

incapacitada para reclamar contra un nombramiento que ha pasado ya en autoridad de cosa juzgada, y que por tanto, la sentencia que confirma el nombramiento de curador ya consentido, no puede decirse válidamente que infringe los arts. 1253, 1254, 1274 y 1275 de la Ley de Enjuiciamiento, aun en la hipótesis de que atendida su naturaleza, fueren alegables como fundamento para la casacion en un pleito de aquélla especie.

68. El art. 1255 anterior, al determinar como debe efectuarse el nombramiento de curador el juez, advierte que esto ha de entenderse *cuando el juez hubiere de hacerlo*, lo cual persuade que no siempre lo verifica éste. Y en efecto, en el siguiente art. 1256, dispone la ley, que *los menores de 25 años que no estén incapacitados, y que sean mayores de catorce años, siendo varones, y de doce si hembras, podrán nombrar curador para pleitos á quien tengan por conveniente*. Esta disposición guarda consecuencia con la del art. 1257, que faculta á los menores para nombrar curadores para los bienes, nombramiento que es de mayor importancia que el de curadores para pleitos, puesto que aquel cargo comprende obligaciones más estensas que este. Tienen también la misma limitación que la anterior, y que contiene el artículo 1240, pues según el 1257, *queda, sin 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*. En este último caso, podrá el menor designar otra persona, mas si se negase á ello, el juez podrá verificarlo de oficio.

69. *Si sobre el discernimiento del cargo*, esto es, sobre haberse verificado respecto de una persona que no tenía la aptitud ó los requisitos que la ley exige, sobre haberse quebrantado el orden que marca el art. 1255, etc., *se empeñare cuestión, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor el promotor fiscal del juzgado*, pues no teniendo en este caso tutor ni curador al menor, como en el del art. 1250, que pueda representarle, hay que recurrir á la autoridad que tiene á su cargo la defensa de los menores.

SECCION V.

DEL DISCERNIMIENTO DE LOS CARGOS DE TUTOR Y CURADOR.

70. En las secciones anteriores se ha tratado de los casos en que respectivamente debe el juez otorgar ó rehusar el discernimiento á los tutores y curadores, según que se hubiere verificado su nombramiento con arreglo á la ley, ó sin atenderse á ella, ó que concurrieren en su persona las circunstancias que la misma exige. En la presente sección se trata de la manera como deberá verificarse el discernimiento, y en su consecuencia, de las diligencias que deberán practicarse y de las justificaciones que habrán de hacerse para que pueda aquel decretarse en forma debida: así es, que espresamente se previene las disposiciones que debe dictar el juez para preparar el modo mejor de atender á los alimentos del huérfano ó incapacitado, á la

administración de sus bienes y á las seguridades que deben dar los tutores y curadores sobre el buen desempeño de su cargo.

71. Acerca del modo de proveerse á los alimentos y educación de los constituidos en tutela ó curatela, y de indemnizarse al tutor ó curador por su administración, la nueva ley reconoce y sanciona dos medios. El primero se hallaba admitido por la práctica, según la que, cuando los frutos de los bienes de estos venían á ser iguales á los alimentos que les correspondían, el juez concedía á los tutores y curadores *frutos por alimentos*, esto es, que alimentando y educando á aquellos, según sus circunstancias, hicieran suyos los frutos, sin obligación de dar cuenta de estos. Conforme con esta práctica, la nueva ley dispone, que *antes de hacer el juez el discernimiento de todo cargo de tutor, curador para bienes ó ejemplar, teniendo en consideración la entidad del caudal del menor ó incapacitado y las circunstancias de su persona*, esto es, de su clase y condición, *y oyendo siempre al promotor, determinará si se entiende el desempeño del cargo fruto por pensión*: § 1 del art. 1261. *Declarado que el ejercicio del cargo se entiende fruto por pensión, y consentida y ejecutoriada esta declaración*, lo cual revela que podrá apelarse de ella por el tutor ó curador ó por el promotor fiscal, *el tutor ó curador hacen suyos los frutos del caudal*, y en su consecuencia, no tiene que dar cuenta de él, y *contraen la obligación de cubrir todas las necesidades del menor*, esto es, las relativas á su manutención, vestido y carrera, si no fuera incapacitado, según su clase, ó como dice la ley 16, tít. 10, Part. 6, «de comer e de vestir e las otras cosas que menester le fueren, según entendiere que lo debe hacer, catando todavía que lo haga según los bienes que recibió del» *y las atenciones del mismo caudal*, esto es, el pago de gravámenes y contribuciones y las reparaciones ordinarias de las fincas, pero no las extraordinarias ó hechas para utilidad perpétua ó mejora de los bienes, pues estas se hacen á espensas del menor, obteniéndose por el tutor ó curador la licencia judicial si tuviere que enagenar alguna de los bienes de este, comprendidos en el art. 1401.

