

cion se ejerce *inter volentes*, y en los que la persona encargada del ejercicio de esta jurisdicción no tiene mas que confirmar ó dar fuerza y legalidad al acto por medio de su intervencion y autoridad. Véase lo que esponemos al explicar el art. 1209 de la Ley.

Debe advertirse, sin embargo, que no basta que el juez intervenga en un acto sobre el que las partes están de acuerdo, para que deba considerarse como de jurisdicción voluntaria. Una sentencia, dice Merlin, dictada entre dos partes en materia sujeta á litigio, y sobre la que sus intereses y sus voluntades se encuentran incidentalmente en armonía, no deja de pertenecer á la jurisdicción contenciosa, porque esta existe necesariamente allí dondese puede mandar á una de las partes lo que de ella exige la otra.

Por el contrario, respecto de la jurisdicción voluntaria, desde que aparece contradicción de parte en uno de estos actos, se convierte en contencioso el espediente. *Voluntaria jurisdiction*, dicen Argenteo y Voet, *transit in contentiosam interventu justí adversarii*. Véase lo dicho en los artículos 13 y 14 de libro 1.º de esta obra, y lo que decimos al explicar el art. 1209.

4. Es también un carácter esencial de la diferencia que existe entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, que respecto de la primera, los actos de la jurisdicción son obra del mismo juez, mientras que en la voluntaria, la parte intrínseca de sus actos emana de los interesados en ellos que han acudido al juez, no haciendo este otra cosa que imprimir la autenticidad al consentimiento dado por las partes. La sentencia dictada en materia contenciosa, no tiene existencia sino porque se la da el juez, pues si bien las partes le esponen los hechos y los fundamentos de derecho que les asisten, así como las pruebas en que apoyan sus pretensiones, nada de esto determina ni regula las relaciones, ni los derechos de los litigantes, sino la sentencia que dicta el juez. Mas al contrario, en los actos de jurisdicción voluntaria, tales por ejemplo, como la adopción, nombramiento de tutor por la familia, apertura del testamento, etc., el acto intrínsecamente considerado, existe por el consentimiento de las partes antes de la intervencion del juez, el cual no hace otra cosa que dar autenticidad á lo que existía ya anteriormente.

5. Aunque en los actos de jurisdicción voluntaria no procede el juez según las solemnidades de los juicios, ó según el conocimiento que resulta de lo que arrojan las pruebas judiciales ó recogidas por las vías legales á que se da el nombre de conocimiento legítimo, en la mayor parte de dichos actos, si se exceptúa la apertura de testamento, procede por conocimiento de causa, esto es, de los medios propios para ilustrar la conciencia del juez, á cuyo conocimiento se llama *informativo*. La necesidad de proceder sin ó con este conocimiento, ha dado ocasión á que distingan los autores la jurisdicción voluntaria en el primer caso, en simple ó mera, y en el segundo en calificada ó mista.

6. La Ley de Enjuiciamiento, declara en su artículo 1207, que *se consideran actos de jurisdicción voluntaria, todos aquellos en que sea necesaria*

ó se solicite la intervencion del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestion alguna entre partes conocidas y determinadas. Esta calificación aparece en nuestro concepto algun tanto vaga é incompleta, por no marcar la naturaleza de estos actos y la intervencion que tienen en su parte intrínseca los interesados ni los límites de la autoridad judicial. Por no conocer acaso debidamente dicha naturaleza é intervencion de las partes en ellos, algunos comentadores han tachado á la ley de inconsecuente en no comprender en los actos de la jurisdicción voluntaria las diligencias preventivas de un juicio de *abintestato* ó de testamentaria; la declaración de un concurso de acreedores y el interdicto de adquirir, pues si bien no hay aun promovida, respecto de estos actos, cuestion alguna entre partes, no creemos que deban considerarse como propios de la jurisdicción voluntaria, atendiendo á que su parte intrínseca no emana de los interesados, carácter esencial que distingue á los actos de la jurisdicción voluntaria, respecto de los contenciosos, según lo dicho en el número 4, y asimismo, respecto de las diligencias preventivas, en que pueden considerarse como formando parte del juicio contencioso á que preceden y sirven de preparacion.

