

provisionales son de competencia de los juzgados de primera instancia del fuero ordinario, sin necesidad de impartir para ello el auxilio de la jurisdicción militar, bien sea ordinaria, ó especial de marina, ó de ingenieros, cuando pertenezca á ella el demandado, como sucede en los demás juicios en general. Véase la sentencia de 6 de mayo de 1861. Véase también la de 31 de diciembre del mismo año, sobre un caso en que la autoridad militar había oficiado de inhibición á un juez de primera instancia que se hallaba conociendo por la vía de apremio sobre la ejecución de una sentencia que condenaba á un aforado de guerra á la prestación de alimentos provisionales, reclamando el conocimiento de dichos autos, por hallarse conociendo de un concurso del alimentante y gozar éste del fuero de guerra. En ella consignó dicho tribunal que no pueden acumularse al juicio de concurso de acreedores los autos de jurisdicción voluntaria, porque además de radicar en los juzgados de primera instancia, no son de los pleitos ejecutivos comprendidos en el art. 523, y tienen trámites especiales prescritos en la ley, y que con la designación de la cantidad alimenticia quedó fenecido el acto de jurisdicción voluntaria, sin más actuaciones ulteriores que las necesarias para la ejecución de lo juzgado, conforme al art. 1217 de la ley.

52. *En este expediente no se permitirá ninguna discusión, ni sobre el derecho á percibir los alimentos, ni sobre su entidad:* art. 1218, § 1.º Esta disposición que se funda en las razones espuestas en el núm. 22, parece que solo es aplicable de lleno al procedimiento sobre esta materia en primera instancia, mas no á la segunda, puesto que por el art. 1214 se faculta para apelar de la sentencia en que se conceden los alimentos al alimentante, y por el 1215 se le cita para que comparezca ante la superioridad, lo cual supone que ha de oírsele en ella, y que puede oponerse á la concesión de alimentos, si bien esta oposición deberá ser con la brevedad y limitaciones que son propias de los trámites que se siguen en las apelaciones de sentencias interlocutorias, que son, segun la regla 15 del art. 1208, los á que ha de acomodarse dichas apelaciones, y sin que degeneren, en su consecuencia, el acto de jurisdicción voluntaria en contenciosa. Corroborá esta interpretación el haber colocado uno de los redactores de la ley esta disposición del artículo 1218, de su *Tratado académico de procedimientos judiciales*, inmediatamente despues del art. 1221 que trata del procedimiento en primera instancia, y no despues de los artículos sobre el procedimiento en segunda, cómo hace la ley.

53. *Cualesquiera reclamaciones que sobre lo uno ó sobre lo otro se hiciesen, se sustanciarán en juicio ordinario, y entre tanto seguirá abonándose la suma señalada para alimentos:* § 2.º del art. 1218. En este juicio podrán debatirse ambas cuestiones con toda amplitud y solemnidad, y decidirse de una manera definitiva y permanente, si se deben ó no los alimentos, y la cuantía de estos, y si se declarase no deberse, se condenará á que devuelva lo que hubiese percibido bajo el concepto de alimentos provisionales, á que obtuvo estos, en el expediente sumario, ó en el acto de jurisdicción voluntaria.

54. Para conocer de este juicio ordinario es competente, conforme ya hemos indicado, el juez del fuero del demandado, pues segun se ha consignado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de diciembre de 1858, las reclamaciones sobre alimentos provisionalmente acordados, y que hayan de establecerse por la vía ordinaria, seguirán el fuero del demandado, y por otra de 30 de marzo de 1860, la demanda ordinaria de alimentos es una acción personal que debe ejecutarse en el tribunal del fuero del demandado, sin que tales demandas estén exceptuadas del conocimiento de los jueces militares. Véase también la de 6 de febrero de 1860, que citamos en el número 18.

TITULO III.

Del nombramiento de tutores y curadores, y del discernimiento de estos cargos.

55. En la nueva Ley se ha creído necesario, para poder dar reglas completas sobre esta materia, no limitarse á fijar las fórmulas que debían observarse en ella, sino hacer algunas alteraciones en las leyes que rigen las instituciones de derecho civil sobre este punto, las cuales indicaremos en cada una de las siguientes secciones.

