

ES

S-
IN-

AR

EL DERECHO
AL ALCANCE DE TODOS.

JURISPRUDENCIA POPULAR

POR

FRANCISCO LASTRES,

Abogado.

LA TUTELA Y LA CURATELA.



MADRID:

LIBRERIA DE VICTORIANO SUAREZ,

Jacometrezo, 72.

1876.

FA 112

EL DERECHO
AL ALCANCE DE TODOS.

JURISPRUDENCIA POPULAR

POR

FRANCISCO LASTRES,

Abogado.

LA TUTELA Y LA CURATELA.

MADRID:
LIBRERIA DE VICTORIANO SUAREZ,
Jacometrezo, 72.
1876.



TITULO I.

DE LA TUTELA Y CURATELA EN GENERAL.

Teniendo en cuenta el desarrollo físico é intelectual, ha dividido la ley la edad del hombre en varios períodos llamados: infancia, pubertad, menor y mayor edad, empezando ésta última á los veinte y cinco años, tanto para el hombre como para la mujer.

Por la falta de discernimiento ó de experiencia durante la menor edad, seria peligroso dejar á los jó-

venes obrar por sí, y para evitar perjuicios se les somete á la patria potestad, de la cual nos hemos ocupado extensamente (1). Pero el hijo ilegítimo que no está sujeto á ese poder, y el huérfano de padre y madre, quedarian completamente abandonados si no existieran la tutela y la curatela, instituciones altamente humanitarias, creadas para dirigir á los menores y cuidar de sus intereses, supliendo de ese modo la falta de padres en una edad en que tan necesarios son la autoridad y los consejos.

El guardador debe alimentar al menor, educarle con arreglo á la for-

(1) Véase el tomo *La Patria potestad*.

tuna que tenga y á la posicion que haya de ocupar en sociedad, dándole una carrera ú oficio, segun los casos; debe formar inventario de los bienes del menor, administrarlos lealmente procurando su aumento y conservacion, sin consentir gastos supérfluos ó imprudentes, por los que podria exigírsele responsabilidad; en una palabra, el guardador debe obrar como lo haria un diligentísimo padre de familia, y en este criterio debe inspirarse para resolver las cuestiones y dudas que le ocurran, salvo las formalidades y requisitos que exigen las leyes, especialmente para la venta de los bienes de menores y transaccion sobre sus derechos.

Bajo el nombre genérico de guarda se comprende tanto la tutela como la curatela; de modo, que siempre que digamos guardador, nos referimos al tutor y curador, pues como veremos, hay muchas cosas comunes á uno y otro cargo. La tutela tiene por objeto principal la persona del pupilo, y sólo se da á los menores de catorce años, varones, y de doce siendo hembras; la curatela tiene por objeto principal los bienes del menor, y dura desde la pubertad, en que concluye la tutela, hasta los veinte y cinco años.

Además de la curatela de los menores hay una llamada *ejemplar*, establecida para defender la persona y administrar los bienes de los

locos, pródigos y demás incapacitados. En el lugar oportuno hablaremos de ella y de los llamados curadores *ad litem* ó para pleitos, cuya mision se reduce á sostener en juicio los derechos de sus protegidos, cuando no existe ó no puede hacerlo el tutor ó curador del menor ó incapacitado.

Como el desempeño de la guarda trae gravísimas responsabilidades y poca ó ninguna recompensa material (1), las leyes han elevado á la categoría de cargos públicos la tutela y curatela para que, aun con pérdida de sus intereses, no puedan

(1) Sobre la recompensa de los guardadores, véase lo que decimos al ocuparnos del discernimiento.

excusarse sino aquellos que tengan algun motivo justo de los expresamente señalados por la ley, siempre que lo aleguen en tiempo y en la forma prevenida.

Tambien nos ocuparemos en este tomo de la restitucion *in integrum*, ó sea el derecho que tiene el menor para indemnizarse de los perjuicios que se le hayan ocasionado por su inexperiencia, culpa de su guardador, ó mala fé de otro, cuyo recurso como extraordinario, sólo se emplea á falta de otro medio de reparacion, y puede entablarse desde la mayor edad hasta los veinte y nueve años.

TITULO II.

DE LA TUTELA EN ESPECIAL.

La tutela tiene por objeto la direccion y cuidado de la persona de los impúberes y administracion de sus bienes, siendo obligatorio á todo menor de catorce años, varon y de doce hembra, tener tutor, y para nombrarle no hace falta el consentimiento del pupilo. La tutela es de tres clases: *testamentaria*, *legítima* y *dativa*, pero no se olvide que el que está sometido á la patria potestad no puede tener tutor.

CAPITULO I.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

Como lo indica el epígrafe, se llama tutor testamentario al que es designado en testamento ó codicilo (1). El padre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos ó legitimados, nacidos ó póstumos (2), pero dicho nombramiento no tiene efecto si vive la madre, pues con arreglo á

(1) Véase el tomo *El Testamento y la Herencia*.

(2) Se llaman póstumos los hijos nacidos despues de muerto el padre, y son legítimos si nacen antes de los trescientos dias despues de la muerte. *Quasi-póstumo* se llama al hijo que nace despues de hecho el testamento, aun cuando viva el padre.

la ley, ésta tiene la potestad sobre sus hijos (1). La madre puede también nombrar tutor testamentario á sus hijos legítimos ó legitimados, para el caso de que no viva el padre á la época de su fallecimiento.

El padre y la madre del hijo natural podrán nombrarle tutor, si lo instituyen heredero ó le dejan una manda de importancia, pero será indispensable la confirmacion del Juez (2).

Los demás parientes del pupilo, así como los extraños, podrán nombrar tutor testamentario siempre que instituyan heredero al menor ó le

(1) Véase el tomo *La Patria potestad*.

(2) Leyes 6.^a y 8.^a, tit. 16, Part. 6.^a

dejen una manda de importancia, confirmando dicho nombramiento la autoridad judicial.

La designacion de la persona del tutor ha de ser muy clara, y no tendrá valor si se nota alguna oscuridad ó contradiccion, ó es incierta la persona. Si se dijera: nombro tutor de mi hijo al que sea elegido alcalde el año próximo, ese nombramiento no tendria valor ninguno, pues el cargo de tutor es de confianza y podria ocurrir que el alcalde elegido no mereciera la confianza del padre. El nombramiento puede hacerse puramente ó exigiendo alguna condicion que debe cumplirse antes de entrar á desempeñar el cargo. Puede nombrarse tutor desde

cierto dia, como si digo: quiero que José se encargue de la tutela de mi hijo desde primero del año próximo, y para que el huérfano no esté desamparado, se nombra por el Juez un tutor dativo. Tambien puede hacerse el nombramiento hasta cierto dia, como si digo: sea Juan tutor de mi hijo hasta fin de año, en cuyo caso, desde que concluye el tiempo del tutor testamentario hasta que cumple los doce ó catorce años el huérfano, se le nombra por el Juez un tutor dativo.

Pueden nombrarse uno ó varios tutores, y esto último se hace de dos modos: indicando orden ó conjuntamente. En el primer caso, lo que hace el testador es designar

varias personas para que unas en defecto de otras desempeñen la tutela, como sucederia si dijese: nombro tutores de mis hijos á mis amigos Juan, Pedro, Francisco, por el orden en que van mencionados; quiere decir, que primero vendria Juan, y si no existiere ó no pudiere ser tutor, se llamaria á Pedro y así sucesivamente.

Puede tambien nombrarse varios sin indicar orden, como si digo: nombro tutores de mis hijos á mis amigos Tomás, Miguel y Luis. En este caso, todos tienen el derecho y el deber de desempeñar la tutela; pero como la concurrencia de tutores tiene más inconvenientes que ventajas, lo que deben hacer es de-

signar entre ellos el que más directamente ha de dirigir al menor y administrar sus bienes, al cual se discernirá el cargo, pero sin que los demás se puedan descuidar, pues están obligados á vigilar la conducta del compañero elegido por ellos, denunciándole al Juez si llega á hacerse sospechosa su conducta. Á veces hace la eleccion el Juez, prefiriendo al que afiance ó parezca más idóneo, pues sólo cuando se trate de una fortuna cuantiosa, seria útil dividir la administracion de los bienes entre varios tutores testamentarios.

Generalmente los matrimonios, de comun acuerdo, designan en sus testamentos unos mismos tutores para

sus hijos, pero podría ocurrir que el padre nombrara á uno y la madre á otro. En este caso, opinan algunos, que debe elegir el Juez, y otros, que debe ser preferido el de nombramiento más antiguo, si lo han sido en distintas fechas; sin embargo que esto no debia suscitar tantas dudas (1), pues tratándose de hijos legítimos, todas las cuestiones se resuelven en favor del padre, así como la preferida será la madre cuando se trate de tutores para hijos ilegítimos.

Si concurren tutores testamentarios nombrados por los padres con

(1) Gutierrez.—*Estudios fundamentales de derecho.*

otros nombrados por un extraño que instituyó heredero al pupilo, la cuestion es más grave; y podria resolverse, dejando al tutor elegido por los padres la direccion del pupilo y administracion de los bienes procedentes de aquellos, así como el otro tutor tendria derecho á administrar los bienes dejados por el extraño.

En el lugar oportuno daremos las reglas á que deben someter su conducta los tutores antes, durante y acabado el cargo, así como lo relativo al discernimiento que debe hacer el Juez de primera instancia.

CAPITULO II.

DE LA TUTELA LEGITIMA.

No habiendo tutor nombrado por el padre, madre ú otra persona que haya instituido heredero al menor, ó cuando el designado en el testamento ha muerto antes que el testador, tiene lugar la *tutela legítima* que corresponde á los parientes más próximos del pupilo, si tienen capacidad para su desempeño. Fúndase la tutela legítima en que el pariente más próximo es el llamado á la sucesion del pupilo, y por lo mismo que el parentesco le puede

traer ventajas, justo es que sufra también las cargas.

Hemos dicho que el que está sujeto á la patria potestad no necesita tutor; pero como este derecho no existe sobre los hijos naturales que están emancipados desde su nacimiento, los padres del hijo natural son tutores indicados de éste. Antiguamente la madre viuda era tutora de sus hijos legítimos; pero como la ley le ha concedido la patria potestad, sólo podrán ejercer la tutela las viudas con anterioridad á la ley de 18 de Junio de 1870 que dió la potestad á las madres, pero sin efecto retroactivo (1). La viuda que contrae

(1) Sent. 19 Junio 1875, *Gaceta* 28 Agosto.

segundas nupcias pierde la tutela sobre sus hijos, pero podrá conservar la obteniendo una gracia al sacar que se concede despues de un expediente instruido en el Juzgado de primera instancia (1), en el que debe constar que la madre ha constituido hipoteca en favor de los bienes del hijo del primer matrimonio (2). Si la madre se mezclare ó continuare mezclándose en la administracion de la tutela antes de constituir dicha hipoteca, quedará obligado su marido á responder con sus bienes de las resultas de la administracion ilegal de su mujer (3). Las madres viudas

(1) Véase el formulario al final.

(2) Art 207, Ley hipotecaria.

(3) Art. 208, id. id.

despues del 18 de Junio de 1870 no están comprendidas en ninguna de estas disposiciones, pues conservan la patria potestad sobre sus hijos.

En defecto de la madre se hacen los llamamientos á la tutela legítima en el órden siguiente: el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna, la abuela materna, los hermanos y despues los demás parientes, prefiriéndose siempre á los de grado más próximo. Las mujeres no pueden ser tutoras, excepcion hecha de la madre y las abuelas, y éstas como aquella, pierden la guarda si pasan á segundas nupcias y no obtienen la gracia referida, ó si obtenida, dejan pasar sesenta dias contados desde la fecha del segundo

matrimonio, sin haber constituido la hipoteca especial que hemos mencionado anteriormente (1).

Cuando hay varios hermanos ó parientes en el mismo grado, todos serán tutores del huérfano, y para evitar desacuerdos frecuentes, cuando muchos intervienen en la administración, podrá uno de los parientes manifestar al Juez que él está dispuesto á afianzar el cargo, administrándolo solo, ó que lo haga uno de los otros. Si se conformasen en ello, el Juez discernirá el cargo al nombrado; pero si no se conformasen, conferirá la tutela al que repunte más

(1) Art. 209, Ley hipotecaria.

idóneo y útil al huérfano, exigiéndole previamente que afiance (1).

Los parientes del menor están obligados á acudir al Juez de primera instancia pidiendo designe tutor, y si no lo hacen, ó elegidos no aceptan, pierden el derecho á la herencia del menor si éste muere antes de la pubertad ó abintestato despues (2). En defecto de los parientes pueden acudir al Juez con igual solicitud, los amigos del huérfano ó cualquiera otra persona por ser pública esta accion.

(1) Ley 11, tít 16, Part. 6.^a y art. 1226, Ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Ley 12, tít. 16, Part. 6.^a.

CAPITULO III.

DE LA TUTELA DATIVA.

La tutela dativa tiene lugar: cuando no hay tutor testamentario, ni parientes capaces á quienes nombrar, ó está en suspenso la tutela testamentaria por haberse hecho desde cierto dia, acabar el plazo señalado por el testador, ó no haberse cumplido la condicion impuesta.

Tambien tiene lugar cuando la abuela ó la madre (1) en su caso,

(1) No se olvide que las madres viudas despues del 18 de Junio de 1870 no pueden ser tutoras por que tienen patria potestad sobre sus hijos.

dèspues de contraer segundo matrimonio habiendo obtenido la gracia para continuar con la guarda, dejan pasar los sesenta dias sin constituir la hipoteca especial de que antes hemos hablado.

El nombramiento de tutor dativo lo hará el Juez del domicilio del padre ó de la madre cuya muerte ocasionare el nombramiento, y en su defecto el Juez del domicilio del menor ó el de cualquier lugar en que tuviese bienes inmuebles, es decir, casas ó fincas (1). Si se hubieran hecho nombramientos en diferentes personas por distintos Jueces,

(1) Regla 4.^a, art. 309, Ley orgánica del poder judicial.

será tutor el primeramente nombrado, y en duda, el elegido por el Juez del domicilio del padre ó de la madre (1).

El Juez puede elegir á cualquier persona apta para el desempeño del cargo, siempre que merezca su confianza, debiendo ser preferidos en igualdad de circunstancias, los que sean amigos del huérfano ó de sus padres; y como el cargo es obligatorio, nadie puede libertarse si no le asiste alguna de las excusas especialmente determinadas en la ley y

(1) En *Aragon* se nombran tutores á los parientes de la línea de donde procedan los bienes; de modo que si un impúber se queda sin padre ni madre, se le nombran dos tutores, uno para cada clase de bienes.

que expondremos en lugar oportuno. Si sobre el nombramiento se empeñare cuestión, se sustanciará en juicio ordinario, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el Juez le hubiere nombrado, que tendrá el carácter de su curador para dicho pleito determinadamente (1).

(1) Art. 1230, Ley de Enjuiciamiento civil.

TITULO III.

DE LA CURATELA.