72. Asimismo, anteriormente estaba declarado que el testador, especialmente si era el padre, pudiera consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produjeran sus bienes, no siendo muy pingües ó excesivos á los que, según su esfera, pudiera gastar en su educación, en cuyo caso no tenía el tutor que dar cuenta de su inversión; lo que se fundaba en las disposiciones y el espíritu que dominan en el derecho, de respetar ante todo la voluntad del padre, según aquella regla: *nonumquam tamen á voluntate patris discedit Prætor*, y lo prescrito en la ley 19, tít. 16, Part. 6, sobre que «deve criarse el huérfano en aquel lugar é con aquellas personas que mandó el padre en su testamento.» y de aquí el respetarse con tanta mayor razón la asignación que hace el padre de cuota determinada para los alimentos, á no ser insuficiente, ó que menguara ó destruyera el patrimonio del huérfano.

Adviértase que al hacer el señalamiento de frutos por pensión, se atiende del estado del caudal en aquella época, sin que se entiendan comprendi-

dos en ella los acrecentamientos extraordinarios, como por herencia, etc.

75. El otro medio de proveer á los alimentos del constituido en tutela ó curatela que tiene lugar, *caso de no declararse que se entiende el cargo fruto por pensión*, es el que se verifica *señalando el mismo juez lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educacion, y el tanto por ciento que haya que abonarse por la administracion*: § 2.º del art. 1261: disposicion conforme con lo prescrito en la ley 20, tit. 16, Part. 6, sobre que debe el juez señalar los alimentos segun su prudente arbitrio y la riqueza del huérfano, procurando que salgan de los frutos y rentas, quedándole así salvos los bienes. *Hecho el señalamiento de suma determinada para alimentos, y de un tanto por ciento para la administracion*, que deberá ser proporcionado al trabajo que esta ocasiona, *se abonarán sus respectivos importes en sus cuentas al tutor ó curador, debiendo agregarse á la masa del caudal los productos integros del mismo*: art. 1263. Esta disposicion ha corregido nuestro antiguo derecho, segun el cual se abonaba al tutor ó curador el 10 por 100 de los productos, deducidas las espensas: ley 3, tit. 3, lib. 4 del Fuero Juzgo, pues no siendo esta cuota proporcional al trabajo y desvelos que ocasionaba cada tutela, era unas veces excesiva, convirtiéndose en grangería este cargo de piedad y confianza, y otras apenas bastaba para compensar la pérdida de tiempo y de lucros que habia ocasionado aquel cargo.

74. Respecto á las fianzas, deben tambien quedar determinadas y constituidas antes del discernimiento del cargo, para que estén asegurados los intereses del menor ó incapacitado. Con este objeto previene el art. 1264 de la ley, que *al discernimiento de todo cargo de tutor ó curador deberá siempre preceder la justificacion cumplida de haber sido relevado por el padre de fianzas, ó por la madre ó persona que haya instituido heredero al menor ó dejándole manda de importancia, y de la aprobacion del juez en estos dos últimos casos, ó el otorgamiento de las correspondientes fianzas con arreglo á lo que queda prevenido en las secciones anteriores*. La justificacion de la relevacion de fianzas se hará con el testamento ó codicilo que la contenga, y la de la aprobacion del juez con la providencia en que conste.

75. Sobre la clase de las fianzas, nuestro antiguo derecho las hacia consistir en fiadores: «*deben dar fiadores valiosos al juez, decia la ley 9, tit. 16, Part. 6, que prometan e se obliguen por los guardadores que ellos aliñaran e guardaran bien e lealmente los bienes de los huérfanos e los frutos de ellos*»: pero la nueva Ley, considerando que ofrece mas garantía el valor de un inmueble que la obligacion de una persona cuya fortuna puede desaparecer rápidamente, ha requerido *que las fianzas en los casos en que deban darse, serán siempre hipotecarias*: art. 1266. Además, *la entidad de las fianzas deberá ser proporcionada al caudal del menor ó incapacitado, con exclusion de los bienes inmuebles*, atendida no solo la época en que aquellas se constituyen, sino las posteriores respecto de los aumentos que pueda tener dicho caudal, por lo que podrá ampliarse la fianza, segun espresamente se permite por los artículos 215 y 216 de la Ley Hipotecaria