Mas atendible juzgamos la censura de haber comprendido la ley en los actos de jurisdicción voluntaria, lo relativo á los alimentos provisionales, puesto que si bien en ellos no admite discusión alguna, se aplica un derecho, y se dicta un fallo que se lleva á efecto por embargo y venta de bienes, razón por la cual sin duda, se han considerado por nuestros tratadistas estas diligencias ó espediente como contencioso, si bien constituyendo un juicio sumarisimo.

7. Por lo demás, la nueva Ley ha reunido y regulado específicamente la mayor parte de los diferentes actos de jurisdicción voluntaria, dando la coordinacion, el enlace y el complemento conveniente á las distintas disposiciones que aparecian en nuestros Códigos diseminadas é incompletas. Sin embargo, ha omitido comprender en sus diversos títulos algunos actos de jurisdicción voluntaria, consignados en nuestras leyes anteriores si bien ha tratado de suplir esta omisión prescribiendo las reglas generales á que deben acomodarse.

TITULO PRIMERO.

Disposiciones generales sobre los actos de jurisdicción voluntaria.

8. Existiendo, según acabamos de indicar, actos de jurisdicción voluntaria que no menciona espresamente la Ley, y á que no dedica un título especial, respecto de la tramitación que acerca de ellos debe seguirse, y otros sobre que especifica la ley en títulos separados dicha tramitación, principia

esponiendo las reglas generales que deben seguirse, respecto de los primeros, y concluye determinando las reglas que son aplicables á los segundos, de las enumeradas anteriormente, ó lo que es lo mismo, espresando las que no les son aplicables por ser especiales solamente á los no enumerados en la Ley.

9. Asi, pues, previene en su artículo 1208, que los actos de jurisdiccion voluntaria, de que no hace especial mencion esta Ley, se acomodarán á las reglas siguientes:

1.^a Todas las actuaciones relativas á ellos, se practicarán en los juzgados de primera instancia y ante escribano, consignándose en el papel sellado correspondiente. Esta regla ha derogado las disposiciones anteriores que concedian á los alcaldes la facultad de conocer en las diligencias judiciales sobre asuntos civiles, hasta que llegaban á hacerse contenciosos ó mientras no era necesario el conocimiento del derecho. La ley se ha fundado para esto en la conveniencia de ofrecer mayores garantías para la determinacion ó autorizacion de estos actos, en que se trata mas bien de derechos que de hechos, los jueces de primera instancia que los alcaldes. Véase no obstante lo espuesto en el número 209 del libro 1.^o de esta obra. Esta competencia para conocer de los actos de jurisdiccion voluntaria en materia civil, corresponde á los juzgados ordinarios, aun cuando se trate de actos referentes ó aforados de jurisdicciones especiales, é igualmente la ejecucion de las providencias dictadas en los mismos, segun se ha declarado por varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en cuestiones de competencia. Véase las de 12 de enero y 6 de mayo de 1861, número 20 y 125 de la coleccion legislativa de España de dicho año. Mas cuando por promoverse cuestiones en estos espedientes dejaran de pertenecer á la jurisdiccion voluntaria, haciéndose propios de la contenciosa, ó cuando por no ser las reclamaciones sobre que versaren de naturaleza urgente, hubieran de sustanciarse en juicio ordinario, son de la competencia de la jurisdiccion ó fuero á que perteneciera el demandado, tanto el conocimiento de dichos espedientes como la ejecucion de las providencias á que dieron ocasion: sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1861. Véase tambien la sentencia de 3 de junio de 1863, inserta en la Gaceta de 7 de Junio, que presenta un caso complicado é importante sobre esta materia. Véase lo que esponemos mas adelante al explicar la regla 9.^a Requiere tambien la ley el ministerio del escribano público para que dé fe del acto, lo conserve en sus registros y autorice las copias que fueren necesarias.