La curatela tiene por objeto la direccion de los bienes y personas de los que por cualquier causa no se bastan á sí mismas (1). Existen diferencias notables entre la tutela y la curatela: la primera tiene por objeto principal la persona del pupilo y secundariamente sus bienes, la segunda se dá más especialmente para los bienes y secundariamente para la

(1) La-Serna y Montalvan.

persona; la tutela dura hasta los catorce años en el hombre y doce en la mujer, la curatela empieza en esas edades respectivamente y concluye á los veinte y cinco; en la eleccion de tutor no interviene el pupilo, mientras el menor puede oponerse al nombramiento de curador, designando él mismo la persona en que haya de desempeñar el cargo; la curatela puede darse para un negocio determinado, lo que no puede suceder con la tutela que alcanza á todos los actos del impúber.

La curatela puede ser para los menores, los incapacitados y para pleitos: de cada una de ellas nos ocuparemos en los capítulos inmediatos.

CAPITULO I.

DE LA CURATELA DE LOS MENORES.

A los curadores de menores se les llama tambien *ad bona*, porque su objeto principal es la administracion de los bienes.

Pueden nombrar curador en testamento las mismas personas y con las mismas condiciones que se nombra el tutor; pero el menor puede oponerse al nombramiento hecho por el pariente ó extraño, y si el Juez cree fundada la oposicion, negará el

discernimiento del cargo (1). No puede el menor oponerse á la eleccion de curador hecha por el padre ó la madre (2), pero podrá ser removido cuando sea sospechosa su conducta. Si se empeñase cuestion sobre cualquiera de estos particulares, se sustanciarán en juicio ordinario, representando en él al menor: primero, el tutor si lo hubiere tenido; segundo, el que haya sido su curador para pleitos; tercero, y á falta de los dos anteriores, el Promotor Fiscal del Juzgado.

(1) Art. 1236 de la Ley de Enjuiciamiento.

(2) Segun el art. 1236 de la Ley de Enjuiciamiento, se autoriza al menor para oponerse al nombramiento de curador hecho por la madre; pero no creemos que esto pueda ocurrir hoy que la madre tiene la patria potestad como el padre.

El padre, la madre y el extraño pueden relevar la fianza al curador que nombren en testamento; pero el Juez podrá exigírsela, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se extime asegurado el caudal del menor (1).

No habiendo curador nombrado por el padre, madre ó persona que haya instituido heredero al menor ó dejándole una manda de importancia, corresponderá al mismo menor su nombramiento (2), para cuyo

(1) Arts. 1231 al 1235, Ley de Enjuiciamiento civil.

(2) No existe entre nosotros curatela legítima como en la tutela. El menor hará bien eligiendo á un pariente suyo, y el Juez de seguro lo aprobará pero no tienen derecho y sólo son llamados por la voluntad del huérfano.

acto debe comparecer ante el Juez, levantándose acta que firmará el menor si supiere, y si no sabe se hará constar esta circunstancia. Si la persona nombrada 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. Hecho el nombramiento, el Juez, con audiencia del Fiscal ó del curador para pleitos si lo tuviere el menor, determinará y aprobará la fianza que el curador nombrado haya de prestar antes de discernirle el cargo (1).

La ley no ha previsto el caso raro,

(1) Arts. 1237 al 1242, Ley Enjuiciamiento.

pero que puede ocurrir, de que el menor se niegue á verificar el nombramiento de curador, ó á nombrar otro en lugar del desechado por el Juez. El medio más expedito seria nombrarlo de oficio, si despues de apercebido el menor para que lo verificase, no quisiese hacerlo, pero la ley no autoriza este medio. Lo que en tal caso puede hacer el Juez, es valerse de la persuasion como un padre prudente y cariñoso; y si á pesar de ello el menor se obstinase en su negativa, despues de apercebido de lo que haya lugar, mandará que se pongan los bienes en segura custodia y administracion hasta que haga el nombramiento de curador. Por este medio prudente, autorizado

por la ley, se conseguirá que el menor no abuse de sus bienes, y que viéndose privado de recursos, haga por último dicho nombramiento (1).

El casado mayor de diez y ocho años está autorizado para administrar sus bienes y los de su mujer, y no necesita para ello curador, pero no podrá vender sin autorizacion judicial (2). Tambien se concede á los menores solteros autorizacion sólo para *administrar* sus bienes, cuando concurren motivos razonables debidamente justificados, y para conseguir ésta, que es una *gracia al*

(1) Manresa y Reus.—*Ley de Enjuiciamiento civil comentada.*

(2) Véase el tomo *El Matrimonio*, pág. 55.

sacar, hay que promover un expediente en el Juzgado de primera instancia, obteniendo antes una Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia, sin la cual no puede el Juez admitir la informacion (1).

CAPITULO II.

DE LA CURATELA DE LOS INCAPACITADOS.

Hemos dicho que la curatela no sólo tiene por objeto el cuidado de los menores, sino que tambien los incapacitados necesitan una persona

(1) Véase el formulario al final.

que se encargue de la administración de sus bienes, cuya curatela recibe en las leyes el nombre de *ejemplar*.

Necesitan curador ejemplar los mayores de edad que se hallen en cualquiera de estas circunstancias: locos, decrepitos, imbeciles, dementes, sordo-mudos de nacimiento que no sepan leer ni escribir y carezcan de inteligencia bastante para administrar sus bienes, los pródigos, los condenados á la pena de interdiccion civil, y los ausentes cuyo paradero se ignora, no teniendo apoderado y estando los bienes en absoluto abandono.

El nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el Juez del

domicilio del que lo necesitare, *pré-
via justificación cumplida* de la inca-
pacidad (1). Muchos casos se han
visto de personas que, estando en
el pleno goce de su razón, han sido
denunciadas como dementes por los
que tenían interés en quitarles la
administración de sus bienes; y
para evitar esos abusos dispone la
ley, que los Jueces no procedan por
presunciones, sino después de acre-
ditarse cumplidamente la incapaci-
dad.

No hay un procedimiento especial
para acreditar la locura, imbecilidad
ó decrepitud de una persona, á lo
menos para los efectos civiles; pe-

(1) Art. 1244, Ley Enjuiciamiento civil.

ro la práctica y la prudencia del Juez le indicarán medios de llegar á descubrir lo que se pretende. Cuando se trata de declarar la locura ó imbecilidad serán examinadas personas veraces é imparciales, pidiendo su dictámen á facultativos idóneos (1), y el mismo Juez debe ver y examinar al supuesto incapacitado; todo esto con citacion del Promotor Fiscal y del pariente más próximo de aquel, cuando no sea este mismo pariente quien haya instado el procedimiento, y en vista de todo lo

(1) El reconocimiento facultativo no es *esencial*, puede el Juez prescindir de él si no lo cree necesario, segun sentencia del Supremo de 28 Diciembre 1863; pero no debe hacerlo, porque toda precaucion es poca cuando se trata de declarar la incapacidad de una persona.

actuado se declarará la incapacidad, nombrándose entonces el curador ejemplar. Podrá ocurrir que el interesado ó alguno en su nombre se oponga á la declaracion de incapacidad; pero como seria peligroso dejar sin curador al que lo necesita, la ley no permite que se espere á la terminacion del pleito para nombrar el curador; pero cabe sin embargo apelar de la providencia del Juez y acudir hasta el Supremo si se cree mal declarada la incapacidad. Esto sin perjuicio de que en cualquier tiempo puede formarse expediente para probar que el loco ha curado y que no necesita ya de curador.

Las leyes antiguas y modernas equiparan el pródigo al loco y á

ambos los somete á la curatela ejemplar; pero no es igual el procedimiento que se sigue en uno y otro caso para declarar la incapacidad. El pródigo, fuera de la pasión derrochadora que le domina, es un hombre de juicio completo, su porte y sus maneras son como las de otro cualquiera; el loco, por el contrario, con observar su semblante, sus palabras, sus acciones, se comprende el estado lamentable de su inteligencia. La incapacidad de éste es notoria, la de aquel es consecuencia de la declaración judicial. Por estas diferencias no puede nadie ser declarado *pródigo* por una información de testigos en acto de jurisdicción voluntaria, es indispensable seguir

un pleito ordinario, en el que se defenderá al presunto pródigo, y obtenida la ejecutoria entonces se habrá justificado cumplidamente la incapacidad y será el momento de nombrar curador ejemplar, privando al pródigo de la administracion de sus bienes.

Para evitar que mientras se decide el pleito pueda el presunto pródigo destruir lo que le quede de su fortuna, dispone la ley que se haga una *anotacion preventiva* en el Registro de la propiedad (1), bien á instancia del que ha prestado la demanda, bien de oficio, si el Juez lo estimare conveniente, cuya anota-

(1) Art. 42, 5.º, Ley hipotecaria.

cion quedará sin efecto si no resultare probada la incapacidad (1), y el supuesto pródigo puede reclamar daños y perjuicios contra el que sin razon pretendia se le quitase la administracion de sus bienes. Tambien dispone la ley que se inscriba en el Registro de la propiedad la ejecutoria en que se declare la incapacidad legal para la administracion de los bienes (2), y esto tiene lugar tanto respecto al loco, decrepito y pródigo, como al condenado á la pena de interdiccion civil (3).

Una vez justificada la incapaci-

(1) Art. 43, Ley hipotecaria.

(2) Parrafo 4.º, art. 2.º, Ley hipotecaria.

(3) Art. 43, Código penal.

dad del mayor de edad se procederá á nombrarle curador ejemplar, debiendo recaer la eleccion en las personas que á continuacion se expresan si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo, en el órden siguiente: padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado. 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 (1).

(1) Art. 1246, Ley Enjuiciamiento civil.

No habiendo ninguna de las personas indicadas, ó no siendo aptas, el Juez nombrará á la que estime más á propósito para desempeñar la curatela, prefiriendo las que sean parientes ó amigos íntimos del incapacitado ó de sus padres (1). Hecho y aceptado el nombramiento, se determinará y aprobará, con audiencia del Fiscal, el importe de la fianza que haya de prestar el curador nombrado, antes de discernirle el cargo.

Discernido el cargo, se hará entrega al curador del caudal y papeles del incapacitado por inventario, que se unirá al expediente, y debe

(1) Art. 1247, Ley Enjuiciamiento civil.

protocolizarse en la Notaria del domicilio del incapacitado ó en la que el Juez designe si hubiere más de una. En la misma providencia se dará á conocer al curador nombrado á los inquilinos, arrendatarios y demás personas con quienes deba entenderse, segun la clase y circunstancias del caudal (1), entregándole un testimonio del discernimiento para que pueda acreditar su personalidad cuando le convenga.

(1) Art. 1252, Ley Enjuiciamiento civil.

CAPITULO III.

DEL CURADOR PARA PLEITOS.

El curador para pleitos, ó *ad litem*, no interviene en la administracion de los bienes del menor ó incapacitado, pues su deber está reducido á defender en los tribunales los derechos de sus protegidos. Para el nombramiento de estos curadores y discernimiento del cargo, será Juez competente el del lugar en que los menores ó incapacitados tengan su domicilio ó el del lugar en que ne-

cesitaren comparecer en juicio (1).

No se nombrará curador para pleitos á los varones menores de catorce años ni á las hembras menores de doce, ni se permitirá los nombren á los mayores de dichas edades respectivamente, *sino cuando sus tutores ó curadores no puedan representarlos* (2), por tener intereses encontrados con los del menor ó incapacitados. Los menores que no están sujetos á curatela, como el casado ó viudo mayor de diez y ocho años, y el que ha obtenido autorizacion para administrar sus bienes, necesitan

(1) Regla 5.^a, art. 309, Ley orgánica del poder judicial.

(2) Art. 1253, Ley Enjuiciamiento civil,

nombrar curador *ad litem* cuando tengan que presentarse en algun tribunal, bien como demandantes ó como demandados: en todos los demás casos, no podrá representar á los menores ó incapacitados mas que sus tutores ó curadores, sin que por ningun pretesto se admita la representacion del curador para pleitos (1).

El nombramiento de curador para pleitos, cuando el Juez hubiere de hacerlo, debe recaer en pariente inmediato del menor, si lo hubiere; 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

(1) Art. 1254, Ley Enjuiciamiento civil.

domicilio del menor que mereciere la confianza del Juez (1).

Los menores de edad mayores de catorce años siendo varones, y de doce si hembras, en los casos indicados anteriormente, podrán nombrar curador para pleitos á quien tengan por conveniente, quedando al arbitrio del Juez otorgar al nombrado el discernimiento del cargo, ó negárselo, si creyere que no reúne las circunstancias necesarias para desempeñarlo. El nombramiento se hará compareciendo el menor ante el Juez de primera instancia asistido del Escribano, y extendiéndose un acta que firmará el menor si su-

(1) Art. 1255, Ley Enjuiciamiento civil.

piere, y si lo ignora, se hará constar esta circunstancia, debiendo advertir que, por lo general, para evitar gastos y molestias, suele elegirse curador *ad litem* al mismo procurador que ha de llevar la representación del menor.

Hecho que sea el nombramiento, si el Juez no encuentra en él dificultad, discernirá el cargo al nombrado, exigiéndole la oportuna obligación, sin juramento, de desempeñarlo bien y fielmente bajo la responsabilidad que las leyes imponen (1). Como los curadores para pleitos no administran bienes, no necesitan prestar fianza, ni se les con-

(1) Art. 1269, Ley Enjuiciamiento civil.

cede retribucion ninguna como tales curadores, sin perjuicio de los honorarios ó derechos que devenguen como Abogados ó Procuradores, que deberán ser satisfechos, así como los demás gastos ocasionados por la defensa del menor ó incapacitado.

No quedaria completa la materia de este capítulo si no dijéramos algo de las habilitaciones para comparecer en juicio, pues en muchos casos procede nombrar curador *ad litem*.

Sabido es que por el matrimonio contrae el marido la obligacion de defender en juicio, y fuera de él, los derechos de su mujer, así como por la patria potestad está el padre obligado á hacer lo mismo respecto de su hijo; pero puede ocurrir que el

padre ó marido estén ausentes sin que haya fundada esperanza de su próxima vuelta, que se ignore su paradero, ó que se nieguen á hacer la defensa (1). En cualquiera de estos se habilitará á la mujer casada y al hijo de familia para que comparezcan en juicio, si son demandados ó se les sigue grave perjuicio de no promover la demanda para que se pide la habilitacion (2).

Si el marido ó el padre están ausentes ó se ignora su paradero, se concede la habilitacion por acto de jurisdiccion voluntaria, oyendo siempre al Promotor Fiscal del Juzgado;

(1) Art. 1351, Ley Enjuiciamiento civil,

(2) Art. 1352, Id id.

pero cuando el padre ó el marido se niegan á hacer la defensa, entonces hay que seguir un pleito ordinario, en el que el hijo ó la mujer tendrán que probar los perjuicios que les ocasiona no promover el pleito ó dejar de contestar la demanda, y lo mismo sucederá si antes de haberse otorgado la habilitacion pedida por ausencia, compareciere el padre ó marido oponiéndose. Si la habilitacion se hubiera concedido por ausencia y despues se presentara el padre ó marido oponiéndose, habrá que seguir tambien pleito ordinario, y mientras tanto surtirá todos sus efectos la habilitacion (1).

(1) Art. 1358, Ley Enjuiciamiento civil.

En el auto en que se conceda la habilitacion á la mujer casada mayor de edad, se le autorizará para que otorgue poder al Procurador que le pareciere, entregándose testimonio del mismo auto para acreditar la autorizacion y que ningun Notario le ponga dificultad. Cuando la habilitacion se concede á un menor de edad, sea mujer casada ó hijo de familia, se le proveerá de curador para pleitos en la forma prevenida por la ley (1).

