

4.º Los recién casados, en los cuatro primeros años de matrimonio (1).

5.º Los maestros públicos de gramática, retórica, filosofía y medicina, con nombramiento real (2).

6.º Los que por el servicio nacional estuvieren en un lugar determinado (3); lo cual debe entenderse en caso de que la necesidad de residir en él no les permita desempeñar el cargo (4).

330. Por razones de *opinión pública* pueden excusarse:

1.º El que sobre toda la herencia ó su mayor parte tuviese pleito con el pupilo ó menor.

2.º El que hubiere sido enemigo capital del padre, no mediando reconciliación (5).

331. Finalmente, *por la justa distribución de cargas entre los individuos del Estado* se eximen de la de guardadores:

1.º Los que ya tienen tres cargos de guardador (6).

2.º El que fué tutor de un huérfano, de ser su curador (7).

3.º Los que se ven precisados á subsistir de su trabajo corporal (8).

4.º Los que padecen enfermedad crónica ó habitual (9).

5.º Los que no saben leer ni escribir, si es complicada la administración (10).

(1) Ley 7.ª, tit. II, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) Ley 3.ª, tit. XVII, Part. VI.

(3) Dicha ley 3.ª

(4) No referimos la exención concedida á los criadores de yeguas, por estar derogada por el art. 15 del decreto de 17 de Febrero de 1834.

(5) Ley 2.ª, tit. XVII, Part. VI. Esta circunstancia debia ser una incapacidad, pero el epígrafe del título, y aún las palabras de la ley, *Et aun se podrie excusar de la guarda.....* nos obligan á enumerarla entre las excusas, si bien creemos que en el caso de alegarse contra el tutor, deberá ser atendida por el juez. También parece que debia ser incapacidad la excusa anterior; pero las palabras de la ley tampoco nos permiten considerarla como tal.

(6) Dicha ley 2.ª, tit. XVII, Part. VI.

(7) Ley 3.ª, del mismo título y Partida.

(8) Ley 2.ª, tit. XVII, Part. VI.

(9) La misma ley 2.ª

(10) La misma ley 2.ª

6.º Los mayores de setenta años (1).

Las leyes de Partida señalan el tiempo y modo de proponer las excusas para que no se entienda que el llamado á estos cargos renuncia tácitamente á ellas, pues se presume que el que deja pasar el término prefijado ó se encarga de la tutela sin deducirlas, acepta el cargo y no puede gozar despues del beneficio á que renunció. Esta manifestación debe hacerse ante el juez, en los cincuenta días siguientes al en que el nombramiento llegó á noticia del interesado, no residiendo éste en punto distante más de cien millas (2) del pueblo donde se hizo; y excediendo de ellas, un día más por cada veinte millas, además de los treinta concedidos por la ley (3). Las diligencias judiciales sobre la admisión de excusas se han de sustanciar con audiencia del ministerio fiscal (4).

332. Si el tutor se sintiere agraviado de la sentencia que el juez pronuncia, puede apelar del mismo modo que en los demás pleitos (5). Mas si el tribunal de alzada desechare también la excusa, además de ser apremiado el tutor á recibir el cargo, será condenado en los daños y perjuicios seguidos al pupilo ó al menor desde el día en que supo el nombramiento hasta la sentencia ejecutoria (6).

(1) La misma ley 2.ª

(2) Tres millas equivalen á una legua.

(3) La ley 4.ª, tit. XVII, Part. VI, señalaba al juez el término de cuatro meses para pronunciar la sentencia. Parece justo que se haga de tal suerte la computación del término para alegar la excusa, que nunca se concedan menos de cincuenta días al que se halla á más distancia de cien millas. Esta es la opinión de Sala, fundada en la equidad y en la de varios juriscultores romanos, si bien reconoce que las leyes romanas, así como las de Partida, guardan sobre este punto un completo silencio.

