

otras especies que la *testamentaria* y la *dativa*, y su nombramiento se acomodaba á las reglas establecidas para el de los tutores en la ley de Enjuiciamiento civil (1), excepto en cuanto á la intervención concedida por la ley al menor, ya para oponerse en la testamentaria al nombramiento hecho por la persona que, no siendo el padre ó la madre, le hubiere instituido heredero ó dejado manda de importancia, ya para hacer por sí mismo la designación en la dativa y en la especial *ad litem*, aunque con la aprobación del Juez. No existía curaduría *ad bona legitima*, como existía tutela, por la falta de aquel fundamento (2) de reciprocidad entre el cargo de la tutela y la expectativa de la herencia, toda vez que el sometido á curatela, por ser ya púber, tenía testamentifacción activa.

Por el contrario, la curatela *ejemplar* puede ser de las tres especies: *testamentaria*, *legítima* y *dativa*. Esta clase de curatela *ejemplar legitima* había de recaer por designación judicial y por este orden—teniendo la aptitud necesaria para desempeñarla—en el padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapacitado, siendo preferidos, cuando fuesen varios los hijos y los hermanos, los varones á las hembras, y el mayor al menor, y si concurriesen abuelos paterno y materno, los primeros á los segundos. Sólo á falta de personas aptas en esa clase de parientes podía el Juez nombrar como curador *ejemplar dativo* á la persona que estimara más á propósito para desempeñarla, prefiriendo el que fuese pariente ó amigo del incapacitado ó de su padre (3).

En todo caso el nombramiento de curador *ejemplar* tenía que ir precedido de sentencia firme, por virtud de la cual se declarase *incapacitado* al que se trataba de someter á dicha curatela para la administración de sus bienes, y en defecto de dicha sentencia era preciso acreditar sumariamente en un antejuicio aquella incapacidad, nombrándole un curador *ejemplar* interino y reservando á las partes el derecho que pudiera asistirles en el juicio correspondiente (4).

Las reglas antes indicadas al tratar de la tutela, tanto respecto de los casos de incapacidad, como de excusa y de remoción de los tutores, eran aplicables á los curadores, pudiendo agregarse tan sólo que el hecho de haber sido tutor de una persona constituía una excusa para el desempeño de la curatela (5). Lo propio puede decirse en cuanto á las obligaciones anteriores, simultáneas y posteriores al desempeño del cargo (6), con la natural diferencia de la edad en el menor comparado con el pupilo, y el diferente grado de capacidad é intervención que al uno y al otro reconocían las leyes en los actos civiles que le interesaran (7).

(1) Arts. 1.842, 1.844 y 1.856 y concordantes, L. Enj. civ.

(2) *Ubi successionis est emolumentum ibi et tutelae onus esse debet.*

(3) Arts. 1.849 á 1.851, L. Enj. civ.

(4) Arts. 1.847 y 1.848, ídem íd.

(5) LL. 3.<sup>a</sup>, tít. 17, y 4.<sup>a</sup>, tít. 18, Part. VI.

(6) LL. 15 y sigs., tít. 16, Part. VI.

(7) Núm. 3, cap. 8.<sup>o</sup>, t. II, 2.<sup>a</sup> edic.

Igual analogía existía entre los casos de concluir la tutela y la curatela, con la sola diferencia del tipo de edad, que era, respecto de esta última, el cumplimiento de los veinticinco años ó la obtención de la venia de edad, bien por gracia al sacar, bien por disposición general del Derecho respecto de los casados mayores de diez y ocho años, y la cesación de la incapacidad en la curatela de los incapacitados (1).

(1) L. 13, tít. 16, Part. VI, de 14 de Abril de 1838, y 7.<sup>a</sup>, tít. 11, Nov. Rec.

BENEFICIO DE RESTITUCIÓN «IN INTEGRUM».

Indicado queda en el núm. 9 de este capítulo, que al lado de las instituciones de carácter *preventivo*, como la *tutela* y la *curatela*, establecidas en defensa de las personas y bienes de los menores é incapacitados, se registraba en el Derecho español, procedente del romano, otra de índole complementaria y de carácter *repressivo* ó *reparatorio*, denominada *restitución in integrum*; remedio legal extraordinario otorgado por la ley á ciertas personas que habían sufrido un daño en un acto válido según el rigor del Derecho, para su reposición al estado que tenía antes de haberlo sufrido. (LL. 1.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, tít. 19, Part. VI; 1.<sup>a</sup>, tít. 13; 60, tít. 18, Part. III; 4.<sup>a</sup>, tít. 14, Part. V; 10, tít. 19, Part. VI; tít. 13, libro XI, Nov. Rec.)