No necesitan de habilitacion el hijo ni la mujer casada para litigar con su padre ó marido, pues bastará alegar esta circunstancia para que

(1) Arts, 1354 y 1355, Ley Enjuiciamiento civil.

la mujer mayor de edad pueda otorgar poder para pleitos, y al hijo ó mujer menor se les nombre curador *ad litem*.

TITULO IV.

DE LAS INCAPACIDADES Y EXCUSAS DE LOS GUARDADORES.

Hemos dicho que la tutela y la curatela son cargos públicos y obligatorios, pero no de un modo tan absoluto que no existan medios de libertarse de dicha obligación. A unos los exime la ley, declarándolos incapacitados para desempeñar la guarda; á otros, les permite que se excusen por motivos especiales y determinados que se fundan en la jus-

ticia ó la conveniencia, como veremos oportunamente.

CAPITULO I.

DE LAS INCAPACIDADES DE LOS GUARDADORES.

Por disposicion expresa de la ley no pueden ser tutores ni curadores:

1.º Los que por impedimento físico ó moral no pueden cuidar de sus asuntos, como los ciegos, mudos, locos, decrepitos y pródigos declarados judicialmente (1).

2.º Los menores de veinte y cinco años aunque estén casados. Al-

(1) Ley 14, tit. 16, Part. 6.ª

gunos autores sostienen que pueden ser nombrados tutores ó curadores en testamento, no entrando á desempeñar el cargo hasta que cumplan la mayor edad, debiendo nombrarse mientras tanto un tutor dativo (1); pero otros consideran contraria esta opinion al texto de la ley, que prohíbe sean nombrados tutores ó curadores los menores de edad (2).

(1) Opinion de Gregorio Lopez, Sala y otros.

(2) La-Serna y Montalvan. Aun cuando esta opinion es muy respetable, creemos que pudiendo hacerse el nombramiento de tutor ó curador testamentario desde cierto dia y hasta cierto dia, el testador que quisiera elegir á un menor para la guarda del huérfano, podria nombrar dos guardadores, uno hasta el dia que entrara en los veinte y cinco años el elegido, y á éste desde ese dia en adelante. Sin embargo, como esto ofrece dificultades, aconsejamos que no se elija para guardador al que no ha cumplido la mayor edad.

3.º Las mujeres (1), exceptuando á las abuelas y á la madre, cuando no tengan la patria potestad. Las hijas, esposas y hermanas pueden desempeñar sólo la *curatela de los incapacitados*, segun hemos visto anteriormente.

4.º Los obispos y los frailes. Los clérigos no pueden recibir la tutela testamentaria ni dativa, como no se trate de personas miserables y con licencia de sus superiores (2); pero si quieren, pueden ejercer la tutela de sus parientes, manifestándolo al Juez dentro de los cuatro meses, con-

(1) Ley 4.ª, tít. 16, Part. 6.ª

(2) Gutierrez.

tados desde el fallecimiento del pariente (1).

5.º Los militares, mientras estén en el servicio, bien colocados ó de reemplazo. Los retirados con quince años de servicio no pueden tampoco ser obligados, contra su voluntad, á desempeñar la guarda (2).

6.º Los deudores del pupilo, menor ó incapacitado. El padre puede nombrarlo sin embargo guardador de sus hijos legítimos, como gran prueba de confianza y amistad; pero no tendrá valor el nombramiento si después de hecho hubo pleito entre ellos, pues esto supone un rompimiento

(1) Ley 14, tit 16, Part. 6.ª

(2) Art. 6.º, tratado 8.º, Ordenanzas del ejército.

de relaciones que invalida, la presuncion del primer caso (1).

7.º Los que hubieren sido condenados como autores, cómplices ó encubridores de los delitos de violacion, estupro, rapto y corrupcion de menores, y (2) los guardadores sospechosos que fueron removidos por mal cumplimiento de su deber.

8.º Los condenados á la pena de interdiccion civil (3).

9.º Los extranjeros, porque no pueden desempeñar cargos públicos

(1) Ley 14, tit. 16, Part. 6.^a

(2) Art. 466, Código penal.

(3) Art. 43, Código penal y Ley de 18 de Junio 1870.

ni podria obligárseles á que aceptaran la tutela (1).

A estas incapacidades se añadia antiguamente la de los recaudadores de contribuciones, por estar sus bienes hipotecados al fisco; pero hoy no están exceptuados, porque con arreglo á la ley todas las hipotecas son especiales, y si al recaudador le sobran bienes despues de haber constituido la hipoteca á favor del

(1) Podrán ser nombrados tutores testamentarios de otro extranjero compatriota suyo y esto tendrá valor y debe respetarse por nuestros tribunales, si la eleccion está admitida en las leyes del pais á que corresponda el testador, verificándose el discernimiento con arreglo á nuestra legislacion.

El extranjero naturalizado ó vecindado, puede ser tutor ó curador, porque es español, con arreglo al art. 1.º de la Constitucion.

Estado, podrá afianzar para asegurar los bienes del menor.

CAPITULO II

DE LAS EXCUSAS DE LOS GUARDADORES Y MODO DE PROPONERLAS.

Se entiende por excusa: la alegación de una causa justa ante el Juez para eximirse del cargo de guardador, y se diferencia de la incapacidad en que ésta prohíbe ejercer la guarda aun cuando quisiera el nombrado, salvo las excepciones que hemos indicado, mientras que la excusa es preciso alegarla para que exima, pu-

diendo desempeñar el cargo de elegido si renuncia á la exencion ó no la alega á tiempo, segun veremos al final de este capítulo.

Pueden excusarse de ser tutores ó curadores:

1.º Los que tienen cinco hijos legítimos varones, vivos, reputándose como tales los muertos en defensa del Estado (1).

2.º Los ausentes por causa del Estado, sean Embajadores, Diplomáticos, Cónsules, etc., mientras lo estén y un año despues de su vuelta; pero esto no es extensivo al cargo que ya tenían antes, el cual, durante

(1) Ley 2.ª, tit. 17, Part. 6.ª

la ausencia, será desempeñado por un guardador dativo.

3.º Los Jueces y Magistrados en actual ejercicio, respecto á la tutela que antes no tenían.

4.º Los recién casados en los cuatro primeros años de matrimonio (1).

5.º Los que estén dedicados á la enseñanza oficial nombrados por el Gobierno, y los que desempeñen cargos municipales.

6.º Los que tuvieren pleito pendiente con el menor ó incapacitado y los enemigos del padre, á no haber mediado reconciliacion, y una prueba

(1) Ley 7.^a, tít. 2.º, lib. 10, Nov. Recp.

de esto último sería haberlos nombrado en testamento.

7.º El que tenga tres tutelas puede excusarse de la cuarta, y también está excusado de ser *curador* el que hubiera desempeñado la tutela del mismo huérfano.

8.º Los pobres que vivan de su trabajo personal (1).

9.º Los que padecen enfermedad crónica y los mayores de sesenta años.

10. Los que no saben leer ni escribir, tratándose de una administración complicada.

Con respecto á los parientes llamados por la ley á la tutela legítima,

(1) Ley 2.ª, tít. 17, Part. 6.ª

suscitan dudas los autores, si bien la mayor parte (1) opinan que no necesitan alegar causa para eximirse de la guarda, bastando que no la acepten, y así parece que se deduce de la redacción del art. 1227 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El pariente que no acepte la guarda pierde el derecho á la herencia del menor si éste muere antes de la pubertad ó abintestato despues (2).

El que quiera excusarse de la tutela ó curatela debe alegar el motivo que le asista ante el Juez que conozca del asunto, dentro de los *cin-*

(1) Sala, Escriche, La-Serna, Montalvan, Gutierrez y otros. Tapia, los reformadores de *Febrero*, Manresa y Reus opinan lo contrario.

(2) Ley 12, tit. 16, Part. 6.^a

cuenta dias siguientes al en que el nombramiento llegó á su noticia, si el interesado reside en el mismo pueblo, ó en otro que no diste más de cien millas (1); y si residiere en punto más distante se le concede un dia por cada veinte millas y treinta dias más.

La excusa debe proponerse en escrito, que firmará el interesado, sin necesidad de Abogado ni Procurador, se oirá al Promotor Fiscal ó curador *ad litem* que se nombre al menor ó incapacitado, y despues de practicada la informacion que promueva el guardador, se dictará sentencia dentro del término de cuatro meses, con-

(1) Tres millas equivalen á una legua.

tados desde que se hizo el nombramiento, de cuyo fallo puede apelar el agraviado (1); pero si la Audiencia lo confirmara, el guardador tendrá que admitir el cargo y abonar los daños y perjuicios causados al menor ó incapacitado desde el día en que supo su nombramiento hasta en el que recayó la última sentencia (2).

El guardador que no alega dentro del término legal la *excusa* que le asista, queda obligado á admitir el cargo.

(1) Ley 4.^a, tit. 17, Part. 6.^a

(2) Ley 8.^a, tit. 23, Part. 3.^a

TITULO V.

DE LAS OBLIGACIONES PRÉVIAS DE LOS GUARDADORES.

Despues de haber dicho cuantas son las clases de guardadores, el modo de nombrarlos y su objeto, dedicaremos este título á las obligaciones que las leyes imponen á los mismos antes de entrar en el desempeño del cargo, empezando por dar idea del discernimiento que hace el Juez de primera instancia.

CAPITULO I.

DEL DISCERNIMIENTO Y RECOMPENSA DEL CARGO DE GUARDADOR.

Discernimiento es el acto ó diligencia judicial por la cual se confirma en su cargo al tutor ó curador nombrado, confiriéndole las facultades necesarias para representar al menor ó incapacitado y para cuidar de su persona y bienes (1); y es tan indispensable el discernimiento, que su falta invalida la representa-

(1) Art. 1270, Ley Enjuiciamiento civil.

cion legal de su tutor ó curador (1).

Antes de hacer el Juez el discernimiento de *todo cargo* de tutor, curador para los bienes ó ejemplar, teniendo en consideracion la entidad del caudal del menor ó incapacitado y las circunstancias de su persona y oyendo al Promotor Fiscal, determinará si se entiende el desempeño del cargo fruto por pension, y si así lo acordare, una vez consentida esta declaracion, el tutor ó curador hará suyos los frutos del caudal, con la obligacion de atender á todas las necesidades del menor, alimentos y educacion, y tambien cuidará de conservar el caudal para

(1) Sent. 29 Marzo, 1865.

que no disminuyan las rentas del mismo (1). Por todas estas razones, el referido guardador está relevado de dar cuentas acabado el cargo, bastándole entregar el caudal que recibió, sin que se le pueda exigir que justifique el empleo de sus productos.

Por lo dicho se comprenderá que es muy expuesto y ocasionado á abusos el discenimiento frutos por pension. Antiguamente se otorgaba en esa forma á la madre, porque no debía sospecharse que administrara con mala fé la fortuna de su hijo; pero hoy no debe hacer el Juez esa declaracion en favor de un pariente

1) Arts. 1261 y 62, Ley de Enjuiciamiento civil.

ó extraño, sino cuando los rendimientos del caudal sean próximamente lo que el menor ó incapacitado necesita para sus gastos, nunca cuando éstos sean ó deban ser muy inferiores á aquellos (1), cuyos datos proporcionará el inventario que debe formarse, como veremos oportunamente. Si á la época del discernimiento no se ha podido acabar el inventario, cosa frecuente, se debe justificar con testigos ó documentos la cantidad aproximada del caudal y sus productos, hacien-

(1) Si las rentas suman algunos miles de duros, será un abuso hacer el discernimiento frutos por pension, aun cuando se diga que el menor está acostumbrado al lujo y que tiene muchas necesidades, pues no deben consentirse al huérfano gastos excesivos ó imprudentes.

do el Juez el señalamiento que estime oportuno, con carácter provisional, sin perjuicio de fijarlo de un modo definitivo cuando se conozca con exactitud el capital del menor ó incapacitado.

Suelen los padres, al nombrar tutores ó curadores para sus hijos, señalar en el testamento que el cargo se entienda frutos por alimentos, ó fijar la cantidad que deba emplearse en éstos, educacion que deba darse al huérfano y retribucion para el guardador, debiendo respetarse lo mandado si no resultaren evidentes perjuicios para el menor ó incapacitado. Contra la providencia del Juez en uno ú otro sentido, procede, apelacion que podrán interponer el

guardador ó el Fiscal, pero el fallo se cumplirá sin perjuicio de lo que resuelva la Audiencia, pues tratándose de alimentos concedidos, las apelaciones son siempre en un solo efecto (1).

Cuando no se declare que el discernimiento se entienda fruto por pension, señalará el mismo Juez lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educacion, con arreglo á su clase y posicion social, fijando tambien el tanto por ciento que haya de satisfacerse por la administracion, cuyas sumas se abonarán en cuenta al tutor ó curador, agregándose lo que reste de los productos íntegros

(1) Art. 1214, Ley Enjuiciamiento civil.

del caudal, á la masa del mismo (1). Los Jueces de primera instancia obligarán á los mismos tutores y curadores, en el caso en que no se entienda el desempeño de sus cargos frutos por pension, á que depositen en el establecimiento público destinado al efecto (2) los sobrantes de las rentas ó productos del caudal de los menores, despues de cubierta la suma señalada para alimentos y de pagado el tanto por ciento de administracion, procurando la imposicion de dichos sobrantes de modo que produzcan rendimientos,

(1) Arts. 1261 y 1263, Ley Enjuiciamiento civil.

(2) La Caja de depósitos en Madrid y sus sucursales en Provincias.

pero sin arriesgarlos en especulaciones aventuradas, sean de Bolsa ó de otra clase (1).

La actitud de los Jueces en este punto debe corresponder á las condiciones de honradez, inteligencia y, sobre todo, á las garantías que ofrezca el guardador, dándole gran libertad de acción cuando la fianza prestada fuera suficiente para responder de cualquier perjuicio que pudiera ocasionarse al menor ó incapacitado, por mal empleo de los sobrantes, ó por haberlos tenido sin producir un interés racional y prudente (2).

(1) Art. 1272, 4.º y 5.º, Ley Enjuiciamiento civil.

(2) Sent. 10 Marzo 1856.

Las leyes antiguas (1) señalaban como retribucion de los guardadores el diez por ciento del producto líquido de los bienes que administraran, pero dicha suma, que era muchas veces insignificante, llegaba en casos dados á representar un caudal, convirtiéndose el cargo de tutor en objeto de especulacion cuando debe serlo de piedad y de confianza. Por esto la Ley de Enjuiciamiento civil (2) autoriza á los Jueces para señalar la cantidad que deba recibir el guardador como recompensa de sus trabajos, cuya suma se deducirá

(1) Ley 3.^a, tít. 3.^o, lib. 4.^o, Fuero Juzgo y ley 2.^a, tít. 7.^o, lib. 3.^o, Fuero Real,

(2) Art. 1261.

de las rentas líquidas, no del capital que debe reservarse íntegro para el menor ó incapacitado.

CAPITULO II.

DE LAS FIANZAS DE LOS GUARDADORES.