(4) Puede deducirse esta doctrina de los artículos 1815 y 1840 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(5) Ley 4.ª, tit. XVII, Part. VI.

(6) Ley 8.ª, tit. XXIII, Part. III.

León Jo

SECCION IV.

DEL MODO DE TERMINAR LOS GUARDADORES EN SUS FUNCIONES.

333. Cesa el cargo de los guardadores:

1.º Por la muerte de los huérfanos, de los menores ó de los mismos guardadores, si bien por la del guardador deberá proveerse de otro al pupilo ó menor.

2.º Por pasar la madre ó la abuela, siendo guardadoras, á segundas nupcias, si no hubieran obtenido dispensa de la ley, ó si habiéndola obtenido, hubiesen dejado trascurrir el término designado por la ley, sin constituir la hipoteca correspondiente: en estos casos se deberá también nombrar otro guardador (1).

3.º Por llegar los menores respectivamente á la pubertad ó á la mayor edad, ó por cesar la incapacidad física ó moral que produjo la curaduría.

4.º Por la arrogacion, que haciendo al pupilo hijo de familia, no permite por incompatible la tutela.

5.º Por el cumplimiento del tiempo ó de la condicion puesta en la tutela testamentaria, en cuyo caso se hará otro nombramiento, segun dejamos expuesto.

6.º Por la excusa admitida legalmente (2).

7.º Por obtener dispensa de edad el menor.

8.º Por entrar el menor casado en la edad de los diez y ocho años, desde la que es hábil para manejar por sí mismo sus negocios, segun queda ya manifestado (3).

(1) Es claro que cuando la madre esté ejerciendo la patria potestad, no se podrá decir que por su matrimonio se extingue una guarda que no existe; aunque en nuestro concepto, para conservar aquel derecho, necesitará la habilitacion en los términos que hemos expuesto en otro lugar.

Vizcaya.—Casándose el padre ó la madre, se ha de proveer de otros guardadores al menor, uno de parte del padre y otro de la madre, á no ser que el padre haya dejado nombrado á sus hijos tutor testamentario, en cuyo caso, éste ha de ser preferido á la madre y á los demás parientes. (Ley 1.ª, tit. XXII.)

(2) Ley 21, tit. XVI, Part. VI.

(3) Ley 7.ª, tit. II, lib. X de la Novísima Recopilacion.

9.º Por incurrir el guardador en pena de interdiccion civil quedará privado, mientras la estuviere sufriendo, de la tutela y curaduría, y se proveerá de nuevo guardador al menor ó incapacitado (1).

10. Por la remocion de los guardadores sospechosos (2). Esto exige mayor explicacion.

334. Recibe el nombre de sospechoso el guardador que por su conducta hace temer que no desempeñará bien su cargo (3). Aunque las leyes establecen en general esta doctrina, sin embargo, señalan especialmente algunas causas para considerar sospechosos á los guardadores. Estas son:

1.ª Haber enseñado malas costumbres ó disipado los bienes de otro huérfano.

2.ª Saber, despues de aceptado el cargo, que el guardador era enemigo del menor, del incapacitado ó de sus parientes.

3.ª Decir falsamente delante del juez que no podia dar alimentos al huérfano.

4.ª Omitir la formacion de inventario sin fundado motivo.

5.ª No amparar judicial ó extrajudicialmente la persona y los bienes del que tiene en guarda.

6.ª Ocultarse cuando supiere su nombramiento (4).

335. No sólo deben acusar como sospechoso al guardador, las personas unidas con el huérfano por los vínculos de parentesco ó de afeccion, sino también puede hacerlo cualquiera otro, y áun las mujeres; lo que ha dado lugar á que se llame pública la acusacion. El que no hubiere llegado á la pubertad, no puede

(1) Regla 9.ª del art. 4.º de la ley de 18 de Junio de 1870, y art. 43 del Código penal.

(2) Ley 21, tit. XVI, Part. VI.

(3) Ley 1.ª, tit. XVIII, Part. VI.