2.^a Son hábiles para dichas actuaciones todos los dias y horas sin escepcion. Esta prescripcion que se halla conforme con lo dispuesto por derecho romano y por nuestra legislacion antigua, se funda en la conveniencia de que no se dilate la determinacion de estos actos, por los perjuicios, á veces irreparables, que de lo contrario podrian irrogarse á los particulares que recurren á la proteccion judicial. No será, pues, necesario en ellos la habilitacion á que se refiere el art. 11 de la Ley.

3.^a Si en algun caso procediese la audiencia de alguien, se prestará

á otorgará por el juez, poniendo de manifiesto el espediente en la escribania para que se instruya el que haya de evacuarla. Se hace la manifestacion del espediente, en lugar de su entrega, por evitar dilaciones y abusos.

4.^a En los casos en que la audiencia proceda, podrá oirse tambien en la forma prevenida en la regla anterior al que haya promovido el espediente, pues no ha de ser de peor condicion la persona que recurrió primeramente al juez, dando con esto lugar á presumir la buena fe y el derecho que le asisten, que la que acude posteriormente, tal vez con la sola mira de entorpecer la resolucion del negocio.

5.^a Se oirá precisamente al promotor fiscal: 1.^o Cuando la solicitud promovida afecte á los intereses públicos, v. g. los que tienen relacion inmediata con los bienes del Estado, como defensor y representante de los mismos; 2.^o Cuando se refiera á persona ó cosa, cuya proteccion y defensa completa á las autoridades constituidas, como por ejemplo, siempre que se trate de menores de edad, de incapacitados, de asuntos de beneficencia ó establecimientos públicos.

6.^a Se admitirán cualesquier documentos que se presentaren é igualmente las justificaciones que se ofreciesen, sin necesidad de citacion contraria, ni de alguna otra solemnidad, de las que exigen cuando se trata de asuntos contenciosos ó que requiere el rigorismo de su naturaleza litigiosa. Asi, podrá principiarse el acto practicando las informaciones de testigos y demás diligencias de prueba que se creyeren conducentes para la instrucion del juez, á pesar de la prohibicion y limitaciones que imponen los artículos 222 y 223 con relacion al juicio ordinario. Igualmente para la admision de documentos no será necesario como requiere el art. 281, relativo á dicho juicio, que se cotejen con sus originales, ni que vengan en virtud de mandamiento compulsorio, con citacion contraria, ni que se adicione el testimonio con lo que el colitigante señalare. Pero sí deberán practicarse las formalidades que se refieran á la validez y fuerza de dichos documentos ó justificaciones, pues de lo contrario podria redargüirse de falso un documento, si adolecia de este vicio ó atacarse de ineficaz una informacion de testigos si se practicó sin recibirles el juramento debido. En virtud de esta disposicion, se ha consignado espresamente por sentencia de 30 de octubre de 1856 del Tribunal Supremo, que no es necesaria la citacion para las justificaciones que se suministren por el que pida alimentos provisionales, y por identidad de razon tampoco el emplazamiento, fundándose en que en tal caso seria imposible dicho acto de jurisdiccion voluntaria, puesto que vendria á resultar un juicio contencioso, ó lo que es lo mismo, una cuestion entre partes conocidas y determinadas, contraria á la naturaleza de tales actos. Asimismo, por sentencia de 10 de noviembre de 1862, se ha declarado no ser necesarias para el nombramiento de curador ejemplar y para los demás actos de jurisdiccion voluntaria en general, ó sobre los que la ley no contenga disposicion en contrario, las formalidades de emplazamiento, citacion para sentencia ó para diligencia de prueba, y el recibimiento á prueba, declarando que estas omisiones no daban lugar al recurso de casacion.

7.ª Si á la solicitud promovida se hiciese oposicion por alguno que tenga personalidad para formularla, se hará contencioso el espediente y sujetará á los trámites establecidos para el juicio que corresponda, segun la naturaleza del acto de que se trata ó la cuestion que se promueva, comparciendo en él los interesados con las formalidades que requiere la ley para los actos de jurisdiccion contenciosa, pues como dice el art. 1373, desde el momento en que se promuevan dichas cuestiones, termina la jurisdiccion voluntaria del juez. En su consecuencia, suspenderá este las diligencias sobre el acto de jurisdiccion voluntaria. (Véase lo que decimos sobre esta regla al explicar el artículo 1209.)

