

Auto.—Por presentado con los documentos que se acompañan: oíase la informacion que se ofrece y hecho se proveerá. Lo mandó, etc.

Notificacion solo al demandante en la forma ordinaria.

Informacion de testigos.

Sentencia concediendo los alimentos.—En . . . (lugar y fecha:) El Sr. D. José M. Juez de primera instancia de la misma y su partido, en vista de estos autos de jurisdiccion voluntaria:

Resultando:

Considerando:

Dijo: que debia mandar y mandaba á D. Juan A. que abone á su hijo D. José A. por meses antieipados, la cantidad de veinte reales diarios (ó lo que sea,) por vía de alimentos provisionales, verificando inmediatamente el pago de la primera mensualidad; entendiéndose esta designacion por ahora y sin perjuicio del derecho de las partes, del que podrán hacer uso en el juicio correspondiente. Y por este su auto así lo proveyó, mandó y firma dicho Sr. Juez, doy fé. (*Firma entera del Juez y del Escribano.*)

Notificacion á las dos partes en la forma ordinaria.

En estos expedientes no puede admitirse oposicion.—Para las apelaciones en uno y en ambos efectos.

TITULO III.

DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES, Y DEL DISCERNIMIENTO DE ESTOS CARGOS.

“Mas que en las fórmulas, que habian precedido para el nombramiento de tutores y curadores, y para el discernimiento de estos cargos, hizo la Comision innovaciones importantes en las leyes sustantivas, que á ellos se referian. No puede negarse que así hasta cierto punto estralimitaba la línea fijada para sus tareas; pero creyó que dejaria incompleta la obra, si no descendia á algunos puntos que en rigor corresponden al Código civil.” Esta esplicita confusion ha hecho uno de los ilustrados individuos de la Comision de Códigos, que redactó la Ley de Enjuiciamiento (1). Y con efecto: no solo corresponden al Código civil muchos artículos del presente título; sino que han modificado y aun derogado algunas de nuestras leyes antiguas, segun demostraremos al comentarlos. Unicamente el haberse publicado el Código de procedimientos ántes que el civil puede excusar tal estralimitacion.

En seis secciones se divide el presente título, tratándose en la 1.^a del nombramiento de tutores: en la 2.^a, del de curadores para los bienes: en la 3.^a, del de curadores ejemplares: en la 4.^a, del de curadores para pleitos; en la 5.^a, del discernimiento de dichos cargos; y en la 6.^a de *disposiciones comunes á las secciones anteriores*, segun se titula, pero que en realidad solo se refieren á las secciones 1.^a y 2.^a, y en sentido lato tambien á la 3.^a Las examinaremos por este órden, puesto que es el establecido por la ley, y tambien el mas lógico, indicando en sus lugares respectivos las innovaciones introducidas en nuestro antiguo derecho, y haciéndonos cargo á la vez de las disposiciones de la ley hipotecaria, sancionada por la de 8 de febrero de 1861, y del reglamento para su ejecucion, que tratan de la hipoteca por razon de tutela ó curaduría, pues tales disposiciones son el complemento de esta materia.

Pero ántes debemos manifestar que es, en nuestro concepto, infundada, y aun contraria á la ley, la opinion de algunos que sostienen, que no puede considerarse como

1. Gomez de la Serna, en su esposicion de *Motivos de la ley de Enjuiciamiento civil.*

acto de jurisdiccion voluntaria el nombramiento de tutor ó curador, cuando se promueve y tiene lugar en un juicio contencioso ya pendiente, añadiendo que en este caso corresponde hacer dicho nombramiento al juez ó tribunal que conozca de los autos. No existe en la ley disposicion alguna en que pueda apoyarse tal opinion, la cual es, ademas, contraria á la práctica general, cuando por cualquier motivo es necesario habilitar de tutor ó curador á alguna de las partes para la persecucion de autos pendientes en los tribunales superiores ó Supremo, no hacen estos por si el nombramiento; sino que comunican la oportuna órden al Juez de primera instancia correspondiente para que lo verifique. Dichos actos conservan siempre su naturaleza y procedimiento especiales; y la circunstancia de promoverse con motivo ú ocasion de un pleito pendiente no es razon para alterar lo que como regla general tiene establecido la ley, sin distincion de casos. Véase lo que hemos dicho al comentar los arts. 353, 357, 416 y 420 del tomo 3.^o sobre habilitar de tutor ó curador á los menores interesados en los juicios de abintestato y de testamentaria, del tomo 4.^o para los juicios verbales.

