargo al nombrado.*

Ocupáanse los artículos precedentes de sentar reglas sobre la tramitacion que deben observarse para determinar el importe de la fianza y la aprobacion de la prestada, y como aquellas sean las mismas esplicadas en el *Comentario á los arts. 1224*

y siguientes, puede consultarse lo que en aquel espusimos para determinar lo que proceda.

SECCION TERCERA.

DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES EJEMPLARES.

ART. 1243. *El nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el Juez del domicilio del que lo necesitare, luego que tenga noticia de su incapacidad.*

ART. 1244. *A este nombramiento deberá preceder justificacion cumplida de la incapacidad.*

ART. 1245. *Este nombramiento deberá recaer por su orden en las personas que á continuacion se espresan, si tuviere la aptitud necesaria para desempeñarlo; padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado.*

ART. 1246. *Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán preferidos los varones á las hembras, y el mayor al menor.*

Concurriendo abuelos paternos y maternos serán tambien preferidos los varones á las hembras; y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre á los que lo fueren por la de la madre.

ART. 1247. *No habiendo ninguna de las personas indicadas en el artículo precedente, ó no siendo aptos para la curatela, el Juez podrá nombrar á la que estimare mas á propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, las que sean parientes ó amigos íntimos del incapacitado ó de sus padres.*

Los dos arts. 1243 y 1244, son los que en la realidad pertenecen á una ley de enjuiciamiento, si es que puede conservar este nombre tratándose de la jurisdiccion voluntaria, cuyos trámites en la realidad no constituyen un juicio. Efectivamente, los dos artículos citados determinan la condicion preliminar que antecede al nombramiento de curador ejemplar, y la competencia del juez que ha de nombrar. Pero los otros tres anteriormente transcritos hacen relacion á las condiciones de elegibilidad en las personas, y al orden de preferencia que debe guardarse; y como que aquellas y este constituyen un derecho, su determinacion corresponde al derecho civil. Tan exacto es esto, que si pudiera considerarse que la espresion de la capacidad para ser ele-

gido curador correspondiera á la *Ley de enjuiciamiento*, por identidad de razon perteneceria la de las personas á quienes tiene que nombrarse curador, como los mayores de 25 años si fuesen sordos, mudos, locos, fatuos ó pródigos, ó si teniendo tutor, administra mal, hasta que sea relevado de la tutela, ó si se hallare enfermo ó ausente por largo tiempo; (*leyes 13, tit. 16, Part. 6.ª; 5.ª, tit. 11 Part. 5.ª y 6.ª, lib. 18, Part. 3.ª*)

Supuesto, pues, que proceda el nombramiento de curador ejemplar, será competente para hacerle el juez de primera instancia del domicilio del que le necesitare, así como lo es también para elegir los tutores ó curadores, salvo cuando pendiere ya pleito ó juicio en el que sean necesarios; porque como se ha indicado, en ese caso le puede nombrar el juez que en aquel intervenga.

El nombramiento debe hacerse luego que el juez tenga noticia de la incapacidad, según la espresion literal del *art. 1243*; pero, si se aliende á lo dispuesto en el *1244*, luego que llegue á conocimiento del juez que un mayor de 25 años se halle incapacitado, deberá acordar que se reciba informacion justificativa del estado de aquel, si es que no se halla ya acreditado. En este caso mandará fijar testimonio de la declaracion que haya recaído, como por ejemplo, si se tratase de un pródigo; y resultando por prueba plena ó cumplida la incapacidad, hará el nombramiento en la persona que corresponda según el orden establecido en el *art. 1245*, toda vez que reuna la aptitud legal necesaria para desempeñarle, sobre lo cual se consultarán las disposiciones, derecho civil, que como anteriormente se ha dicho son las que rigen en esta materia.

Padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado. Tal es el orden de personas que sienta el *art. 1245*; pero si á primera vista parece trivial y sencillo para su aplicacion, meditando sobre los casos que pueden ocurrir, no dejará de ofrecer dificultades prácticas de relacion especial. El padre ocupa el primer lugar; el segundo se concede á los hijos; el tercero á la mujer, y el cuarto á la madre, reservando el quinto para los abuelos, y el sexto para los hermanos. Pues bien, supongamos que un padre casado, con hijos y teniendo abuelos, ó sea visabuelos de aquellos, es el incapacitado; en este caso, ¿quién será

el curador ejemplar? El hijo acaso, con preferencia á la mujer, á la madre y á los abuelos de aquel? Así parece que debe ser, atendiendo á la colocacion preferente de las personas; de modo que un hijo ó una hija serán preferidos para curadores del padre incapacitado á la mujer y á la madre de este, y á sus abuelos paternos y maternos. Este ejemplo, que en nuestro concepto se halla en armonia con la regla ordinal prefijada en el *art. 1245*, demuestra, al parecer, que no se ha considerado bastante la relacion de cada una de las personas ó clases comprendidas en la escala para con el incapacitado; porque se ha colocado á la mujer y á la madre en un lugar respectivo, que ni corresponde al amor gradual que hace presumir el parentesco, ni tampoco al interés hereditario, que puede reputarse como otra de las bases atendibles para establecer el orden gradual sucesivo, como sucede en la tutela legitima.

Calculando la *Ley* las combinaciones que pueden ocurrir, sienta reglas de preferencia relativa; ordena que si el incapacitado tuviera varios hijos, se antepongan los varones á las hembras; y como únicamente se ha de nombrar un curador á cada incapacitado dentro de la clase preferente, se elegirá por el juez al de mayor edad. Así es que, tratándose de hijos, serán estos antes que las hijas, y de entre aquellos, el que cuente mayor número de años. Esa misma regla se observará entre los hermanos cuando les corresponda entrar en la tutela por falta de tutores nombrados por las personas á quienes las leyes autorizan para hacer la eleccion meramente voluntaria.

Puede también ocurrir que á falta de padre, hijos, mujer y madre concurren los abuelos de ambas lineas. En ese caso, se nombrará en primer lugar al varon, si le hubiere, con preferencia á las hembras; esto es, á la abuela paterna y materna; y si solamente concurrieren estas, á la abuela paterna. Esta regla de preferencia es estensiva al caso de concurrencia de abuelos y visabuelos, ó terceros abuelos reunidos, supuesto que considerando á todos en igual grado, se atenderá primero al sexo, y en igualdad de este á la mejor linea, que es la paterna; porque la diferencia en el grado ascendente de parentesco no pueden influir de modo alguno en la variacion de las reglas establecidas para los abuelos.

Como puede acontecer que, ó bien el incapacitado no tenga parientes, ó que los que existan no pertenezcan á la línea descendiente, ni á la ascendiente ni á la colateral dentro del segundo grado, ó que teniéndolos no reúnan los requisitos necesarios para la curatela; á fin de que el incapacitado no carezca de la protección que la *Ley* debe dispensarle, encomienda al juez el nombramiento de curador; pero á calidad de que dé preferencia á los parientes fuera de las líneas ó grados referidos, sin obligarle á elegir los mas próximos, y en defecto de estos, á un amigo íntimo del incapacitado, ó en su defecto, de sus padres. Esplicase la preferencia que concede la *Ley* á los parientes por la confianza que supone, nacida de las afecciones familiares: pero al mismo tiempo que indica la *Ley* esa confianza, no impone al juez la obligación de elegirlos: en esta parte el *art.* 1247, aconseja y no manda á los jueces.

Cuando no sea notorio el parentesco, podrá el juez convocar á los deudos del incapacitado compeliéndoles á presentar los documentos que acrediten esa circunstancia, porque invitándole la *Ley* á guardarlos esa preferencia, claro es que ha de concederle los medios de conocer el parentesco.

ART. 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.

ART. 1249. *Dada y aprobada la fianza, se discernirá el cargo al demandado.*

Reproducen los artículos precedentes lo ya referido en las *Secciones* anteriores acerca de la tramitación que ha de observarse para determinar la cantidad de la fianza, para su aprobación y el discernimiento del cargo en el nombrado; y como ya para nuestros lectores sea conocida esta materia, fuera oficioso repetir lo espuesto anteriormente, sin mas razón que la de ser de distinta especie la curatela, por razón de las personas á quienes se dá curador.

ART. 1250. *Discernido el cargo, se hará entrega al curador*

del caudal del incapacitado por inventario que se unirá al expediente.