SECCION PRIMERA.

DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES.

56. Teniendo lugar, primeramente la tutela testamentaria, á falta de esta, la legítima y á falta de ambas, la dativa, la ley principia en esta sección, determinando la primera facultad ó la intervención del juez en el nombramiento de tutores testamentarios, cual es, la relativa al *discernimiento del cargo*, ó á la confirmación que hace el juez del nombramiento del tutor ó curador para que desempeñe sus funciones.

57. Nuestras leyes de Partida no requerian el discernimiento ó confirmación del nombramiento de tutor que hacia el padre á sus hijos legítimos ó legitimados, sino solamente del que hacia á sus hijos naturales, ley 8, tit. 16, Part. 6; la práctica de los tribunales había estendido la confirmación á todos, á escepción de la madre, cuando era nombrada por última voluntad, y de los facultados por el testador para administrar sin este requisito. Mas la nueva Ley de Enjuiciamiento exige el discernimiento judicial respecto de todos ellos, segun se ve en los arts. 1219, 1221 y 1222, con el objeto, segun dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, de dar al tutor un título que acredite su carácter en todos los actos en que ha de intervenir representando al huérfano y de facilitar al poder judicial la inspección sobre el cumplimiento de las leyes que se refieren á la tutela.

58. Para este discernimiento se requieren mas ó menos condiciones ó

requisitos, según la mayor ó menor confianza que inspira la persona que ha verificado el nombramiento; así es que, respecto de unos tutores se exige que afianzen el buen desempeño de su cargo, al paso que no se requiere esta condición respecto de otros.

39. Anteriormente á la nueva ley se contendía entre los autores sobre si se hallaba ó no obligado el tutor testamentario á prestar dicha fianza. Los que opinaban por la afirmativa, se fundaban en que no eximiendo la ley á ningun guardador de esta obligación, debía deducirse que era extensiva á todos, y de consiguiente, no estaban escludidos los testamentarios, y citaban en su apoyo la ley 94, tít. 18, Part. 3, que contiene un formulario de nombramiento de tutor, en que se inserta la cláusula de fianza. Mas los que opinaban porque no estaba obligado á afianzar el tutor testamentario, bien fuese pariente cercano del huérfano, bien persona estraña, se fundaban en que además de no mandarlo nuestras leyes, por el hecho mismo de nombrarlos el testador, era visto que aprobó su fe y diligencia para la guarda de la persona y la administración de los bienes del huérfano, y mucho menos debía estarlo, si el testador le reveló de la fianza. Por lo cual opinaban, que solamente debía exigirse la fianza cuando el tutor fuera de mala fama y no le conociese el testador por no ser creible que á saberlo este, lo hubiera nombrado, y cuando siendo muchos los tutores nombrados en testamento quería uno administrar por sí solo, en cuyo caso estaba obligado á dar fianza á los otros tutores sobre la identidad del pupilo y la de ellos mismos, véase el Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban sección 8.^a, tít. 9, lib. 1.^o. Esta escepcion se fundaba en la ley 11, tít. 16, Part. 6 que establece, que cuando fueren muchos los guardadores y no se avinieran sobre quién ha de administrar, lo haga el que dá fianza, ley que tambien se alegaba por los sostenedores de la opinion que acabamos de esponer, pues suponian referirse únicamente á los tutores testamentarios, y establecer una escepcion que suponía la regla de no estar sujetos en general á la fianza. Existe, pues, una ley espresa que parece favorecer esta opinion, al paso que no hay ninguna en apoyo de la contraria, pues la 94, tít. 18, Part. 3, solo contiene un formulario sobre escritura en que se consigna la tutela legítima y que autoriza el juez, la cual no puede referirse al nombramiento de tutor hecho en testamento, y aun aquella solo se refiere al nombramiento de parientes próximos, puesto que la ley siguiente 95 contiene otro formulario de escritura sobre la tutela de la madre.