8.ª Si la oposicion se hiciere por quien no tenga personalidad para ello, podrá el juez, desestimándola, dictar providencia sobre la solicitud que se hubiere instruido al promover el espediente, pues no considerándose como parte en ningun acto ó espediente al que no legitima su persona, no debe suspenderse la prosecucion del espediente hasta su término.

9.ª El juez podrá variar ó modificar las providencias que dictare sin sujecion estricta á los términos y formas establecidas respecto á las que deban su origen á la jurisdiccion contenciosa. Esto se funda en que en estos actos se busca sólo, como dice el señor Laserna en sus *Motivos*, el acierto, y no la solemne ritualidad de las formas, convenientes sin duda en las cuestiones entre partes, pero que en los actos de jurisdiccion voluntaria por demasiado rigurosas degenerarian en poco equitativas.

Así, pues, se podrán variar ó modificar no solamente las providencias sobre la marcha ó instruccion del espediente, admitiendo medios probatorios que se habian desechado antes, ó practicando diligencias que se habian juzgado inconducentes, ó vice-versa, sino tambien las providencias que determinan, autorizan ó resuelven el acto, aun despues de dictadas ó pronunciadas, y asimismo aclarar algun concepto oscuro ó suplir alguna omision sobre el punto de que se trata, á pesar de la prohibicion que impone relativamente á las providencias dictadas en materia contenciosa el artículo 77 de la Ley, por lo menos mientras no se hubieren notificado á las partes. Estas podrán tambien, á pesar de haberse dictado la providencia que determina el acto de que se trata, pedir que se modifique, ó bien que se proceda á otro acto diferente y aun contrario al ya autorizado, si tuvieren nuevas razones ó datos que alegar, puesto, que las providencias sobre actos de jurisdiccion voluntaria no tienen el carácter de irrevocabilidad ó invariabilidad, que las sobre actos de jurisdiccion contenciosa, como que la parte intrínseca de aquellos actos emana de los interesados en ellos, ó que acudieron al juez. Fundado en esta regla 9.ª espuesta, ha decidido el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 26 de febrero de 1859, no haber lugar á un recurso de casacion interpuesto de un fallo en que se admitió una apelacion de providencia que habia designado alimentos provisionales al recurrente, cuya apelacion se interpuso despues de haber transcurrido ochó meses de pronunciada aquella, por varios hijos del alimentante que no se habian presentado en el espediente de alimentos, y á quienes en

su consecuencia, no se habia notificado aquella providencia, y los cuales se fundaron para interponer la apelacion en los graves perjuicios que les irrogaba dicho fallo; en que en cuestiones de jurisdiccion voluntaria no habia verdaderas ejecutorias, y en que la mencionada providencia no lo era para ellos, por no haberseles hecho saber; y por su parte, el que interpuso el recurso se fundaba en la falta de competencia ó jurisdiccion por parte de la audiencia para conocer ni enmendar una providencia que por ministerio de la ley estaba ejecutoriada y consentida; asi consta del espediente original que hemos tenido á la vista.

