

dola dejado, hayan caducado los poderes, por haber transcurrido diez años sin ser renovados (1).

La curatela es sólo *dativa*; se confiere siempre por el Juez, que debe preferir al pariente más idóneo (2).

Si se nombrare curador en testamento, subsistirá sólo con el carácter de *administrador* de los bienes que se dejaren.

Como la tutela y curaduría son consideradas como meras administraciones, pueden ser desempeñadas por cualquiera que no esté legalmente incapacitado, sin distinción de sexos (3).

Sólo se conocen en Aragón la curatela *ejemplar*, ó para incapacitados, y *ad litem*, ó para pleitos (4); pero no la curaduría ordinaria *ad bona*, ó para los menores, porque el que ha cumplido catorce años se reputa *mayor de edad*, y puede hasta comparecer en juicio, otorgando poder al efecto (5).

Todas las demás reglas y doctrinas expuestas en cuanto á la *tutela* acerca de la capacidad para ser tutor, las obligaciones anteriores, simultáneas y posteriores al cargo, y la retribución y remoción de un tutor, en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la tutela, son aplicables á la *curatela*.

b) INSTITUCIONES REPRESIVAS.

Única. *La restitución in integrum*.

4. No existe en Aragón ni es necesario este extraordinario recurso rescisorio, ni siquiera compatible, por lo que á los menores y á los ausentes se refiere, existiendo disposiciones, como las que establecen que el menor de catorce años y el ausente por causa del Estado no pueden sufrir perjuicio alguno por acto ó contrato que á ellos se refiera, celebrado durante la menor edad ó la ausencia; antes por el contrario, se conservan ilesos *ipso foro* (6).

(1) *Tiroc.*, lib. I, tit. 23.

(2) F. de A., 4, *De tutoribus*, etc.

(3) *Manual del Abogado aragonés*, cit.

(4) F. de A., 2, *De tutoribus*, etc.; Observ. 2.^a, *De tutoribus*, etc.

(5) «No habiendo derogado la ley de Enjuiciamiento civil ni la Hipotecaria los *Fueros* especiales, está vigente el de Aragón, por el cual no se conoce *curatela*, y á los catorce años daba facultad de administrar sus bienes. En su consecuencia, los Registradores deben inscribir todos aquellos documentos otorgados por menores en la forma que están autorizados según *Fuero*.—(Resol. Dir. gen. Reg., de 27 de Enero de 1864.)

(6) Observ. 4.^a, *De privilegio absentium*, etc., lib. II; única, *De privilegio minorum*, única, *De contractibus minorum*.

«La cesión por un menor de veinte años en Aragón de la prioridad de acción hipotecaria que goza sobre una finca de su madre por razón de un contrato en que no figura interés ni provecho alguno para dicho menor, implica un conocido perjuicio para éste y entraña la nulidad de dicha cesión, puesto que el espíritu de la disposición del *Fuero* de Aragón del año 1564, prohibiendo que los menores de veinte años, y no casados, puedan hacer vendiciones, donaciones ú otros contratos, exceptuados capítulos matrimoniales, sino con voluntad de sus padres ó del sobreviviente de ellos, y en su defecto con licencia del Juez, es vigilar por los intereses de los menores y garan-

(II. DERECHO ARAGONÉS especial.

El consejo de familia en el Alto Aragón.

5. Por tradición oral, y, por tanto, adoleciendo de la confusión y

tirlos, sin ánimo alguno de favorecer los de sus padres ó terceras personas.—(Resol. Dir. Reg., de 7 de Abril de 1870.)

Proyecto de APÉNDICE al Código civil para Aragón.

Art. 198. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y los bienes, ó solamente de los bienes de los que por la edad ó por otras causas tienen restringida su capacidad jurídica.

Están, por lo tanto, sujetos á tutela:

1.^o Los solteros menores de veinte años, salvo lo establecido relativamente á ciertos bienes en la prescripción 2.^a del art. 190.

2.^o Los locos ó dementes aunque muestren intermitencias lúcidas, los sordomudos que no saben leer y escribir, los declarados pródigos en sentencia firme, y los que sufran pena de interdicción civil.

Art. 199. En Aragón son compatibles varias tutelas para una misma persona, según el origen de los bienes de la misma.

