

sciencia á los escolares, lo mismo que los maestros de las leyes e los filósofos... debe suponerse que se extiende no solamente á los que la ley enumera, sino á cualquier otros que tengan cátedras públicas de profesiones liberales. Los maestros de física son, en el lenguaje de la ley, los médicos.

Por lo que hace al que no sabe leer ni escribir, la ley de Partida dice: «el que non supiese leer nin escrebir, si fuese tan simple o tan necio que non se atreviese á hacer la guarda con recabdo.»

Parécenos, sin embargo, que nadie alegará su simplicidad como excusa y que no será necesario más que el hecho de no saber leer ni escribir para que la excusa prospere. Bien podemos decir que si en la época en que se hicieron las Partidas esto era una excusa, hoy podría considerarse como verdadera incapacidad.

Tales son las excusas que hoy se conservan. Nuestras leyes hacen mencion de algunas otras que en nuestro sentir son hoy inaplicables ó están derogadas, como lo está, por ejemplo, la de tener doce yeguas de vientre, etc.

Artículo 246.—Para los efectos del párrafo 7.º del artículo anterior, se reputará enemigo capital del padre aquel que le hubiere acusado de un delito de los que tienen señalada pena de muerte, ó por cualquier otro medio hubiere atentado contra su vida.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tit. VIII, lib. II, Fuero Real.
Ley 22, tit. XVI, Partida 3.ª
Ley 6.ª, tit. XXXIII, Partida 7.ª

COMENTARIO

El que acusó al padre del de cosas que si le fuessen probadas que le devian matar por ende, ó ser mal enfamado, ó si le ouiesse acachado en otra manera por lo matar.

La enemistad capital, llevada hasta este punto, debiera más bien considerarse como incapacidad que como excusa.

La reconciliacion, como se expresa en el párrafo sétimo del artículo anterior, borra por completo la enemistad y hace desaparecer la excusa.

Si el tutor fuere nombrado en testamento, no podría, á nuestro entender, prosperar la excusa de enemistad capital, pues que el nombramiento

de testamentario equivale á más que una reconciliacion.

Artículo 247.—Las excusas para ejercer el cargo de tutor ó curador, deberán proponerse ante el juez que hizo el discernimiento, en los cincuenta días siguientes á la notificacion del mismo.

Si el designado tutor ó curador residiese á mayor distancia de 100 millas del lugar en que se hizo el discernimiento, el término para excusarse será de treinta días y un día más por cada 20 millas (1).

ORÍGENES

Ley 4.ª, tit. XVII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 435 Cód. Holanda.—319 Luisiana.—234 Vaud.

JURISPRUDENCIA

La remocion de los tutores y curadores no puede resolverse por un acto de jurisdiccion voluntaria (Sent. 18 Abril 1863).

COMENTARIO

«El que se quisiere excusar, debe mostrar delante del juez la escusacion fasta cincuenta dias e debense comenzar a contar desde el dia que el supo primeramente que era dado por guardador. Esto se entiende si está en el mismo lugar o en otro que non sea mas lueñe de cien millas. Ca si mas lueñe fuesse, debe auer estonce por cada veinte millas un dia, e treinta dias de mas, a que venga a mostrar su escusacion:» tal es la doctrina de la ley.

El designado tutor ó curador, deberá, pues, proponer sus excusas, ántes de que se verifique el discernimiento del cargo ó ántes de que trascurren los términos improrogables que en la ley se fijan.

Trascurridos que sean estos plazos, se presume que se aceptó el nombramiento y cesa por lo tanto el derecho de alegar la excepcion legal.

La ley recomienda que en beneficio de la persona y bienes del menor, se termine brevemente el expediente ó pleito que promueva con ocasion de la excusa, y dice: «E el juez deue fazer que desde el dia que se comenzaron a contar

(1) Segun la ley 25, tit. XXVI, Partida 2.ª, tres millas son una legua.

los dias sobredichos, fasta cumplimiento de quatro meses, sea librado el pleito si debe valer o non la escusacion.»

En este pleito será parte necesariamente el menor, representado por un curador *ad litem*, y con audiencia del menor ó fiscal podrán alegarse cuantas excusas se crean que concurren.

La causa de excusa que sobreviene al ejercicio del cargo, podrá alegarse para una nueva tutela, pero de ningun modo será atendible para aquella que ya se está desempeñando. Así lo disponia el Derecho Romano, y creemos que así se desprende de la ley de Partida en muchos de los casos que en ella se enumeran, como por ejemplo, en los designados con los números 2.º y 3.º del art. 245.