Al discernimiento de todo cargo de tutor ó curador, como no sea para pleitos, deberá siempre preceder una justificación cumplida de haber sido relevado de fianzas por el padre ó por la madre; y si la relevación procede de un extraño ó pariente que instituyó heredero al menor ó le dejó una manda de importancia,

será indispensable que la apruebe el Juez. Fuera de los casos referidos, deberá exigirse á todos los tutores y curadores el otorgamiento de las correspondientes fianzas con arreglo á derecho (1).

Las fianzas, en los casos que deban darse, serán siempre hipotecarias, proporcionadas al caudal del menor, con exclusion de los bienes inmuebles. Serán además extensivas en los casos en que no se declare se entienda fruto por pension el desempeño del cargo, al sobrante que de las rentas ó productos del caudal quedare, despues de rebajada de ellos la suma señalada para alimen-

(1) Art. 1264, Ley Enjuiciamiento,

tos y el tanto por ciento de la administración (1). No se admite hoy la fianza personal como en las leyes antiguas, y por esto puede ocurrir que un pobre, queriendo, no puede desempeñar la guarda de un menor ó incapacitado sino en el caso de ser éste completamente pobre también. La ley es terminante; si el padre, la madre ó el extraño no relevaron al pobre de fianzas, el Juez se la exigirá, y si no la otorga, no le discernirá el cargo sin tener en cuenta la imposibilidad de constituirlo por su pobreza, lo cual es duro y muchas veces causa de que se prive al menor de los consejos de un guardador honrado y

(1) Art. 1265, 66 y 67, Ley Enjuiciamiento,

digno; pero han sido tantos los abusos cuando no era hipotecaria la fianza, que no se puede menos de aplaudir la reforma de la ley.

La fianza corresponderá sólo al valor de los bienes muebles, metálico, alhajas, papel del Estado, y no al de las fincas rústicas y urbanas, porque para vender éstas se necesita autorización judicial y no pueden ocultarse ni deteriorarse con tanta facilidad como aquellos.

La ley dispone que la fianza sea proporcionada al caudal del menor, pero muchas veces hay que hacer el discernimiento cuando todavía no está concluido el inventario, y no puede saberse á ciencia cierta á cuánto asciende la fortuna del guardado

ni la clase de sus bienes, datos que son indispensables para llenar los requisitos legales. Para salvar esta dificultad, se ha adoptado en la práctica el medio de exigir preventivamente la fianza que el Juez considere suficiente, sin perjuicio de aumentarla, caso necesario, cuando conste con exactitud el caudal del menor y le sea entregado al tutor, pues hasta este momento no hay peligro de abuso ninguno (1). La misma información sobre la importancia aproximada del caudal del menor que hemos indicado anteriormente, podrá

(1) Manresa y Reus, *Ley de Enjuiciamiento comentada*.

servir al Juez para fijar la fianza provisional.

Una vez otorgada la fianza en el Registro de la propiedad del punto donde radiquen los bienes del tutor ó curador, durará hasta que se rindan y aprueben las cuentas, más si por haberse deteriorado los bienes del guardador ó por haber adquirido otros el menor, llegase á ser insuficiente la fianza prestada, el Juez dispondrá que se amplie (1) si la fortuna adquirida por el guardado consiste en metálico ó bienes muebles, pero no si son fincas, por la razón expuesta anteriormente.

La madre viuda, tutora ó curadora

(1) Arts. 215 y 216, Ley hipotecaria.

que contrae segundas nupcias tiene que afianzar antes de concederle la cédula de habilitacion para que continúe con la tutela de sus hijos, y si no constituye la hipoteca en el término de sesenta dias, contados desde la fecha del nuevo matrimonio, se nombrará otro tutor ó curador con arreglo á las leyes, bien á instancia de cualquier pariente del menor ó incapacitado, ó bien de oficio (1). El hijo cuya madre, siendo ó habiendo sido su tutora ó curadora, contraiga nuevo matrimonio antes de la aprobacion de las cuentas de su tutela ó curaduría, podrá exigir que el padrastro constituya sobre sus propios

(1) Art. 207 y 209, Ley hipotecaria.

bienes hipoteca especial bastante á responder de las resultas de dichas cuentas (1).

Los curadores para pleitos no tienen que constituir fianza porque no administran bienes de ninguna clase.

CAPITULO III.

DEL INVENTARIO QUE DEBEN HACER LOS GUARDADORES.

El inventario de los bienes pertenecientes al menor ó incapacitado es de absoluta necesidad para co-

(1) Art. 211, Ley hipotecaria.

nocer las responsabilidades que contrae el guardador, la magnitud de la fianza que debe prestar y la importancia de las rentas, para poder señalar la cantidad que deba invertirse en alimentos y educacion, ó discernir el cargo entendiéndose fruto por pension, segun hemos dicho en el lugar oportuno. El inventario debia ser la primera diligencia en el nombramiento de tutor; pero casi nunca sucede así, porque no es posible tener á un menor sin guardador todo el tiempo que duran aquellas operaciones, y además, porque si no le está discernido el cargo, no tiene personalidad el guardador para representar al menor en las mismas operaciones de inventario, ava-

lúo y adjudicacion que hay que practicar para saber cuál es el caudal que corresponde á los menores ó incapacitados por defuncion de sus parientes ó de las personas que los hayan instituido herederos.

La ley no ha marcado el tiempo dentro del cual debe presentarse el inventario, pero los Jueces lo fijan teniendo en cuenta las circunstancias del caudal, concediendo prórogas cuando se pidan con motivo justificado. Si el menor no tuviese absolutamente bienes, debe el tutor manifestarlo así ante el Juez, para que en ningun tiempo le ocasione perjuicio la falta de inventario, pues por omision de éste, sin justa causa, será condenado el tutor al

pago de los daños y perjuicios que pruebe el menor que le han originado, y la misma responsabilidad tendrá cuando el inventario sea oscuro, confuso ó se dejen de incluir con malicia algunos bienes pertenecientes al menor ó incapacitado (1). Además de estas responsabilidades incurre el guardador en la nota de sospechoso, y debe ser removido del cargo (2).

La ley no ha fijado tampoco cómo debe hacerse el inventario, por lo que siempre se sigue el orden prevenido para los juicios de testamen-

(1) Sent. 7 Noviembre 1870.

(2) Ley 15, tit. 16, Part. 6.^a

tariás y abintestatos (1), que es el siguiente: 1.º Metálico; 2.º Alhajas; 3.º Efectos públicos, papel del Estado, etc.; 4.º Semovientes, comprendiendo los ganados y animales de todas clases; 5.º Frutos, determinando si están recogidos ó pendientes; 6.º Muebles, libros y ropas; 7.º Fincas rústicas y urbanas con sus linderos, cabida, servidumbres, gravámenes y rentas; 8.º Derechos y acciones, enumerando los créditos que el menor tenga en su favor ó en contra. También se formará un inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia pertenecientes al

(1) Véase el tomo *El Testamento y la Herencia*

menor, consignando los desperfectos, roturas, enmiendas, raspaduras y borrones notables que se encuentren.

En la formacion del inventario se debe proceder con mucho cuidado, sin omitir ni aumentar nada, pues concluido, queda responsable el guardador de todo lo inventariado, y no le valdria demostrar que por equivocacion ó buena fé admitió como recibidas cosas que despues no se le entregaron (1).

(1) Ley 120, tit. 18, Part. 3.^a

TITULO VI.

OBLIGACIONES DE LOS GUARDADORES DURANTE EL CARGO.

Conocido el caudal del menor ó incapacitado, constituida la fianza en los casos que proceda, y aceptado el cargo (1), se exigirá al tutor ó curador elegido la obligacion, sin juramento (2), de desempeñar bien

(1) La aceptacion es obligatoria cuando no el asiste al guardador alguna excusa legal.

(2) Los Códigos antiguos exigian el juramento, pero hoy está suprimido porque desgraciadamente es una precaucion inútil en nuestros tiempos, y así lo comprendieron los autores de la reforma. La-Serna.—*Motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

y fielmente sus deberes bajo las responsabilidades que las leyes imponen, extendiéndose en seguida la diligencia de discernimiento, en la cual el Juez dará facultades al nombrado para representar al menor ó incapacitado (1).

Desde este momento debe el guardador velar por la persona cuya direccion se le encomienda, dándole alimentos y educacion, aconsejándole en todos los actos de su vida, negando su consentimiento cuando crea que hay peligro en el contrato que pretende celebrar el menor, defenderá en juicio y fuera de él los derechos de su protegido y adminis-

(1) Arts. 1269 y 1270, Ley Enjuiciamiento civil.

trará lealmente sus bienes; en una palabra, hará lo que haría en caso análogo con un hijo suyo, pues un reemplazo del padre es lo que quiere la ley que sea el guardador. El huérfano, por su parte, debe respetar y obedecer á su guardador, y si no lo hiciere será castigado hasta con quince dias de arresto (1).

CAPÍTULO I.

DE LOS ALIMENTOS Y EDUCACION.

Bajo el nombre de alimentos comprende siempre la ley no sólo las sustancias alimenticias, sino tam-

(1) Art. 603, Código penal.

bien la habitacion, vestidos, asistencia en las enfermedades, y cuanto es indispensable para conservar la vida.

Ya hemos dicho que al hacer el discernimiento al guardador, se determina por el Juez lo que debe gastar en alimentos, si no lo hubieren hecho en testamento los padres, ó se entiende discernido fruto por pension, y en este caso el guardador está obligado á proporcionar al pupilo todos los alimentos que necesite, segun hemos indicado. Si se determinó la cantidad, el guardador tiene entonces limitadas sus facultades y no debe pasar de la suma señalada; pero si fuere pequeña, acudirá al Juez, y demostrando que es

insuficiente lo que se ha señalado para los gastos del menor, se acordará un aumento racional.

Si el huérfano fuese pobre, cuidará el guardador de colocarle en donde pueda honradamente ganar el sustento, y si esto no fuese posible por la edad del pupilo ó por otras circunstancias, será preciso acudir al Juez haciéndole presente el caso y la imposibilidad en que se encuentra el guardador de atender á la alimentación del huérfano por falta hasta de recursos propios (1), determinándose lo que proceda ó

(1) Si hubiere alguna persona de las obligadas por la ley á dar alimentos, acudirá á ellas el tutor reclamándolos judicialmente. Véase en el tomo *La Patria potestad* la materia de alimentos.

el ingreso en un establecimiento benéfico. Este trámite es indispensable para salvar la responsabilidad del tutor ó curador, pues el que teniendo á su cargo la alimentacion de un menor, lo entregare á un establecimiento público ó á otra persona sin la anuencia de la que se lo hubiere confiado ó de la *autoridad* en su defecto, será castigado con una multa de 125 á 1.250 pesetas (1).

Tambien es deber del tutor ó curador dar al huérfano una educacion proporcionada á su fortuna y posicion social, respetándose la voluntad de los padres en este punto, siempre que sea compatible con los

(1) Art. 502, Código penal.

recursos del huérfano y las prescripciones legales. Claro es que á un jóven rico se le dará una educacion esmerada, haciéndole seguir la carrera que elija, así como el pobre tendrá que aprender un oficio para ganar el sustento (1), pues las leyes no autorizan la vagancia, y el que pudiendo trabajar no lo hace, no tiene derecho á reclamar alimentos de sus parientes ni mucho ménos del Estado, que sólo debe socorrer á los verdaderamente necesitados.

La instruccion primaria se debe dar á todos, lo mismo ricos que pobres, y para estos últimos tienen el Estado y los Municipios escuelas

(1) Ley 16, tít. 16, Part. 6.^a

gratuitas. El tutor, curador ó encargado de un menor de quince años que desobedeciere los preceptos sobre instruccion primaria obligatoria, será castigado con la pena de cinco á quince dias de arresto y reprobacion. (1)

CAPITULO II

AUTORIDAD DE LOS GUARDADORES Y ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE MENORES Ó INCAPACITADOS.

Bajo el nombre de autoridad comprendemos las facultades que las leyes conceden á los guardadores para intervenir en los actos de los

(1) Art. 603, Código penal, caso 6.º

menores ó incapacitados, ya contratando por ellos, ó aprobando sus obligaciones, ya defendiendo en juicio los derechos de los mismos, y esta intervencion no es igual en todos los casos, depende de la capacidad del menor y del alcance del acto que se proponga ejecutar.

Hasta los siete años el desarrollo intelectual es tan poco, que puede decirse que el hombre obra sin discernimiento, por lo cual la Iglesia no le obliga con sus preceptos, y el Código penal exime de responsabilidad criminal *en absoluto* al que no ha cumplido nueve años por grande y atroz que sea su delito (1). De los

(1) Art. 8.º, circunstancia 2.ª, Código penal.

siete y nueve años en adelante el discernimiento es mayor, cabe malicia en el jóven, pero no se le conceptúa apto para obligarse porque podria ser engañado, y es indispensable que el tutor ó curador aprueben lo hecho para que tenga valor legal, así como cuando el pupilo tiene ménos de siete años nada puede hacer por sí, ni aun con posterior aprobacion; la personalidad legal del infante no existe y todo lo hace por él su tutor.

Los contratos que verifique el menor ó incapacitado sin aprobacion de su guardador son nulos, por lo que á sus obligaciones se refiera, pero válidos respecto á los derechos que adquieran, y ésto es una pena im-

puesta al que de mala fé contrata con un menor sin intervenir el curador. Si un menor celebra el contrato de compra-venta, el vendedor quedará obligado á entregar la cosa, pero el menor no tendrá que dar el precio y si lo dió podrá reivindicarlo el guardador, devolviendo á su dueño la cosa comprada, pues no está permitido que uno se enriquezca á costa de otro. Las pérdidas ó detrimientos de la cosa no serán indemnizados, debe imputárselos á sí mismo el que eligió para contratar á una persona cuya inhabilidad debia conocer por la fisonomia. No tendrán aplicacion estos principios cuando el contrato se haya verificado con otro menor, pues como dice el axioma

jurídico, el privilegiado contra el privilegiado no tiene privilegio, ó cuando el menor dijere que es mayor y lo pareciere por su aspecto, porque las leyes no favorecen nunca el engaño (1).

Del mismo modo será nulo el pago que se haga al menor ó incapacitado de la cantidad que se le debía, si no interviene el curador ó el Juez, y habrá que entregarla de nuevo, si el menor ó incapacitado la jugó ó malgastó (2). El préstamo hecho á una persona inhábil para contratar es nulo tambien; pero podria reclamarse al que lo recibió, á

(1) Ley 6.^a, tít. 19, Part. 6.^a y Sent. 27 Abril 1860.

(2) Ley 4, tit. 14, Part. 5.^a

sus padres ó curadores si el acreedor probare que la suma fué entregada para pago de alimentos, hospedaje, vestido, medicinas, matrículas, maestros ó libros, siempre que lo prestado no exceda de la suma que realmente se necesitaba, pues la menor edad no exime de la obligación cuando se prueba que el préstamo hecho al menor se convirtió en utilidad suya (1). Por ahora no hacemos más que estas ligeras indicaciones que ampliaremos en el lugar oportuno (2).

Para aceptar una herencia el me-

(1) Ley 3, tit. 1, Part. 5.^a, Sent. 14 de Junio 1861 y otras.

(2) Véase el tomo *El Préstamo*.

nor es indispensable que intervenga el guardador; pues no siempre traen aquellas ventajas, tambien puede haber responsabilidades, deudas que pagar, exceso de legados, etcétera, y para juzgar de todo esto hace falta más experiencia que la que se tiene antes de la mayor edad. El mayor de catorce años que no tenga padre ni curador, podrá aceptar por sí la herencia con derecho á la restitucion *in integrum* cuando llegue á la mayor edad (1).