Cuando se dé el caso de este artículo, cada tutela se ejercerá separadamente por su tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia respectivos.

Los diversos consejos de familia, convocados á petición de cualquier miembro de ellos por el Juez municipal del domicilio del menor ó incapacitado, y bajo la presidencia del propio funcionario asistido de su secretario, acordarán, sin embargo, por mayoría, quién de entre los tutores ha de encargarse de la guarda, alimentación y educación de dicho menor ó incapacitado, y la proporción con que según la importancia de los bienes han de contribuir para tales fines el elegido y los demás.

Art. 200. La tutela se defiere en Aragón:

1.^o Por capitulación matrimonial, testamento, escritura de donación ú otro documento público.

2.^o Por el consejo de familia.

Art. 201. El padre puede nombrar tutora de los hijos menores y de los mayores incapacitados, ora sean legítimos, ora naturales reconocidos, á la madre de los mismos, y designar el protutor que le parezca.

Igual facultad goza la madre para nombrar al padre tutor de sus propios hijos y elegir el protutor que quiera.

El nombramiento de tutora ó de tutor en los casos de este artículo no se entenderá con relación á los bienes cuya administración corresponda al cónyuge sobreviviente á tenor del art. 190.

Tampoco se entenderá respecto de los bienes afectos al usufructo viudal de dicho supérstite conforme al cap. 4.^o, tit. 2.^o de este libro, mientras aquel derecho no se consolide con la nuda propiedad en las personas de los menores ó incapacitados.

No expirará en consecuencia la tutela deferida por el padre á la madre y recíprocamente, aunque quien haya de desempeñarla pase á ulteriores matrimonios, á menos de tener ordenado lo contrario el instituyente.

Art. 202. Pueden también el padre, aunque sobreviva la madre y ésta aunque sobreviva aquél, elegir entre extraños, para los hijos que se encuentren en las circunstancias del artículo anterior, un tutor y un protutor, ó varios tutores y protutores, á fin de que se substituyan unos á otros los nombrados.

El padre ó la madre superstités, siempre que cumplan á sus expensas con la obligación de alimentar á los hijos, los conservarán, si quieren, en su compañía.

Art. 203. La tutela deferida por el padre ó la madre para los hijos ilegítimos que no sean naturales reconocidos, se ajustará á lo que el Código general establece con relación al caso.

Art. 204. Finalmente, pueden dar tutor y protutor á los menores ó incapacitados cuyos padres vivan, todos cuantos en testamento ó última voluntad, ó por acto de

dificultades inherentes á esta fuente de Derecho, se afirma por unos (1) y se niega por otros (2) la existencia en el Alto Aragón de la institución del *consejo de familia ó junta de parientes*, cuyo origen hacen remon-

liberalidad contractual, les dejen herencia ó legado, ó les hagan alguna donación de importancia.

La tutela deferida en consonancia con el presente artículo se limitará, en tanto existan los padres ó cualquiera de ellos, ó funcione otra tutela constituida por los mismos, á la administración de los bienes en que consistan la herencia, el legado, ó el acto de liberalidad contractual, sin perjuicio de contribuir con los productos de los expresados bienes, si fuere necesario, á la alimentación y educación de los menores ó incapacitados.

Art. 205. No habiendo tutor y protutor ó tutores y protutores nombrados por los padres ó por los extraños conforme al capítulo anterior, corresponde la elección solamente al consejo ó á los consejos de familia para toda clase de menores ó incapacitados.

El Juez municipal del lugar en que éstos habiten, bien de oficio, bien á requerimiento del Ministerio público ó petición de cualquier particular interesado, reunirá el consejo ó los consejos de familia en todos los casos en que deba hacerse la provisión de tutelas.

Art. 206. No se proveerá, sin embargo, á la constitución del consejo ó de los consejos de familia ni, por consiguiente, al nombramiento de tutor ó tutores, respecto de los locos ó dementes y sordomudos mayores de veinte años, sin que preceda la declaración de incapacidad para administrar sus bienes por los trámites marcados en el Código general.

Art. 207. Tampoco respecto de los pródigos se proveerá á la constitución de su tutela ó sus tutelas hasta que, en la forma prescrita en el propio Código general, haya recaído sentencia en juicio contradictorio determinando los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades del guardador ó de los guardadores, y los casos en que habrán de ser consultados el consejo ó los consejos de familia.