(4) La misma ley 1.ª, tit. XVIII, Part. VI. No es cierta en absoluto, la doctrina de que el tutor ó curador, ya sea de menores ó ejemplar, cuando se halla en posesion de este cargo, no puede ser removido sino por uno de los motivos ó faltas que le hacen considerar sospechoso, reputándose como tal al que desgaste los bienes del menor ó demente, ó al que se halle en uno de los casos designados en la ley 1.ª, tit. XVIII, Part. VI..... (Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de Enero de 1873.)

hacerlo, pero si despues de ella, con consejo de sus parientes (1): el mismo juez puede proceder de oficio en este negocio (2).

336. El objeto de la acusacion es la remocion del guardador, y extraordinariamente el castigo que merezca despues de declarada, si es que ha habido mala fe en la administracion de la tutela ó curaduría (3). Mientras está pendiente la acusacion, se nombra otro guardador que cuidè de los intereses del huérfano y que le defienda (4). Mas la remocion de los tutores y curadores, ya para bienes ó ya para pleitos, no puede ser llevada á efecto por un acto de jurisdiccion voluntaria, aunque sea á solicitud de los menores, sino que es indispensable oírlos y vencerlos en juicio (5).

337. Los trámites que se han de seguir para entablar la acusacion y proceder en este juicio, son más bien propios de un tratado de procedimientos (6).

Seccion V

SECCION V.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

338. Además de los medios de proteccion que las leyes dispensan á los menores, de que ya hemos hablado, hay otro esencial de reparacion para indemnizarles de los daños que indebidamente y por su inexperiencia pueden sufrir. Este es la *restitucion in integrum*.

(1) Ley 2.^a del mismo título y Partida.

(2) Ley 3.^a del mismo título y Partida.

(3) Ley 4.^a del mismo título y Partida. Cuando habia dolo por parte del guardador, éste, con arreglo á la citada ley, era removido con la nota de infamia perpétua. Abolida esta pena por el art. 23 del Código penal de 1848, desde entónces dejó de tener aplicacion la disposicion referida.

(4) Ley 3.^a del mismo título y Partida.

(5) Artículo 1879 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(6) Solamente diremos aquí que, tanto en las demandas sobre excusas de estos cargos despues de haber empezado á ejercerlos, como en las que tienen por objeto la remocion de los guardadores sospechosos, *será fuero competente el del lugar en que se hubiese administrado la guardaduría en su parte principal, ó el del domicilio del menor*. (Regla 6.^a, art. 309 de la Ley orgánica del poder judicial.)

339. Por *restitucion in integrum* ó *restitucion por entero* entendemos: *reposicion del negocio vólido en que ha padecido daño el menor, al estado que tenia ántes de haberle sufrido* (1). Aquí debemos considerar:

1.^o Los casos en que procede.

2.^o Los casos en que cesa.

3.^o Las personas á quienes corresponde.

4.^o El tiempo y modo de obtenerse.

340. *Casos en que procede*.—Este remedio está introducido como excepcion de la ley, y sólo por lo tanto puede tener lugar en defecto de otros generales, en los casos en que el menor haya sufrido daño en juicio ó extrajudicialmente, por razon de su edad, culpa de su guardador ó engaño de otro (2), pero no si el daño fué casual, ó si para hacerlo desaparecer tiene el recurso comun de nulidad ú otro semejante (3). Las leyes conce-

(1) Ley 1.^a, tit. XXV, Part. III, y ley 1.^a, tit. XIX, Part. VI.^a

Aragon.—En Aragon no hay restitucion *in integrum*, ni los menores tienen necesidad de ella, pues se conservan ílesos *ipso jure* por beneficio del fuero. *Et minores 14 habent privilegium quod ipso foro servantur illæsi, quia non habemus in integrum restitutionem de foro*. (Observancia única. *De contractibus minor*.)