Entre estas encontradas opiniones, la práctica habia adoptado un término medio, si se quiere, relevando á dichos tutores de la obligación de afianzar solo cuando lo habia ordenado el padre en el testamento. Y la nueva Ley de Enjuiciamiento ha sancionado esta práctica, y aun héchola extensiva á mayor número de casos.

40. Así, pues, dispone en su art. 1219, que acreditado el nombramiento de tutor hecho por el padre en última disposición, presentándose copia en forma del testamento ó codicilo que lo contiene, se le discernirá el cargo por el juez, sin exigirle fianzas, si se le hubiera dispensado de ellas

por el testador. *No habiendo esta revelacion de fianzas, se exigirán proporcionadas al caudal que haya de administrarse;* art. 1220. Igual disposición se contiene en el art. 1232 respecto de los curadores que nombre el padre. El discernimiento se efectuará en la forma que previenen los artículos 1224, 1225 y 1265 al 1267, que espondremos mas adelante. Véase tambien el art. 1261. Véase, no obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1862.

41. *Si la madre á falta de padre, hubiera nombrado tutor á su hijo, se discernirá tambien el cargo al nombrado, sin fianza, si hubiera sido relevado de ella por la misma madre,* art. 1221, porque se supone tambien que la madre habrá tomado las precauciones necesarias para asegurarse de que la persona á quien nombra por tutor, desempeñará bien y fielmente sus funciones y no malversara los bienes del pupilo. *Lo prevenido en el artículo anterior,* esto es, el discernimiento del cargo de tutor sin exigir las fianzas, si el testador le relevó de ellas, *se observará tambien, respecto al nombrado tutor por cualquiera persona que haya instituido heredero al menor ó dejádole manda ó legado de importancia,* art. 1222; porque las muestras especiales de cariño que da al huérfano, dejándole heredero ó legatario, inducen la presuncion de que habrá nombrado tutor á persona de toda confianza. Sin embargo, como la madre, por la debilidad de su sexo, y el estraño por no ofrecer sus muestras de afecto el vivo interés, celo y prevision para acertar en el nombramiento, que el afecto natural de los padres, pueden haberse equivocado en las circunstancias de lealtad, inteligencia y celo que supusieron en la persona á quien nombraron tutor, la ley, siempre previosora, y solicita especialmente en evitar todo perjuicio á los menores, dispone en su art. 1223 que, *en los casos de que hablan los dos artículos precedentes, puede el juez exigir fianzas 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.*

42. Según se ve por los anteriores artículos, la ley ha introducido una alteracion importante respecto del nombramiento de tutores testamentarios. Según la ley 8, tít. 16, Part. 6, los estraños solo podian dejar tutor en testamento á favor del huérfano, á quien instituian heredero. La nueva ley en su art. 1222, ha estendido esta facultad al caso en que le dejen manda ó legado de importancia, considerando que á veces hay legados que equivalen á herencias, por lo cual el juez deberá graduar, atendidas la clase del testador y del pupilo, si la manda es de entidad que pueda autorizar aquella facultad importante, y no consiste en una cantidad de poca monta comparada con los bienes del pupilo, y que puede tener por objeto encubrir el fraude de que se confia la administración de estos bienes á una persona del afecto del testador, la cual pueda utilizarse de ellos, especialmente si el testador estraño le relevó de fianzas. Asimismo, la ley 6, tít. 16, Part. 6, solo autorizaba á la madre para nombrar tutor testamentario á sus hijos, cuando les instituia herederos ó les dejaba algun legado; mas según el art. 1221 de la ley, parece que en el dia podrá verificar este nombramiento, aunque no les deje nada,

puesto que no se expresa esta circunstancia de la institucion ó legado en el referido artículo, al determinar el caso en que la madre puede nombrar tutor testamentario, como lo hace, respecto de las personas estrañas, en el artículo 1223.