La declaración de prodigalidad no atribuirá al tutor ó los tutores facultad alguna sobre la persona del pródigo, ni en mengua de su posición dentro de la familia. El investido ó los investidos con tales cargos administrarán los bienes pertenecientes á los hijos que el incapacitado haya tenido de anteriores matrimonios. La mujer administrará en las condiciones prescritas en este Apéndice los de los hijos comunes, los peculiares suyos y los de la sociedad conyugal.

Art. 208. Cuando sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción civil y el Ministerio público, ó cualquier particular interesado, insten la dación de tutor ó tutores al penado, se le nombrarán exclusivamente para la administración y representación en juicio y con obligación, además, de cuidar de la persona y los bienes de los menores ó incapacitados que se hallaren bajo la guarda de dicho penado, hasta que se les provea de otra tutela propia.

La mujer del sujeto á interdicción, si ha cumplido catorce años, substituirá al marido durante la condena en las relaciones sobre bienes con los hijos de ambos, sin necesidad de obrar bajo la dirección de su padre y en su caso de su madre, ó de tutor á falta de ellos.

(1) Don Joaquín Costa, en diferentes trabajos jurídicos notables que tenemos á la vista y mencionamos con este motivo.

(2) El docto profesor é ilustre Rector que fué de la Universidad de Zaragoza, notable fuerista y escritor jurídico, D. Mariano de Ripollés, publicó un libro utilísimo y digno de todo elogio, titulado *Jurisprudencia civil de Aragón*, en cuyo vol. 1.º, pág. 148, dice: «En esta parte de Aragón podemos asegurar que no era conocido el *consejo de familia* más que en la *Ley de Disenso paterno*, de carácter general, y no en otra forma, y tampoco en el Alto Aragón, por más que tratadistas, como el Sr. Costa, hayan pretendido demostrar su existencia con atribuciones propias.»

tar algunos juriconsultos aragoneses hasta al primitivo Derecho de las razas aborígenes de nuestra Península, ya que de sus instituciones se observan grandes vestigios en las montañas pirenaicas que, no coloni-

Art. 209. En todos los casos de este capítulo el consejo ó los consejos de familia elegirán el tutor ó protutor, ó los tutores y protutores de entre los parientes de la línea por donde provengan los bienes del menor ó incapacitado, si hay en la misma quienes reúnan las necesarias circunstancias de idoneidad y suficiencia. No habiéndolos, podrán el consejo ó los consejos expresados conferir los cargos á personas extrañas, sin que pariente alguno tenga acción para impugnar los nombramientos.

Art. 210. Cuando en virtud de cualquiera causa no exista ó no deba existir para el menor ó incapacitado más que una sola tutela con su correspondiente consejo de familia, el protutor que éste elija, en defecto de haberlo hecho los que nombraron el tutor, será de línea distinta de la de éste.

Si por proceder de diversos orígenes los bienes del menor ó incapacitado han de funcionar á la vez para él tutela paterna y tutela materna con consejos de familia independientes, el protutor que cada uno de éstos designe con destino á la sometida á su respectiva vigilancia, podrá ser de la misma línea que el tutor.

Art. 211. No está prohibido en Aragón el desempeño de los cargos de tutor y protutor á la mujer que tiene la administración de sus propios bienes.

Tampoco está prohibido tal desempeño, al tutor nombrado por el padre, por la madre ó por el que deja herencia ó legado ó hace donación de importancia al menor ó incapacitado, ni á los parientes del mismo si los elige el consejo de familia, aunque el uno y los otros hayan omitido cumplir la obligación que les impone la modificación 1.ª del art. 222.

Art. 212. La mujer soltera que pierda por casarse la administración de sus bienes puede ser removida de los cargos de tutor y protutor.

Puede serlo también la viuda que pase á nuevo matrimonio, salvo lo establecido en el apartado último del art. 201 en cuanto á la madre nombrada por el marido tutora de los hijos comunes.

Art. 213. El cargo de tutor ó de protutor es voluntario en Aragón.