En el Proyecto de Código, las excusas debían proponerse en la primera reunion del consejo de familia á que asista el tutor, so pena de no ser oidos despues, y las causas que sobrevinieren se alegarán dentro de los diez días desde que el tutor tuviere conocimiento de ellas, despues de cuyo término no pueden ser oidas.

En cuanto al plazo que señala la ley de Partida, puede resultar caso en que estando á más de 100 millas el nombrado tutor, sea el plazo menor de cincuenta dias. Sala dice que por equidad, no debe ser nunca este plazo menor de cincuenta dias.

Artículo 248.—La sentencia dictada sobre excusas, es apelable por el tutor ó guarda-

dor á quien se deniega la excusa. Si el tribunal superior confirma la sentencia, quedará obligado el guardador á la indemnizacion de daños y perjuicios.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tit. XVII, Partida 6.ª
Ley 8.ª, tit. XXIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerta en parte con: Art. 440 Cód. Francia.—435 Holanda.—236 Vaud.—320 Luisiana.—362 Nápoles.

COMENTARIO

Esta ley es más bien referente al procedimiento; pero muchos Códigos la colocan en el Código civil, y casi todos los tratadistas de Derecho civil se ocupan de ella, colocándola entre las de carácter puramente civil.

«E el que mostrare escusa derecha e non ge la quiere caber el juzgador, si se sintiere agraviado de la sentencia, pudesse alzar della» (Ley 4.ª citada).

«Otrosi les debe pechar (al menor), todos los daños, e los menoscabes que los huerfanos o los otros rescibieren por mengua de guarda, desde el dia que fue escogido por guarda fasta el postrimero juicio que fue dado en razon de la excusa» (Ley 8.ª citada).

CAPÍTULO VIII

DE LA ADMINISTRACION DE LA TUTELA Y CURADURÍA

Artículo 249.—El menor debe ser educado y alimentado con arreglo á su clase y facultades.

ORÍGENES

Ley 16, tit. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 454 Cód. Francia.—291 Italia.—Párr. 8.º, art. 224 Portugal.—446 Holanda.—343 Luisiana.—Ley 3.ª, párr. 3.º, tit. VII, lib. XXVI, Digesto.

COMENTARIO

La tutela comprende la educacion y la alimentacion del huérfano. Así dice la ley que el huérfano aprenda buenas maneras, leer e escribir: e despues desto débele poner que aprenda e use aquel menester que mas le conviniere segun su natura, e la riqueza e el poder que oviere... Y el Digesto establece como regla general cuando se trate de fijar alimentos: *pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituit*.

Cuando el testador haya señalado la forma y clase de educación, así como la cuantía de los alimentos, se estará á lo dispuesto en el testamento, cumpliéndolo en cuanto sea posible.

Artículo 250.—La educación del menor corresponde á la persona designada en el testamento, y en su defecto á la que, no siendo heredera abintestato del menor, fuere designada por el Juez.

ORÍGENES

Ley 19, tit. XVI, Partida 6.^a

COMENTARIO

Hé aquí las palabras de la ley: «Criarse debe el huérfano en aquel lugar e con aquellas personas que mando el padre o el abuelo en su testamento. Si nada dijeron, el Juez del lugar debe catar con gran femencia e escoger algund ome bueno que ame la persona del huérfano e el provecho del: e que sea atal que muriendo el moço non haya derecho de heredar lo suyo. Pero si oviesse madre que fuesse mujer de buena fama bien le puede dar el fijo que lo crie, e ella puedelo tener mientras mantuviere biudez e non cassare...»

Cuáles sean los motivos de esta ley, no los alcanzamos; es más, la creemos en contradicción con la 4.^a del mismo título y Partida cuando dice: «debe el Guardador ser establecido por mandato del padre... o por otorgamiento de las leyes, *assi como por parentesco...*» y con la 9.^a del mismo título, que expresa: «si los mozos non ouieren madre nin auuela mandamos que los parientes mas cercanos que ouieren... sean guardadores.»

Es decir, que los parientes más cercanos (esto es, los que heredarían al menor abintestato) pueden ser guardadores, pero no deben tener á los menores en su casa, ni encargarse de su educación.

El motivo que parece indicar la ley, refiriéndose á las madres ó abuelas que pasan á posteriores nupcias, esto es, la posibilidad de que malversen los bienes del menor, dándoselos al nuevo marido, no nos parece aceptable. Si este es el motivo general de la ley, comprenderíamos que por él se privase á los parientes de la tutela y curatela, pero no de la educación y crianza, cuando por otra parte se les entregan los bienes sin temores ni recelos de que puedan distraerlos ó defraudar al menor.

