

bajo pretexto de poner á buen recaudo su patrimonio, sino solamente de fincas determinadas (1).

310. El dinero sobrante despues de la aplicacion oportuna que se haya dado al producto de la enajenacion, deberá invertirse en fincas, ó del modo que permitan las circunstancias y que sea beneficioso al menor. Y no sólo en este caso, sino por regla gene-

han de seguir para pedir y obtener la licencia judicial, así como para verificar la enajenacion de los bienes de pupilos y menores, corresponden en realidad á un tratado de procedimientos; por lo cual, sólo añadiremos aquí que será fuero competente en las autorizaciones para la venta de bienes de menores é incapacitados, el del lugar en que los bienes se hallasen ó del domicilio de aquellos á quien pertenecieron. (Regla 23, art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Aragon.—En una sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de Febrero de 1877, se declara que las leyes 60, tit. XVIII, Part. 3.^a, y la 8.^a, tit. XVI, Partida VI, «no tienen aplicacion en Aragon, cuyo derecho foral contiene disposiciones y preceptos claros y concretos que regulan la materia de tutelas, capacidad de las personas para contratar, y establecen las formalidades y requisitos que *han de concurrir en la enajenacion* de los bienes pertenecientes á los menores de veinte años.» Sin embargo, juzgamos indudable que esta doctrina, establecida al parecer en términos absolutos, debe subordinarse á lo que respecto de esta materia dispone la ley de Enjuiciamiento civil, y no puede surtir efecto sino en cuanto no se oponga á ella. La ley de Enjuiciamiento rige en todas las provincias, sin excepcion alguna, como lo tiene reconocido el mismo Tribunal Supremo (Sentencia de 20 de Octubre de 1858): «todas las leyes anteriores, *especiales ó comunes, cualquiera que sea su sentido, están derogadas por la de Enjuiciamiento civil, que no contiene excepcion alguna sobre la venta de bienes de menores en subasta pública*» (Sentencia de 13 de Julio de 1876); y por último, los preceptos de los artículos 1401 y 1405 de la ley de Enjuiciamiento de 1855 (2011 y 2015 de la vigente) relativos á la venta de bienes de menores, son obligatorias y rigen en todo el reino. (Sentencia de 20 de Abril de 1878).

Cataluña.—Hasta la promulgacion de la Ley de Enjuiciamiento civil, no era necesario, segun la legislacion vigente en Cataluña, que la venta de bienes de menores autorizada por el juez, hubiera de hacerse previa peritacion y en pública almoneda; pero desde entonces lo es. (Sentencia de 19 de Mayo de 1876).

(1) Orden de Julio de 1874, expedida para Ultramar con motivo de abusos cometidos en la isla de Cuba en las ventas de bienes de menores. Así se establece tambien en el art. 230 del proyecto de Código civil.

ral, deberán adquirir por y para sus menores cuanto redunde en su beneficio y aumento de su patrimonio (1).

311. Para hipotecar ó gravar bienes inmuebles, ó para la extincion de derechos reales pertenecientes á menores ó incapacitados, se observarán las mismas formalidades establecidas para la venta, con exclusion da la subasta (2); y áun parece que para dar en prenda alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan ser conservados sin menoscabo, será necesario que el guardador obtenga por lo menos la autorizacion judicial.

312. Los tutores y curadores necesitan igualmente la autorizacion del juez para transigir sobre los derechos de los menores é incapacitados, y sólo se concederá justificando su necesidad ó utilidad, prévias las formalidades establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil (3).

313. Tambien es necesaria la autorizacion judicial, además de la intervencion de los guardadores, en los pagos que se hacen al menor (4). Sin embargo, son legítimos los hechos al tutor ó curador que tiene discernido su cargo, y que se halla judicialmente autorizado para percibir y cobrar todo lo que al menor se le deba, por cualquier concepto que sea, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda caber al juez. Sobre esta doctrina guarda silencio la ley, pero es la establecida por nuestra actual jurisprudencia (5).