Sin embargo, cuando haya nombrados varios tutores ó protutores en orden sucesivo y se nieguen todos á aceptar sus funciones, podrá obligarse á desempeñarlas, por los medios coercitivos de derecho, al primero que entre aquéllos resulte no tener excusa legal, sea ó no pariente del menor ó incapacitado.

Art. 214. Son excusas legales de la tutela y de la protutela las señaladas en el Código general; entendiéndose la referente á los que tuvieren cinco hijos legítimos *bajo su potestad* en el sentido que cabe dar á estas palabras según el presente Apéndice.

La alegación y resolución de las mencionadas excusas, y la impugnación en su caso de los acuerdos sobre ellas adoptados, se regirán por los trámites dispuestos en el propio Código.

Art. 215. Están únicamente exentos de prestar fianza para asegurar el buen resultado de la gestión de la tutela:

1.º La mujer nombrada tutora por el marido y recíprocamente el marido nombrado tutor por la mujer, para los hijos comunes menores ó incapacitados, conforme al art. 201.

2.º El tutor extraño que á tenor del art. 202 hayan elegido para sus hijos el padre ó la madre, si expresamente le hubiesen dispensado de tal obligación.

3.º El tutor designado por quien, según el art. 204, deja al menor ó incapacitado herencia, legado ó donación de importancia, si también ha sido dispensado de la propia obligación.

Art. 216. El afianzamiento de la tutela en lo tocante á sus clases, extensión ó cuantía, disminución ó aumento y cancelación, se ajustará á lo prescripto en el Código general.

Art. 217. El ejercicio de la tutela se regirá en Aragón por lo ordenado acerca de la materia en el Código general, sin más que las excepciones siguientes:

1.ª Todas las herencias que en nombre de los menores ó incapacitados reciban los tutores, se considerarán aceptadas á beneficio de inventario.

zadas por romanos ni visigodos, no han sufrido la influencia de legislaciones extrañas.

No es el *consejo de familia del Alto Aragón* una institución de carácter

Cualquiera autorización en contrario concedida á los tutores por los consejos de familia será nula.

2.^a La tutela del menor concluye por contraer el mismo matrimonio, ó por cumplir la edad de veinte años.

Art. 218. La obligación de rendir al consejo de familia cuenta anual de la gestión de la guarda de los menores ó incapacitados, alcanza en Aragón á todo tutor que no haya obtenido el cargo con la consignación de frutos por alimentos.

Art. 219. El examen y la censura de la cuenta anual por el protutor y el consejo de familia, respectivamente, y el depósito de la misma en la Secretaría del Tribunal donde se hubiese registrado la tutela, se regirán por los trámites marcados en el Código general.

Art. 220. También la dación de la cuenta final de la administración del tutor cuando acabe la tutela se ajustará á los procedimientos del propio Código general, completándola con el acta de entrega al menor ó incapacitado ó á quien legítimamente le represente, de los bienes inventariados, exceptuados los que se hubieren enajenado con arreglo á derecho, y del saldo que en su caso resulte de dicha cuenta.

Art. 221. El registro de tutelas en los Juzgados de primera instancia de Aragón se llevará por los funcionarios y en la forma que establece el Código general, sin otra variante que la de consignarse con el nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor, la circunstancia de si ha sido nombrado en capitulación matrimonial, testamento ú otro documento público por el padre, por la madre ó por el que deja al menor ó incapacitado herencia, legado ó donación de importancia, ó la de si fué elegido por el consejo de familia.

Art. 222. Á la formación del consejo de familia se aplicarán en Aragón las disposiciones del Código general con las modificaciones siguientes:

1.^a Están obligados á poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar á la tutela en el momento que lo sepan, el tutor nombrado conforme al capítulo II del título anterior, y los parientes del menor ó incapacitado, aunque por ley no se hallen llamados á la tutela, quedando responsables, si no lo hicieron, de la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, á tenor del apartado segundo del art. 211, el incumplimiento de tal obligación no inhabilitará á dicho tutor para el ejercicio del cargo, ni obstará tampoco á que pueda conferirlo el consejo de familia á los parientes que incurran en la misma omisión.

2.^a En el caso de pluralidad de tutelas para los mismos menores ó incapacitados, según el art. 199, si el padre, la madre, ó el extraño que deja á aquéllos herencia, legado ó donación no han designado en capitulación matrimonial, testamento ú otro documento público las personas que deban componer los respectivos consejos de familia, se constituirá cada uno de éstos separadamente dentro de las condiciones y categorías marcadas en el citado Código.