de 1861, que espusimos al explicar el art. 1224 de la de Enjuiciamiento. Véase los artículos de la Ley y Reglamentos para su ejecucion allí citados. Apoya tambien esta doctrina sobre la ampliacion de las fianzas en el caso indicado; el que segun el art. 1267, las fianzas *serán además estensivas, en los casos en que no se declare se entienda fruto por pensión el desempeño del cargo, al sobrante que de las rentas ó productos del caudal quedare, despues de rebajada de ellos la suma señalada para alimentos, y el tanto por ciento de la administracion*, de manera, que no solo se estienden las fianzas á los bienes que recibió el tutor ó curador, sino á lo demás que quedare, pues que aquellas deben abrazar todo lo relativo á la gestion de los bienes.

76. El artículo 1266 escluye de la graduacion para regular la entidad de las fianzas de los bienes inmuebles del menor, con el objeto de no dificultar, haciendo aquellas demasiado gravosas, que puedan ejercer el cargo de tutores ó curadores personas que por no hallarse en la imposibilidad de dar fianzas cuantiosas, carecen de la aptitud necesaria para dicho objeto: además, los bienes inmuebles se hallan al abrigo de todo abuso del tutor ó curador por no poderse verificar su enagenacion sin licencia del juez.

77. Mas las reglas que acabamos de esponer sobre las fianzas, no son aplicables al curador para pleitos, porque no administra los bienes de los huérfanos ó incapacitados, y por eso dice Lara, cap. 24, núms. 29 al 34, que los curadores para pleitos suelen tambien afianzar el buen desempeño, (sin duda en la representacion y defensa del menor en el litigio); pero aunque no lo hagan, no por eso es nulo el acto, puesto que ni administran ni tienen que hacer inventario, ni que dar cuentas como los otros; y el artículo 1268, corroborando esta doctrina, dispone, que *para el discernimiento del cargo de curador para pleitos, basta acreditar el nombramiento hecho de cualquiera de las maneras consignadas en la Ley*, es decir, no son necesarias las justificaciones á que se refiere el art. 1264, ni lo prescrito en su consecuencia en los tres siguientes.

78. *Cumpliendo cuanto queda dispuesto en los artículos que preceden, se exigirá al tutor ó curador nombrado, ya sea para bienes, ejemplar ó para pleitos que otorgue en el mismo espediente, bien de fianza y aceptacion, bien de esta sola si fuere curador para pleitos, la oportuna obligacion á desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, bajo la responsabilidad que las leyes imponen*: art. 1269. Por nuestro antiguo Derecho se imponia á los guardadores la obligacion de jurar el buen desempeño de su cargo. «*E sobre todo, deben jurar los guardadores, decia la ley 9, tit. 16, Part. 6, de fazer todas las cosas que sean á pro de los huérfanos que han en guarda, e de no se entremeter de fazer cosa que se torne á daño de ellos*». Gregorio Lopez, sin embargo, afirma en su glosa 7.ª á dicha Ley, que no obstante no jurar el guardador, valdrian las transacciones ó tratos que hiciese, para que no quedaran defraudados los que trataron con el, y asimismo que podia remitir este juramento el testador. La Comision redactora de la nueva Ley, creyó que no debia exigirse el juramento, vínculo que por

desgracia no es tan eficaz en nuestros dias como en los siglos anteriores, dice su sus *Motivos de la Ley* el señor Laserna; mas en su *Tratado de procedimientos*, se duele con razon de que se haya quitado la necesidad de prestar el jurameato que por su solemnidad y acaso por su efecto moral, dice, pudiera tal vez haberse conservado.

79. *Otorgada dicha obligacion, se estenderá en seguida la diligencia del discernimiento, en la cual el juez dará facultades al nombrado para representar al menor con arreglo á las prescripciones legales; y para cuidar de su persona y bienes: art. 1270.*

SECCION VI.

DISPOSICIONES COMUNES A LAS SECCIONES ANTERIORES.

80. Estas disposiciones se refieren á las medidas de inspeccion que deben tomar los jueces para que tengan cumplido efecto en todas sus consecuencias las anteriores disposiciones sobre la buena gestion de los guardadores y la conservacion de los intereses de los menores ó incapacitados, y que sea una verdad la benéfica proteccion que les dispensa la Ley.

81. Previénese, pues, en primer lugar con tan laudable propósito, que en los juzgados de primera instancia habrá un registro en que se pondrá testimonio de todos los discernimientos que se hicieren de cargo de tutor ó curador para los bienes: art. 1271, entre los que se comprende el curador ejemplar, porque tambien administra bienes; mas no el curador para pleitos por no tener esta administracion. Este registro evita que los jueces tengan que acudir á los archivos de las diversas escribanías en que se hallen los expedientes de discernimientos, teniéndolos reunidos en un solo punto y en su mismo juzgado.