No necesitan autorizacion de sus guardadores para hacer testamento, los mayores de catorce años varones y de doce hembras. Tampoco tienen

(1) Ley 13, tit 6.^o, Part. 6.^a

que pedir consentimiento á sus curadores para contraer matrimonio los mayores de veinte años, cualquiera que sea su sexo (1), pero sí consejo, y si éste les fuere negado, no podrán casarse hasta pasados los tres meses desde la fecha en que lo pidieron (2).

Es obligacion de los guardadores defender en juicio los derechos de sus protejidos, bien poniendo la demanda ó contestándola, y si no lo hicieren serán responsables en su dia de las pérdidas ocasionadas al pupilo ó incapacitado; pero no deben

(1) Art. 3.º, ley 20 Junio 1862.

(2) Art. 15, ley 20 Junio 1862, Véase el tomo *El Matrimonio*.

poner pleitos temerarios que comprometan la fortuna del menor, pues si éste fuere condenado en costas tendrá despues que reintegrarlas el guardador, probado que obró con conocida temeridad. Una vez entrado en el pleito debe seguirlo hasta obtener sentencia ejecutoria, empleando todos los recursos legales que procedan, y si cree conveniente aceptar ó proponer una transaccion acudirá al Juzgado pidiendo la autorizacion necesaria, de lo cual hablaremos más adelante.

No es preciso decir más sobre la manera de administrar los bienes de menores incapacitados: los guardadores obrarán con la prudencia, juicio é interés con que lo harian en

bienes propios; cuidarán los bienes, haciendo todas las reparaciones necesarias, sin gastos de lujo, procurando que produzcan la mayor renta posible sin exponerlos á peligros probables; venderán los frutos aprovechando las ventajas que ofrezca el mercado, y no lo harán cuando estén bajos los precios y el menor no necesite con urgencia su importe; darán aplicación á los sobrantes imponiéndoles donde produzcan un interés seguro, aun cuando sea módico, y si hacen algun préstamo será siempre con hipoteca; no deben, por la inseguridad del negocio, invertir fondos en operaciones de Bolsa, pero conservarán el papel del Estado que tenga el menor, cobrando

los cupones cuando corresponda ó negociándolos con las mayores ventajas posibles si hubiese necesidad apremiante, conservando el *Boletín Oficial* de cotización y el resguardo del agente de Bolsa para justificar su conducta oportunamente. Con las mismas formalidades se venderá el papel del Estado existente cuando se cree realizar una grande utilidad, ó fuere indispensable por atender á los gastos del menor, todo lo cual se justificará con una informacion ante el Juez, segun veremos en el capítulo inmediato.

CAPITULO III.

DE LA VENTA DE BIENES DE MENORES
Ó INCAPACITADOS Y TRANSACCION SOBRE SUS
DERECHOS.

Ya hemos dicho que las facultades de los guardadores respecto á los bienes de menores ó incapacitados, se reducen á administrarlos fielmente, procurando que aumenten y produzcan la mayor renta posible, y que para venderlos, hipotecarlos, cambiarlos ó imponerles algun gravámen (1) necesitan estar

(1) Ley 18, tít 16, Part. 6.^a y 60, tít. 18, Part. 3.^a



autorizados por el Juez despues de llenadas las formalidades que determinan las leyes, siendo nulas las ventas de dichos bienes que se verifiquen de otro modo, y ni aun la prescripcion le sirve al comprador, pues siendo nula la venta, le falta el título justo para adquirir (1).

Las formalidades que vamos á indicar deben llenarse siempre que haya que gravar ó enagenar bienes pertenecientes á incapacitados ó menores, aun cuando estos últimos estén sujetos á la patria potestad ó á la autoridad marital. Hoy no cabe duda de que el padre, ó la madre en su caso, para poder enagenar los

(1) Sent. 19 Octubre 1865.

bienes adventicios de sus hijos necesitan autorizacion judicial, pues de otro modo no encontrarán Notario que autorice la escritura, ni Registrador que la inscriba, por prohibirlo una disposicion reciente (1). De igual manera debe el marido obtener el consentimiento del Juez cuando trate de hipotecar, vender ó cambiar bienes pertenecientes á su mujer *menor de edad*, pues el consentimiento de ésta no es bastante, segun está expresamente dispuesto por las leyes y la jurisprudencia (2).

(1) Real órden de 28 de Agosto de 1876. *Gaceta* del 30.

(2) Arts. 188, 189 y 191, Ley Hipotecaria y Sent. 28 Noviembre 1863 y otras.

Los menores de edad libres de todo poder, sea por estar casados ó viudos y tener más de diez y ocho años, sea por haber obtenido habilitacion para administrar sus bienes, no podrán vender éstos, cambiarlos, hipotecarlos, ni gravarlos de ningun modo, sin que se instruya expediente de utilidad y necesidad, interviniendo en nombre de dichos menores un curador *ad litem*; pues si pudieran enagenarlos libremente, vendria á convertirse en su perjuicio el favor de la *administracion* de los bienes, que es lo único que las leyes conceden á los referidos menores (1).

(1) Sent. 19 Octubre 1865 y otras.

Será necesaria licencia judicial para la venta de bienes de menores ó incapacitados que correspondan á las clases siguientes:

1.^a Bienes inmuebles, sean fincas rústicas ó urbanas.

2.^a Derechos de todas clases, comprendiendo en estos los censos, servidumbres, etc., y los títulos ó documentos para exigir una obligación del Estado ó de los particulares.

3.^a Alhajas de plata, oro y piedras preciosas.

4.^a Animales ó muebles de valor que puedan conservarse sin menoscabo (1). Para las cosas de poca

(1) Art. 1401, Ley Enjuiciamiento civil.

importancia ó de precio ínfimo, no hacen falta estas formalidades, puede venderlas el guardador, respondiendo en su día de la enagenacion hecha, si hubiese habido perjuicio por su ignorancia ó mala fé.

Para decretar la venta de bienes de menores ó incapaces se necesita:

1.º Que la pida por escrito el tutor del impúber (1) ó el menor directamente asistido de su curador.

2.º Que se expresen el motivo de la enagenacion y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga.

(1) Impúber es el menor de catorce años varon y doce hembra.

3.º Que se justifique *cumplidamente* la necesidad ó utilidad de la enagenacion.

4.º Que se oiga sobre ello al curador para pleitos del menor, si lo tuviese nombrado con anterioridad, y en su defecto al Promotor Fiscal del Juzgado (1).

Para justificar la necesidad ó utilidad de la enagenacion se podrán emplear todos los medios que admite el derecho, especialmente la informacion de testigos y el dictámen de peritos, y de tal modo es indispensable la prueba de la necesidad ó conveniencia indicadas, que aun cuando se haya autorizado la

(1) Art. 1402, Ley Enjuiciamiento civil.

venta será ésta nula si no se hizo aquella prueba. Dada la justificación y previo informe del curador, ó Fiscal en su caso, el Juez examinará el expediente y otorgará ó negará la autorizacion para la venta. Contra el auto del Juez concediendo ó negando, cabe la apelacion para ante la Audiencia (1).

Cuando se conceda la autorizacion para la venta de fincas rústicas ó urbanas, habrá ésta de ejecutarse en pública subasta, previo avalúo practicado por los peritos que nombre el Juez. El remate se verificará con las solemnidades debidas, anunciándolo en los periódicos oficiales y

(1) Arts. 1403 y 1404, Ley Enjuiciamiento civil.

boletines, ó por simples edictos, según determine el Juez, teniendo en cuenta la importancia de la finca y demás intereses del menor, y no se admitirá postura que no cubra el valor que los peritos hayan dado á la finca que se trata de vender. Si no hubiere postor en la primera subasta, podrá verificarse nuevo avalúo y abrirse segundo remate, y lo mismo se hará si en esta segunda subasta ó en cualesquiera otras que puedan hacerse, no se presentaren tampoco licitadores (1).

Si se trata de muebles, animales, frutos, ropas, alhajas, libros, etc.,

(1) Arts. 1406 y 1407; Ley Enjuiciamiento civil.

deberá ejecutarse la venta de ellos con las solemnidades posibles, y que sean de costumbre en la localidad en que haya de verificarse, obteniendo antes la autorizacion judicial. La ley no dice qué solemnidades deben llenarse para la venta de bienes que no sean inmuebles, lo deja á la discreccion del Juez y del guardador; pero no debe prescindirse del avalúo por peritos, así como del remate, cuando se crea que éste conviene para obtener el mayor precio posible. Para la venta de papel del Estado ó de efectos públicos de cualquier clase, no hace falta avalúo ni remate, basta encargar su enagenacion al agente de Bolsa que nombre el Juez, pues que el

precio á que se vendieron iguales efectos en el dia determinado, se puede comprobar de un modo indudable por el *Boletin oficial de cotizacion*, y no cabe perjuicio para el menor, por mala fé del agente ó del guardador.

Hecha la venta de inmuebles ó muebles pertenecientes á un menor ó incapacitado, cuidará el Juez, bajo su responsabilidad, de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicacion indicada de solicitar la autorizacion para la venta. El precio se entregará, mientras se dá la aplicacion correspondiente, al tutor ó curador, si estuviesen relevados de fianzas, ó si las que tengan prestadas son suficientes para responder

de él (1); y en otro caso se depositará el dinero en el establecimiento destinado al efecto (2).

Además de tener necesidad de vender bienes de menores, puede ocurrir que sea conveniente proponer ó aceptar la transacción de un pleito, porque el punto litigioso no esté muy claro en las leyes ó por otros motivos que se apreciarán oportunamente, debiéndose llenar, en la solicitud que se dirija al Juez, las mismas solemnidades que para pedir la venta de bienes hemos indicado. Para justificar la necesidad ó uti-

(1) Arts. 1409 y 1410, Ley de Enjuiciamiento.

(2) La Caja de depósitos en Madrid y sus sucursales en Provincias.

lidad de la transaccion, debe oirse á lo ménos la opinion de tres Letrados en ejercicio de su profesion, á los cuales se entregarán todos los antecedentes necesarios para que puedan formar su juicio y emitir su dictámen con el debido conocimiento (1).

Estimando el Juez que están acreditadas la necesidad ó utilidad de la transaccion, otorgará su consentimiento, facilitándose al tutor ó curador testimonio de su providencia para acreditarlo debidamente y otorgar la correspondiente escritura ante Notario. Si no estimare suficiente la justificacion hecha, podrá negar

(1) Arts. 1411 al 1412, Ley Enjuiciamiento.

la licencia para transigir, y tanto en uno como en otro caso se puede apelar á la Audiencia (1).

Para todas las diligencias descritas en este capítulo, se emplea papel sellado de seis reales pliego (2) y no hace falta Abogado ni Procurador (3).

CAPITULO IV.

DEL TUTOR Ó CURADOR SOSPECHOSO.

No satisfecho el legislador con las garantías que exige á los guardado-

(1) Art. 1413, Ley de Enjuiciamiento.

(2) Con el recargo de guerra vale nueve.

(3) Véase el formulario al final.

res, y con el fin de evitar cualquier perjuicio que pudiera ocasionarse al menor ó incapacitado durante la guarda, tiene establecida la remocion de los tutores ó curadores cuando su conducta no sea tan leal y honrada como exige la ley. Cualquiera puede acusar al tutor sospechoso, pero éste no será privado de su cargo sin oirlo, sin que se defienda y se le pruebe su mala fé ó abandono para con el menor ó incapacitado (1).

La Ley ha establecido como causas para la remocion de los guardadores, las siguientes:

(1) Ley 3.^a, tit. 18, Part. 6.^a y art. 1276. Ley Enjuiciamiento civil.

1.^a Haber fundados motivos para temer que malgaste los bienes del huérfano ó le enseñe malas costumbres, ó haber cometido esas faltas en el desempeño de otra tutela ó curatela (1).

2.^a Saberse despues de aceptado el cargo, que el guardador era enemigo del menor, del incapacitado ó de sus parientes, ó no haber mediado reconciliacion.

3.^a Decir delante del Juez que no tenia de qué mantener al menor, siendo falso.

4.^a Omitir, sin motivo, la formacion del inventario, ó dejar de de-

(1) Ley 1.^a, tit. 18, Part. 3.^a

fender la fortuna y bienes del menor, en juicio, ó fuera de él.

5.^a Si se ocultare cuando supiere su nombramiento (1).

6.^a Si vendió ó empeñó sin autorizacion judicial bienes de los cuales, sin ella, no se puede disponer.

7.^a Si priva al huérfano de una herencia sin motivo justificado para ello.

Cualquiera del pueblo, hombre ó mujer, puede acusar al tutor ó curador sospechoso, y están obligados á hacerlo la madre, los abuelos, los hermanos y la nodriza del huérfano; y éste mismo, si tiene más de cator-

(1) Ley 1.^a, tit. 18, Part. 6.^a

ce años, puede presentarse acusando á su curador (1). El Juez, de oficio, puede separar al tutor ó curador cuando tenga noticias de que se conduce mal (2).

Presentada la acusacion contra un guardador, será *suspendido* de su cargo, y para que el huérfano no quede abandonado, se nombrará otro interinamente. El menor ó incapacitado serán representados por el curador para pleitos ó por el Fiscal, y si el que promovió la acusacion prueba en juicio ordinario las faltas del guardador, entonces será éste *removido* del cargo y sujeto á las pe-

(1) Ley 2.^a, tit. 18, Part. 3.^a

(2) Art. 1272, Ley Enjuicamiento.

nas del Código si hubiere cometido algun delito.

Mientras dura el pleito dispondrá el Juez el depósito del menor ó incapacitado y la entrega, por inventario, de los objetos de su uso, los cuales serán devueltos al guardador si prueba su inocencia en el juicio, quedándole libre su accion para reclamar contra el que le acusó calumniosamente.

TITULO VII.

OBLIGACIONES DE LOS GUARDADORES CONCLUIDO EL CARGO.

Antes de indicar las obligaciones de los guardadores concluido su cargo, diremos cuáles son los motivos por los que acaban la tutela y la curatela.

CAPITULO I.

DE LAS CAUSAS PORQUE CONCLUYEN LA TUTELA Y LA CURATELA.

La mayor parte de las causas que vamos á enumerar son comunes á

los dos cargos; indicaremos, pues, las que se refieren á la tutela, y luego diremos las especiales de la curatela.

Concluye la tutela:

1.º Por cumplir catorce años el varon y doce la hembra, pues en estas edades empieza la curatela.

2.º Por muerte del pupilo ó del tutor; pero en este último caso habrá que elegir otro con arreglo á la ley.

3.º Por pasar la madre ó la abuela á segundas nupcias, si no hubieran obtenido la gracia de continuar con la tutela, ó si habiéndola obtenido dejarán pasar los sesenta dias sin constituir la hipoteca de que hemos hablado en otro lugar. Esto

no es aplicable á las madres viudas despues del 18 de Junio de 1870, porque tienen la patria potestad.

4.º Por la arrogacion del pupilo, pues pasando á ser hijo de familia no necesita de tutor (1).

5.º Por cumplirse el tiempo por que se nombró al tutor testamentario, ó haber faltado á la condicion impuesta por el testador, siempre que fuera posible su cumplimiento. En cualquiera de los dos casos se nombrará otro tutor.

