

48. En todos los casos en que el juez hubiere de designar tutor, puede, si el pariente mas inmediato ó cualquiera otro de los que le sigan en orden no reuniese las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, conferirle á otra persona que merezca su confianza: art. 1229. Esto se funda segun dice uno de los redactores de esta Ley, el señor La Serna, en que la prelación que tienen para ser tutores los parientes sobre los extraños, es cuando en ellos concurren las circunstancias y las garantías que la Ley exige para desempeñar sus funciones con provecho del pupilo. Esta disposición guarda cierta analogía con lo que dice la ley 2, tit. 16, Part. 6, sobre que tiene lugar la tutela dativa, cuando el huérfano «non ha pariente cercano que lo guarde, ó si lo ha, es embargado de manera que non lo puede ó non lo quiere guardar,» esto es, cuando tiene impedimento ó excusa para ser tutor. La circunstancia de no concurrir en los parientes las garantías que exige la Ley para la tutela, deberán hacerse constar por el juez en el expediente, puesto que no puede variar á su arbitrio el orden que marcan las leyes para las tutelas.

49. Si sobre el nombramiento se empeñare cuestion, se sustanciará en via ordinaria, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el juez le hubiere nombrado, que tendrá el carácter de curador suyo para dicho pleito determinadamente: art. 1230, puesto que dicho tutor merece la confianza del juez, como lo prueba el hecho de haberlo nombrado, y además, nadie como el mismo nombrado tiene interés en sostener su nombramiento cuando lo ve atacado por otro, por estimularle á ello su amor propio y acaso su dignidad ó decoro. Asimismo, mientras dura el pleito continuará ejerciendo su cargo el tutor nombrado, cuidando de la persona y bienes del huérfano. No habrá, pues, necesidad de nombrar otro tutor con este objeto, ni tampoco un curador *ad litem* para el mencionado litigio, sino solo en el caso de suscitarse otro pleito, ó cuando en el mencionado, estuvieren opuestos los intereses del menor y los de su tutor, v. gr. si fuera este quien se negara á aceptar el cargo, alegando por ejemplo que habia parientes á quienes correspondia la tutela legítima del menor.

Cuando el tutor ya sea testamentario legítimo ó dativo, tuviere algún impedimento ó alguna causa para no aceptar ó ejercer el cargo, debe manifestarlo al juez en el término legal. (V. la ley 4, tit. 17, Part. 6) en un escrito sencillo y documentado: el juez oirá al promotor fiscal, y si su dictámen es favorable á la admision de la excusa, y el juez lo estimare procedente, declarará hallarse excusado el tutor ó admitida la excusa; mas si fuere esta improcedente, la desechará el juez. De esta providencia podrá apelar el agraviado para ante el Tribunal Superior, y si éste la desechara tambien, podrá ser apremiado el tutor á aceptar el cargo, condenándole en los daños y perjuicios seguidos al pupilo desde el dia en que supo el nombramiento hasta la sentencia confirmatoria ley 8, tit. 18, Part. 5.<sup>a</sup>

50. El nombramiento de tutores puede hacerse á petición de los parientes y aun de cualquiera del pueblo, ó de oficio por el juez. Asi se consigna en la ley 12, tit. 16, Part. 6, la cual impone espresamente esta obli-

gacion á los parientes llamados á la sucesion del huérfano bajo pena de perder el derecho que tuvieren á la herencia, declarándose además popular esta accion en la misma Ley; disposicion que se halla ratificada en los artículos 209 y 210 de la Ley Hipotecaria que hemos espuesto. En cuanto al juez competente para el nombramiento de tutores legítimos ó dativos y para el discernimiento del cargo á los testamentarios, lo son los de primera instancia de la jurisdiccion ordinaria. (V. la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1861) y de estos el del domicilio del huérfano, el del pueblo de su nacimiento y el de su padre, y el del pueblo en que aquel tiene la mayor parte de sus bienes: ley 12, tit. 16, Parte 6.<sup>a</sup> Si varios de estos jueces hubieran nombrado á distintos tutores, lo será el primeramente nombrado, y en caso de duda, el juez del domicilio. Mas la práctica es discernir el cargo de tutor en el pueblo en que radica la testamentaria, práctica que se halla corroborada por la nueva Ley.