SECCION PRIMERA.

DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES.

Examinadas en conjunto las disposiciones de esta seccion se echa de ver, que las innovaciones, que introducen en nuestro antiguo derecho, son relativas á la facultad de nombrar tutor testamentario, al discernimiento de este cargo, y á las fianzas que deben prestar los tutores. En los demas extremos referentes á esta materia no se ha hecho novedad: así es que se reconoce la division de tutores en *testamentarios, legítimos y dativos*, sancionada por las leyes de Partida (1), y queda subsistente cuanto disponen las mismas (2) acerca de las personas que están sujetas á tutela, que son los huérfanos menores de 14 años, y las huérfanas menores de 12; quienes no pueden ser tutores; quienes pueden excusarse de serlo; facultades, derechos y obligaciones de los que aceptan el cargo, y casos en que pueden ser removidos por sospechosos. Nos limitamos ahora á estas indicaciones, que aplicaremos en los siguientes comentarios en cuanto creamos indispensable para la recta intelgencia y ejecucion de los artículos, que vamos á examinar.

Indicaremos tambien aquí ya que en ellos no se dice, quién sea el Juez competente para conocer del nombramiento de tutores, y discernimiento del cargo á los testamentarios, segun las leyes de Partida (3) y la jurisprudencia establecida de acuerdo con lo que las mismas disponen, es juez competente para lo antedicho el del domicilio de los menores, ó el del lugar en que radican los bienes que les hubiere dejado el testador, y tambien el del domicilio de éste, ó el que conozca de la testamentaria ó abintestato, como lo evidencian los arts. 353, 354, 410, 416 y 420. Téngase además presente que, segun la regla 1.^a del 1208, estos asuntos son de la competencia esclusiva de los jueces de primera instancia del fuero ordinario (4).

1. Ley 2.^a, tít. 16, Part. 6.^a
 2. Véanse las leyes de los tít. 16, 17 y 18, Part. 6.^a
 3. Leyes 2.^a, 4.^a, 6.^a, 8.^a, 9.^a y 12, tít. 16, Part. 6.^a
 4. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de enero de 1861 (núm. 26 de la *Coleccion legislativa*), decidiendo una competencia entre el Juzgado de guerra de Valencia y el de primera instancia de Orihuela.

ARTICULO 1219.

Acreditado el nombramiento de tutor hecho por el padre en última disposición, se le discernirá el cargo por el juez, sin exigirle fianzas, si se le hubiere dispensado de ellas.

ARTICULO 1220.

No habiendo relevación de fianzas, se exigirán proporcionadas al caudal que haya de administrarse.

ARTICULO 1221.

Si la madre, á falta de padre, hubiere nombrado tutor á su hijo, se discernirá también el cargo al nombrado sin fianza si hubiere sido relevado de ella por la misma madre.

ARTICULO 1222.

Lo prevenido en el artículo anterior se observará también respecto al nombrado tutor por cualquiera persona que haya instituido heredero al menor, ó dejándole manda ó legado de importancia.

ARTICULO 1223.

En los casos de que hablan los dos artículos precedentes, puede el Juez exigir fianza al tutor nombrado, aun cuando haya sido relevado de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele.

De los tutores testamentarios tratan estos cinco artículos, confirmando, aunque con algunas modificaciones, lo que nuestro antiguo derecho tenía establecido acerca de la facultad de nombrar tutor en testamento ó codicilo á los huérfanos menores de 14 años, y á las huérfanas menores de 12. Reconócese esta facultad en las personas que á continuación se espresan; de suerte que ahora, lo mismo que ántes, solo pueden nombrar tutor testamentario los siguientes:

1.º El padre, sin limitación alguna (art. 1219); así es que podrá nombrar tutor á sus hijos; aunque los desherede por causa legal; y lo mismo á los legítimos, que á los naturales, según estaba permitido por las leyes de Partida (1).