6.º Por sobrevenir al tutor una excusa legítima para continuar.

(1) Véase el tomo *La Patria potestad*, capítulo de la arrogacion.

7.º Por ser condenado á la pena de interdiccion civil, en cuyo caso tambien se nombrará otro tutor.

8.º Por ser removido el tutor sospechoso, segun hemos explicado en el capítulo anterior.

Estas causas, menos la primera, son comunes á todos los guardadores; pero además concluye la curatela por los motivos siguientes:

1.º Por cumplir veinte y cinco años el menor, lo mismo el varon que la hembra.

2.º Por contraer matrimonio el varon despues de los diez y ocho años, pues desde esa edad es hábil para manejar sus bienes, y los de su mujer, pero ésta queda libre de toda dependendencia para con su curador,

cualquiera que sea la edad en que se case.

3.º Por obtener el menor dispensa de edad ó habilitacion para administrar sus bienes, prévias las formalidades y requisitos que hemos indicado en otro lugar (1).

Será tambien un motivo para que concluya la curatela ejemplar, haber cesado la incapacidad que dió origen al nombramiento, como si recobra el juicio el loco ó modifica su conducta el pródigo.

(1) Véase el formulario al final.

CAPITULO II.

OBLIGACIONES DE LOS GUARDADORES CONCLUIDO EL CARGO.

Concluido el cargo deben los guardadores dar cuentas y hacer entrega de los bienes que administraron. De esta obligacion sólo se exime el guardador á quien el Juez hubiere discernido el cargo, entendiéndose frutos por pension, por los motivos expuestos anteriormente, pero tendrá que restituir los bienes que recibió segun inventario.

Sobre las cuentas que rindan los guardadores durante la menor edad

del huérfano, será preciso oír siempre al curador para pleitos si lo hubiere nombrado con anterioridad, y en su defecto al Promotor Fiscal del Juzgado (1), y se aprobarán si no hubiese nada que impugnar, sin perjuicio del derecho que las leyes conceden á los menores para reclamar cualquier agravio que en ellas pueda haberseles causado (2).

Si los guardadores no se prestan á rendir cuentas voluntariamente, serán compelidos por el Juez, y para evitar que las relaciones de familia sean un obstáculo al cumplimiento de este deber, dispone la ley que

(1) Art. 1274, Ley Enjuiciamiento.

(2) Art. 1275, Id. id.

tutor ó curador que antes de la aprobacion legal de sus cuentas contra-
jere matrimonio, ó prestare su con-
sentimiento para que lo contraigan
sus hijos ó descendientes con la
persona que tuviere ó hubiere teni-
do en guarda, á no ser que el padre
de ésta hubiere autorizado debida-
mente el matrimonio, será castigado
con las penas de prision correccional
y multa (1).

Rendidas y aprobadas por auto las
cuentas, se dará el oportuno fini-
quito al guardador y se librárá ofi-
cio al Registrador de la propiedad
para que quede sin efecto la hipote-
ca impuesta sobre los bienes pertene-

(1) Art. 492, Código penal.

cientos al tutor ó curador; así como se procederá á su venta si apuradas y repetidas las cuentas resultare algun alcance contra el guardador. Además de la retribucion que hubiere señalado el Juez, estarán obligados los huérfanos á indemnizar á los guardadores de los gastos necesarios que hubieren hecho para la conservacion de los bienes.

TÍTULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

La ley no se ha limitado á crear la tutela y la curatela para la direccion de los menores y cuidado de sus intereses, sino que tambien concede el derecho de reponer el negocio *válido* en que ha sido perjudicado el menor, al estado que tenia antes de haberle sufrido, y subrayamos la palabra *válido* porque, aun cuando el negocio haya sido legal, puede usar el menor del beneficio de la restitucion *in integrum*, que

no le hace falta si el acto es nulo por su fondo ó por su forma. Este recurso no procede en los pagos hechos al menor por mandato del Juez, ni en la venta de sus bienes siempre que se hayan cumplido todas las formalidades de ley, á no ser que los objetos ó fincas pertenecientes al menor, se hayan vendido por menos de la mitad de su *justo* valor (1).

El beneficio de la restitucion es hoy muy combatido por escritores de nota, consideran muy injusto se dé al menor un curador que evite los peligros á que pudiera aquel expo-

(1) Ley 5.^a, tít. 19, Part. 6.^a, Sentencia 12 Junio 1863.

nerse por su inexperiencia, y además se le permita destruir cualquier contrato en que haya habido perjuicio, muchas veces independiente de la voluntad de las partes. Según esos distinguidos escritores, una de las dos precauciones sobra; reunidas, perjudican al mismo á quien se quiere favorecer, dificultándose la venta de bienes de menores por miedo á esa restitucion, que sólo debia existir en el caso de que el contrato se verificara sin intervencion del curador.

Necesitamos más espacio del que disponemos en este tomo, para discutir la restitucion de los menores; si se la combate con energía, no faltan tampoco decididos defenso-

res de esa garantía que existe en nuestros Códigos y de la cual vamos á dar una idea, indicando á quiénes favorece el remedio, cuándo debe emplearse, y cómo cesan sus efectos (1).

CAPÍTULO I.

PERSONAS A QUIENES COMPETE LA RESTITUCION Y CASOS EN QUE PROCEDE.

El beneficio de la restitucion corresponde á los incapacitados sometidos á curatela, y á los menores ó

(1) En *Aragon* no hay restitucion *in integrum*, pues los menores conservan ilesos sus derechos por beneficio del fuero.

sus herederos; pero no á los fiadores, sócios ó compañeros del menor, á no ser que hubiera habido engaño por parte de tercero (1). A todos los menores comprende el beneficio, menos en los casos de excepcion que indicaremos; así es, que el casado menor de edad y el que ha obtenido habilitacion para administrar sus bienes pueden rescindir tambien los contratos en que fueran perjudicados, como no estén dedicados al comercio, en el que nunca hay lugar á la restitution, y por eso antes de empezar las operaciones mercantiles se exige su renuncia formal al menor (2).

(1) Ley 4.^a, tít. 12, Part. 5.^a

(2) Art. 4.^o, Código de comercio,

La restitucion como remedio extraordinario, sólo puede emplearse cuando no exista otro para reparar los perjuicios ocasionados al menor, al cual toca hacer la prueba del daño sufrido. Tambien procede la restitucion en los daños causados en asuntos judiciales, como si el menor, su tutor ó curador, ó su abogado hubieran confesado ó negado en juicio alguna cosa que menoscabe su derecho ú omitido defensa ó razon que pudiera aprovecharle; pero es necesario que el pleito haya empezado y concluido durante la menor edad, pues condenado un mayor, no caben otros recursos que los ordinarios de reforma, apelacion, casacion, etc., y sobre esto téngase

muy presente que la restitucion no puede pedirse en los términos llamados fatales, que no pueden prorogarse ni abrirse de nuevo, aun cuando haya habido perjuicio para el menor.

Tambien puede pedirse la restitucion: contra el prohijamiento, si el prohijador enseña malas costumbres al menor, ó le malgasta lo suyo; contra la aceptacion de la herencia que hizo el menor en daño suyo, pero deben ser citados los acreedores hereditarios; y contra la eleccion que en virtud del derecho de escoger, hizo el menor, si no escogió lo mejor (1).

(1) Leyes 5, 7 y 8, tít. 19, Part. 6.^a

CAPITULO II.

TIEMPO PARA PEDIR LA RESTITUCION Y CASOS EN QUE NO PROCEDE.

El tiempo para pedir la restitucion es todo el de la menor edad y cuatro años despues, es decir, hasta los veinte y nueve, lo que comunmente se llama *cuadrienio legal* (1). Debe concederse cuando se pruebe

(1) Los ausentes por servicios del Estado ó del Municipio, que se equiparan á los menores, pueden pedir la restitucion por los daños sufridos, dentro de los cuatro años contados desde su regreso, y si muriesen sin haber regresado, lo harán sus herederos, contando los cuatro años desde el fallecimiento.

el daño sufrido y la imposibilidad de repararlo por otro medio, advirtiéndose que pasado el cuadrienio no hay recurso ninguno por grande que sea el daño causado al menor.

No procede la restitucion:

1.º Cuando el menor dijo ó fingió ser mayor de edad, y en efecto lo parecia (1).

2.º Cuando el negocio fué hecho como lo haria un hombre de edad cumplida y buen entendimiento, de modo que el perjuicio es casual é independiente de la voluntad de los contratantes.

3.º En los pagos hechos al menor por órden del Juez, y en la ven-

(1) Ley 6.ª, tit. 19, Part 6.ª

ta de los bienes con autorizacion judicial y subasta pública, á no haberse vendido por la mitad del valor en que se adjudicaron al menor.

4.º En los pleitos empezados en la menor edad y sentenciados despues de ella, pues este beneficio sólo puede usarse cuando el fallo se pronuncia antes de cumplir los veinte y cinco años el que hubiese sido condenado (1).

5.º En las sentencias pronunciadas por delitos cometidos por los menores, si tenian ya responsabilidad criminal.

6.º En los nueve dias que dá la

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tit. 25, Part. 3.ª, y Sent. 24 Enero 1865.

ley para pedir por *retracto* los bienes vendidos que pertenecieron á los parientes del menor.

7.º En los términos llamados fatales que no pueden ampliarse, prorogarse ni suspenderse, tales como los establecidos para pedir reforma de un auto ó providencia, apelar, interponer recurso de casacion ó de nulidad, etc.

8.º En los asuntos mercantiles por la renuncia que del beneficio debe haber hecho el menor, conforme al art. 4.º del Código de comercio.

9.º Tampoco tiene lugar el beneficio contra el *tercero* que de buena fé adquirió el dominio ó derecho real, si lo habia inscrito en el

Registro de la propiedad y no tuvo participacion en el contrato que causó el perjuicio (1).

(1) Art. 38, Ley hipotecaria.

FORMULARIOS

Y

CASOS PRÁCTICOS.

I.

**Expediente para el nombramiento
de tutor legítimo.**

No damos modelo para el nombramiento de tutor ó curador testamentario, porque no exige ninguna especialidad; basta que el padre, la madre, ó el extraño, en los casos que puede, designen de un modo claro y terminante la persona ó personas á quienes nombran, y recordamos que el nombramiento de guardador se

puede hacer lo mismo en testamento que en codicilo (1).

En el lugar oportuno (2) hemos dicho, que cuando no existe tutor testamentario corresponde la tutela al pariente más próximo del impúber, que puede pedir directamente la tutela expresando esa circunstancia, ó rogar que se nombre tutor al huérfano, y claro es que habiendo parientes, por obligacion y por conveniencia elegirá el Juez á uno de ellos con preferencia á cualquier extraño. La solicitud del pariente pidiendo se designe tutor, se redactará

(1) Véase el tomo *El Testamento y la Herencia*.

(2) Véase la página 20.

en términos parecidos á los siguientes:

«Don Manuel Ruiz, vecino de esta Côte, habitante en la calle de Fuen-
carral, número doscientos, ante el
Juzgado como más haya lugar en de-
recho, parezco y digo: Que, doña Isa-
bel Ruiz, hermana del exponente y
viuda de D. José Lopez, falleció el dia
dos del corriente, dejando en orfan-
dad á sus hijos D. Joaquin y doña
Emilia López y Ruiz, el primero de
seis años de edad y la segunda de
cuatro, segun se acredita por las par-
tidas del Registro civil (1) que en

(1) Si el nacimiento fué anterior al 1.º de Enero de 1871, se presentarán las partidas de bautismo y así se dirá en el escrito.

debida forma acompaño; y como doña Isabel Ruiz murió sin otorgar testamento ni codicilo, segun se acredita por la partida de defuncion que acompaño, no pudo designar tutor para sus hijos, los cuales deben quedar sometidos á la tutela del pariente más próximo, segun expresamente lo dispone la ley; y para que tenga esto debido cumplimiento,

Suplico al Juzgado se sirva tener por hecha la manifestacion que antecede, y en vista de los documentos que acompaño, proceder á la eleccion de la persona que haya de encargarse de la tutela de los referidos huérfanos, pues así procede en justicia que pido. Madrid trece de Oc-

tubre de mil ochocientos setenta y seis.—*Manuel Ruiz.*

Este escrito se extenderá en papel sellado de seis reales el pliego, á no ser que se trate de la tutela de un huérfano completamente pobre, en que se usará papel de oficio, y despues de firmada por el interesado ó un testigo á ruego, se presentará al Juez de primera instancia, acompañando las partidas de bautismo y defuncion que fueren necesarias, exhibiéndose además la cédula personal para que tome nota el Escribano.

El Juez, en vista del escrito anterior, manda que se ratifique el interesado, hará que comparezcan

amigos del difunto para averiguar si efectivamente hubo testamento, aun cuando de este trámite puede prescindirse, en obsequio á la brevedad, si el compareciente afirma que no hay disposicion testamentaria ninguna, y si así lo consigna además la partida de defuncion del Registro civil (1).

En vista de todo y en cumplimiento del art. 1226 de la ley de Enjuiciamiento civil, el Juez elegirá para tutor al pariente más próximo, y si hubiere varios en el mismo

(1) Las partidas parroquiales no se admiten para acreditar en los tribunales la muerte de una persona si el fallecimiento ocurrió despues del 1.º de Enero de 1871, pues desde esta fecha no producen fé mas que las certificaciones del Registro civil.

grado, procederá lo que ya hemos indicado en las páginas anteriores. Si el pariente elegido aceptara el cargo (1), se le discernirá despues de constituida la fianza.

Si no hubiera parientes del huérfano, ó los que existieran no fuesen capaces para el desempeño de la tutela, entonces nombrará el Juez al extraño que le parezca, prefiriendo los que sean amigos del pupilo ó de sus padres, advirtiéndole que la solicitud para que se nombre tutor á un huérfano puede hacerla tambien un amigo cualquiera, redactando una instancia parecida á la que hemos

(1) Sobre la aceptación, véase lo que decimos en la pag. 71.

puesto de modelo, ó presentándose al Juez para poner en su conocimiento la orfandad de aquellas personas, y que se proceda á nombrarles tutor.

II.

Nombramiento de curador para los bienes.

No habiendo curador testamentario, corresponde su nombramiento al mismo menor (1), y lo hará por comparecencia ante el Juez, bien espontáneamente, ya citado á instancia de parte ó de oficio, en la forma siguiente:

(1) Es preciso que tenga más de catorce años, si es varon, y de doce si es hembra.

En Madrid, á veinte de Octubre de mil ochocientos setenta y seis, ante el Sr. D. Emilio Valdés, Juez de primera instancia del distrito de la Universidad (1), comparece D. Juan Gomez y Lopez, soltero, de esta vecindad, habitante en la calle de San Miguel, número treinta, y por ante mí dijo: *Que* el dia veinte de Agosto de mil ochocientos setenta y cuatro, falleció su padre D. Manuel Gomez, vecino que fué de esta Córte, segun lo acredita con la certificacion del Registro civil del distrito del

(1) En las capitales donde hay más de un Juez, puede hacerse el nombramiento ante cualquiera de ellos, pues todos son competentes para entender en los asuntos de jurisdiccion voluntaria, asi como para los pleitos es indispensable el repartimiento.