314. Los préstamos hechos á los menores no pueden reclamarse, á no ser que se pruebe que redundaron en su utilidad (6).

(1) Y para este efecto no están ligados á las formalidades exigidas por las leyes para la enajenacion de bienes raíces de los menores; pero una vez adquiridos, no los podrán enajenar sin las indicadas solemnidades. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Setiembre de 1865.)

(2) Leyes 8.^a, tit. XIII, Part. V; 18, tit. XVI, Part. VI; art. 107 de la LEY HIPOTECARIA, y art. 2030 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(3) Artículos 2025 al 2029 de la citada Ley. Aunque la transaccion se estipule por el guardador en un acto de conciliacion, se podrá reclamar su nulidad si carece del necesario requisito de la autorizacion judicial. (Sentencia de 17 de Abril de 1880.)

(4) Ley 4.^a, tit. XIV, Part. V, y sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1877.

(5) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 1857.

(6) Ley 3.^a, tit. I, Part. V..... *decimos que si pudiese probar el que em-*

315. *Intervencion.*—La intervencion de los guardadores es indispensable en todo lo que puede perjudicar á los que están confiados á su proteccion. Con arreglo á las circunstancias, el grado de esta mediacion es diferente: en la infancia del pupilo ó en la incapacidad de la persona sujeta á curaduría, el guardador administra; pasada la infancia, el tutor interpone su autoridad; llegada la pubertad, el curador presta su consentimiento. Esta autoridad y consentimiento pueden respectivamente definirse, *el acto por el que el tutor ó curador aprueban lo hecho por el pupilo ó menor que puede perjudicarles* (1). De consiguiente, puede el

prestó.... á ome que fuese de menor edad, que en aquella sazón que gelo prestó, era en tan grand premia, que lo habia grand menester, é que entró en su pró; que vale tal prueba, para cobrar la cosa que fuese prestada.

Ni en los demás casos será tampoco aplicable lo dispuesto en esta ley, segun el considerando de una sentencia del Tribunal Supremo, cuando haya concurrido autorizacion judicial concedida en virtud de informacion de necesidad y utilidad, é interviniendo el curador *ad litem* del menor. (Sentencia de 8 de Enero de 1869.)

(1) *Aragon.*—Por fuero de Aragon (Fuero ún., *ut minor. XX annis*, libro V), los solteros menores de veinte años no pueden enajenar, obligar ó hipotecar sus bienes: esto se hizo extensivo desde las Córtes de 1564 á contraer en general, excepto en capitulaciones matrimoniales, sin autoridad del juez y de dos parientes próximos por la parte de donde descienden los bienes; mas esta última circunstancia no siempre se cumple en la práctica, segun Asso, y de Manuel. El guardador puede enajenar los bienes muebles como le parezca; los raíces sólo con autorizacion del juez. (Obs. 6, *De tutoribus*) Pero debemos repetir que, siendo obligatorias á todas las provincias de la monarquía las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, las formalidades que en ella se establecen para la venta de los bienes de menores, constituidos en tutela ó curaduría, deberán ser observadas en Aragon.

Cataluña.—Es doctrina legal la de que los menores púberos que no tienen padre ni curador, pueden obligarse válidamente, surtiendo sus obligaciones efectos legales, pero quedándo les á salvo el beneficio de la restitucion para reparar el daño que hubiesen sufrido. (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1866.)

D. Pedro III, en las Córtes de Perpiñan de 1351, cap. XVII, ordenó que los menores no pudieran hacer donacion, remision ó absolucion á favor de aquel bajo cuya tutela ó curaduría se hallaran ó con el cual estuvieran, ó á otro por él, siendo *ipso jure* nulo el instrumento en que se verificase, á no ser que dicho contrato fuese hecho y firmado con consentimiento de

huérfano contratar sin obligarse y obligando á los demás. La intervencion ha de ser en la misma celebracion del contrato: no debe precederle, por falta de objeto; ni seguirle, porque entónces se reputarian como distintos actos los que por su índole son uno sólo. En caso de que el guardador tenga que contratar con el huérfano, se le nombrará un curador especial al efecto, porque no puede el que lo es reunir los conceptos de vigilante y contratante con una misma persona.