Competía este beneficio á los menores y á sus sucesores por título, ya universal, ya singular lucrativo, pero no á los fiadores á pesar de su subrogación en lugar del deudor, porque la fianza prestada en contratos celebrados por menores de edad tiene, además de los fines de su naturaleza, los especiales de asegurar su cumplimiento contra los efectos rescisorios de la restitución. De igual modo correspondía á los incapacitados para la administración de sus bienes y á las personas jurídicas, con tal que no fueran sociedades de carácter mercantil ó industrial, en las cuales falta la presunción en que se fundaba, que era la ausencia del estímulo del interés individual, dada la finalidad del lucro que precisamente caracteriza á estas últimas.

Discutióse por los escritores si este beneficio era compatible con el de la *venia de edad*, opinando por la negativa los unos, fundados en que uno y otra responden á presunciones opuestas, y por la afirmativa los otros, puesto que lo absurdo sería que el favorecido por la venia de edad resultara perjudicado por hacerse entonces incompatible con aquel otro más eficaz remedio para su defensa.

Como opinión más aceptable se ofrece una intermedia que distinguía atendiendo al origen de la venia de edad, según que fuera producto de una disposición general del Derecho, recaída en personas adornadas con las condiciones comunes al efecto, sin determinar otras especiales, ó procedente de *gracia al sacar*, previo el necesario expediente en que se demostraran las dotes de sensatez y cordura del menor objeto de ella. En el primer caso la venia de edad se reputaba compatible con el beneficio de restitución; en el segundo, no.

Podía ejercitarse el beneficio contra todos los que intervinieran en el acto en que se causó el daño, así como contra los sucesores á título universal y aun singular, cuando el menor no pudiera obtener la reparación por insolvencia del causante: doctrina esta última reformada por la ley Hipotecaria en lo que á los bienes inmuebles se refiere. Y no era obstáculo á la eficacia del beneficio la condición privilegiada que, por cualquier otro concepto, tuviera la persona contra quien se ejercitara, incluso la cualidad de menor, por ejemplo, si del acto celebrado entre dos menores resultaba el uno perjudicado y el otro favorecido.

Tenía lugar la restitución en todos los casos en que se tratara de actos válidos según el Derecho, aunque hubiera intervenido el Juez, en los que se causara perjuicio al menor sin determinar la cuantía de él de una manera taxativa, quedando ésta sometida á la apreciación judicial. (LL. 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, tít. 19, Part. VI.) Se exceptuaban aquellos casos en que el daño fuera de poca entidad (L. 5.<sup>a</sup>, tít. 19, Part. VI); en los que el menor tuviera otra acción ó recurso de la clase de los ordinarios, ya que la restitución es de carácter extraordinario, siendo aquéllos suficientes para obtener la reparación de sus intereses (LL. 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, tít. 15, Part. III); cuando el menor se fingiera mayor



## §. 2.º

## Jurisprudencia anterior al Código civil.

13. NATURALEZA DEL CARGO DE TUTOR.—La doctrina de que el cargo de tutor es de carácter personalísimo se refiere sólo á que no puede transmitirse, y á que debe ejercerse por la persona llamada al mismo, pero no á que esta

y lo pareciera por su desarrollo físico sin que le fuera conocida la ficción del otro contratante, en castigo á la mala fe del primero y á la buena del segundo (L. 6.ª, tit. 19, Part. VI); cuando se tratara de pleitos sentenciados después de cumplir la mayor edad, aunque se hubieran seguido antes (L. 2.ª, tit. 25, Part. III); en los procedimientos criminales en que la edad tiene otros tipos y efectos de exención, atenuación ó responsabilidad plena (arts. 8.º y 9.º, Código penal); respecto de las sentencias contra las cuales no procediera el antiguo recurso de súplica ó de nulidad ó el moderno de casación (L. 5.ª, tit. 13, lib. XI, Nov. Rec.); en los términos improrrogables (L. 3.ª, tit. 10, y 1.ª, tit. 12, lib. XI, Nov. Rec.; art. 311 de la ley de Enjuiciamiento civil); en los pagos hechos por el deudor del menor, en virtud de mandato judicial (L. 4.ª, tit. 14, Part. V); en los supuestos de que el daño experimentado por el menor dimanase de caso fortuito (L. 2.ª, tit. 19, Part. VI); y aun en todos aquellos en que el menor púber hubiese renunciado bajo la solemnidad del juramento á dicho beneficio, si bien esta última hipótesis fué en la práctica combatida por la doctrina canónica de la relajación del juramento, para que éste no fuera *vinculum iniquitatis*. (L. 6.ª, tit. 19, Part. VI.)