Congreso que queda unida á estas diligencias, que en ocho del corriente mes y año falleció abintestato doña Luisa Lopez, madre del compareciente, segun lo acredita tambien por la certificacion del Registro civil del distrito de Palacio, y encontrándose libre de la patria potestad, necesita elegir curador que se encargue de la administracion de sus bienes, para cuya eleccion tiene derecho por haber cumplido diez y ocho años de edad, segun lo acredita por la partida de bautismo (1) que queda

(1) En este formulario se presenta partida de bautismo, porque hace diez y ocho años no era obligatoria la inscripcion en el Registro civil. Los nacimientos posteriores al 1.º de Enero de 1871 se deben acreditar por las certificaciones del Registro civil.

unida á estas diligencias, y usando de la autorizacion que las leyes le conceden, nombra curador para la administracion de sus bienes á su tío D. Tomás Lopez, de este comercio y vecindad, habitante en la calle del Sordo, número ochenta, cuarto segundo, rogando al señor Juez se sirva haberle por nombrado, y discernirle el cargo, previos los requisitos legales. Así lo dijo y firma con S. S., de lo que yo el Escribano doy fé. — *Emilio Valdés.* — *Juan Gomez.* — *Felipe Perez.*

En vista de esta manifestacion, el Juez hará comparecer al nombrado, y despues de aceptado el cargo y prestada la correspondiente fianza,

se le hace el discernimiento, señalándose la cantidad que se deba invertir en alimentos y educacion del menor, ó declarando que se entienda discernido el cargo fruto por pension, si las rentas de los bienes del huérfano, equivalen poco más ó menos á lo que dicho menor necesita para sus gastos.

Ya hemos dicho que si la persona elegida ño mereciere la confianza del Juez, hará que el menor designe otro curador, y cómo podria resolverse el conflicto, en el caso que el huérfano se negára á cumplir el mandato de la autoridad judicial.

Tambien puede suceder que habiendo curador testamentario nombrado por un pariente ó extraño que

instituyó heredero al menor, éste se resista á someterse á dicha curatela. En este caso debe presentarse al Juez, y examinadas las razones que alegue, si se estiman dignas de aprecio, se negará el discernimiento al referido curador testamentario, y el menor elegirá á la persona que le parezca en la forma anteriormente dicha. Al nombramiento de curador hecho por el padre ó la madre no puede oponerse el menor, como no tenga algun motivo de los que sirven para apoyar la calificación de sospechoso, segun hemos indicado en el lugar oportuno (1).

(1) Véanse las páginas 34 y 130.

III.

Nombramiento de curador ejemplar.

Se dá curador ejemplar á las personas mayores de edad incapaces para administrar sus bienes por padecer locura, imbecilidad, estar declarados pródigos, ó sufrir la pena de interdiccion civil, y como lo más frecuente de estas incapacidades es la locura, ella nos servirá de ejemplo para el presente formulario. El escrito pidiendo se abra informacion

para acreditar dicha incapacidad, se redactará en términos parecidos á los siguientes:

D. Joaquin García, vecino de esta Córte, habitante en la calle de Preciados, número ochenta, segundo derecha, ante el Juzgado como más haya lugar en derecho, parezco y digo: Que á consecuencia de los terribles dolores que viene sufriendo mi hermano D. Luis García, ha perdido la razón en tales términos, que de nada se acuerda, no puede coordinar sus ideas, sus arrebatos ponen en peligro su existencia y la de los que le rodean, sin que la más esmerada asistencia facultativa haya logrado proporcionar al enfer-

mo. En vista de esta desgracia, considerando que mi referido hermano no puede atender á sus negocios, que están completamente abandonados, y con el fin de evitar perjuicios mayores,

Suplico al Juzgado se sirva admitir la informacion testifical que ofrezco para acreditar lo referido en este escrito, y despues de oir el dictámen facultativo y el de las demás personas que creyere oportuno, declarar la incapacidad de mi referido hermano y nombrarle curador ejemplar, cuyo cargo corresponde por las leyes al que suscribe, por no existir ninguno de los parientes llamados con preferencia. Así procede en justicia que pido. Madrid veinte y ocho

de Octubre del año del sello.—*Joaquín García.*

Este escrito puede presentarlo la mujer respecto del marido, los padres respecto de los hijos y viceversa, y hasta los amigos y vecinos á quienes conste la locura, pero debe tenerse mucho cuidado en no dar este paso sino cuando exista la seguridad del mal que se trata de remediar; una ligereza en este sentido, traería fatales consecuencias para la persona cuya incapacidad se pretendia probar, y para los firmantes de la solicitud; pues serian responsables de los daños y perjuicios ocasionados, y además se le impondrian las penas del Código si se de-

mostrara que no sólo hubo ignorancia ó precipitacion, sino tambien mala fé.

En lugar de escrito puede el interesado presentarse al Juez y hacer dicha manifestacion de palabra, pero inmediatamente se extenderá acta, que suscribirá él compareciente con el Juez y el Escribano.

Si se hizo la manifestacion por escrito, será indispensable que se ratifique el firmante de ella, despues se procederá al exámen de los testigos que presente la parte que haya promovido el expediente, se tomarán informes de los vecinos, se oirá el dictámen de los médicos que nombre el Juzgado, y en vista de lo que arrojen todas estas diligencias,

se hará la declaratoria de incapacidad, nombrándose curador ejemplar en el orden siguiente: padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado, y si no hubiere ninguna de estas personas, el Juez elegirá para dicho cargo á quien tenga por conveniente, prefiriendo á los que sean parientes ó amigos del incapacitado ó de sus padres.

Para declarar la locura, imbecilidad ó decrepitud, bastará la informacion de testigos y el reconocimiento facultativo, aun cuando esto no es indispensable; pero para declarar pródigo á un ciudadano es preciso promover un pleito, á fin de acreditar que dicha persona derrocha ó gasta su fortuna de una ma-

nera loca, y mientras se resuelve el litigio, se debe pedir una anotacion preventiva, para que el presunto pródigo no pueda continuar malgastando su capital; anotacion que subsiste, hasta que fallado en definitiva el pleito ó se le quite la administracion de sus bienes, entregándola á quien corresponda con arreglo á la ley, ó se declare que no procede la declaracion de prodigalidad.

Toda declaracion de incapacidad que se haga, lo mismo tratándose del loco, imbécil, pródigo, como del condenado á la pena de interdiccion civil, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para evitar que un tercero, ignorante del estado de aquella persona contrate con ella, y

si lo hiciera sabiéndolo, á nadie tendria que quejarse de la nulidad de la obligacion (1).

Para todas estas diligencias se emplea papel sellado de seis reales el pliego, á no ser que se trate de un incapacitado completamente pobre, y no hace falta valerse de Abogado ni Procurador; pero éstos tendrán necesariamente que intervenir cuando se pretenda la declaracion de pródi-go, porque hemos dicho que debe hacerse en juicio ordinario y en éste no pueden las partes comparecer directamente.

(1) Art. 2.º, Ley Hipotecaria y arts. 4, 22 y 152 del Reglamento.

IV.

Nombramiento de curador para pleitos.

Hemos dicho que los menores de catorce años varones y doce hembras, no pueden tener curador para pleitos, porque es obligacion de los tutores defender en juicio los derechos de los pupilos; pero puede ocurrir que el pleito sea con un pariente del tutor, ó á consecuencia de una negociacion en que éste estuviere interesado, y como no podrian re-

presentar legalmente á su pupilo, habrá que nombrar curador *ad litem* para ese asunto determinado.

El mayor de catorce años varon, y de doce hembra, debe nombrar curador para los bienes, si no existe ninguno designado por las personas que pueden dejarlo en testamento, y es obligacion de dicho curador defender en juicio los derechos de los menores, y sólo cuando existan las razones que hemos dado al hablar de los tutores, procederia elegir curador *ad litem*.

Cuando los menores, libres de la patria potestad y de la curatela, bien por estar casados, dedicados al comercio, ó habilitados para administrar sus bienes tengan que nom-

brar curador *ad litem*, lo harán por comparecencia ante el Juez de primera instancia, en la forma siguiente:

«En la villa de Getafe, á doce de Octubre de mil ochocientos setenta y seis, ante el Sr. D. Gregorio Lopez, Juez de primera instancia de la misma y su partido, comparece don José Valdés, de esta vecindad, casado con doña Luisa García, según lo acredita con la certificación del Registro civil del distrito del Congreso de Madrid que queda unida á estas diligencias, y dijo: *Que* tiene que entablar reclamaciones para conseguir que D. Tomás Ruiz satisfaga las cantidades que debe á su

esposa como heredera de su padre D. Joaquin García, pero como el recurrente ha cumplido sólo veinte y un años, según acredita con la partida de bautismo, expedida por el párroco Santo Angel de la ciudad de la Habana, que también queda unida á estos autos, no puede comparecer en juicio sino asistido de su curador *ad litem*, y usando del derecho que le concede el art. 1256 de la Ley de Enjuiciamiento civil, elije para dicho cargo al Procurador de este Juzgado D. Domingo Fernandez, rogando al señor Juez se sirva tenerle por nombrado y discernirle el cargo, previos los requisitos legales. Así lo dijo y firma con S. S. de que yo el Escribano

doy fé. *Gregorio Lopez.*—*José Valdés.*—*Juan^o Dominguez.*»

En vista de esta manifestacion se hará comparecer al nombrado, y si acepta se le discernirá el cargo sin exigirle fianza, puesto que no ha de administrar bienes ningunos.

Tambien debe elegirse curador *ad litem* cuando el nombrado para la administracion de los bienes ó el tutor del pupilo, no pueden llevar la representacion por existir intereses encontrados. Si se trata de un mayor de catorce años varon, ó de doce hembra, corresponde al mismo el nombramiento de curador *ad litem*, pero si se trata de un impúber, entonces pertenece al Juez la eleccion, que

deberá recaer en un pariente ó amigo del pupilo, sin que sea obligatorio nombrar á un Procurador, aun cuando sea lo más comun para dar facilidades y evitar el otorgamiento de poder, que en otro caso seria indispensable. El tutor ó curador que no pueda defender los derechos del pupilo ó menor por alguna de las causas indicadas, lo manifestará al Juez en escrito redactado en términos parecidos á los siguientes:

«Don Juan Ruiz, vecino de esta capital, habitante en la calle del Soldado, número veinte, en nombre y como tutor de D. José Rodriguez, ante el Juzgado como más haya lugar en derecho, parezco y digo: Que

mi pupilo tiene que acudir á los tribunales demandando á la Sociedad de crédito titulada *El Bellocino de oro*, de cuya Junta directiva soy individuo, y por lo tanto interesado en el negocio é incompatible para la defensa de los derechos de D. José Rodríguez, por lo cual procede, y

Suplico al Juzgado se sirva nombrar un curador *ad litem* que represente en dicho litigio los derechos del referido huérfano, por ser de justicia que pido. Madrid veinte de Octubre de mil ochocientos setenta y seis. *Juan Ruiz.*

Presentado este escrito, y prévia ratificación del interesado, el Juez nombrará curador *ad litem* ó hará

que comparezca y lo designe el mismo menor en los términos que ya hemos indicado.

El nombramiento de curador para bienes y para pleitos por comparecencia de menores es lo legal (1), pero en algunos Juzgados admiten escritos con este objeto, si bien hacen comparecer de todas maneras al firmante para que se ratifique en la solicitud; pero como la ley es terminante, lo prudente es suprimir el escrito y hacer la comparecencia.

(1) Art. 1258, Ley Enjuiciamiento civil.

V.

Discernimiento del cargo de tutor
ó curador.

El escrito cuyo modelo vamos á dar, se presenta siempre que existe guardador nombrado en testamento, ó elegido porel Juez entre los parientes, y su redaccion es poco más ó ménos como sigue:

D. José Lopez, comerciante, vecino de esta Côte, y habitante en la calle de la Salud, número treinta,

ante el Juzgado como más haya lugar en derecho, parezco y digo: Que Doña Isabel García, viuda que era de D. Juan Jimenez, falleció el día doce del corriente, dejando en la orfandad á sus dos hijos D. Miguel y Doña Catalina Jimenez y García, el primero de seis años de edad, y la segunda de cinco, segun lo acreditan las certificaciones del Registro civil que en debida forma acompaño. Dicha señora, en el testamento que otorgó cuatro dias antes de morir y del que tambien presento copia autorizada, me nombró tutor de sus citados hijos con relevacion de fianzas (*ó sin ella*) y aceptando, como acepto este cargo,

Suplico al Juzgado se sirva apro-

bar el nombramiento hecho por doña Isabel García y discernirme el cargo de tutor de los huérfanos don Miguel y doña Catalina Jimenez y García, pues así procede en justicia que pido. Madrid treinta de Octubre de mil ochocientos setenta y cinco.—*José Lopez.*

Si las rentas de los bienes de los menores son próximamente lo que éstos necesitan para sus gastos, en el mismo escrito pedirá el tutor ó curador que se le discierna el cargo, entendiéndose el desempeño del mismo fruto por pensión; pero cuando sean muchas más las rentas que los gastos, se pedirá que se señale la cantidad que debe invertirse en

alimentos y educacion, indicando el guardador lo que le parezca prudente, y el Juez, al hacer esta designacion, señalará tambien lo que deba abonarse al tutor ó curador por la administracion, interviniendo en todas estas diligencias el Promotor fiscal del Juzgado.

Si el tutor ó curador testamentario no ha sido relevado de fianzas, ofrecerá en el escrito en que pida el discernimiento constituir la que se determine por el Juez, de acuerdo con el Promotor Fiscal, ó curador para pleitos, si lo tuviere el menor nombrado con anterioridad.

Ya hemos dicho que cuando por no haberse concluido el inventario, no sea posible conocer de un modo

exacto el caudal y rentas que poseen los menores, el guardador debe ofrecer una información de testigos para acreditar aproximadamente aquellas cantidades, y con dichos datos se señalarán con carácter provisional los alimentos y retribución del guardador ó discernirá el cargo, entendiéndose fruto por pensión.

Constituida la fianza hipotecaria en los casos en que deba prestarse, y previo dictámen del Fiscal, se hará el discernimiento extendiéndose la oportuna diligencia, de la que se darán al guardador todas las copias testimoniadas que pidiere.

VI.

Expediente para que la madre ó la abuela viuda que pasa á segundas nupcias, pueda continuar con la tutela ó curatela.

En el lugar oportuno hemos dicho que por la Ley de Matrimonio civil, la madre, en defecto del padre, tiene patria potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; pero como este derecho sólo se ha concedido á las madres que hayan enviudado despues del 18 de Junio de

1870 (1), puede ocurrir que las que vienen desempeñando la guarda de sus hijos contraigan segundo matrimonio, lo que seria un motivo para que terminara la tutela ó curatela, si no se obtenia la gracia de continuar con ella.

Sostienen distinguidos escritores (2), que aun cuando la madre haya enviudado despues del 18 de Junio de 1870 y tenga por tanto la potestad sobre sus hijos, perderá este derecho si contrae segundo matrimonio y no obtiene la gracia que debe pedir la que desee continuar con la tutela ó curatela. Este punto no está

(1) Sent. 19 Junio, 1875.