2.º La madre, á falta de padre, también sin limitación (artículo 1221); reformando sobre este punto la ley de Partida (2), que solo permitía á la madre nombrar tutor á sus hijos que no tenían padre, cuando los instituía herederos; debiendo también entenderse lo mismo de la madre legítima, que de la natural.

3.º Cualquiera persona estraña, que instituya heredero al menor, ó le deje manda ó legado de importancia (art. 1222); innovando sobre este último extremo de la ley de Partida (3), que concedía dicha facultad únicamente en el caso de instituir heredero al menor. Al Juez corresponde apreciar si es ó no de importancia el legado para el fin antedicho, teniendo en consideración la cuantía de la herencia y las circunstancias ó posición social del testador, y del legatario. Y ha de entenderse también que aquel no podrá nombrar tutor al menor sino á falta de padre, ya por referirse al art. 1222 al anterior, en que así se previene; ya por el axioma de derecho "*patrem habenti tutor non datur.*"

Además de las innovaciones indicadas, los artículos que comentamos han reformado, ó mas bien, aclarado y explicado el derecho antiguo sobre dos puntos, acerca de los

1. Leyes 2.ª 3.ª y 8.ª, tít. 16, Part. 6.ª

2. Ley 5.ª, id. id.

3. Ley 8.ª, tít. 16, Part. 6.ª

cuales no era uniforme la opinión de los intérpretes ni la jurisprudencia. Nos referimos á la fianza y al discernimiento del cargo.

Fianza—Unos autores sostenían que el tutor testamentario no estaba obligado á dar fianza, á no ser que el testador le hubiere impuesto tal obligación; al paso que otros eran de opinión que dicho tutor debía dar fianza siempre que el testador no le hubiere relevado de ella. Fundábanse los primeros en que ninguna de nuestras leyes imponen dicha obligación al tutor testamentario, por lo que debía considerarse dispensado de afianzar, á imitación de lo que estableció el derecho romano; deduciendo también esta doctrina de lo que dispone la ley 11, tít. 16, Partida 6.ª para el caso de que sean muchos los tutores nombrados y no puedan avenirse, pues si entonces ha de ser preferido el que dé fianza, parece que fuera de este caso no están obligados á darla. Y los segundos se fundaban en la conveniencia de asegurar los bienes de los huérfanos, y en que, no estando espresamente relevados de dicha obligación los tutores testamentarios, debía aplicárseles sobre lo que este punto dispone para los legítimos la ley 9, tít. 16, Partida 6.ª, por comprender á todos la 94, tít. 18, Part. 3.ª

Los artículos que estamos comentando han seguido esta última doctrina, que era la mas admitida en la práctica por ser la mas beneficiosa á los menores, mandando que el Juez discierna el cargo al tutor testamentario sin exigirle fianza solo en el caso de que el testador le hubiese relevado de ella; de suerte que debe prestarla siempre que no haya habido tal relevación. Sin embargo, el artículo 1223 establece una escepción á dicha regla, ordenando que el Juez puede exigir fianzas al tutor nombrado por la madre ó por un estraño (y no al nombrado por el padre), aun cuando haya sido relevado de ellas, si á su juicio no ofrece garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele. Es digna de aplauso esta prevision de la Ley; pero sentimos que no se haya hecho estensiva al tutor nombrado por el padre. Acaso sea por haber considerado este nombramiento como un efecto de la patria potestad, y también por creer en el padre mas prevision y diligencia, y aun interés, que en la madre y en el estraño. No obstante estas razones, que son muy atendibles, ¿no pudo el padre estar equivocado creyendo persona idónea y de garantías al que carecía de estas circunstancias? ¿No puede también haber variado la condición del tutor designado por el padre, en el tiempo trascurrido desde que otorgó su disposición testamentaria hasta que ocurrió su fallecimiento? Por esto nos parece conveniente que esa facultad, que el art. 1223 deja al prudente arbitrio del Juez, y de la cual no deberá hacer uso sin motivo fundado, se hubiera hecho estensiva al tutor nombrado por el padre. Pero la ley es terminante, y según ella el Juez está obligado á discernir el cargo á dicho tutor sin exigirle fianzas, cuando el padre le haya relevado de darlas. Solo podrá, y aun deberá abstenerse de hacerlo en el caso de que el elegido carezca de aptitud legal para desempeñar el cargo, por estar comprendido en algunas de las prohibiciones de las leyes 4.ª, 5.ª y 14, tít. 16, Part. 6.ª