Ni los parientes de los menores ó incapacitados, ni los amigos de los padres de éstos, ni las demás personas que según la ley pueden ser llamadas á formar parte de un consejo de familia tienen incompatibilidad para pertenecer á la vez á todos los que se constituyan con motivo de la diversidad de tutelas, si de otra suerte no puede completarse el número mínimo de vocales en cada uno de los mismos.

Formados los diferentes Consejos de familia procederán con independencia á organizar sus respectivas tutelas, adoptando entre tanto las medidas provisionales necesarias para atender á los bienes de los menores ó incapacitados. Relativamente á la guarda, alimentación y educación de las personas de éstos se observará lo prevenido en el apartado 3.^o del mencionado art. 199.

Art. 223. La manera de proceder el consejo ó los consejos de familia se acomodará en todo á lo dispuesto en el repetido Código general.

exclusivamente *consultivo* en los asuntos familiares, sino que en determinados casos ejerce jurisdicción, resolviendo por sí, y sin apelación alguna, ciertas cuestiones, no limitándose sus facultades, como en la legislación castellana, á actos relativos á la guarda y tutela de menores é incapacitados. Su esfera de acción es mucho más amplia, extendiéndose su competencia al conocimiento y decisión de multitud de asuntos familiares.

Esta junta se compone de dos á seis parientes, si bien el número más usual es el de cuatro: depende esta cifra del mayor ó menor vecindario de los pueblos y de la facilidad ó dificultad de sus comunicaciones; el poder público tiene escasa intervención en esta junta, pues el magistrado municipal—que unas veces es el alcalde y otras el juez municipal ó el párroco—sólo toman parte en las deliberaciones del consejo para dirimir las discordias entre los parientes y, aun esto, sólo en el caso de que en la carta no se haga llamamiento á otro pariente para resolver esas diferencias.

El justamente llorado é ilustre publicista y jurisconsulto aragonés Sr. Costa señaló las siguientes facultades al consejo familiar del Alto Aragón (1): «1.^a Entiende en los asuntos concernientes á la tutela.—2.^a Hace veces de los padres difuntos para elegir entre los hijos al que ha de sucederles en el señorío mayor, é instituirlo, por tanto, heredero universal.—3.^a Le sustituye igualmente en la función de asignar dote ó legítima á los demás hijos, según el haber y poder de la Casa, cuando éstos no se dan por contentos con la que les ofrece el heredero.—4.^a Oye las quejas de los padres heredantes contra el nombrado heredero, por malos tratamientos ó por escasez de alimentación, y acuerda la reparación que les es debida por el culpable ó la fórmula de conciliación, caso de que la vean posible.—5.^a Aprueba ó desaprueba las segundas ó ulteriores nupcias del cónyuge superstite en la casa del premuerto, con prórroga del usufructo foral, conforme á la costumbre denominada *casamiento en casa*.—6.^a Dicta ó aprueba los capítulos de este nuevo matrimonio, asegurando los intereses de los hijos nacidos del primero, y determinando los derechos que han de corresponder á los que nacieren del segundo, así como los que se reconocen al nuevo consorte.—7.^a Entiende en los casos de discordia entre los adoptantes y los adoptados, en la institución consuetudinaria, denominada *acogimiento ó casamiento sobre bienes*, y caso de estimar procedente la separación, fija la cantidad que han de sacar en concepto de indemnización ó salario los que se apartan con justo motivo de la comunidad.—8.^a Entra, asimismo, en las atribuciones del consejo de familia la interpretación de las capitulaciones matrimoniales, en caso de duda, y el suplir sus vacíos ó sus deficiencias; dispone lo relativo á funerales, sufragios por el alma de los jefes de la familia, etc.»