## SECCION II.

## DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES PARA LOS BIENES.

51. La ley 13, tit. 16, Part. 5.<sup>a</sup> consignaba la regla de que «los menores que son en su acuerdo non pueden ser apremiados que reciban curadores si non quisieren; fueras ende si ficiesen demanda á alguno en juicio ó otro la ficiese á ellos, ca estonces los juzgadores les pueden dar tales curadores.» No obstante esta regla, la misma ley á continuacion, si bien prohibia nombrar curador en testamento, declaraba que «si el juzgador entendiere que es á pro del mozo, *débelo confirmar;*» y la ley 12 del mismo título, facultaba al juez para nombrar curador al varon mayor de 14 años y á la hembra mayor de 12 y menores de 23. Los intérpretes, tratando de salvar esta antinomia, sentaban que la regla prohibitoria de la ley 13, debia entenderse limitando el derecho que daba á los menores á no recibir por curador á persona que no fuera de su agrado, ó á que si el menor designaba la persona que queria recibir por curador, la aprobara el juez si la hallaba idónea para el cargo; y asi se verificaba en la práctica. De manera que á pesar de la regla y prohibicion espuestas, habia lugar á la curatela testamentaria y á la dativa, y además se reconocia la que se verificaba por nombramiento del mismo menor.

52. La nueva ley de Enjuiciamiento sanciona la curatela testamentaria y la que á falta de ésta verifica el mismo menor limitándose las facultades del juez al discernimiento del cargo, y estendiendo y dando mas estension á la curatela testamentaria, pues admite respecto de ella los mismos casos é iguales reglas que respecto de la tutela testamentaria, segun demuestran los siguientes artículos. Si el padre hubiere nombrado curador para sus hijos se le discernirá el cargo en la forma que por él se haya prevenido; art. 1231, esto es, sin exigirle fianzas, si le hubiere relevado de ellas el padre, segun dicen los arts. 1219 y 1220, y cuya esposicion puede verse en

la seccion anterior. *Si el padre no hubiere relevado de fianzas á la persona nombrada, no podrá discernirsele el cargo sin que las haya previamente prestado:* art. 1232; y en tal caso las fianzas serán proporcionadas al caudal que haya de administrarse. *Si la madre hubiere nombrado curador á sus hijos, se le discernirá tambien el cargo exigiéndole fianzas si no ha sido relevado de ellas, y sin exigírselas, en el caso de haber esta relevacion:* artículo 1233. *Lo dispuesto en el artículo anterior se observará tambien en el caso de que alguna persona que hubiere instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia, le haya nombrado curador:* art. 1234. *Puede, sin embargo, el juez exigir fianzas al curador nombrado, en los casos de que hablan los dos artículos precedentes, aun cuando haya relevacion de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal del menor:* art. 1235.