Pero además, no comprendemos cómo el

pariente á quien la ley ha juzgado más cuidadoso y diligente para administrar los bienes del menor que un extraño, deba suponerse con peores intenciones respecto de la persona del huérfano. La contradicción, en nuestro sentir, es palmaria y debiera desaparecer en la ley, pues en la práctica creemos que ya no existe. Por último, si la ley ha querido prevenir el peligro de que el pariente pueda matar al menor para heredarle abintestato, no creemos que éste sea el medio más prudente de evitar el delito. Basta con perseguirlo si se había cometido, ó en último caso con privar de el derecho de heredar abintestato á los parientes que ejerzan la tutela, durante el desempeño de este cargo.

Artículo 251.—Antes de hacer el juez el discernimiento de todo cargo de tutor ó curador, teniendo en consideración la entidad del caudal del menor y las circunstancias de su persona, determinará si se entiende el desempeño del cargo fruto por pensión.

Caso de no declararse que se entienda en dicha forma, señalará el mismo juez lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educación.

ORÍGENES

Leyes 16 y 20, tit. XVI, Partida 6.^a
Art. 1261 Ley Enjuic. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 454 Cód. Francia.—291 Italia.—224 Portugal.—243 Luisiana.—446 Holanda.—Ley 3.^a, tit. II, lib. XXVII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

El tutor á quien se señale los frutos por alimento de los menores, quedará relevado de la obligación de dar cuentas de su administración (Sent. 7 Abril 1859).

Lo dispuesto por la ley de Enjuiciamiento para obligar á los tutores y curadores á que depositen en el establecimiento público destinado al efecto los sobrantes de las rentas y productos del caudal de los menores, despues de cubiertos los gastos de alimentación y administración, no se entiende con los tutores ó curadores nombrados por el padre con relevación de fianzas (Sent. 3 Junio 1864).

COMENTARIO

Al juez corresponde señalar la cantidad de

JURISPRUDENCIA

Cuando el tutor no haga inventario de los bienes del pupilo, se estará á lo que jure el mismo pupilo ó su heredero (Sent. 9 Febrero 1869).

COMENTARIO

Los publicistas de Derecho dividen generalmente las obligaciones del guardador, en obligaciones que debe cumplir ántes de entrar en el desempeño del cargo; obligaciones cuyo cumplimiento se exige durante el cargo, y, por último, obligaciones que, dependiendo del cargo, son exigibles cuando éste ha terminado.

Entre las primeras se colocan tres:

- 1.^a Fianza.
- 2.^a Juramento.
- 3.^a Formación de inventario.

Nosotros, invirtiendo este orden, aceptado comúnmente por los autores, colocamos la fianza en el art. 254.

Respecto al juramento, la ley de Enjuiciamiento civil exige solamente que el nombrado guardador, otorgue en el mismo expediente la oportuna obligación de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, bajo la responsabilidad que las leyes imponen (Art. 1269).

Lo mismo establece el derecho aragones (1), y el catalán (2).

En cuanto al inventario, es lógico que preceda al ejercicio del cargo, por más que la ley no señala término para formalizarlo. La costumbre, sin embargo, ha hecho que el tutor ó curador nombrado reciba los bienes por inventario, formado como es consiguiente ántes del discernimiento.

¿Qué clase de inventario ha de ser éste? Ya lo decimos en el artículo, *solemne*, es decir, hecho con intervención del juzgado, por un escribano del mismo. El formulario que las leyes de Partida insertan, no es hoy aplicable á estos inventarios.

La no formación de inventario sin causa justificada debidamente, es bastante para considerar al tutor como sospechoso, según hemos dicho en otro lugar.

Artículo 253.—El inventario formado con arreglo al artículo anterior, no podrá ser impugnado por el guardador.

(1) Observ. 3.^a de tutor, lib. V.

(2) D. Pedro IV de Aragón mandó esto mismo en las Cortes de Perpiñán de 1351 (cap. IX).

pan e de vino e de dinero que debe suministrar-se anualmente al menor.

Si el padre hubiese fijado en el testamento donde nombró tutor ó curador á su hijo la cuantía de los alimentos, deberán el juez y el guardador atenerse á la voluntad del testador.

Recomiendan las leyes de Partida que no se fijen mayores alimentos que los frutos de los bienes del menor, de tal modo que jamás se toque al capital.

Cuando se asignare una cantidad determinada por alimentos, el resto de los frutos, rentas ó pensiones del menor deberán depositarse en un establecimiento público que ofrezca ciertas garantías (en la actualidad la Caja de Depósitos), empleando despues el nuevo capital que se crea por estas sucesivas acumulaciones, á lo que sea más útil y conveniente al huérfano, obrando para ello el tutor ó curador con autorización judicial.