En el Congreso de jurisconsultos aragoneses, el Sr. Costa sometió á

(1) *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, pág. 210.

su deliberación el tema de si convendría introducir en el Código civil aragonés el consejo de familia, formulando dictamen, como ponente de la Sección primera, en el sentido de estimar como indudable la conveniencia de la inclusión de éste en el proyecto de Código. Mas la Sección desechó el dictamen, considerando que no debía llevarse ese consejo de familia al Código civil aragonés, dejando en pie las atribuciones contenidas en los Fueros y Observancias. Formulado voto particular por el Sr. Costa, y discutido brillantemente el tema en el Congreso, sea probó la conclusión primera del voto particular del Sr. Costa, que establecía que el consejo de familia se trasladara del Fuero al nuevo Código, teniendo en cuenta, para completarlo y sistematizarlo, el consejo doméstico de la costumbre alto-aragonesa y el regulado por el proyecto de Código civil de 1851.

B. Cataluña.

I. DERECHO CATALÁN común.

a. Instituciones preventivas.

6. En esta materia de instituciones *cuasi familiares*, ya preventivas, como la *tutela* y la *curatela*, ya represivas, como el beneficio de restitución *in integrum*, puede decirse que ha constituido el Derecho catalán, sobre todo antes del Código (1), la totalidad del *romano*, sin otras excepciones que la exclusión de las doctrinas de aquél respecto de la tutela de los agnados, de la de los patronos y de la fiduciaria (2), como faltas de todo supuesto de aplicación á este territorio; y que son muy escasas las disposiciones del Derecho propiamente *catalán* que á la materia se refieren, completándose todas con las de la ley de Enjuiciamiento civil (3) y la Hipotecaria en sus arts. 206 á 216 (4), lo mismo que en Aragón y en otros territorios forales, puesto que dicha ley se publicó con el carácter de *general* para toda la Península.

1.^a La tutela.

7. Según estas fuentes legales del Derecho catalán, la tutela es de tres clases: *testamentaria*, *legítima* y *dativa*.

La *testamentaria* la confiere el padre, en su defecto la madre, y hasta un extraño, pero éste sólo cuando le ha instituido heredero ó dejado manda ó legado de importancia (5).

(1) El influjo que la publicación de éste haya podido tener, lo mismo en Cataluña que en otros territorios forales acerca de esta materia, es objeto del siguiente artículo de este capítulo.

(2) Durán y Bas, Memoria cit., pág. 44.

(3) Tit. 3.º, lib. III.

(4) Siendo de advertir respecto de algunos, como los 207 al 209 y 211, 212 y 213 de la ley, y 210 á 214 y 216 de su reglamento, que no sucede como en Castilla, que fueron declarados inaplicables por el art. 155 de dicho reglamento, en virtud de haber sido derogados por las prescripciones de la parte 2.ª, sección 2.ª, cap. 5.º de la ley de Matrimonio civil, puesto que estas disposiciones de la misma no fueron aplicables á los territorios forales, en virtud de la salvedad que hizo el art. 1.º de la ley autorizando la publicación de aquélla. (Téngase por reproducida igual advertencia respecto de todas las provincias de legislación foral.—*Elementos reales*, núm. 61, cap. 31 de este volumen.)

(5) Art. 1.834, ley de Enj. civ.

El padre, y en su caso la madre, pueden hacer dicho nombramiento para sus hijos impúberes nacidos ó naceros que estén bajo su potestad, en testamento, codicilo ó cualquiera otro acto de última voluntad, sin que para que surta efecto dicho nombramiento sea preciso en ningún caso que recaiga en su favor la institución del heredero (1).

Una de las más antiguas disposiciones de carácter foral (2) preceptúa que el tutor dado por el padre en testamento ó codicilo al hijo ó hija entrase desde luego, en nombre de los mismos, en posesión de la herencia y en la formación de inventario, sin necesidad de confirmación, decreto del Juez ni solemnidad alguna, salvo la del juramento que ante dicho funcionario había de prestar de procurar las cosas provechosas para el pupilo y evitar las inútiles y perjudiciales. Esta disposición, que sólo se cumplía cuando alguien que se interesaba con exagerado celo por el bien del pupilo lo exigía, no fué necesaria desde que se publicó la ley de Enjuiciamiento civil, por ser aplicable á Cataluña como al resto de la Península (3).