ART. 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 mas de una.*

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

ART. 1252. *Se dará asimismo á reconocer al curador nombrado como tal á quien corresponda según las circunstancias del caudal.*

La circunstancia de insertarse las disposiciones que comprenden los tres artículos trascritos únicamente en la *Sección tercera*; esto es, en la que trata del nombramiento de curadores ejemplares, hará cuando menos vacilar acerca de si en los demas casos de que tratan las *Secciones primera y segunda* deben tener ó no aplicación. Prescriben aquellos: 1.º, que á continuación de discernimiento del cargo de curador ejemplar, se entregue á este el caudal del incapacitado por inventario, que se unirá al expediente; 2.º, que se archive ó protocolice en la escribanía pública del lugar del domicilio del incapacitado, ó en la que el juez elija si hubiere mas de una; y no habiéndola, en la de la cabeza de partido que el juez determine; 3.º, que se haga reconocer el curador nombrado á las personas á quienes corresponda, según las circunstancias del caudal, tales como á los inquilinos, á los responsables en el comercio, á los administradores subalternos, á los colonos de heredades, etc.

Pues bien, la espresion de esas reglas al tratar de los curadores ejemplares, ¿querrá decir que no tienen aplicación á los tutores y curadores de menores de edad? No podemos creerlo así; ya porque la ley civil tiene dispuesto que el tutor y el curador hayan de recibir los bienes por inventario, al encargarse de la tutela ó curatela; ya porque los expedientes, que sobre nombramiento se instruyan, son de índole distinta, que los procesos en lo contencioso; ya finalmente, porque la razón es una misma, é idénticas las condiciones de la administración de unos y otros tutores y curadores. Así es que somos de opinión, de que las tres reglas arriba referidas son aplicables á toda clase de tutores y curadores, cualesquiera que sea su origen y su denominación por

causa de las condiciones ó circunstancias personales del individuo á quien den.

SECCION CUARTA.

DEL NOMBRAMIENTO DE CURADOR PARA PLEITOS.

ART. 1253. *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.*

ART. 1254. *En todos los demas casos no podrá representar á los menores mas que su tutor ó curador, sin que por ningun pretesto se admita la representacion del curador para pleitos.*

Mas bien que á sentar reglas para el nombramiento de curador para pleitos se dirigen los artículos que preceden, á reproducir lo que la jurisprudencia anterior á la *Ley de enjuiciamiento* tenia establecido; y esto con el fin de evitar los abusos que se venian cometiendo, y se toleraban muchas veces por inesperienza ó ignorancia; porque olvidándose los procuradores, de que el nombramiento de curador hecho, por ejemplo, para representar al menor en el espediente de testamentaria concluia con esta; se creian autorizados para intervenir bajo aquel concepto en todos los asuntos judiciales que se promovieran por el menor ó contra él, durante su menor edad. Aquella fué nuestra opinion constante, pero la vimos contrariada por la práctica, y la *Ley de enjuiciamiento* difiere tambien de nuestro modo de ver las cosas en este punto.

Sin embargo, no era esa la práctica uniforme, sino que reconociéndose como procedia hacerlo, que al tutor ó curador del menor correspondia la intervencion, ó bien personal ó por medio de representante en todos los asuntos del menor, se habia dispuesto, como ahora lo determina la *Ley de enjuiciamiento*, que solamente aquellos podrán nombrar procurador que represente al menor en los pleitos.

El único caso en que corresponde al juez hacer el nombramiento de curador para pleitos, es, el de que no pueda con arreglo á derecho representarlos el tutor ó curador que ya tengan nombrado, aunque no se le haya discernido el cargo: esto es, siempre que estos tengan interés en el asunto, que sea objeto del procedimiento judicial, como acontece en las herencias, en las que la madre ha de percibir la porcion que la corresponda por gananciales, ó por cualquiera otro concepto del caudal que dejase su marido, partible con los hijos ó herederos legítimos.

Omiten, sin embargo, los artículos citados un caso posible sin duda, porque se propusieron sentar reglas para aquellos en que se probaban los abusos. ¿Se nombrará cuando el huérfano no tenga tutor ni curador, ó se proveerá primero del que corresponda, para que este en uso de su derecho le represente? Siempre que no sea posible efectuar el nombramiento de tutor ó curador con la urgencia que requiera el asunto de que se trate, se le dará curador para pleitos; pero con la limitacion de que ha de cesar en este cargo, tan luego como sea discernido al que se deja para desempeñar la tutela ó curatela, como acontecerá en el caso de sucesion legítima, en que el pariente á quien correspondá la tutela sea al mismo tiempo heredero legítimo ó participe en el caudal por cualquier concepto. En este caso, como que el interés del pariente tutor cesa en todo lo que no concierna á la testamentaria, claro es que únicamente en las actuaciones que á esta pertenezcan, intervendrá el curador para pleitos.