316. Sólo nos resta advertir, que los guardadores tenían por recompensa de sus cuidados la décima parte de los frutos, así naturales como industriales y civiles, despues de deducidos los gastos del cultivo (1); y á los que lo eran de personas poderosas se les señalaba una retribucion moderada y suficiente. Mas en la actualidad toca al juez declarar, oyendo siempre al fiscal y atendidas la entidad del caudal y las circunstancias del pupilo, menor ó incapacitado, si el desempeño del cargo se ha de entender fruto por pension. Mas cuando no haya lugar á esta declaracion, el juez señalará el tanto por ciento que deba abonarse por la administracion, así como tambien la cantidad en que haya de consistir la pension alimenticia (2).

los tres parientes más inmediatos por parte de padre y de madre si pudieran ser habidos; en defecto de éstos, de los parientes de parte de padre solamente ó de parte de la madre, del modo que fueran encontrados; y á falta de ellos, de los tres amigos más allegados. Requiere además la misma ley, que intervengan la autoridad y decreto del juez, y que el que hace la donacion jure que las referidas personas son las más inmediatas y amigas.

Navarra.—Siempre que se han de arrendar en Navarra bienes de menores, debe hacerse en pública subasta, anunciando el remate con anticipacion de ocho dias, y señalando el dia, hora y lugar en que debe verificarse: celebrado el primer remate, tiene lugar otro definitivo á los veinte dias, durante cuyo término se admiten todas las pujas beneficiosas á los menores. (Ley 2.^a, tit. XVII, lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra, y 97 de las Córtes de 1817 y 1818.)

(1) Ley 3.^a, tit. III, lib. IV del Fuero Juzgo, y ley 2.^a, tit. VII, lib. III del Fuero Real.

Aragon.—El tutor no percibia la décima en Aragon.

Navarra.—En Navarra se le daba al guardador la vigésima parte en lugar de la décima. (Ley 1.^a, tit. XVIII, lib. II de las leyes de Navarra.)

(2) Artículos 1861 y 1862 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

Las cantidades que el menor entrega al curador como producto de su

§ IV.

De las obligaciones de los guardadores, concluido su cargo.

317. Concluido su cargo, deben los guardadores dar cuentas y hacer entrega de los bienes que administraron (1). El promotor fiscal respectivo deberá ser siempre oído sobre las cuentas que rindan los tutores y curadores durante el ejercicio de su cargo (2). De esta obligación de dar cuentas no se liberta el guardador aunque el testador le haya relevado de ella, porque semejante relevación, á ser observada, daría lugar á que los guardadores pudieran abusar de sus funciones de un modo escandaloso. Si no se prestan á ejecutarlo voluntariamente, pueden ser eficazmente compelidos; medio judicial que los pupilos y menores tienen para hacer efectiva la responsabilidad de los que fueron sus tutores y curadores. La aprobación de las cuentas dadas durante la menor edad del pupilo ó del menor, se hará sin perjuicio del derecho que las leyes les conceden para reclamar cualquier agravio que en ellas puedan haber experimentado (3). Se exceptúan de la obligación de rendir cuentas los tutores y curadores á quienes por el juez competente se hayan señalado frutos por alimentos de los menores; doctrina legal, confirmada por la jurisprudencia (4).

318. Al éxito de la administración estaban tácitamente hipotecados los bienes de los guardadores, los de sus fiadores y los de sus herederos (5). Mas la *Ley hipotecaria*, que derogó las hipotecas tácitas, ha establecido una expresa y especial en favor de los menores é incapacitados, sobre los bienes de sus tutores ó

industria personal, no pueden confundirse con los productos del caudal administrado por el guardador, y éste queda, por consiguiente, obligado á responder de ellas al menor, aun cuando se le haya discernido el cargo entendiéndose fruto por pensión. (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1872.)