Cuando el juez, atendiendo cuidadosamente á la riqueza del mozo, señalare frutos por alimentos, el tutor ó curador hacen suyos todos los frutos, rentas y pensiones, pero adquiere la obligación de atender y llenar todas las necesidades del menor, así de alimentación como de educación, vestido, etc., etc. Como consecuencia de esto, no tendrá que rendir cuentas del empleo de las rentas del huérfano, bastándole acreditar, en caso de reclamación, que ha satisfecho las necesidades del pupilo.

Artículo 252.—El designado tutor ó curador de un huérfano deberá prestar juramento de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo (a).

Deberá, asimismo, formar inventario solemne de cuantos bienes constituyan el patrimonio del menor (b).

ORÍGENES

- (a) Ley 94, tit. XVIII, Partida 3.^a
Art. 1269 Ley Enjuic. civ.
(b) Ley 2.^a, tit. VII, lib. III, Fuero Real.
Ley 120, tit. XVIII, Partida 3.^a
Ley 15, tit. XVI, Partida 6.^a

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 451 Cód. Francia.—281 Italia.—243 y 246 Portugal.—444 Holanda.—376 Prusia.—247 Vaud.—329 Luisiana.—Ley 7.^a, tit. XXVII, lib. XXVI, Digesto.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tit. VII, lib. III, Fuero Real.
Leyes 95 y 120, tit. XVIII, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 9 Febrero 1869.

COMENTARIO

«Si el guardador a la sazón que diese cuenta al huérfano de sus bienes dijese contra aquella carta; queriendo probar que fueran y escritas algunas cosas demás que el non rescibiera, e que consintiera a sabiendas que los escribiesen y, por facer muestra que el huérfano era mas rico, porque pudiesse mejor casar o por otra razón semejante: mandamos que tal contradecimiento non sea cabido, nin vala maguer quisiese probar lo que dice...»

Es tanto el valor del inventario, solemne que no se admite contra él alegación ni prueba de ninguna especie.

Gutiérrez dice (núm. 103): «Nos parece muy probable y muy justo que pueda alegarse cualquier error por el que un tutor haya sido inducido á creer que tal ó cual cosa pertenecía al pupilo.»

La descripción de una finca hecha equivocadamente, tampoco cede en perjuicio de tercero, pudiendo su dueño reclamarla sin responsabilidad suya ni del curador.

Artículo 254.—El tutor ó curador, deberá constituir fianza hipotecaria en favor del menor por los bienes que de éste haya recibido y por la responsabilidad en que incurriere.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tit. XVI, Partida 6.ª
Ley 94, tit. XVIII, Partida 3.ª
Art. 168, párr. 4.º, Ley Hipot.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2121 Cód. Francia.—293 y párr. 3.º del 1969 Italia.

JURISPRUDENCIA

De lo dispuesto en los arts. 215 y 216 de la Ley Hipotecaria, no se deduce que la hipoteca, por razón de la tutela, no puede exigirse ni hay obligación de prestarla más que en cuanto alcance á cubrir aquella á que ha de responder (Sent. 22 Junio 1868).

COMENTARIO

El tutor ó curador tiene respecto de los bienes del pupilo ó menor la condición de administrador; de aquí la necesidad de la fianza. Antes de la ley de Enjuiciamiento civil, todos los tutores y curadores estaban obligados á dar fianza; mas despues ha sufrido esta materia algunas modificaciones.

Así, pues, el art. 1264 de dicha ley dice: «al discernimiento de todo cargo de tutor ó curador deberá siempre preceder la justificación cumplida de haber sido relevado por el padre de fianzas, ó por la madre ó personas que hayan instituido heredero al menor ó dejádole manda de importancia, y de la aprobación del juez en estos dos últimos casos, ó el otorgamiento de las correspondientes fianzas con arreglo á lo que queda prevenido.

Las fianzas, en los casos en que deban darse, serán siempre hipotecarias (Art. 1265).

La entidad de las fianzas deberá ser proporcionada al caudal del menor, con exclusion de los bienes inmuebles (art. 1266), porque como éstos se inscriben en los Registros de la propiedad á nombre del menor, no es preciso que afiance su malversación no pudiendo enajenarlos.

Serán además extensivas, 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 por alimentos y el tanto por ciento de administración.

Con motivo de esta ley podrá preguntarse: ¿existe la hipoteca general tácita que estableció la ley de Partida á favor de los menores sobre los bienes de sus tutores ó curadores, despues de la ley de Enjuiciamiento que dice que las fianzas serán siempre hipotecarias?