Observado que nada dice la *Ley de enjuiciamiento* respecto á la responsabilidad de los curadores para pleitos, si bien presumimos que consista su silencio en que no considere que corresponde tratar de aquella por no ser parte del enjuiciamiento, oportuno será indicar sin embargo, que los deberes que pesan sobre los curadores para pleitos son graves y delicados, y que su responsabilidad es mucho mas estrecha que la que compromete al procurador para con su poderdante. En efecto, el que á virtud de poder representa al mayor de edad en un pleito, debe exigirle instrucciones para entablar sus pretensiones y proponer en su dia las pruebas que intente utilizar; mas el que representa á un menor se hace dueño, por decirlo así, del asunto; está obligado á poner en accion la mas esquisita diligencia; y queda

por lo mismo responsable de toda clase de omisiones ó descuidos que comprometan el éxito del negocio; toda vez que procedan de su culpa. En tales casos, el curador para pleitos, deberá elegir el letrado director del asunto judicial, porque siendo de aquel toda la responsabilidad en primer término, en su interés está la acertada elección que se le confía.

ART. 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.*

ART. 1256. *Los menores mayores de catorce años siendo varones, y de doce, si hembras, podrán nombrar curador para pleitos á quien tengan por conveniente.*

ART. 1257. *Queda si 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.*

ART. 1258. *El nombramiento deberán hacerlo los menores por comparecencia que suscriban ante el Juez.*

ART. 1259. *Hecho que sea el nombramiento, si el Juez no encuentra en él dificultad, discernirá el cargo al nombrado.*

Determinan los artículos que preceden: 1.º, quiénes pueden hacer el nombramiento de curadores para pleitos; 2.º, en qué forma ha de realizarse la elección; y 3.º, las facultades del juez en el caso de que le corresponda nombrar. Separándonos del orden del articulado, comenzaremos por espresar, quiénes pueden hacer el nombramiento de curador por el de preferencia que la Ley reconoce.

Respetando la Ley de enjuiciamiento los principios consignados en los códigos anteriores á ella, declara que los menores varones, mayores de 14 años y las hembras de 12, pueden elegir á quien tengan por conveniente para curador á pleitos, y que á los menores de aquellas edades se los nombre el juez; de modo que este suple la edad del menor, y solo cuando por causa de aquella no sea lícito elegir al huérfano, interviene la autoridad judicial en primer término. Asimismo, elegirá, aunque en se-

gundo, siempre que el menor mayor de aquellas edades no quiera nombrar, porque el derecho que las leyes antiguas le concedían, lo mismo que la actual, es renunciable, como lo son en general todos los beneficios que la mismas dispensan, á menos que de la renuncia pueda resultar perjuicio.

La facultad de nombrar curador para pleitos es exclusiva de los menores, porque á los que se hallan en curatela ejemplar no se les puede permitir por hallarse incapacitados.

En el caso de que los menores mayores de 12 y 14 años respectivamente usen de su derecho, la elección se somete al prudente arbitrio del juez, toda vez que se le faculta para que otorgue ó niegue el discernimiento; si cree que el nombrado no reúne las circunstancias necesarias para desempeñarlo. ¿Y cuáles son estas? Para contestar á esa pregunta, es preciso fijarse en las últimas palabras del art. 1256, porque según ellas es tan libre el menor para elegir que puede hacer el nombramiento en quien tenga por conveniente. Si á estas palabras se diese toda la latitud que es conforme á su significación gramatical, vendría á reconocerse que, cuando al menor se le daban amplias facultades, se le restringían por otra parte, negándole lo permitido por medio de la concesión hecha al juez para no estimar el discernimiento á su libre arbitrio, porque implican entre sí la libertad absoluta y las restricciones por limitadas que sean, supuesto que siempre son una traba de aquellas. La Ley, pues, al permitir al menor que elija á quien tenga por conveniente, no ha querido decir, sino que pueda nombrar á su voluntad entre los que reúnan los requisitos legales para ser curadores para pleitos.