Cuando no haya sido relevado de fianzas el tutor testamentario ó cuando el Juez crea que debe darlas, por no ofrecer las garantías suficientes, el nombrado por la madre ó por persona que haya instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia, deberán exigírsele proporcionadas al caudal que haya de administrar. Así lo ordena el art. 1220, debiendo tenerse presente lo que para este caso disponen los artículos 1265, 1266 y 1267, y también el 1224 y 1225, que determinan el procedimiento que ha de seguirse para fijar la importancia de las fianzas y para su aprobación (*véanse con su comentario*) Y hasta que estas hayan sido prestadas y aprobadas, no podrá discernirse el cargo, como ordena espresamente el artículo 1264, en cuyo comentario nos haremos cargo de la dificultad que esto ofrece, cuando, por hallarse pendiente

te el juicio de testamentaria, ó por otra causa, no puede aun saberse la importancia del caudal del menor.

Discernimiento.—Las leyes de Partida no exigieron el discernimiento ó confirmacion del Juez para que el tutor nombrado por el padre entrase á desempeñar su cargo; pero sí exigieron dicha confirmacion como indispensable para que pudiera ejercer la guarda del huérfano y usar de sus bienes el tutor nombrado por la madre ó por una persona estraña, y tambien el nombrado por el padre ó su hijo natural (1); supliendo así en estos casos con la autoridad judicial la falta de autoridad paterna. La práctica, sin embargo, no era uniforme respecto al tutor nombrado por el padre, siendo la opinion mas comun que necesitaba del discernimiento, á no ser que el cargo recayese en la madre, ó en persona facultada por el testador para administrar sin dicho requisito. Los artículos que comentamos exigen el discernimiento para todos los casos, cuya reforma nos parece conveniente, porque así, en beneficio de los menores, se facilita la inspeccion judicial sobre el cumplimiento de las leyes que se refieren á la tutela, á la vez que se dá al tutor un título para acreditar su personalidad. En la introduccion de la seccion 5ª del presente título y en el comentario del artículo 1270 explicaremos la naturaleza y efectos del discernimiento, cuya forma puede verse en los *Formularios*.

Pero no solo ha de preceder al discernimiento la prestacion de fianzas, cuando no está relevado de ellas el tutor, segun hemos dicho; sino tambien el señalamiento de frutos por pension, ó de lo que el menor deba consumir en esta educacion y alimentos, y del tanto por ciento que el tutor haya de devengar por administracion; y además, la obligacion de éste á desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, como previenen los artículos 1261 y 1269. (Véanse con su comentario.)

Nada se dispone acerca de la *aceptacion* del cargo por el tutor testamentario y es sin duda porque, en la redaccion de los artículos que estamos comentando, dominaria la idea de que el mismo tutor pedirá el discernimiento, lo cual supone su aceptacion. Pero puede suceder que la petition nazca de los parientes del menor, ó de otro interesado; ó que el Juez lo acuerde de oficio al prevenir el juicio necesario de testamentaria; en estos casos es indispensable hacer saber al tutor el nombramiento para que lo acepte, como lo previenen los arts. 1227 y 1228 respecto de los tutores legítimos y dativos pues pudieran asistirle causas legítimas para escusarse; y una vez aceptado, se practicará lo que queda espuesto. En caso de escusa, véase en el comentario del art. 1230 el procedimiento que habrá de seguirse para decidir acerca de ella.