El ejercicio de este recurso de restitución tenía un plazo improrrogable llamado el *cuadrinio legal*, cuyo cómputo se hacía para los menores desde que cumplieron la mayor edad, hasta cuatro años después; para los incapacitados, por igual tiempo, desde que cesó su incapacidad; y para las personas jurídicas, por el mismo plazo, desde que sufrieron el daño ó perjuicio. (LL. 8.ª y 10, tit. 19, Part. VI; 28, tit. 29, Partida III, y 47, tit. 13, Part. V.)

Los efectos legales de la restitución eran los de la insubsistencia del acto jurídico y sus consecuencias contra el que se ejercitaba, reponiéndose las cosas al estado que tenían antes de haberse verificado; pero como esta reposición no siempre sería posible íntegramente para las dos partes, la solución consistía en que se hacía totalmente para el menor, y respecto del otro contrayente ó interesado en el acto rescindido la fórmula era *quod fieri possit*. (LL. 8.ª, tit. 19, Part. VI, y 2.ª, tit. 24, Part. III.)

Modificaron radicalmente esta doctrina los arts. 36 y 38, causa 6.ª, de la ley Hipotecaria, al declarar el primero que «las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en dicha ley», y al preceptuar el segundo que no se anularán ni rescindirán por efecto de la restitución *in integrum* los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho.

La crítica de esta institución se ha ofrecido con tendencias muy contradictorias. Los impugnadores la consideran un privilegio odioso y altamente injusto é inconveniente para los mismos que gozan este beneficio, y más para aquellos contra quienes se puede ejercitar. Privilegio, puesto que lo disfrutaban ciertas personas; injusticia, por esa propia razón, de falta de igualdad de condición civil respecto de los interesados que intervienen en el mismo acto; é inconveniencia para unos y otros, porque dificulta la contratación produciendo recelos que retraen á los demás á causa de dejar en condición incierta la suerte, firmeza y efectos de los actos jurídicos, oponiéndose á la libre circulación de la riqueza.

Lo de privilegio no es muy exacto, puesto que el carácter de generalidad de la ley supone igualdad de sus preceptos en igualdad de condiciones, y es evidente que las personas que disfrutaban este beneficio se encuentran en una excepcional que no concurre en las demás, fundamento de la presunción de que pueden ser más fácil-

persona no pueda sufrir en su capacidad y aptitud las modificaciones que sean efecto de los hechos con que se relacione (1).

14. TUTELA TESTAMENTARIA.—Así los padres, como también los abuelos, y hasta los extraños, pueden libremente nombrar guardadores á los menores de edad á quienes instituyen, legan ó donan alguna porción de sus bienes, disponiendo de ellos y aplicándolos en la manera que juzguen más oportuna (2), lo cual se entiende en cuanto sea compatible con los derechos que la patria potestad concede á la madre en defecto del padre (3).

Habiendo premuerto el marido recae en su esposa, por ministerio de la ley y sin limitación alguna, la patria potestad sobre su hijo, y con ella el derecho de nombrarle guardador; cuyo nombramiento, tan legítimo como el que le hiciera su esposo, debe prevalecer por ser posterior; y, por lo tanto, al estimarlo así el fallo recurrido no infringe los arts. 64 y 65 de la ley de Matrimonio civil (4).

15. ACTITUD PARA SER TUTORES.—Si bien con arreglo á la ley 14, título 16 de la Partida VI, los que fuesen deudores de los mozos no pueden ser guardadores de ellos, la misma ley establece terminantemente la excepción *fuera de si los padres estableciesen en sus testamentos que los guardasen* (5).