El Tribunal Supremo de Justicia fundó su decision en los siguientes considerandos: 1.º Que segun la ley 4.ª tit. 23, Part. 3.ª, puede apelar cualquiera aunque no haya litigado, con tal que la sentencia le cause perjuicio: 2.º Que conforme á esta doctrina, los apelantes, hijos del alimentante, fueron partes legítimas para apelar de la sentencia en que se otorgaron los alimentos provisionales á su hermano, porque entendieron que la providencia les irrogaba daño en sus derechos paternos: 3.º Que en el hecho de empezar á correr los términos judiciales desde el dia siguiente al en que se hubiere practicado la notificacion de la providencia, segun el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es consiguiente que el trascurso del de la apelacion no puede imputarse á los apelantes, porque la sentencia en que se otorgaron los alimentos no les fue notificada: 4.º Que al pronunciar la audiencia la sentencia revocatoria de la de primera instancia, no revocó un fallo ejecutoriado y consentido por ministerio de la ley, como se habia pretendido en el recurso, porque las providencias que deben su origen á la jurisdiccion voluntaria, como era la de que se trataba sobre alimentos provisionales, son variables y modificables, sin sujecion estricta á los términos establecidos respecto á las que lo deben á la jurisdiccion contenciosa, segun la regla 9.ª del art. 1208, estensiva á los casos de que habla el siguiente (esto es, á los actos de jurisdiccion voluntaria sobre alimentos provisionales), lo cual excluye la idea de que queden firmes en los juzgados de primera instancia. Véase lo que esponemos al explicar la regla siguiente:

Esta sentencia debe entenderse como refiriéndose á los que experimentaron perjuicio por la providencia y no se les notificó esta ó no fueron oidos en el espediente, para el efecto de poder apelar de ella aun pasado el término que la ley señala para interponer la apelacion, sin haberlo efectuado; pues respecto de los que comparecieron en el espediente y fueron oidos, y no apelaron de la providencia que les perjudicaba en el término legal, debe entenderse que aquella constituye cosa juzgada. Asi se ha consignado por el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de enero de 1863, segun la cual, la providencia en que el juez nombró curador *ad litem*, si fue consentida por una persona que despues trató de oponerse á dicho nombramiento, se halla aquella persona legalmente incapacitada para reclamar contra un nombramiento que habia ya pasado en autoridad de cosa juzgada. Véase la importante glosa 1.ª de Gregorio Lopez, á la ley 4.ª tit. 23, Part. 3.ª citada, en que sienta, que las personas á quienes se refiere esta ley, y son

las que no fueron oídas en el juicio y á quienes perjudicaba la providencia que sobre el recayó, podrán apelar de esta aun cuando hubiere pasado en autoridad de cosa juzgada, aprovechando esta apelacion al vencido, pero debiendo dichas personas apelar en el término legal, contado desde que supieron la providencia que les perjudicaba. Esta doctrina corrobora lo consignado en la sentencia de 26 de febrero citada, y es aplicable al caso que contiene en todas sus partes.

Las providencias sobre actos de jurisdiccion voluntaria tienen tambien fuerza, cuando terminaron el espediente de conformidad con los interesados y sin oposicion de ningun género, para el efecto de impedir que pueda promoverse competencia por inhibitoria por otra jurisdiccion ó juzgado que se creyere competente para conocer del asunto que las motivó, por hallarse ya definitivamente terminado el negocio. Asi se ha consignado por el Tribunal Supremo en sentencias de 17 de febrero de 1859 y de 3 de junio de 1863. Mas no deberán considerarse como tales providencias para dicho efecto, las que versaren sobre diligencias mas bien gubernativas que judiciales, ni obstará para que conozca la jurisdiccion ordinaria de un espediente de jurisdiccion voluntaria el haber conocido del mismo un tribunal de fuero especial, llegando aun hasta dictar la providencia que lo terminaba, si la parte á quien perjudicaba alegó en el acto de notificársele, la incompetencia del juzgado y la nulidad de lo actuado en el de un fuero especial, proponiendo la inhibitoria en el juzgado ordinario. Sentencia de 3 de junio de 1863, inserta en la *Gaceta* de 7 de junio, que recayó sobre un caso de alimentos provisionales.