Podrá suponerse que la ley de Enjuiciamiento, como ley puramente adjetiva, deja subsistentes todas las leyes sustantivas; pero, á nuestro entender, este razonamiento es endeble, porque la ley de Enjuiciamiento y la Hipotecaria, sea el que sea su carácter, no pueden menos de observarse con preferencia á lo establecido en leyes anteriores, que por lo mismo deben entenderse derogadas.

Creemos, pues, que hoy no existe la hipoteca general tácita de la ley de Partida.

Artículo 255.—Los tutores ó curadores obligados á dar fianza deberán constituir

hipoteca especial á favor de las personas que tengan bajo su guarda, con sujeción á lo dispuesto en el tít. III, part. 2.ª, ley Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Art. 214 Ley Hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo anterior.

COMENTARIO

La ley Hipotecaria desenvuelve el principio señalado en el artículo anterior. Así, pues, en éste y en los siguientes nos haremos cargo de esta doctrina.

Repítase en este artículo que la fianza ha de ser hipotecaria, y repítase, asimismo, que el tutor ó curador nombrado deberá constituirla.

Como éste es el artículo fundamental en esta materia, puesto que los demás sólo establecen modificaciones, reglas ó interpretaciones sobre este mismo punto, expondremos aquí las disposiciones del Reglamento de la Ley Hipotecaria pertinentes al caso.

En el expediente para el discernimiento del cargo á los tutores ó curadores no relevados de fianza, se justificará cumplidamente el importe del capital que consista en bienes muebles, y el de la renta de los inmuebles que constituyan el caudal del huérfano (art. 146).

En vista de lo que resulte, segun el artículo anterior, se graduará la cantidad de la hipoteca que deba constituirse (art. 147).

En el expediente expresado se justificará asimismo la propiedad de los bienes que se ofrezcan en hipoteca, mediante la presentación de los títulos de su última adquisición de dominio; la libertad de dichos bienes, ó las cargas anteriores que tuvieren, con la certificación correspondiente del Registro, y el valor de los mismos bienes por capitalización, al tipo que se acostumbre en cada lugar, por los recibos de la contribución territorial que hayan pagado el último año, ó por certificación de peritos (artículo 148).

Oído el ministerio fiscal ó el curador para pleitos en su caso, sobre el importe de la fianza, conforme á lo prevenido en los arts. 1224 y 1225 de la ley de Enjuiciamiento civil, y considerando el juez suficientes las fincas ofrecidas en hipoteca, se constituirá ésta por medio de un acta, que extenderá el secretario en el mis-

mo expediente, firmará el tutor ó curador y aprobará el juez ó tribunal en auto separado (art. 149).

Del acta de constitución de hipoteca, extendida en el expediente de tutela ó curaduría, y del auto de su aprobación, se darán dos copias autorizadas al tutor ó curador nombrado, para que en su vista se hagan en el Registro las inscripciones correspondientes.

Una de estas copias quedará en el Registro, y la otra se devolverá al interesado, con nota de quedar hecha la inscripción.

Mientras esta última copia no se devuelva al juzgado ó tribunal y se una al expediente, no se podrá discernir el cargo al tutor ó curador (artículo 150).

El acta de constitución de hipoteca y su inscripción en el Registro, expresarán las circunstancias siguientes:

1.ª El nombre del tutor ó curador, y el de la persona que lo haya nombrado.

2.ª La clase de la tutela ó curaduría.

3.ª La clase del documento en que se haya hecho el nombramiento, y su fecha.

4.ª La circunstancia de no haber relevación de fianza, ó la de que á pesar de haberla, el juez ó tribunal ha creído necesario exigir las.

5.ª El importe del capital y rentas del huérfano ó incapacitado, distinguiendo la parte que se halle en bienes raíces de la que consista en otra clase de bienes.

6.ª El importe de la fianza que se haya mandado prestar, expresando si se ha fijado con audiencia del ministerio fiscal, ó del curador para pleitos del menor.

7.ª Relación de las fincas ofrecidas en fianza, con expresión del valor y cargas de cada una y del título de su última adquisición, todo con referencia á los títulos de propiedad y certificación del Registro y avalúos que se hayan presentado.

8.ª Acto de constitución de la hipoteca, por la cantidad señalada en la hipoteca.

9.ª Designación de la cantidad por que cada finca quede hipotecada, segun la distribución que se hubiere hecho, con aprobación del juez ó tribunal.

10. La fecha del acto, el nombre del secretario ante quien se haya celebrado y la firma del tutor ó curador ó del que por él hubiere constituido la hipoteca.

11. La inscripción hipotecaria hará mención además del auto de aprobación de la hipoteca, dictado por el juez ó tribunal.