(2) La-Serna y Montalvan

muy claro en la Ley; pero por la redaccion de algunos artículos de la Ley de Matrimonio civil, (1) nos parece que la madre viuda conserva la patria potestad sobre sus hijos, aun cuando contraiga segundo matrimonio, sin que sea indispensable obtener la referida gracia. De todas maneras, convendria que la Jurisprudencia diera luz sobre el asunto, ya que para algunos jurisconsultos eminentes es dudosa la potestad de la madre que pasa á segundas nupcias.

(1) El artículo 53 de la Ley de Matrimonio civil dice: que podrá la mujer, sin licencia de su marido, otorgar testamento y *ejercer los derechos* y cumplir los deberes que la correspondan, respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiere tenido de otro, y á los bienes de los mismos.

Respecto á las abuelas no hay duda ninguna, y la que siendo tutora ó curadora de sus nietos contraiga segundo matrimonio perderá la guarda, si no se le concede la gracia de continuar con ella, y la solicitud para obtenerla se redactará en términos parecidos á los siguientes:

Señor: doña Dolores Perez, vecina de esta capital, habitante en la calle del Sordo, número diez, de treinta años de edad, viuda de D. Felipe Martinez, á V. M. con el respeto debido expone:

Que por disposicion testamentaria de su referido esposo, cuya muerte ocurrió el doce de Julio de mil ocho.

cientos sesenta y nueve, viene desempeñando la tutela de sus hijos D. José y doña Adela Martinez y Perez, el primero de doce años de edad y la segunda de ocho, habiéndosele discernido el cargo con todas las formalidades de ley. Las graves atenciones que pesan sobre la recurrente, el deseo de dar á sus hijos un protector que los ampare y auxilie, han determinado á la que suscribe á contraer matrimonio con D. Tomás Valdés, y como no desea por este segundo matrimonio perder la tutela y curatela que viene desempeñando,

Suplica á V. M. se digne mandar se expida la Real orden necesaria para que en el Juzgado del Congre-

so (1) se le admita la informacion que ofrece desde ahora, y acreditados todos los extremos necesarios, concederle habilitacion para continuar desempeñando la tutela y curatela indicadas. Es gracia que espera de V. M., cuya vida guarde Dios muchos años. Madrid veinte de Octubre de mil ochocientos setenta y seis. Señor: A. L. R. P. de V. M.—*Dolores Perez*. (sin rúbrica.)

Esta solicitud, con los documentos necesarios, como partidas de

(1) En las capitales en que hay mas de un Juzgado, es competente cualquiera; para entender en estas actuaciones, no es indispensable que sea el del mismo distrito municipal donde se vive.

bautismo de los huérfanos, de matrimonio de los padres, de defunción, acta de discernimiento del cargo, etc., se presenta en el Ministerio de Gracia y Justicia, exhibiendo la cédula personal, sin cuyo requisito no se dará curso. Expedida la Real orden, se comunicará al Presidente de la Audiencia para que á su vez remita al Juzgado la exposición y documentos presentados. En algunas Audiencias, la de Madrid, entre otras, existe la práctica de presentar una solicitud pidiendo se dé curso á la Real orden, y para el oficio de remision se acompaña un pliego de papel sellado de seis reales.

Recibida la Real orden en el Juz-

gado se dará conocimiento al Promotor Fiscal, y si no se opone, se examinarán los testigos que presente la parte, y los documentos se cotejarán con sus originales, todo ello con citacion de las personas á quienes interese la gracia que se pide, debiendo hacerse constar en el expediente (1):

1.º La conducta moral, capacidad, profesion y condicion civil de la madre tutora ó curadora, y del sujeto con quien se ha casado últimamente ó trata de casarse.

2.º Edad de estos mismos sujetos y la de los pupilos ó menores.

3.º Importe, clase y naturaleza

(1) Real órden 12 Abril de 1839.

de los bienes, así de éstos, como los de la madre y del nuevo ó futuro cónyuge.

4.º El dictámen de la persona que á falta de la madre debería entrar en el cargo de tutor ó curador con arreglo á derecho, á quien deberá oírse ofreciéndole el expediente, sin dar á éste el carácter contencioso bajo ninguna forma.

Practicadas todas las diligencias necesarias, vuelve el expediente al Promotor Fiscal para que emita su juicio sobre la dispensa de ley solicitada, consignando explícita y terminantemente si se halla acreditado en la forma prevenida el conocimiento de los testigos que hayan declarado, y despues del dictá-

men del Promotor, consignará el su-
yo el Juez, remitiendo el expediente
original al Presidente de la Audien-
cia que lo envió. La Sala de gobier-
no de la Audiencia, despues de oír
al Fiscal de S. M., consignará su in-
forme y remitirá el expediente al Mi-
nisterio de Gracia y Justicia para
su resolución.

Si los informes del Juez y de la
Audiencia son favorables á la dis-
pensa de ley solicitada, ésta se con-
cederá, y despues de pagados los de-
rechos correspondientes (1), se expe-

(1) Las viudas que deseen conservar la tutela ó
curatela de sus hijos ó nietos, pagarán: siendo par-
ticulares, 4.700 reales; las Vizcondesas y Baronesas,
7.000; las Marquesas y Condesas sin grandeza, 8.000
y las Duquesas y las poseedoras de algun título
que tenga grandeza, bien efectiva ú honoraria
12.000.

dirá la Real cédula autorizando á la madre ó abuela para que continúe con la tutela ó curatela, sin embargo de haber contraído segundo matrimonio.

Para todas estas diligencias se emplea papel sellado de seis reales pliego, y no hace falta valerse de Abogado ni Procurador.

VII.

De la dispensa de edad para administrar los bienes.

Esta es otra de las llamadas gracias al sacar que concede el Rey, por causas especiales debidamente justificadas; y uno de los motivos que se alegan con más frecuencia, es el propósito de dedicarse al comercio el menor. La solicitud que se dirija al Rey se redactará en términos parecidos á los siguientes:



Señor: D. Rafael Garcia y Lopez, natural y vecino de esta, soltero (1), de veinte años de edad, á V. M., con el respeto debido, expone:

Que por muerte de sus padres se encuentra emancipado, y teniendo edad suficiente y capital bastante, desea dedicarse al tráfico mercantil, obteniendo antes la vènia de edad que exige el artículo 4.º del Código de comercio.

En virtud de estas consideraciones y calculando los beneficios que ha de obtener el recurrente,

Suplica á V. M., que teniendo por

(1) El casado mayor de diez y ocho años no necesita habilitacion para administrar sus bienes y los de su mujer, pues está autorizado por la lèy, y conserva ese derecho aun cuando enviude.

presentado este escrito con los documentos que se acompañan, se digne disponer se expida la Real orden necesaria para que por el Juzgado correspondiente se practique la informacion testifical y el cotejo de los documentos, concediendo en su dia al que suscribe autorizacion para administrar sus bienes. Es gracia que espera de V. M., cuya vida guarde Dios muchos años.—Madrid doce de Octubre de mil ochocientos setenta y seis.—A. L. R. P. de V. M.
—*Rafael Garcia.*

Esta solicitud se presenta en el Ministerio de Gracia y Justicia con las partidas de bautismo del interesado, de matrimonio y defuncion

de sus padres, exhibiendo la cédula personal para que se tome nota, sin cuyo requisito no se dará curso á la instancia.

Expedida la Real órden, se comunicará á la Audiencia para que ésta lo haga al Juzgado, y en todo lo demás se siguen los mismos trámites que hemos indicado en el formulario VI (1). Devuelto el expediente al Ministerio se concederá la habilitacion si no hay inconveniente, segun dictámen del Juez y de la Audiencia, y antes de expedir la Real cédula se deben pagar los derechos, que pasan de tres mil reales por

(1) Véase la página 202.

cada año que falte al recurrente para cumplir la mayor edad.

Si el que aspira á ejercer el comercio está sometido á la patria potestad, pedirá la gracia de emancipacion de acuerdo con el padre (1), y en todo el expediente como en los dictámenes se comprenderán las dos gracias; pero los derechos que se han de pagar en el Ministerio se calculan como si se tratara de una sola.

(1) Véase la página 183, formulario VII. del tomo *La Patria potestad*.

VIII,

De la venta de bienes de menores é incapacitados, y transaccion sobre sus derechos.

En el lugar oportuno hemos dicho que el guardador no puede vender, cambiar, hipotecar ni gravar de ningun modo los bienes inmuebles de los menores, ni los muebles y alhajas de valor, sin que se acrediten la utilidad y necesidad de la venta y se obtenga la autorizacion judicial, y para lograrla se presenta al Juez

de primera instancia un escrito re-
dactado en los términos siguientes:

Don José Lopez, vecino de esta
Córte, habitante en la calle de la Sa-
lud, número treinta, á nombre y
como tutor de los huérfanos (1) Don
Miguel y Doña Catalina Jimenez y
García, segun se acredita por el tes-
timonio de discernimiento que acom-
pañó, ante el Juzgado como más
haya lugar en derecho, parezco y
digo: Que Doña Isabel García, ma-
dre de mis representados, tomó á
préstamo de D. Jorge Levi la suma
de tres mil pesetas con el interés de

(1) Cuando los huérfanos tengan más de catorce
años el varon, y doce la hembra, pedirán éstos la
autorizacion asistidos de su curador.

doce por ciento y término de dos años, que vencerán el día veinte y ocho del corriente mes, según consta de la copia de la escritura que acompaño. Mis pupilos, como únicos herederos de su difunta madre, tienen que pagar dicha deuda; pero como carecen de metálico, no queda otro recurso que proceder á la venta de una de las fincas heredadas por dichos menores, pues aun cuando el acreedor se acomodara á prorogar la escritura, seria ruinoso continuar pagando tan crecidos intereses.

Supuesta, pues, la necesidad de vender bienes pertenecientes á los huérfanos D. Miguel y Doña Catalina Jimenez y García, el que suscribe opina que debe enagenarse la

casa que poseen dichos menores en la carretera de Aragon, número veinte, por ser la que da ménos producto, necesitar grandes reparos y cubrir próximamente el importe de la deuda que ha de pagarse. De lo dicho resulta la necesidad y utilidad de la enagenacion indicada, así como el motivo de ésta, y el objeto á que ha de destinarse la suma que se obtenga, y siendo indispensable autorizacion judicial para proceder á la venta de la referida finca;

Suplico al Juzgado, que teniendo este escrito por presentado con los documentos que acompaño, se sirva admitir la informacion testifical que ofrezco, y acreditadas la necesidad y utilidad de la venta de la casa

perteneciente á dichos menores, concederme autorizacion para enagenarla en pública subasta, previo avalúo, y con las demás formalidades de ley, pues así procede en justicia que pido. Madrid ocho de Octubre de mil ochocientos setenta y seis.—*José Lopez.*

En vista de este escrito, el Juez procede al exámen de los testigos que se presenten, y despues de oír al curador *ad litem*, si lo hubiere, y en su defecto, al Promotor Fiscal, y acreditado todo lo dicho por el tutor, se concederá autorizacion para la venta, que tendrá lugar en pública subasta, previo avalúo por los peritos que nombre el Juez en el mismo

auto de consentimiento. Vendida la finca, cuidará el Juez que se dé al importe de la venta la aplicacion para que se pidió, segun hemos indicado en el lugar oportuno.

Para transigir sobre derechos de menores ó incapacitados, se instruye un expediente del mismo modo, acompañando al escrito en que se pida su consentimiento al Juez, el proyecto de transaccion, ó por lo ménos, las bases principales. Si hay pleito pendiente, se presentará el escrito en el Juzgado en que radique, para que puedan entregarse los autos á los Abogados que han de emitir dictámen sobre las ventajas de la transaccion.

INDICE.

Págs.

Título I.—De la tutela y curatela en general.	5
Título II.—De la tutela en especial.	11
Cap. I.—De la tutela testamentaria.	12
Cap. II.—De la tutela legítima. . . .	20
Cap. III.—De la tutela dativa.	26
Título III.—De la curatela.	31
Cap. I.—De la curatela de los menores.	33
Cap. II.—De la curatela de los incapacitados.	39
Cap. III.—Del curador para pleitos.	50
Título IV.—De las incapacidades y excusas de los guardadores. . . .	61
Cap. I.—De las incapacidades. . . .	62
Cap. II.—De las excusas de los guardadores y modo de proponerlas.	68
Título V.—De las obligaciones previas de los guardadores.	75

	<u>Pags.</u>
Cap. I.—Del discernimiento y recompensa del cargo de guardador.	76
Cap. II.—De la fianza de los guardadores.	85
Cap. III.—Del inventario que deben hacer los guardadores.	92
Título VI.—Obligaciones de los guardadores durante el cargo. . .	99
Cap. I.—De los alimentos y educación de los huérfanos.	101
Cap. II.—Autoridad de los guardadores y administración de los bienes de menores é incapacitados.	106
Cap. III.—De la venta de bienes de menores é incapacitados y transacción sobre sus derechos. . .	117
Cap. IV.—Del guardador, tutor ó curador sospechoso.	130
Título VII.—Obligaciones de los guardadores concluido el cargo. .	137
Cap. I.—De las causas porque concluyen la tutela y la curatela. . . .	137
Cap. II.—Obligaciones de los guardadores concluido el cargo.	142

Título VIII.—De la restitucion de los menores.	147
Cap. I.—Personas á quienes compete la restitucion y casos en que procede.	150
Cap. II.—Tiempo para pedir la restitucion y casos en que no procede.	154

FORMULARIOS Y CASOS PRACTICOS.

I. — Expediente para el nombramiento de tutor legítimo. . . ,	161
II.—Nombramiento de curador para los bienes.	169
III.—Nombramiento de curador ejemplar.	175
IV.—Nombramiento de curador para pleitos.	183
V.—Discernimiento del cargo de tutor ó curador.	191
VI.—Expediente para que la madre ó abuela viuda que pasa á segun-	

	Págs.
das nupcias, pueda continuar con la tutela ó curatela.	197
VII.—De la dispensa de edad para administrar los bienes.	209
VIII.—De la venta de bienes de menores é incapacitados y transaccion sobre sus derechos.	215

REVISTA CONTEMPORANEA.

Madrid: San Mateo, 11. || París: 49 rue Richer.

Esta importante publicacion ofrece á sus lectores un completo cuadro del movimiento intelectual en Europa y América; y los trabajos que publica se deben á los más distinguidos escritores de España y del extranjero.

PRECIOS DE SUSCRICION

Madrid: Un mes. 10 rs.
Provincias: Trimestre. 32 »»

JURISPRUDENCIA POPULAR.

Esta coleccion se compondrá de los tomos siguientes:

El Matrimonio.	El Legado, las Mejoras y la Reserva.
La Pátria Potestad.	Los contratos en general.
La Tutela y la Curatela.	La Compra-venta.
El Dominio y la Posesion.	El Arrendamiento.
Los Modos de adquirir.	La Sociedad.
Las Servidumbres.	El Mandato.
Las Vinculaciones.	La Fianza y la Prenda.
La Donacion y la Prescripcion.	La Hipoteca.
Los Censos y Foros.	El Préstamo.
El Testamento y la Herencia.	El Depósito.

Van publicados los tomos siguientes:

El Matrimonio.—El Testamento y la Herencia.—El Arrendamiento y el Deshaucio.—La Pátria Potestad.—La Tutela y la Curatela.

Está en prensa:

El Préstamo.

Imp. de Enrique Vicente, Cta. de Sto. Domingo, 20.

LA
J
P
P
LA

MCD 2019