(2) Ley 1.^a, tit. XIII; ley 3.^a, tit. XXV, Part. III, y leyes 2.^a, 3.^a y 5.^a, título XIX, Part. VI. (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Junio de 1876.) La restitucion del daño causado á los menores tiene lugar áun en los actos judiciales, bien sea por falta de representacion legal ó por otro motivo, cesando este privilegio solamente en los casos marcados por las leyes. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de Junio de 1863 y de 30 de Octubre de 1865.)

En las ventas judiciales hechas en pública subasta, corresponde tambien la restitucion al menor, cuando ha habido lesion enorme. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1863.)

(3) Ley 1.^a, tit. XXV, Part. III. Como una consecuencia del último período de esta ley, el Tribunal Supremo tiene declarado en varias sentencias que el beneficio de restitucion, sólo tiene lugar contra los actos ó contratos celebrados con sujecion á las formas legales; que como subsidiario y extraordinario, no procede contra los que tengan algun vicio de nulidad, en los cuales se puede pedir y obtener reparacion por los medios ordinarios, y que pueden ser combatidos é inutilizados entablando la accion ordinaria correspondiente; y en una palabra, que [las leyes sobre restitucion, que tienen por objeto actos válidos perjudiciales á menores, no pueden aplicarse á las

den este beneficio á los menores perjudicados, aunque no medie dolo (1).

341. *Casos en que cesa.*—No há lugar á la restitucion, además de los casos en que el daño ha sido casual ó cuando procede un recurso ordinario:

1.º Cuando el menor, que por la fisonomía pareciese mayor, fingiere que lo es; en pena de su engaño, que no pueden favorecer las leyes, las cuales *ayudan á los engañados mas no á los engañadores* (2).

2.º En los pleitos empezados en la menor edad y sentenciados despues de ella, pues segun las leyes de Partida, sólo tiene lugar este beneficio cuando la sentencia se ha dictado ántes de la mayor edad. El silencio que en esta parte guarda la Ley de Enjuiciamiento civil podria hacer dudar de si actualmente procede la restitucion, áun en el caso de haberse pronunciado la sentencia durante la menor edad; pero una decision del Tribunal Supremo ha desvanecido todo género de duda y reconocido la existencia de aquel beneficio en el caso á que nos acabamos de referir (3).

3.º En las sentencias pronunciadas por delitos comunes contra las personas á quienes se supone por su edad capaces de responsabilidad criminal (4).

cuestiones de nulidad. (Sentencias de 14 de Enero y 4 de Junio de 1864, 14 de Enero de 1879, y 17 de Mayo de 1880.)

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 1860.

(2) Ley 6.ª, tit. XIX, Part. VI. Así es que por sentencias del Tribunal Supremo, está declarado que los menores no pueden desatar las obligaciones que contraen cuando, fingiéndose mayores, contratan en este concepto; que son válidas las ventas de bienes raíces hechas por ellos cuando fingen ser mayores de veinticinco años, y por las circunstancias de estar próximos á esta edad, ser casados y tener la administracion de los bienes, ú otras especiales, pueden creer los que intervienen en el contrato que llegaron á la mayor edad. (Sentencias de 27 de Abril de 1860, 11 de Julio de 1868, 31 de Marzo de 1870 y 1.º de Marzo de 1875.)

(3) Ley 2.ª, tit. XXV, Part. III. La ley 1.ª, tit. XXV, Part. III, referente sólo á la restitucion concedida á los menores en los juicios por las sentencias dadas en su daño ó perjuicio, no es extensiva á los actos extrajudiciales de que hablan especialmente otras leyes del mismo código; limitacion que confirma la regla general. La sentencia es del 21 de Enero de 1865.

(4) Ley 4.ª, tit. XIX, Part. VI.

4.º En los pagos hechos á los menores, por orden ó con autorizacion judicial (1); porque en ellos sin necesidad de remedio de la restitucion, se reputan suficientemente garantidos, y por otra parte, porque así lo aconseja la precision que tiene el deudor de obedecer el mandato del juez.