82. *El dia último de cada año, y en los demás que fueren necesarios, examinarán los jueces dichos registros y dictarán en su concecuencia de oficio, de las medidas siguientes, las que correspondan, segun las circunstancias de cada caso y que les sean aplicables:*

1.^a *Si resultare haber fallecido algun tutor ó curador, esto es, si por la inspeccion del registro se advierte que se habian nombrado tutores ó curadores á sugetos que se sabe han fallecido, harán sean reemplazados como corresponde con arreglo á la Ley, esto es, si fueren testamentarios, se pondrá diligencia en que conste el fallecimiento, uniendo al expediente la partida de defuncion, y procederá el juez á designar el pariente que deba ser tutor, ó en su defecto, á elegir persona que ha de ejercer este cargo: si el fallecido fuere tutor ó curador legitimo, procederá, haciéndolo constar, á nombrar otro pariente, ó á falta de estos, un tutor dativo; y si el que murió fuere curador para bienes, requerirá el juez al menor, para que lo nombre, ó en su defecto lo nombrará él mismo, etc.*

2.^a *Si procedente de cualquiera enagenacion hubiere alguna suma depositada para darle destino determinado, procurarán tenga esto cumplido*

efecto, para evitar que se estravie ó malverse. Esta disposicion es una confirmacion de lo prescrito en los arts. 1409 y 1410 sobre lo que debe hacerse con el precio de la venta de bienes de menores. Esta regla se hace extensiva por los intérpretes á las demás cantidades que ingresen en el patrimonio del menor, aunque no provengan de venta de bienes del mismo, v. gr. de una herencia, donacion, si debe darse á esta suma un objeto determinado, pues de no ser asi, se regirá por la regla 3.^a

3.^a *Exigiran tambien rindan cuentas los tutores ó curadores que deban darlas, esto es, los tutores ó curadores para bienes ó ejemplares, á quienes no se señala frutos por pension, pues en este caso no están obligados á dar cuentas segun digimos y ha decidido el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 7 de abril de 1859; mas no los curadores para pleitos, puesto que no tienen la administracion de los bienes. Mas esta inspeccion del juez se refiere al caso en que hubiesen cesado los tutores ó curadores en sus funciones, mientras dura respecto del menor ó incapacitado la tutela ó curaduría por no haber llegado á la mayor edad ó permanecer en su incapacidad, que son los casos sobre este particular en que el juez tiene el deber de proteger á los menores ó incapacitados en representacion de la sociedad, v. gr., si fueron removidos ó cesaron por justa causa ó por cumplir el tiempo ó condicion de la tutela testamentaria, pues respecto de la obligacion de dar cuentas que imponen las leyes á los guardadores cuando cesaron en sus cargos por haber llegado los huérfanos á la mayor edad ó haber recobrado su capacidad, ó haber obtenido dispensa de edad, como entonces se hallaran estos en el pleno goce de sus derechos civiles, pueden pedirlos ellos mismos, y ya no incumbe al juez el deber de proteccion indicado. Véase sobre el modo de rendir las cuentas lo prescrito en los artículos 1274 y 1275.*

4.^a *Obligarán á los mismos tutores y curadores, en los casos en que no se entienda el desempeño de sus cargos frutos por pension, á que depositen en el establecimiento público destinado al efecto, los sobrantes de las rentas ó productos del caudal de los menores ó incapacitados, despues de cubierta la suma señalada para alimentos y de pagado el tanto por ciento de administracion, con el objeto de que no se malversen ó sustraigan aquellos fondos; pero esto debe hacerse dejando en poder del tutor ó curador las sumas necesarias para poder atender sin estrechez al cuidado del menor ó incapacitado y á la gestion de sus bienes.*

5.^a *Procurarán la imposicion de cualesquiera fondos existentes á que no deba darse otra aplicacion especial, conforme á lo determinado en la regla 2.^a Esta disposicion tiene por objeto hacer productivos los fondos pertenecientes al huérfano, por lo que no se opone á que se impongan en establecimientos particulares si se cree mas ventajoso, puesto que no se circunscribe la imposicion á los establecimientos públicos, como se hace respecto de los fondos á que se refiere la disposicion anterior, cuyo fin es mas bien asegurar las existencias ó sobrantes de la administracion, de que se supone se ha de echar mano con frecuencia para atender á esta, y que por tanto, no*