16. HIPOTECA POR RAZÓN DE TUTELAS.—Según establecen las leyes 23 y 26, tit. 13, Partida V, están hipotecados tácitamente en favor de los menores todos los bienes de sus guardadores (6).

mente perjudicadas. Lo de la injusticia, por la deficiente situación y medios de reparación que tienen aquí unos y otros, no es tan exacta si se advierte que constituye una situación legal previamente conocida y que pudieron tener presente los que con los beneficiados contrataron. Lo de la inconveniencia por las dificultades que á la libre contratación y circulación de la riqueza podía ocasionar, sin dejar de ser exacta por los recelos ya indicados, á que puede dar lugar, es una consecuencia inexcusable de las hipótesis en que dicho beneficio se funda, mas también es innegable que este mismo rigor tiene virtud para estimular la prudencia y honradez de los contratantes.

Lo que no puede desconocerse es que es una precaución complementaria de otras, como lo son las instituciones todas de la guarda en sus antiguas formas de tutela y curaduría, fundadas en una presunción innegable de posible perjuicio ó probable daño en el patrimonio de personas, como los menores, incapacitados y colectividades no mercantiles ni industriales, cuya condición imperfecta hace ese temor verosímil, y por eso se da únicamente en defecto de recursos ordinarios, y cesa desde el instante en que los beneficiados resultan suficientemente defendidos.

Sin embargo, el Código civil se ha desentendido de esta institución dejándola derogada, pues nada tiene que ver con ella la acción de rescisión concedida por el núm. 1.º del art. 1.291 á los menores ó incapacitados respecto de los contratos que pudieran celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieran sido objeto de los mismos; ni la otorgada por el núm. 2.º de igual artículo, respecto de contratos celebrados en representación de los ausentes en el caso de haber sufrido igual lesión; ni, por último, la acción de nulidad que sanciona el 1.301, respecto de los contratos celebrados por los menores ó incapacitados en favor de éstos por el término de cuatro años, contados desde que salieron de la tutela.

- (1) Sent. 10 Marzo 1888.
- (2) Sent. 29 Octubre 1869.
- (3) Sent. 2 Noviembre 1882.
- (4) Idem id.
- (5) Sent. 9 Abril 1873.
- (6) Sent. 11 Diciembre 1884.



17. OBLIGACIONES DEL TUTOR DURANTE LA TUTELA.—El tutor está obligado á mirar por los intereses del menor con celo y diligencia, conservando los bienes, no sólo con seguridad, sino de un modo productivo; y si por descuido ó culpa suya dejan éstos de reeditar, es aquél responsable de los intereses (1).

18. ENAJENACIÓN DE BIENES RAÍCES DE MENORES.—La ley de Enjuiciamiento civil es la única que regula la forma de la venta de los bienes de menores (2).

Los tutores y curadores no sólo pueden, sino que deben, como buenos administradores, adquirir por y para sus menores cuanto redunde en beneficio y aumento del patrimonio de éstos, sin que al efecto estén ligados á las formalidades exigidas por las leyes para la enajenación de bienes raíces de los dichos menores; pero una vez adquiridos los de esta clase, su enajenación sin las indicadas formalidades lleva inherente el vicio de nulidad (3).

19. OBLIGACIONES DEL TUTOR Y DEL CURADOR AL CESAR EN SU CARGO.—Las cuentas no consisten en la relación arbitraria de lo que el guardador dice ha cobrado y gastado, sino en los justificantes (4).

Los tutores y curadores tienen la obligación de rendir cuentas de su administración, y á los Jueces impone el deber de exigirlos la regla 3.<sup>a</sup>, art. 1.272 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, correspondiente al núm. 2.<sup>o</sup>, art. 1.876 de la moderna (5).

El tutor ó curador á quien se señalan los frutos por alimentos de los menores, queda relevado de la obligación de dar cuentas (6).

El art. 1.273 de la ley de Enjuiciamiento civil no excluye la obligación legal que tienen los curadores de rendir cuentas de su cargo, sino que se refiere á las medidas que anualmente han de adoptar los Jueces en vista del Registro de tutelas y curatelas que se expresan en los arts. 1.271 y 1.272 precedentes (7).

20. SUPLEMENTO POR EL TUTOR Y CURADOR DEL DEFECTO DE CAPACIDAD DEL MENOR.—Contra el contrato celebrado por el menor de edad con intervención de su guardador, no se concede acción de nulidad como tal menor (8).