43. *El importe de la fianza se determinará con audiencia del promotor fiscal del juzgado. La misma audiencia deberá prestarse para la apreciacion y aprobacion de las que se dieren*, art. 1223; por el carácter que tiene este funcionario de protector de los menores, y lo cual es conforme á la regla general 5.^a del art. 1208. En este caso el promotor hace las veces del *curador ad litem*, por lo que no será preciso nombrarlo. Mas si ya lo tuviese el menor, como sería redundante en tal caso la intervencion del procurador, cuando tenia ya el pupilo persona autorizada para su proteccion, previene el art. 1223 que, *en los casos de que el menor tuviese con anterioridad nombrado curador para pleitos, y que se marcan en los arts. 1253 y 1254, se oirá á este sobre la importancia y aprobacion de las fianzas en lugar del promotor.*

44. Respecto de la naturaleza de la fianza de la tutela y curaduría, anteriormente consistia en fiadores, pues no sabiéndose de antemano los daños y perjuicios que podrian causarse al pupilo por sus tutores ó curadores, no se habia creido suficiente admitir prendas ni hipotecas; ley 94, tit. 18, Part. 6. Mas en el dia exige el art. 1265 de la nueva ley, que las fianzas sean s'empre hipotecarias, y en su consecuencia, la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861 ha constituido una hipoteca legal en favor de los menores ó incapacitados sobre los bienes de sus tutores y curadores, estableciendo que, cuando estos se hallen obligados á dar fianza, deberán constituir hipoteca especial á favor de las personas que tengan bajo su guarda pudiendo el juez, á su prudente arbitrio, exigir ampliacion de la fianza, si la hipoteca constituida llegara á ser insuficiente, ó adoptar las providencias oportunas para asegurar los intereses del menor ó incapacitado: dicha ampliacion podrá decretarse de oficio ó pedirse por cualquiera persona, y hacerse segun las formalidades de la Ley de Enjuiciamiento para la constitucion de la primer fianza, y si el juez no la juzgare procedente, deberá disponer el depósito del sobrante de las rentas ó de la imposicion de los fondos, conforme á los núms. 4.^o y 5.^o del art. 1272 de dicha Ley. Tambien podrá exigirse á los mismos guardadores, que inscriban en el registro y conviertan en especial la hipoteca legal general que tienen impuesta sobre sus bienes, con arreglo á la legislacion que se modifica: art. 168, 214, 215, 347 y 348 de la ley hipotecaria citada. Pueden verse tambien los artículos 147 al 155 del Reglamento para la ejecucion de la misma, y lo que esponemos en la seccion 5.^a de este título, que trata del *Discernimiento de los cargos de tutor y curador.*

45. A falta de tutela testamentaria, tiene lugar la *legítima*, y por eso previene el art. 1226 de la Ley, que *no habiendo tutor nombrado por el padre, por la madre, ó por otra persona que haya instituido heredero al menor, ó dejádole manda de importancia* (que son los que pueden nombrar

tutor testamentario), y en su consecuencia, no existiendo este nombramiento, *designará el juez para este cargo al pariente á quien corresponda la tutela, con arreglo á la Ley*: art. 1226. Nuestras leyes llaman á la tutela legítima á los parientes en este orden: 1.^o á la madre; 2.^o al abuelo; 3.^o á la abuela; 4.^o á los parientes mas cercanos: ley 9, tit. 16, Part. 6 y 5, título 5, lib. 10, Nov. Recop. Cuando hubiese varios de estos en un mismo grado, puede el juez elegir el que le pareciese que desempeñara mejor la tutela: ley 11, tit. 16, Part. 6. La ley de Enjuiciamiento ha ratificado esta disposicion en su art. 1228 que presentamos mas adelante.