(1) Leyes 94, tít. XVIII, Part. III, y 21, tít. XVI, Part. IV.

(2) Artículo 1877 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(3) Artículo 1878 de la misma *Ley*.

(4) Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de Abril de 1859.

(5) Ley 94, tít. XVIII, Part. III, y ley 23, tít. XIII, Part. V.

res ó curadores, por lo que éstos hayan recibido de ellos y por la responsabilidad en que incurrieren, como ya dejamos manifestado en el párrafo segundo de esta misma sección (1).

319. Los pupilos y menores están obligados á su vez á resarcir á los guardadores los gastos hechos en su beneficio, por la acción contraria de tutela.

320. En caso de que las cuentas estuvieren mal dadas, pueden pedir los perjudicados su nueva formación (2).

Sección 29

SECCION III.

DE LAS INCAPACIDADES Y EXCUSAS PARA EJERCER EL CARGO DE GUARDADORES.

321. Las leyes han comprendido bajo la palabra excusas, tanto las incapacidades para poder ejercer los cargos de tutor y curador, como los beneficios concedidos á algunos por justas causas para libertarse de la administración que no están obligados á desempeñar. Nosotros, para mayor claridad, haremos la distinción entre incapacidades y excusas; distinción que en realidad está fundada en las leyes de Partida (3).

(1) Párrafo IV del art. 168 de la *LEY HIPOTECARIA*. Cuando el casado, mayor de diez y ocho años, entra á ejercer por sí mismo la administración de su hacienda y la de su mujer, tiene derecho á exigir que le rinda cuentas su curador. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Noviembre de 1874.)

(2) A la acción que al efecto establecieron los romanos, es á la que dieron el nombre de *distrahendis rationibus*. El tribunal que discierne la tutela, es el competente para conocer de los resultados de su ejercicio. (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1863.) Sin embargo, según establece la regla 6.^a, art. 309 de la *Ley orgánica del poder judicial*, en las demandas en que se ejercitaren acciones relativas á la gestión de la tutela ó curaduría, será fuero competente el del lugar en que se hubiese administrado la guardaduría (es palabra de la ley) en su parte principal, ó el del domicilio del menor.

Aragon.—En Aragon no puede el tutor dar cuentas al menor de veinte años sin la intervención del juez y de dos parientes cercanos por la parte de donde descienden los bienes. (Fuero único, *De libert. et absolutio.*, libro V.)

(3) Puede decirse que en el tít. XVI de la Part. VI, se hallan comprendidas las incapacidades, y en el XVII las excusas.

322. *Incapacidades.*—Las incapacidades, llamadas tambien excusas necesarias, traen su origen, ó de la imposibilidad que tienen algunas personas para ejercer el cargo de guardadores, ó de la falta de garantía que prestan, ó de una pena en que han incurrido.

323. *Por imposibilidad de desempeñar su cargo* no pueden ser guardadores:

1.º Los que por impedimento físico, intelectual ó moral, no pueden atender á sus asuntos, como los ciegos, mudos, sordos (1), pródigos, desmemoriados ó imbéciles, locos y personas de malas costumbres (2).

2.º Los menores de veinticinco años (3).

3.º Las mujeres (4).

4.º Los obispos y los demás eclesiásticos (5).

5.º Los militares mientras estén en el servicio (6).

324. *Por falta de garantía* inhabilitan las leyes:

1.º A los recaudadores de tributos y que tienen sus bienes hipotecados al fisco; incapacidad suprimida implícitamente por la *Ley hipotecaria* (7).

2.º A los deudores del pupilo (8), menor ó incapacitado.

(1) Se ha de entender de los que son sordos completamente: *minus autem plene audientes possunt esse tutores*. Glosa 1.ª de Gregorio Lopez á la ley 4.ª, tit. XVI, Part. VI.

(2) Ley 4.ª, tit. XVI, Part. VI.

(3) Ley 4.ª citada.

(4) Dicha ley 4.ª

(5) Ley 14 del mismo título y Partida.

