

ceptos prohibitivos; y es sabido que, según el artículo 7.º de dicho ordenamiento, los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas son nulos.

Por este motivo no procede la restitución respecto de tales actos, y solo puede promover el incapaz la declaración de su ineficacia y nulidad.

Cuando se llenan las formalidades indicadas, los actos ejecutados por el tutor son perfectamente válidos y no procede contra ellos la restitución, porque existe la presunción de que se han cumplido exactamente las leyes, pues tales actos no pueden ejecutarse sin la audiencia del curador y del Ministerio público y sin la aprobación judicial, que constituyen las mejores garantías del incapaz contra el tutor.

Lo expuesto nos conduce á distinguir entre los actos de administración del tutor y los que importan enajenación, y establecer que en estos no procede el beneficio de la restitución sea que los ejecute aquel dentro de los límites de sus facultades y guardando las formalidades legales, sea infringiendo éstas; y que en aquellos solo procede el beneficio en tanto que hay lesión, pues según un principio de derecho, el menor goza de él por el daño que sufre. "*Restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.*"

La restitución, según se desprende de su misma definición, tiene por objeto reponer las cosas al estado que tenían antes de que se verificaran los actos que la motivan, y supone, por lo mismo, la posibilidad de que el incapaz perjudicado se encuentra en aptitud de devolver la cosa que recibió su tutor en virtud del contrato; pues si no fuera así, ese beneficio se convertiría en un acto inmoral é injusto que obligaría al contratante de buena fe á la devolución de lo que recibió del incapaz, sin que éste le devolviera lo que á su vez le fué entregado, lo que constituiría una verdadera espoliación.

Por este motivo, cuando no puede devolver el que pretende la restitución la cosa que recibió el tutor en virtud del contrato, no procede tal beneficio, pues falta la materia sobre que debe recaer y existe una imposibilidad física que la impide; porque la falta de ella no permite reponer las cosas al mismo estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato.

La naturaleza misma del beneficio de la restitución nos indica que

constituye una excepción de la regla general del derecho común, de donde se infiere que es un recurso otorgado para casos extraordinarios, y por tanto, subsidiario y procedente solo cuando no hay lugar á ningún otro recurso. (Art. 687, Cód. civ.)

En otros términos, no procede la restitución cuando las reglas ordinarias del derecho bastan para impedir ó reparar la lesión; porque no hay entonces la necesidad de un recurso extraordinario, que es lo que constituye la esencia de la restitución, y no podrá demostrarse la existencia de la lesión, requisito fundamental de ese recurso.

La aplicación de esta regla nos sirve para establecer, en apoyo de la teoría que ántes hemos expuesto, que la restitución es improcedente en todos los casos de nulidad del contrato, por ejemplo, cuando un incapaz contrata sin la intervención ó autorización del tutor.

Según el derecho Romano, esta regla no era aplicable á los casos en que, independientemente de la restitución, la persona perjudicada tenía una acción ordinaria que le producía resultados menos completos ó más seguros; pues ese beneficio no debía garantizar solamente contra la disminución directa de los derechos de cada uno, sino también contra la conversión de un derecho cierto en uno incierto y litigioso.

También era aplicable cuando el menor podía ejercitar la acción directa de tutela, no obstante que esta constituía un medio ordinario para obtener la reparación del daño sufrido, pues aquel tenía la facultad de escoger entre este medio y la restitución; porque la acción de tutela exigía esencialmente la demostración de la falta del tutor por dolo ó culpa, la cual era siempre incierta y prestaba menos seguridad que la restitución.

Más justo nuestro derecho actual, solo, permite la restitución para indemnizar el daño sufrido por el incapaz en la parte en que no hayan al canzado á repararlo los bienes del tutor ó del fiador y del curador en su respectivo caso; porque el tercero que contrata de buena fe, no tiene las mismas obligaciones con el incapaz que el tutor y el curador; y si éstos poseen bienes con que indemnizarle el daño sufrido, no hay justicia para molestar á aquel. (Art. 883, Cód. civ.)

El juicio de restitución es sumario, admite los recursos que le corresponden, según el interés de que se trata, y en él se debe oír al

Ministerio público; pero no puede dársele curso á la demanda si no deposita el que la entabla la cosa que haya de restituir ó no garantiza su devolucion; y en el caso de que proceda el recurso de apelacion contra la sentencia que ponga término al juicio, el fallo de segunda instancia causa ejecutoria. (Arts. 681 y 688, Cód. civ. y 877, 881, 887, y 888, Cód. Proced.)

El carácter del beneficio de la restitucion, que es una excepcion de las reglas del derecho comun, no permite que se prolongue por un tiempo demasiado largo la facultad de promoverlo. Por este motivo, siguiendo el Código civil las prescripciones del derecho antiguo, de clara que el menor puede pedir la restitucion durante la menor edad y cuatro años despues; y que respecto del sujeto á la tutela por otro motivo que no sea la menor edad, los cuatro años comienzan á contarse desde que haya cesado el impedimento. (Art. 685, Cód. civ.)

El señalamiento del plazo á que nos hemos referido ha satisfecho una necesidad, pues habria sido enteramente inútil la concesion del beneficio sin él; porque no habria tenido tiempo el incapaz para imponerse del estado de sus negocios y descubrir el perjuicio sufrido. El plazo de los cuatro años, tiene, pues, por objeto, que el individuo que ha salido de la tutela se entere del estado de sus negocios y pida con pleno conocimiento la restitucion.