46. Hecha por el juez la designacion del pariente á quien corresponde la tutela legítima, y *previas la aceptacion del designado y la prestacion de las fianzas en la forma que queda prevenida, se le discernirá el cargo*, segun lo espuesto al tratar de los tutores testamentarios, y lo que se espone en la seccion 5.^a, art. 1227. Debe advertirse que para que la madre y la abuela puedan ejercer la tutela legítima, ó para que pueda discernirsele este cargo, es necesario que renuncien ante el juez á contraer segundo matrimonio mientras ejerzan la tutela y á las leyes que les impiden obligarse por otro: leyes 4 y 9, tit. 16, Part. 6, á no ser que se les hubiese concedido por el monarca dispensa de ley para que aun cuando pasen á segundo matrimonio, conserven la tutela de sus hijos y nietos, segun los artículos 1 y 2 de la Ley de 14 de abril de 1858. Mas en tal caso, no se expedirá esta cédula de autorizacion, sin constituir previamente y con aprobacion del juez la hipoteca especial correspondiente, y si antes de constituir la se mezclasen en la administracion de la tutela ó curaduría, quedará obligado su marido á prestarla de sus propios bienes, respondiendo con ella á las resultas de la administracion ilegal de su mujer: art. 201, 204 y 211 de la Ley Hipotecaria. Si la madre ó abuela que no tuvieren la dispensa de ley mencionada, se casaren durante la tutela, perderán ésta, y el juez nombrará tutor al pariente mas proximo é idóneo del huérfano, ley 5, título 16, Part. 6. Si teniendo dicha dispensa, no constituyese la madre la hipoteca referida en el término de sesenta dias contados desde la fecha del nuevo matrimonio, nombrará ó hará nombrar el juez con arreglo á las leyes, otro tutor ó curador al huérfano ó incapacitado, bien á instancia de alguno de los parientes, ó bien de oficio, y el tutor ó curador nombrados prestarán su fianza con las formalidades que exige la ley de Enjuiciamiento, oyendo además para su aprobacion al pariente que en su caso haya pedido el nombramiento: art. 209 y 210 de la ley Hipotecaria. En este caso, la tutela que se constituye es dativa, segun indica el señor La Serena, uno de los redactores de la Ley Hipotecaria.

47. Teniendo lugar la *tutela dativa* á falta de *testamentaria* y de *legítima*, dispone el art. 1228 de la Ley que, *no habiendo pariente á quien designar, se hará constar esto debidamente, y el juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo, discerniéndoselo, previo lo que queda prevenido en el artículo anterior*, esto es, la aceptacion del designado y la prestacion de las fianzas en forma debida.

48. En todos los casos en que el juez hubiere de designar tutor, puede, si el pariente mas inmediato ó cualquiera otro de los que le sigan en orden no reuniese las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, conferirle á otra persona que merezca su confianza: art. 1229. Esto se funda segun dice uno de los redactores de esta Ley, el señor La Serna, en que la prelación que tienen para ser tutores los parientes sobre los extraños, es cuando en ellos concurren las circunstancias y las garantías que la Ley exige para desempeñar sus funciones con provecho del pupilo. Esta disposición guarda cierta analogía con lo que dice la ley 2, tit. 16, Part. 6, sobre que tiene lugar la tutela dativa, cuando el huérfano «non ha pariente cercano que lo guarde, ó si lo ha, es embargado de manera que non lo puede ó non lo quiere guardar,» esto es, cuando tiene impedimento ó excusa para ser tutor. La circunstancia de no concurrir en los parientes las garantías que exige la Ley para la tutela, deberán hacerse constar por el juez en el expediente, puesto que no puede variar á su arbitrio el orden que marcan las leyes para las tutelas.

49. Si sobre el nombramiento se empeñare cuestion, se sustanciará en via ordinaria, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el juez le hubiere nombrado, que tendrá el carácter de curador suyo para dicho pleito determinadamente: art. 1230, puesto que dicho tutor merece la confianza del juez, como lo prueba el hecho de haberlo nombrado, y además, nadie como el mismo nombrado tiene interés en sostener su nombramiento cuando lo ve atacado por otro, por estimularle á ello su amor propio y acaso su dignidad ó decoro. Asimismo, mientras dura el pleito continuará ejerciendo su cargo el tutor nombrado, cuidando de la persona y bienes del huérfano. No habrá, pues, necesidad de nombrar otro tutor con este objeto, ni tampoco un curador *ad litem* para el mencionado litigio, sino solo en el caso de suscitarse otro pleito, ó cuando en el mencionado, estuvieren opuestos los intereses del menor y los de su tutor, v. gr. si fuera este quien se negara á aceptar el cargo, alegando por ejemplo que habia parientes á quienes correspondia la tutela legítima del menor.