Pero lo mas interesante en esta materia, es averiguar si puede el nombramiento recaer en quien no sea procurador del juzgado ó del tribunal, en que hayan de sostenerse ó promoverse los pleitos. Retrocediendo á las disposiciones generales, recordamos que en ellas se sienta la prohibición absoluta de que los litigantes se personen por sí á defender sus pleitos; y que se les obliga á que nombren procurador. Mas al mismo tiempo leemos en el art. 1255 que, cuando toque al juez nombrar curador para pleitos, lo haga: 1.º, en el pariente inmediato del menor, si lo tuviere; 2.º, en defecto de aquel, en persona de su intimidad, ó de la de sus padres; y 3.º, en cualquiera persona apta, que sea vecina del lugar

del domicilio del menor, y merezca la confianza del juez, opinaremos que según ese artículo no se necesita reunir la cualidad de procurador del juzgado para gozar de la aptitud precisa para el ejercicio de la curatela para pleitos.

Así es efectivamente, á pesar de que nos sea doloroso reconocerle; porque si bien es verdad que los procuradores abrumados por el crecido número de negocios, no siempre se mostraban tan celosos como era de desear por los intereses de los menores; también es cierto que los que hoy pueden ser elegidos curadores para pleitos, tienen que valerse de los procuradores; de modo que lejos de adelantarse y obtener ventajas, se multiplican las ruedas, disminuyendo su acción propia, y deteniendo el movimiento.

A más de estas consideraciones que importan mucho en la economía de los asuntos judiciales, es preciso tener presente que los oficios de procuradores se establecieron por causa de la responsabilidad, que afecta al que interviene en los litigios en nombre propio ó alguno, no tanto en la parte relativa á la defensa de los derechos, como en cuanto á la conservacion íntegra de todos los documentos que se les entreguen con los autos. Con ese motivo, y considerando también que se perjudicaba á los poseedores de oficios adquiridos por título oneroso, permitiendo el nombramiento de curadores para pleitos en toda clase de personas, se dictaron disposiciones aclaratorias sobre esta materia, á virtud de las cuales se prohibió la eleccion, en quien no fuese procurador del juzgado ó tribunal en donde se siguiera el pleito. La variacion introducida por la *Ley de enjuiciamiento*, produce una novedad que duplica las representaciones y aumenta los gastos.

El pariente mas inmediato, si lo hubiese. Supone este precepto la capacidad del que se encuentre en este caso, porque no siempre la persona que reuna la circunstancia de capacidad, poseerá de los demas requisitos que son precisos para desempeñar el cargo de que se trata: así es que debe suplirse el silencio de la *Ley* en esta parte, entendiéndose que la eleccion ha de recaer en el pariente mas inmediato, si es apto para desempeñar la curatela para pleitos.

Asimismo, la limitacion de la regla al pariente mas inme-

diato no puede considerarse esclusiva, sino que alcanza á cualquiera persona de la familia del menor que sea hábil para desempeñar la tutela; pero á condicion de que entre las que se hallen en ese caso, se ha de elegir la que sea mas próxima en parentesco al huérfano.

En persona de su intimidad ó de la de sus padres. ¿Y quién ha de calificar y apreciar la intimidad? Como los mayores de catorce años ó de doce, respectivamente menores de veinte y cinco pueden nombrar por sí mismos curador para pleitos, claro es, que el caso del artículo 1255 se circunscribe al caso en que los menores no hayan cumplido los catorce ó doce años, según sean varones ó hembras; y como en tales circunstancias se presupone la falta de capacidad en aquellos para apreciar las cosas en su verdadero mérito, dedúcese de estas precisas, que al juez corresponde la calificacion de la intimidad. Siendo esto así, claro es que importa poco la escala que el artículo 1255 establece, porque depende su cumplimiento de la apreciacion judicial.

Quando el juez no encuentra reparo que oponer al nombramiento hecho por el menor, ó lo hiciere por sí mismo, acordará el discernimiento del cargo, y le practicará en la forma espuesta con repeticion en estos *Comentarios*.

ART. 1260. *Si sobre el discernimiento del cargo se empeñare cuestion, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor el Promotor Fiscal del juzgado.*

Pueden también suscitarse cuestiones relativas al discernimiento del cargo de curador para pleitos; y como ya entonces el asunto se convierte en contencioso, cesará el expediente en su sustanciacion primitiva, y se convertirá en juicio ordinario, en el cual representará al menor el promotor fiscal del juzgado, supuesto que no tiene curador que litigue en su nombre.