Para someterse los menores á una jurisdicción extraña, necesitan de la intervención de sus legítimos ó legales tutores ó curadores (9).

Si no fué el curador el que hipotecó los bienes del menor, sino que fué éste el que lo verificó con asistencia de dicho curador, no tiene aplicación, y, por tanto, no puede decirse infringida la ley 8.<sup>a</sup>, tít. 13 de la Partida V; sucediendo lo propio con la ley 17, tít. 16, Partida VI, porque el menor se obligó con asistencia de su curador, el cual tenía facultades bastantes, con el discernimiento del cargo, para completar la personalidad jurídica del menor en el acto de obligar sus bienes (10).

21. REMOCIÓN DEL TUTOR.—La regla 7.<sup>a</sup> del art. 1.208 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y el art. 1.276 de la misma establece que para decretar

(1) Sent. 10 Marzo 1858.

(2) Sents. 19 Marzo 1875 y 13 Julio 1876.

(3) Sent. 26 Septiembre 1865.

(4) Sent. 18 Noviembre 1865.

(5) Sents. 17 Noviembre 1832 y 13 Marzo 1883.

(6) Sents. 7 Abril 1859 y 21 Mayo 1872.

(7) Sent. 19 Noviembre 1874.

(8) Sent. 2 Junio 1858.

(9) Sent. 18 Noviembre 1858.

(10) Sent. 10 Octubre 1882.

la separación de los tutores ó curadores después de discernido el cargo, es indispensable oírlos y vencerlos en juicio (1), y dicha remoción no puede resolverse en acto de jurisdicción voluntaria (2).

22. CURADOR EJEMPLAR.—Del hecho de haber confiado el curador ejemplar á un tercero el inmediato cuidado y asistencia de un demente puesto bajo su curatela no puede presumirse que lo ha desamparado ni abandonado el cargo, con tal que aparezca haberlo hecho en beneficio de la persona del demente y para el mejor desempeño de la curaduría en todo aquello en que no era absolutamente necesaria la presencia ó intervención del curador (3).

Según lo dispuesto en la ley 13, tít. 16, Partida VI, y en el art. 1.231 de la ley de Enjuiciamiento civil, nombrado curador ejemplar testamentario por el padre, debe confirmarlo el Juez si entendiera que es beneficioso al incapacitado, sin que entonces pueda tener aplicación lo preceptuado en los arts. 1.245 y 1.246 de esta ley, segun así lo tiene declarado el Tribunal Supremo (4).

La ley 13, tít. 16, Partida III, establece que á los mayores de veinticinco años sólo se les nombre curador ejemplar cuando sean locos ó desmemoriados (5).

La facultad genérica que, con respecto á los particulares, se deriva del precepto del art. 1.243 de la ley de Enjuiciamiento civil, está limitada á poner en conocimiento del Juez el hecho de la incapacidad, sin que de ella pueda inferirse nunca el derecho de ser parte en un expediente ya incoado por persona legítima para obtener el discernimiento del curador ejemplar testamentario nombrado por el padre (6).

23. CURADOR «AD LITEM».—Consentido el nombramiento de curador *ad litem* por una persona que después trató de oponerse á él, dicha persona está legalmente incapacitada para reclamar contra un nombramiento que habia pasado ya en autoridad de cosa juzgada (7).

La sentencia absolutoria de la demanda de nulidad del nombramiento de curador *ad litem* en favor de quien no es pariente del menor ni amigo íntimo y de la confianza de la familia, habiendo personas en estas condiciones, infringe el art. 1.855 de la ley de Enjuiciamiento civil (8).

## ART. II

### CÓDIGO CIVIL

#### § 1.<sup>o</sup>

#### Texto.

#### I. Preliminar.

#### 24. BASE 7.<sup>a</sup> DE LA LEY DE 11 DE MAYO DE 1888.

La tutela de los menores no emancipados, dementes y los declarados pródigos ó en interdicción civil, se podrá deferir por testamento, por la ley ó por el

(1) Sents. 31 Enero 1873 y 10 Febrero 1887.

(2) Sents. 18 Abril 1863 y 15 Octubre 1882.

(3) Sent. 22 Diciembre 1860.

(4) Sent. 2 Octubre 1878.

(5) Sent. 13 Diciembre 1873.

(6) Sent. 2 Octubre 1878.

(7) Sent. 20 Enero 1863.

(8) Sent. 22 Octubre 1890.