Cuando el tutor ya sea testamentario legítimo ó dativo, tuviere algún impedimento ó alguna causa para no aceptar ó ejercer el cargo, debe manifestarlo al juez en el término legal. (V. la ley 4, tit. 17, Part. 6) en un escrito sencillo y documentado: el juez oirá al promotor fiscal, y si su dictámen es favorable á la admision de la excusa, y el juez lo estimare procedente, declarará hallarse excusado el tutor ó admitida la excusa; mas si fuere esta improcedente, la desechará el juez. De esta providencia podrá apelar el agraviado para ante el Tribunal Superior, y si éste la desechara tambien, podrá ser apremiado el tutor á aceptar el cargo, condenándole en los daños y perjuicios seguidos al pupilo desde el dia en que supo el nombramiento hasta la sentencia confirmatoria ley 8, tit. 18, Part. 5.^a

50. El nombramiento de tutores puede hacerse á petición de los parientes y aun de cualquiera del pueblo, ó de oficio por el juez. Asi se consigna en la ley 12, tit. 16, Part. 6, la cual impone espresamente esta obli-

gacion á los parientes llamados á la sucesion del huérfano bajo pena de perder el derecho que tuvieren á la herencia, declarándose además popular esta accion en la misma Ley; disposicion que se halla ratificada en los artículos 209 y 210 de la Ley Hipotecaria que hemos espuesto. En cuanto al juez competente para el nombramiento de tutores legítimos ó dativos y para el discernimiento del cargo á los testamentarios, lo son los de primera instancia de la jurisdiccion ordinaria. (V. la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1861) y de estos el del domicilio del huérfano, el del pueblo de su nacimiento y el de su padre, y el del pueblo en que aquel tiene la mayor parte de sus bienes: ley 12, tit. 16, Parte 6.^a Si varios de estos jueces hubieran nombrado á distintos tutores, lo será el primeramente nombrado, y en caso de duda, el juez del domicilio. Mas la práctica es discernir el cargo de tutor en el pueblo en que radica la testamentaria, práctica que se halla corroborada por la nueva Ley.

SECCION II.

DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES PARA LOS BIENES.

51. La ley 13, tit. 16, Part. 5.^a consignaba la regla de que «los menores que son en su acuerdo non pueden ser apremiados que reciban curadores si non quisieren; fueras ende si ficiesen demanda á alguno en juicio ó otro la ficiese á ellos, ca estonces los juzgadores les pueden dar tales curadores.» No obstante esta regla, la misma ley á continuacion, si bien prohibia nombrar curador en testamento, declaraba que «si el juzgador entendiere que es á pro del mozo, *débelo confirmar;*» y la ley 12 del mismo título, facultaba al juez para nombrar curador al varon mayor de 14 años y á la hembra mayor de 12 y menores de 23. Los intérpretes, tratando de salvar esta antinomia, sentaban que la regla prohibitoria de la ley 13, debia entenderse limitando el derecho que daba á los menores á no recibir por curador á persona que no fuera de su agrado, ó á que si el menor designaba la persona que queria recibir por curador, la aprobara el juez si la hallaba idónea para el cargo; y asi se verificaba en la práctica. De manera que á pesar de la regla y prohibicion espuestas, habia lugar á la curatela testamentaria y á la dativa, y además se reconocia la que se verificaba por nombramiento del mismo menor.

52. La nueva ley de Enjuiciamiento sanciona la curatela testamentaria y la que á falta de ésta verifica el mismo menor limitándose las facultades del juez al discernimiento del cargo, y estendiendo y dando mas estension á la curatela testamentaria, pues admite respecto de ella los mismos casos é iguales reglas que respecto de la tutela testamentaria, segun demuestran los siguientes artículos. Si el padre hubiere nombrado curador para sus hijos se le discernirá el cargo en la forma que por él se haya prevenido; art. 1231, esto es, sin exigirle fianzas, si le hubiere relevado de ellas el padre, segun dicen los arts. 1219 y 1220, y cuya esposicion puede verse en