Réstanos esponer el procedimiento que ha de emplear para discernir el cargo á los tutores testamentarios. Ante todo es necesario acreditar el nombramiento hecho por el padre, como previene el art. 1219, y lo mismo el hecho en su caso por la madre, ó por la persona que haya instituido heredero al menor, ó le haya dejado un legado de importancia. Esta justificacion se hará presentando copia fehaciente del testamento ó codicilo, ó por lo menos de la cabeza y pié del mismo y de la cláusula de nombramiento de tutor, y tambien de la que contenga el legado ó institucion de heredero, si el nombramiento procede de un estraño. Si el mismo tutor elegido presenta este documento pidiendo se le discierna el cargo, se acordará que preste las fianzas correspondientes, en la forma que se dirá en el comentario que sigue, caso que no aparezca haber sido relevado de ellas, y tambien cuando el Juez estime que debe darlas por hallarse en el caso del art. 1223. Y si fuese deducida la petition por otra persona ó de oficio, se hará saber al autor el nombramiento para que lo acepte, y preste en su caso la fianza. Despues se hará la designacion de alimentos y tanto por ciento de administracion, ó la de frutos por pension, con arreglo á lo que se espondrá en el comentario

Leyes 3ª, 6ª y 8ª, tít. 16, Part. 6ª

del art. 1261; y otorgada la obligacion de que habla el 1269, se hará el discernimiento del cargo conforme al 1270, y se practicará lo demás que indicaremos en el comentario de este último artículo.

ARTICULO 1224.

El importe de las fianzas se determinará con audiencia del Promotor. La misma audiencia deberá prestarse para la apreciacion y aprobacion de las que se dieren.

ARTICULO 1225.

En los casos en que el menor tuviere con anterioridad nombrado curador para pleitos, se oirá á éste sobre la importancia y aprobacion de las fianzas en lugar del Promotor.

Lo que se dispone en estos dos artículos es de aplicacion general á todos los casos en que los tutores ó curadores deban dar fianzas, como lo evidencian, además del sentido comun, la referencia que á ellos hace el art. 1227, y el contenerse igual disposicion en los arts. 1240, y 1241, y en el 1248. Se hubieran evitado estas repeticiones, y se hubiese seguido además el orden natural y lógico de los procedimientos habiéndose colocado en la seccion 5ª, á continuacion del art. 1267, cuya disposicion y la de los que le preceden es necesario tener presentes para determinar el importe de las fianzas, y para la apreciacion y aprobacion de las que se dieren. (Véanse dichos artículos y su comentario, y tambien el del 1220.) Sin embargo, como debemos comentar la disposicion de cada artículo en el lugar en que se halla colocado, esponderemos aquí el procedimiento que establecen los dos de que se trata, completándolo con lo que ordenan respecto de él la reciente Ley hipotecaria y el Reglamento para su ejecucion, al tratar de la hipoteca por razon de tutela ó contaduría.

Ya se ha dicho en el comentario anterior, que una de las cosas, que deben preceder al discernimiento del cargo de tutor testamentario, es la prestacion de fianzas, cuando deba darlas; y lo mismo ha de entenderse respecto de los tutores legítimos y dativos, y de los curadores: de suerte que, sin haberse otorgado y aprobado la fianza, no puede discernirse el cargo. A este fin es necesario determinar antes el importe ó entidad de la fianza que deba darse; y despues de otorgada esta, con sujecion á la cuantía que se haya fijado, debe prestarle el Juez su aprobacion, si estima suficientes los bienes que se ofrezcan en hipoteca. Tanto aquello como esto debe practicarse con audiencia del curador para pleitos, si el menor lo tuviese nombrado con anterioridad; y no teniéndolo, con la del Promotor fiscal, á quien está confiada la proteccion y defensa de tales personas. Esto es lo que disponen los dos artículos que estamos comentando.

Para determinar la importancia ó entidad de la fianza, debe tenerse presente que ha de ser proporcionada al caudal del menor, con exclusion de los bienes inmuebles, y al sobrante de sus rentas ó productos, despues de deducidos los alimentos y el tanto por ciento de administracion, cuando no se entienda frutos por pension el desempeño del cargo (arts. 1266 y 1267). A este fin es necesario justificar cumplidamente, como ordena el art. 147, que luego se insertará, del Reglamento para la ejecucion de la Ley hipotecaria, el importe del capital que consista en bienes muebles, y el de la renta de los inmuebles, que constituyan el caudal del huérfano, para graduar por uno y otro la cantidad de la hipoteca que deba constituirse. El mismo tutor ó curador deberá suministrar esta justificacion por cualquiera de los medios, que permite la regla 6ª del artículo 1208, y que indicamos en su comentario. Despues de practicada, se oirá al Promotor fiscal, el cual, si no la encontrase cumplida, podrá pedir que se amplie propo-