Inspirada la *tutela legítima* también en el Derecho romano, corresponde, en primer lugar, al padre ser tutor de sus hijos impúberes emancipados (4), y después al pariente más inmediato que designe el juez por el orden establecido para la sucesión intestada (5); siendo de advertir que los parientes del mismo grado concurren con igual derecho, y que la madre y, en su defecto, la abuela, lo tienen preferente (6), siempre que renuncien á las segundas nupcias y al beneficio de no obligarse por deudas ajenas (7).

Aceptada la tutela por el designado por el juez, y previa la prestación de la fianza, se le discernirá el cargo (8).

La tutela *dativa* podrá deferirse en defecto de las otras dos por el juez, eligiendo la persona que haya de desempeñarla, y previa su aceptación y prestación de fianza, se le discernirá el cargo (9).

Hay, sin embargo, determinadas personas que, bajo la pena de perder todo derecho á la herencia, caso de que el pupilo muera sin testar,

(1) Const. 1.ª, tit. 4.º, lib. V.

(2) Idem id.

(3) Puesto que dispone su art. 1.833 «que acreditado el nombramiento de tutor, hecho en disposición testamentaria por el padre ó la madre del menor, mandará el Juez que se discierna el cargo sin exigirles fianzas si se le hubiere relevado de darlas, y sólo cuando sobrevengan razones muy fundadas, que el Juez apreciará atendidas las circunstancias que en su caso ocurran»; y el 1.835, que «podrá exigir la prestación de fianza aun al tutor ó curador, nombrado por el padre ó la madre»; estableciéndose asimismo igual doctrina para el caso que un extraño nombre tutor al pupilo por haberle instituido heredero ó dejado manda ó legado de importancia, en el art. 1.834 y en el ya citado 1.835.

(4) Inst., *De legit. parent. tut.*

(5) Inst., pár. 7.º, *De capit. de min.*, art. 1.836, ley de Enj. civ.

(6) LL. 7.ª y 9.ª, *De legit. tut. Dig.*

(7) Novela 118, cap. 5.º

(8) Art. 1.837, ley de Enj. civ.

(9) L. única, Cód., *Qui pef. tut.*

están obligadas á pedir el nombramiento de tutor en el término de un año. Tal sucede con los parientes del pupilo, los encargados de su educación y los amigos de sus padres (1), siendo excepciones de este principio general la madre cuando fuese menor de edad (2) ó hubiere dejado de pedir el tutor para mayor utilidad del pupilo (3) y los acreedores, en quienes únicamente reside esta facultad, cuando no la hubieran ejercitado las personas que con arreglo á la ley tienen el derecho y la obligación de hacerlo (4).

Las *incapacidades* para la tutela son de dos clases: unas provienen de la naturaleza y otras de la ley.

Pertencen á la primera clase las siguientes: la de los dementes, pródigos, sordomudos y ciegos (5).

Corresponden á la segunda: las establecidas para los menores de edad; las mujeres, excepción hecha de la madre y mujer del pupilo; las de los militares, eclesiásticos, ya sean regulares ó seculares, si bien éstos podrán desempeñar la tutela legítima siempre que la acepten en un término de cuatro meses; los que fueran objeto de remoción por sospechosos de otra tutela anterior, y los de malas costumbres sin medios de vivir conocidos (6).

Sabido es que se referían en el Derecho romano las excusas de la tutela á tres grupos, derivados de las causas que se decían: por privilegio, por impotencia ó por peligro de la fama (7).

Las excusas deben alegarse en el término de cincuenta días desde el en que los tutores supieron los nombramientos, si estuviesen en el mismo lugar ó á distancia de menos de cien millas, y un día por cada veinte millas más (8).

Sobre la procedencia ó improcedencia de las excusas debe decidirse en el término de cuatro meses, y entretanto debe nombrarse un tutor

(1) L. 10.^a, Cód., *De leg. hæred.*, y 6.^a, Cód., *ad Senat. Tertul.*—Ley 2.^a, *in princip. Dig., Qui pet. tut.*—Ley 10.^a, Cód. id.

(2) L. 2.^a, Cód., *Si adv. delict.*

(3) L. 2.^a, Dig., *ad Senat. Tertul.*

(4) L. 2.^a, pár. 3.^o, *Qui pet. tut.*—L. 4.^a, Cód. id.

(5) L. 10.^a, pár. 1.^o, Dig., *De leg. tut.*; ley única Cód., *Qui morb.*

(6) Diversos textos. *Manual de Derecho civil*, art. 298.