5.º Si habiendo pedido los menores restitucion durante su menor edad, diere el juez sentencia contra ellos (2).

6.º En los términos llamados fatales (3), esto es, aquellos cuyo mero trascurso produce resultados irreparables, y que no pueden ser ampliados, prorogados ni suspendidos (4).

(1) Ley 4.ª, tit. XIV, Part. V. En esta misma ley 4.ª, así como en la 6.ª, tit. XIX, Part. VI, se fundó el Tribunal Supremo para declarar que tampoco compete el beneficio de la restitucion por el perjuicio que puede haber sufrido un menor en la division de bienes vinculados, cuando ésta se ha practicado en perfecta conformidad á las prescripciones del art. 3.º de la ley de 11 de Octubre de 1820. (Sentencia de 15 de Marzo de 1871.)

(2) Ley 6.ª, tit. XIX, Part. VI.

(3) Ley 2.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Art. 311 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(4) A los casos en que cesa la restitucion, de que hablamos en el texto, añadimos otros dos en nuestras primeras ediciones. Estos eran, aquel en que el menor hubiese obtenido dispensa de edad, y el en que siendo mayor de la pubertad, se obligara con juramento á no pedir la restitucion.

El primero no está expreso en la ley, y en otro tiempo nos inclinamos á que siempre que ocurriera, debia cesar la restitucion, fundándonos en que parecia esto una consecuencia de la dispensa. Sin embargo, examinando el punto con todo detenimiento, vimos que era más comun y que tiene mas probabilidades de éxito en la práctica la opinion que concede la restitucion, la cual encuentran en su apoyo la razon no despreciable de que no debe convertirse en perjuicio del menor la dispensa de edad que se le otorga para favorecerle. Agrégase á esto, que en caso de duda se debe estar por lo que sea más beneficioso á los menores. Lo mismo puede decirse del que por haberse casado y haber entrado en los diez y ocho años, adquiere la facultad de administrar sus bienes; y con efecto, esta es la doctrina del Tribunal Supremo, al declarar que la ley 7.ª, tit. II, lib. X de la Novísima Recopilacion, que concede á los casados mayores de diez y ocho años la facultad de administrar sus bienes, no les priva de los demás beneficios concedidos á los menores de veinticinco años. (Sentencia de 26 de Junio de 1861.)

Respecto al segundo caso, esto es, á cesar la restitucion cuando el menor que ha llegado á la pubertad la renuncia con juramento, pusimos en una

7.º Contra las sentencias de que no hay ya ningun recurso, y por las que se entienden acabados y fenecidos los pleitos, sin poderse volver á mover, ni á suscitar, ni á tratar en manera alguna (1).

8.º Contra el trascurso del término legal para interponer el recurso de nulidad (2) ó el de casacion.

9.º Tampoco tiene lugar contra un tercero que ha adquirido con buena fe la propiedad ú otro derecho en la cosa, si el tercero no ha tenido parte en el contrato en que se ha causado el perjuicio, y ha inscripto su título en el registro *de la propiedad* (3).

342. *Personas á quienes compete.*—Este remedio es personalísimo, y por eso compete sólo á los menores y á sus herederos en virtud de su representacion personal (4), y no á sus fiadores y guardadores. Esta doctrina general no tiene lugar en el caso en que se concediere la restitucion cuando ha intervenido engaño, pues entónces se libertará el fiador, porque la ley, altamente moral, nunca protege á los dolosos (5). Aunque el privilegiado no goza de su privilegio contra el que lo es igualmente, habrá lugar