10. *De las providencias que se dictaren se admitirán para ante la audiencia del territorio las apelaciones que se interpongan;* con esta nueva resolucion ó autorizacion del acto de jurisdiccion voluntaria se da una garantia contra la arbitrariedad ó negligencia en que pudieran á veces incurrir los jueces que entienden primeramente de él, y las cuales podrian ocasionar graves perjuicios á las partes. La apelacion no quita á dichos actos su carácter de jurisdiccion voluntaria, no obstante lo prescrito en la regla 13. El término para apelar será el de cinco dias, contados desde el siguiente al de la notificacion. Aunque la ley no designa el término para apelar en estos casos, debe entenderse que lo hay en general, no obstante la decision del Tribunal Supremo de Justicia de 26 de febrero de 1859, que debe considerarse como refiriéndose solo al caso especial de que no se haya notificado la providencia resolutoria al apelante por no haber intervenido en el espediente. Asi se deduce del considerando 3.º de dicha sentencia, que se refiere al dia desde el en que ha de principiarse á contarse el término de la apelacion, y si no existiera este, no era necesario referirse á aquel. Pudiera creerse que dicho término debiera ser el del art. 65, designado para las sentencias interlocutorias, á que parece equiparar la ley á las presentes en la regla 14; pero no obstante esto, las providencias que resuelven los actos de que tratamos se consideran como definitivas, puesto que ponen término al acto, por lo que deberá regir para apelar de ellas el término del art. 67, esto es,

el de cinco dias, que rige para las definitivas de los actos contenciosos, y asi lo ha consignado la práctica y lo fue en la providencia de primera instancia que motivó la decision citada de 26 de febrero citado.

11. *Las apelaciones se admitirán siempre libremente y en ambos efectos al que hubiese promovido el espediente,* porque de no ejecutarse lo que el juez determina, no se perjudica derecho alguno.

12. *Las que interpusieren los que hayan venido al mismo espediente, ó llamados por el juez ó para oponerse á la solicitud que haya dado motivo á su formacion, serán admitidas en un solo efecto,* porque no habiendo estos promovido el espediente, es de temer que se propongan dilatar la ejecucion de una providencia que por lo comun es urgente.

13. *La sustanciacion de todas las apelaciones se acomodará á los trámites establecidos para las que se interpongan y admitan de sentencias interlocutorias,* esto es, á los espuestos en los núms. 1401 al 1406, y 1381 y siguientes del lib. 3.º de esta obra. Se marcan estos trámites y no los relativos á las sentencias definitivas de la jurisdiccion contenciosa, no obstante el carácter resolutorio de las providencias de jurisdiccion voluntaria que determinan ó autorizan esta clase de actos, atendiendo á lo mucho que interesa que estos se terminen brevemente.

14. *contra las sentencias que dictaren las Audiencias se da el recurso de casacion.* La importancia que tienen á veces los actos de jurisdiccion voluntaria y los cuantiosos intereses sobre que pueden recaer las providencias que en ellos se dicten, podrian dar ocasion á que se irrogaran graves perjuicios á las partes, si no ejerciera sobre aquellas su elevada inspeccion el Tribunal Supremo de Justicia, y no consignará la jurisprudencia uniforme que debe regir para la aplicacion de las leyes y doctrinas que á dichos actos se refieren. Hay, pues, lugar al recurso de casacion, como dice espresamente el señor Gomez de la Serna en sus *Motivos de la Ley* «para anular las providencias de los Tribunales Superiores (esto es, de las Audiencias que recaen sobre las apelaciones que se interpusieron de las providencias de primera instancia) cuando quebrantaren las leyes ó las doctrinas que forman nuestro derecho consuetudinario» no solo cuando recaen sobre el fondo del asunto, sino tambien cuando se ha quebrantado alguna forma esencial del procedimiento, segun se consigna en el artículo 1013 de la Ley; y este es el sentido que tiene el primer considerando de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1862 que dice, que la regla 14 del art. 1208 admite sin restriccion el recurso de casacion contra las sentencias que dictan las Audiencias sobre actos de jurisdiccion voluntaria. Por lo demás, el recurso de casacion respecto de estas providencias, tiene las mismas restricciones y se rige por los mismos precepto que impone la ley para la casacion de las sentencias sobre actos de jurisdiccion contenciosa, en cuanto permite se apliquen á los de la voluntaria la naturaleza y tramitacion especial de estos actos.

Así, pues, con arreglo al art. 1011 de la ley que previene, que se entienda sentencia definitiva para los efectos de que haya lugar contra ella el