(6) Dicha ley 14. Art. 3.º, tratado VIII de las Ordenanzas del ejército. Los retirados del servicio con licencia, que hubiesen servido quince años sin interrupcion, tampoco podrán ser apremiados á desempeñar contra su voluntad el cargo de tutores, segun se dispone en el art. 6.º, tratado VIII de las Ordenanzas del ejército.

(7) Leyes 14, tit. XVI, y 2.ª, tit. XVII, Part. VI. Abolido el sistema de las hipotecas generales y tácitas, y sustituido por el de las especiales y expresas, parece que esta incapacidad no tiene ya razon de ser. En efecto, para que el Estado tenga preferencia en los bienes de los que manejan fondos públicos, es indispensable exigir sobre ellos la constitucion de una hipoteca especial. (Art. 158 y 168 de la LEY HIPOTECARIA.)

(8) Ley 14, tit. XVI, Part. VI.

325. *Por la pena en que han incurrido cuando la sentencia es ejecutoria*, no pueden ser guardadores:

1.º Los ascendientes, tutores, curadores, maestros encargados de la educacion ó direccion de la juventud, ó cualquiera otra persona que con abuso de autoridad ó encargo hubiesen cooperado á los delitos de violacion, de estupro, de corrupcion de menores y de raptó (1).

2.º Los que fueren declarados reos de corrupcion de menores en interés de tercero (2).

326. A las incapacidades que acabamos de referir, debe añadirse otra temporal, que es la del que sufre la pena accesoria de interdiccion civil, tanto por la imposibilidad que tiene para desempeñar su cargo, como porque no es de creer que el que está privado de la potestad paterna, de la autoridad marital, de la administracion de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos (3), no lo esté tambien de los cargos de tutor y curador. Esta incapacidad, que ya se deducia del art. 41 del anterior Código penal, se halla más marcada todavía en una ley posteriormente publicada y en el Código penal de 1870 (4).

327. Aunque la doctrina expuesta es la general, no deja de tener limitaciones: así es que de la regla que señala la prohibicion de ser guardadoras las mujeres, se exceptuaban la madre y la abuela, como ya dejamos dicho, con tal que renunciaran al segundo matrimonio, á fin, dice la ley, de que el gran amor á su segundo marido no perjudicara los intereses del menor, y que renunciaran tambien las leyes que les impiden obligarse por otros (5), pues de otra suerte nadie querria contratar con ellas, lo

(1) Artículo 466 del Código penal.

(2) El mismo artículo.

(3) Artículo 41 de dicho Código.

(4) Ley de 18 de Junio de 1870, y artículos 43 y 466 del Código penal del mismo año.

(5) Ley 4.ª, tit. XVI, Part. VI. Respecto á la curaduría ejemplar, no sólo la pueden desempeñar la madre y la abuela, sino tambien las hijas y hermanas, segun se deduce de los artículos 1849 y 1850 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de que nos hemos hecho cargo en su respectivo lugar.

Aragon.—En Aragon la madre no pierde la tutela por pasar á segundo matrimonio. (Fuero III, *De tutorib.*; y obs. 3, *De tutorib.*)

Navarra.—En Navarra se halla tambien establecido expresamente que

que sería muy perjudicial á los huérfanos. En el dia, esto no tiene lugar respecto á la madre, puesto que en defecto del padre la corresponde sobre sus hijos un derecho superior al de tutela, cual es la patria potestad. Además, las casadas pueden ser curadoras ejemplares de sus maridos, como dejamos dicho en otro lugar. La exclusion de los clérigos no es extensiva á la guarda de sus parientes, que pueden reclamar del juez ordinario dentro de cuatro meses, contados desde que supieron la muerte del padre que dejó sin tutela á sus hijos (1); excepcion que no comprende á los obispos y regulares. La prohibicion relativa á los deudores no se entiende de los que, siéndolo ya, fueron nombrados en el testamento (2), porque la especial confianza del testador les sirve de garantía. Por último, segun algunos juriconsultos, cuya opinion no nos parece acertada, los menores pueden ser tutores testamentarios, si bien sólo administrarán cuando sean mayores (3). El rey, por motivos justos, justificados debidamente, concedia dispensa de la ley, para que las viudas que pasaban á segundo matrimonio conservasen la tutela de sus hijos y de sus nietos (4). Esta era una de las llamadas *gracias al sacar*. Sin embargo, no se expedia la real cédula á la madre que habia obtenido habilitacion para conservar la tutela ó curaduría, sin consti-

la viuda que pasa á segundo matrimonio pierde la tutela. (Ley 1.^a, título X. lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

(1) Ley 14, tit. XVI, Part. VI.