nota: «Por debido respeto á la ley (ley 6.ª, tít. XIX, Part. VI), aceptamos esta doctrina, que no tenemos por justa, ni por moral, ni por conforme con los intereses del huérfano, ni con la intencion de los legisladores.» La doctrina del juramento, tomada de la famosa auténtica *Sacramenta puerum*, agregada al cuerpo del Derecho civil despues de la ley 1.ª, título XXXVII, lib. II del Código, ocasionó gran trastorno en el derecho: el consentimiento universal de todos los países la rechazó, como afirma Voet; llamáronla á boca llena, injusta, rigurosa y ocasionada á fraudes, los mismos que escribieron en época muy próxima al emperador Federico, que fué su autor, y algunos de nuestros jurisconsultos, entre los cuales debemos hacer mencion de Castro y de Sala, la criticaron con la mayor severidad. Las mismas leyes de Partida (ley 28, tít. XI, Part. V) y las recopiladas (leyes 6.ª y 7.ª, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion), establecen implícitamente el principio de que el juramento contra las leyes prohibitivas no surte efecto. A esto se acomoda la práctica, en la que no se da fuerza á la renuncia jurada que hace del beneficio de la restitucion el menor, aunque haya llegado á la pubertad.

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Mayo de 1866.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 1859.

(3) Artículo 38 de la LEY HIPOTECARIA.

(4) Ley 8.ª, tít. XIX, Part. VI.

(5) Ley 4.ª, tít. XII, Part. V.

á la restitucion, cuando un menor trata de resarcirse del daño que á otro menor le ha reportado ventajas. A los que por su incapacidad fisica ó intelectual se hallan bajo la guarda de otro, corresponde tambien el beneficio de la restitucion (1).

343. *Tiempo y forma de obtenerla.*—El tiempo para pedir la restitucion es todo el de la menor edad y los cuatro años siguientes (2), que comunmente se llaman *cuadrienio legal*. Debe otorgarse con conocimiento de causa, esto es, con prueba de los extremos indispensables para que competa, y con audiencia de la parte contraria, no innovándose nada durante el juicio y dejando las cosas en el estado en que estaban ántes de sufrirse el daño (3).

344. Los ausentes por causa de la república ó del procomunal, que se equiparan á los menores, pueden pedir la restitucion en el cuadrienio desde el dia en que se restituyeron á sus hogares, y si murieren sin haber regresado, lo podrán hacer sus herederos, contando los cuatro años desde el fallecimiento (4).

(1) Ley 4.ª, tít. XIV, Part. V, y Gregorio Lopez en la glosa núm. 8 á la misma ley.

(2) Ley 8.ª, tít. XIX, Part. VI. Los interesados deben entablar el recurso ántes que espire el término legal, pues pasado éste no será admisible. (Sentencias de 28 de Enero de 1866 y de 29 de Abril de 1867.) Y tambien se declaró por otra de 21 de Enero de 1865, que el contrato celebrado por un menor que careciere de curador, era válido y subsistente si no se habia reclamado el beneficio de la restitucion por el perjuicio sufrido, y mayormente si despues se ha confirmado y ratificado por el mismo menor.

(3) Ley 2.ª, tít. XXV, Part. III. Siendo el objeto de la restitucion *in integrum* reparar el daño sufrido por los menores de veinticinco años en sus intereses ó en sus derechos, es indispensable que lo prueben cumplidamente. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 3 de Abril de 1869 y 4 de Marzo de 1874.)

Cataluña.—Las enajenaciones de bienes inmuebles hechas por los menores de edad á título oneroso, adquieren validez, si el vendedor ha dejado pasar, sin reclamar, los cinco primeros años de la mayor edad, segun dispone la ley 3.ª, tít. LXXIV, lib. V del Código de Justiniano, que como las demás disposiciones romanas, rigen en aquella provincia en defecto del derecho foral y canónico. (Sentencia de 1.º de Octubre de 1872.)

(4) Leyes 10, tít. XXIII, y 28, tít. XXIX, Part. III.

Aragon.—En Aragon no tiene lugar el beneficio de restitucion para los ausentes por causa de la república. (Obs. única, *De contractibus minorum*, libro V de los Fueros.) Mas por beneficio del fuero se conservan ilesos.