(7) Tales como los padres de cinco hijos legítimos ó naturales, nacidos y vivos, considerando como tales los muertos en defensa del Estado, los administradores de rentas públicas, los ausentes en servicio del Estado hasta un año después de su vuelta, los que desempeñen algún cargo público, los que tengan á su cuidado una tutela complicada ó tres tutelas ó curadurías como no sean honorarias, simuladas ó que entre todas no exijan más que una administración, los mayores de setenta años, los pobres, los enfermos crónicos, los imperitos que no saben leer y escribir, á no ser que la tutela sea muy sencilla, los profesores de las ciencias y artes liberales y los que hubieran tenido enemistad grave con el padre del pupilo pueden excusarse, así como también los que hayan sido tutores de un menor podrán excusarse de ser curadores de la misma persona.

(8) *Inst.*, pár. 16, *De excusat. tut. vel cur.*, Dig. 2.^a, Cód., *Si tut. vel cur.*, y 1.^a, Cód., *De his qui sponte.*

interino (1), y desecheda la excusa, el tutor ó curador nombrado es responsable de todo lo que hubiere ocurrido desde el día que debió comenzar á administrar (2).

Las obligaciones del tutor son: anteriores, simultáneas y posteriores al desempeño de la tutela.

Las *anteriores* son: discernimiento, fianza, juramento é inventario.

El *discernimiento* del cargo de tutor se ha regido por la ley de Enjuiciamiento civil (3) desde su promulgación.

La prestación de *fianza* cuando el tutor testamentario no ha sido relevado de ella, en cuya hipótesis habría de estarse á lo dispuesto en dicha ley de Enjuiciamiento civil (4), y su aprobación es un requisito previo al discernimiento, no siendo admisibles las personales (5), siendo nulos todos los actos que realice el tutor antes de cumplirse esa condición (6).

Antes de ejercer acto alguno de administración, el tutor habrá de prestar *juramento* de procurar todo lo que sea provechoso al tutelado y evitar lo que le sea perjudicial ó inútil (7).

Está obligado también el tutor á formar *inventario* de todos los bienes del pupilo (8), á no haber sido relevado por el padre de hacerlo, cuando estimare que la publicidad del estado de su patrimonio pueda serle perjudicial (9). Sin haber cumplido esta formalidad, no podrá ejercer la tutela (10).

Las obligaciones *simultáneas* al desempeño de la tutela se refieren á la *persona, bienes* y *actos* del pupilo.

Respecto de la *persona*, el Derecho romano previno que los pupilos fuesen educados por su madre, y, en su defecto, por los más próximos parientes, á no ser que el juez, por circunstancias especiales, considere conveniente otra cosa para el pupilo ó el padre lo hubiese dispuesto en su última voluntad y su mandato fuere de posible cumplimiento; de no serlo, se ha de estar á la resolución judicial adoptada á instancias del tutor (11).

Las incompatibilidades entre el tutor y el pupilo se resuelven con el nombramiento de un curador *ad litem* (12).

Respecto á los *bienes*, el Derecho romano, como era lógico, distinguió

(1) L. 38.^a, Dig., *De excusat.*, etc.—L. 2.^a, Dig., *De tut. et cur. dat.*

(2) L. 20.^a, Dig., *De adm., et per tut.*

(3) Arts. 1.861 y sigs.

(4) Art. 1.865.

(5) Arts. 1.866 y sigs.

(6) L. 3.^a, Cód., *De tut. vel cur. qui satis. non ded.*

(7) Const. de Cat., 1.^a, tít. 4.^o, lib. V.

(8) L. 7.^a, Dig., *De adm. et per tut.*

(9) L. últ., pár. 1.^o, Cód., *De arb. tut.*

(10) LL. 7.^a, Dig., *De adm. et per. tut.*; últ., pár. 1.^o, Cód., *De arb. tut.*; 15.^a, pár. 5.^o, Dig., *Qui sat. cogant.*

(11) L. 1.^a, Cód. *Ubi pup. educ.*; Novel. 32, cap. 38.—L. 2.^a, pár. últ., Dig., *Ubi pup. educ. deb.*

(12) *Inst.*, *De auct. tut.*, pár. 3.^o