Pero ese plazo es fatal, como todos aquellos términos que se conceden en virtud de un privilegio que deroga las reglas del derecho comun, y por tanto trascurrido ese plazo no puede pedirse la restitucion.

Los cuatro años dentro de los cuales puede intentarse la restitucion, se comienzan á contar desde que cesa la causa de la incapacidad que motivó el nombramiento del tutor; esto es, desde que el menor entró á la mayor edad y desde que el incapacitado recobró el uso de sus facultades mentales y entró al pleno goce de sus derechos.

El beneficio de la restitucion no es un derecho meramente personal que se extinga con la persona del incapaz, si no que se trasmite á sus herederos. El jurisconsulto Antonio Gomez dice á este respecto: "Pasa á los herederos el beneficio de la restitucion, sin que obste que el privilegio personal se extingue con la persona, porque esto acontece en el caso de que se conceda principal ó inmediatamente

por razon de la persona y no se verifica concediéndose por consideracion de la persona y de alguna lesion ó fragilidad, como en el menor. (Var. Resol. núm. 6.)

El Código civil ha sido omiso sobre este punto, pero creemos que por la naturaleza misma de la accion que compete al incapaz, así como por determinacion expresa de la ley 8^ª, tít. 17, Part. 6^ª, que no se halla en oposicion con aquel ordenamiento, el beneficio de la restitucion se trasmite á los herederos del incapaz.

La restitucion tiene por objeto reponer las cosas al estado que tenían ántes de la celebracion del contrato que produjo el daño, de manera que por efecto de ella se rescinde la obligacion; entrando el incapaz y el tercero con quien contrató el tutor en el goce de las cosas que fueron objeto del contrato con los frutos que hubieren producido desde la celebracion de éste.

En consecuencia, otorgada la restitucion por sentencia irrevocable, se reponen las cosas al estado que tenían ántes de que sufriera daño el incapaz; y éste y el tercero quedan obligados á la devolucion de la cosa que fué materia del negocio, con todos sus frutos, ó de su precio con los intereses. (Art. 682, Cód. civ.)

El efecto de la restitucion, como hemos dicho ántes, es rescindir el contrato ó indemnizar al que ha sufrido el daño, en la parte en que no hayan alcanzado á repararlo los bienes del tutor, ó del fiador y del curador en su respectivo caso; y el tercero con quien se ha contratado, puede optar entre la indemnizacion ó la rescision del contrato. (Arts. 683 y 684, Cód. civ.)

Antes de la vigencia del Código, era cuestion muy controvertida entre los intérpretes la relativa á si el tercero tenía ó no el derecho de opcion; pero esa controversia ha dejado de existir mediante la facultad que los preceptos de aquel le otorgan de consentir, en la rescision ó de reparar el daño reteniendo la cosa objeto del contrato.

La teoría adoptada por el Código es, á nuestro juicio, más conforme con la moral y la justicia, que exigen el respeto á la fe de los contratos, y concilia á la vez los intereses del incapaz, pues consigue la reparacion del daño que sufrió, y los del tercero contratante.

Muy debatida ha sido la institucion del beneficio á que nos hemos referido, mereciendo la severa crítica de unos, que la estiman in-

necesaria é injusta, y los elogios de otros, que la consideran como la salvaguardia de los intereses de aquellos que, abandonados en su orfandad ó en la desgracia al cuidado de personas extrañas, son dignos de la proteccion de la ley.

Nos aventuramos á decir que, á nuestro juicio, el sistema adoptado por el Código civil respecto de la tutela, hace inútil y aun perjudicial la existencia del beneficio de la restitucion, pues el tutor nada puede hacer relativamente á los actos que importan enajenacion sin consentimiento del curador, audiencia del Ministerio público y aprobacion judicial, y por tanto, no procede ese beneficio respecto de tales actos que son los más graves y trascendentales; y en cuanto á los de mera administracion, únicos que son susceptibles de la restitucion, tienen tal carácter que nunca pueden causar un perjuicio grave, el que, si llega á verificarse, es fácilmente reparable mediante el uso de la garantía otorgada por el tutor.

Por esto creemos que la restitucion es innecesaria, y á veces hasta perjudicial para los intereses que tiene que proteger, y que sería preferible suprimirla mediante el aumento de seguridades para los bienes de los incapaces, sin romper con la estabilidad de los contratos y sin perjuicio de los terceros que contratan de buena fe.

LECCION VIGESIMA SEGUNDA.

DE LA EMANCIPACION Y DE LA MAYOR EDAD.

I.

De la emancipacion.

La emancipacion es el acto por el cual se desprende el ascendiente que ejerce la patria potestad, del poder que tiene sobre alguno de sus hijos ó nietos.

En otros términos: es el acto jurídico que tiene por objeto libertar al menor de la patria potestad, facultándole para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes.

La emancipacion, establecida por la legislacion Romana, tuvo diversas formas. En los primeros tiempos de ésta, se hacia con los ritos establecidos para la *mancipacion*; y el padre extinguia la patria potestad por tres ventas del hijo ó una sola, si se trataba de la hija ó del nieto, y el hijo así emancipado à un extraño, se encontraba *in mancipio* de éste, es decir, en su potestad. Si el comprador otorgaba la libertad al hijo, tenia sobre él los derechos de patrono, tutela y herencia *ab intestato*: pero si se trataba de conservar el padre natural los derechos de patrono sobre el hijo emancipado, en lugar de otorgarle el comprador la libertad despues de la última venta, le *remancipaba* al padre, quien le otorgaba entonces la libertad y consu-