55. Al establecer la nueva Ley la curatela testamentaria en los casos que llevamos espuestos, deseosa sin embargo de respetar la regla prohibitoria de la ley 15 de Partida, de no dar curador al menor contra su voluntad, adoptando la interpretacion que de ella hacian los intérpretes y que ya hemos indicado, y teniendo en cuenta que los que se hallan sujetos á curaduría por razon de su edad, tienen suficientemente desarrollada su razon é ilustrado su entendimiento para prever los daños que puede irrogarles que sean sus curadores personas de quienes desconfian por causa de negligencia, intereses encontrados, rencor que puedan tenerles ú otra de índole análoga, les faculta para oponerse á dicho nombramiento salvo el cargo en que lo hubiere verificado el padre, pues respecto de éste no puede existir la causa que en la madre, de debilidad de sexo, ni la de falta de todo el celo necesario para acertar en la eleccion del curador que en los extraños. Así, pues, dispone en su artículo 1236, que *si el menor se opusiere al nombramiento de curador hecho por la madre ó por la persona que le haya instituido heredero ó dejándole manda de importancia, y el juez lo creyere fundado, podrá negar el discernimiento del cargo al nombrado.* En tal caso se proveerá á esta oposicion en el espediente de jurisdiccion voluntaria, si aquella fuere justa, resolviendo en pro ó en contra de la oposicion, si no se suscitare cuestion por el curador nombrado ó por el menor; mas en caso de empeñarse cuestion sobre cualquiera de los particulares indicados en los artículos precedentes, esto es, no solo sobre el nombramiento, sino sobre si ha de darse ó no fianza, su entidad, etc., mas no sobre las escusas ó incapacidades, pues de estas se entiende, segun dijimos en el núm. 49, como entonces se convierte el acto de jurisdiccion voluntaria, en contencioso, *se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor: primero, el tutor si lo hubiere tenido, que hace en este caso las veces de curador para pleitos, conforme á lo prescrito en el art. 1230: segundo, el que haya sido su curador para pleitos, en los casos en que haya debido dársele, pues ya tiene acreditada su probidad é inteligencia: tercero, y á falta de los dos anteriores, el promotor fiscal del juzgado.*

54. *No habiendo curador nombrado por el padre, madre ó persona que*

*haya instituido heredero al menor ó dejándole manda de importancia, y no autorizándose por derecho la curatela legitima para los bienes, ni permitiendo tampoco al juez la nueva Ley nombrar curador por su propia autoridad, corresponderá al mismo menor su nombramiento,* art. 1237. *El nombramiento de curadores deberán hacerlo los menores, ante el juez, por comparecencia que suscribirán con el mismo y el escribano.*

55. Mas asi como la ley no confia ciegamente en que la madre ni el extraño que instituye heredero al menor, nombren siempre tutor á una persona hábil, celosa y leal, á quien pueda discernirsele el cargo sin exigirle fianzas, asi tampoco confia en que el menor haga siempre una eleccion ó nombramiento acertado. Por esto, dispone el art. 1239 de la ley, que *si la persona nombrada por el menor no reuniere las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, podrá el juez negarle el discernimiento y exigir del menor que nombre otro en su lugar.* Esta exigencia no debe entenderse que infringe ó quebranta la regla de la ley 12 citada, puesto que este nuevo nombramiento lo verifica el menor en persona de su agrado, que era á lo que se reducía el significado que daban á esta regla los intérpretes: por otra parte, ninguno mas interesado que el menor en hacer este nombramiento, para que nadie tenga inconveniente en celebrar con él contratos y para librarse de los peligros á que se espone no teniendo curador.

56. *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. 1240. *La misma audiencia deberá tener lugar para apreciar y aprobar la fianza que se prestase:* art. 1241. *Aprobada la fianza, se discernirá el cargo al nombrado:* art. 1242. Estas disposiciones son análogas á las de los arts. 1224 y 1225 sobre las tutelas, por lo que les son aplicables las mismas consideraciones que hicimos respecto de estas.

### SECCION III.

#### DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES EJEMPLARES.

57. El nombramiento de curadores á los que tienen alguna incapacidad intelectual para atender á sus personas y á sus bienes, lo confiere desde luego la ley al poder judicial por la especial proteccion que merecen del Estado aquellos desvalidos que, por hallarse por lo comun fuera de su familia, por haber llegado á la mayor edad, carecen de la proteccion y vigilancia que reciben de esta los menores no incapacitados. Esto, sin embargo, no obsta á la obligacion que tienen sus parientes, por los deberes de la sangre y las demás personas por ley de humanidad y caridad, de pedir al juez les provea de curadores.

Por eso se consigna en el art. 1243 de la nueva Ley de Enjuiciamiento, que *el nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el juez del domicilio del que lo necesitare* (es decir, que se hallare en estado de incapa-