(2) Ley 14 del mismo título y Partida. Así está reconocido tambien en sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de Abril de 1873.

(3) Esta es la opinion de Gregorio Lopez en su glosa á la ley 4.^a, título XVI, Part. VI. Sala la sigue tambien, apoyándose en la ley 7.^a del mismo título y Partida; ley que habla del caso especial en que el padre deja por guardador de sus hijos á alguno de sus siervos, declara que sólo por este mero hecho adquiere la libertad, y determina que si es menor de veinticinco años, no desempeñe la tutela hasta cumplir esta edad. Mas la ley 1.^a, título XVII de la misma Partida, prohíbe de un modo tan terminante que el menor pueda ser guardador de un huérfano, que en nuestro concepto no es muy segura la interpretacion de los expresados escritores, convirtiendo en regla general lo que se halla dispuesto para un caso particular. Algun escritor moderno adopta la doctrina de los expresados juriconsultos: nosotros la consideramos abiertamente opuesta á la ley.

(4) Artículos 1.^o y 2.^o de la ley de 14 de Abril de 1838.

tuir previamente, y con aprobacion judicial, la hipoteca especial correspondiente. Y si ántes de constituirla se mezclaba en la administracion, su marido quedaba obligado á prestarla de sus propios bienes, respondiendo con ella á las resultas de la administracion ilegal de su mujer (1). La concesion de la patria potestad á la madre ha modificado estas disposiciones.

328. *Excusas.*—Pasemos á las excusas: por excusa entendemos *la alegacion de una justa causa ante el magistrado para eximirse del cargo de guardador* (2). Introducidas generalmente en beneficio de los que las deducen, pueden ser expresa ó tácitamente renunciadas. De estas excusas, unas se fundan en el favor especial que las leyes dispensan á algunas personas, otras en motivos de opinion, y otras, finalmente, en la justa distribucion de las cargas en proporcion á las circunstancias de cada uno.

329. *Por razon del favor especial que á algunos dispensan las leyes*, se excusan de ser guardadores:

1.^o Los que tienen cinco hijos legítimos varones, vivos, reputándose como tales los muertos en defensa del Estado (3).

2.^o Los ausentes por causa del Estado, mientras lo están, y un año despues de su vuelta; pero esto no es extensivo al cargo que ya tenian ántes, el cual deberá ser desempeñado por otros en su ausencia (4).

3.^o Los magistrados y jueces en actual ejercicio, respecto á la tutela ó curaduría que ántes no tenian (5).

(1) Artículos 207, 208 y 211 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) Segun las leyes 2.^a y 12, tit. XVI, Part. VI, parece que los parientes llamados por la ley á desempeñar la tutela, no tienen necesidad de alegar causa alguna para excusarse de su desempeño. Un distinguido escritor moderno considera opuesta esta doctrina á los arts. 1836, 1837 y 1838 de la Ley de Enjuiciamiento civil, deduciendo de ellos, que los parientes tienen necesidad de admitir ó de alegar justa causa que exima de esta obligacion; pero las palabras del art. 1837, «*previa la aceptacion del designado, etc.*» vienen á destruir su razonamiento y á confirmar la inteligencia, en nuestro concepto verdadera, que diferentes juriconsultos, entre ellos Sala y Escriche, han dado á las leyes de Partida que acabamos de citar.

(3) Ley 2.^a, tit. XVII, Part. VI.

(4) La misma ley 2.^a

(5) Ley 2.^a