

progresar, necesitan sus representantes celebrar diversos contratos y contraer las responsabilidades consiguientes; mas como siempre se tenía en expectativa el temor de la restitución, nadie podía celebrar convenios con los tutores ó curadores sino obteniendo un lucro excesivo que compensara del riesgo en que se estaba de que el contrato fuera rescindido más tarde. Había, pues, en primer lugar dificultades gravísimas para la administración; y en segundo lugar, se tenían que sufrir pérdidas ciertas cuando había absoluta necesidad de contratar, porque no era posible conseguir quien quisiera arriesgar sus fondos en estos negocios tan inciertos, sino bajo el concepto de obtener utilidades de gran cuantía. Esto era positivamente dañoso para los menores, y así lo comprendieron los juriscultos más eminentes. Por estas razones comenzó á sostenerse la teoría que inició Savigny en su Tratado de Derecho Romano, que consiste en que se deben aumentar las precauciones al celebrarse los contratos sobre bienes de menores; pero una vez perfeccionados con todos los requisitos legales, habrán de considerarse tan inviolables y asegurados como las convenciones que se otorgan entre los mayores de edad. Siguiendo esta doctrina, las legislaciones modernas han quitado la distinción que había antiguamente entre tutela y curatela, dando á estas palabras una significación muy diversa de la que tenían antes. Hoy todos los menores, desde su más tierna edad hasta que cumplen veintiún años, tienen absoluta incapacidad legal para contratar y se hallan asistidos por un tutor y un curador: el primero cuida de la persona del pupilo, lo representa en juicio y administra sus bienes, y el segundo vigila la conducta del tutor, examina las garantías que éste presta, ó interviene en todos los actos que pudieran ser gravosos para el menor."

"El tutor necesita de autorización judicial, que no se le puede conceder sin audiencia del curador, para enajenar ó gravar los bienes inmuebles y las alhajas y muebles preciosos, para transigir en los negocios del menor, comprometerlos en

árbitros, para pagar los créditos, para celebrar arrendamientos por más de nueve años y para pedir dinero prestado. Además debe rendir cuentas justificadas de su administración cada año, y ha de caucionar su manejo con una hipoteca bastante ó con fianza otorgada por persona que posea bienes inmuebles libres de todo gravamen. Asegurados de esta manera los intereses de los menores, la restitución *in integrum* ya carece de objeto; pues si se celebrara algún convenio sin los requisitos establecidos por la ley, sería nulo de pleno derecho y no produciría efecto legal de ninguna especie."

ADICION.

CÓDIGO DEL DISTRITO FEDERAL DE 1870.

TITULO UNDECIMO

DE LA RESTITUCION "IN INTEGRUM"

Art. 679. Corresponde el beneficio de restitución á todos los sujetos a tutela, que fueren perjudicados, ya en los negocios que hicieron por si mismos con aprobación del tutor, ya en los que éste haga en nombre de ellos.

Art. 680. Para intentarlo deberá acreditarse:

I. Que se sufrió el daño durante la menor edad ó la incapacidad que dió origen á la tutela.

II. Que el daño causado excede de la cuarta parte del justo precio de la cosa ó interés que ha sido materia del negocio.

III. Que el daño proviene del negocio mismo.

Art. 681. El juicio de restitución será sumario y admitará los recursos que le correspondan, segun el interés de que se trate.

Art. 682. Otorgada la restitución, las cosas se repondrán al es-

tado que tenían antes de que sufriese el daño el incapacitado; y en consecuencia, éste y el tercero quedan obligados á la devolución de la cosa que fué materia del negocio, con todos sus frutos, ó de su precio con los intereses.

Art. 683. *El efecto de la restitución 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.*

Art. 684. *El tercero con quien se ha contratado, puede elegir la indemnización ó la rescisión del contrato.*

Art. 685. *El menor podrá pedir la restitución durante la menor edad y cuatro años después. Respecto del sujeto á tutela por otro motivo que no sea la menor edad, los cuatro años comenzarán á contarse desde que haya cesado el impedimento.*

Art. 686. *No hay lugar á la restitución:*

I. *En los convenios y actos del tutor ó curador que hayan sido aprobados judicialmente:*

II. *Cuando el que la pide, no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor.*

Art. 687. *Este recurso es subsidiario y sólo podrá entablarse cuando no haya lugar á otro alguno.*

Art. 688. *En todo juicio de restitución será oído el Ministerio Público.*

159. Méenos de un año después de promulgado el Código Civil á que pertenece el título anterior, ya se publicaban contra éste estudios en que se hacía notar cómo él había hecho retroceder en la materia que nos ocupa, la legislación civil, á tiempos en que, por regir ciertos principios en orden á los menores de edad, *verbi gratia* la facultad de éstos para tomar ó no curador (núm. 101), no era extraño que el legislador se hubiera preocupado de establecer un recurso en favor de la inexperiencia y para evitar los peligros á que ella podía dar lugar. El ilustrado juriconsulto mexicano D. José H. Ramírez, desde

las columnas del acreditado Semanario jurídico "El Derecho," escribía en 30 de Septiembre de 1871: "En el día y con las seguridades de que rodea la ley al menor, el beneficio de restitución es un privilegio enteramente inútil á la par que nocivo á la sociedad; es una fuente de pleitos y de fraudes en los contratos. Quitado el único fundamento racional que tenía la existencia de este privilegio; con el nombramiento de dos tutores que intervengan en todo negocio de los menores, y la intervención del Ministerio Público; garantizados éstos por cuántos medios puede pedir la más activa y exquisita vigilancia; nulificados aquellos actos en que falta la intervención del tutor, ¿qué objeto, volvemos á preguntar, lleva ese beneficio?"

Ya antes hemos expuesto los principales rasgos de la legislación antigua sobre la restitución de los menores sujetos á tutela. Para completar esta materia que del Código civil mexicano, que de ella trata, la han tomado las legislaciones de la mayor parte de los Estados de la República, ampliemos algo más las explicaciones dadas, no sin lamentar que sea éste uno de los puntos sobre que hasta hoy jamás se hará notar bastante la diversidad de leyes en el seno de una misma nación.

160. El beneficio de la restitución ¿corresponde solamente á los menores sujetos á tutela? La respuesta afirmativa no admite la menor duda, atento el texto del art. 679 que queda transcrito. Esto no quiere decir que los menores, no sujetos á tutela, porque lo estén á patria potestad ó porque carezcan de la edad necesaria para consentir legalmente, ejecuten sin embargo actos válidos, contra los cuales el legislador ningún remedio ha tenido cuidado de establecer. En uno y en otro caso no es la restitución el recurso que debe entablarse, sino la nulidad, pues ésta procede en los contratos, siempre que se otorgan sin alguna de las condiciones necesarias para su existencia, y entre ellas figura en primer término el consentimiento de los otorgantes. Así, supóngase que un hijo de familia ha celebrado un

contrato de compraventa; ¿debe éste subsistir? No, porque el hijo de familia, en virtud de su misma sujeción al que sobre él ejerce la patria potestad, no puede obligarse por sí solo (núm. 16), como incapaz de consentir. Mas, no se invoque en este caso el beneficio de la restitución, porque sería confundir dos hipótesis jurídicas, absolutamente diversas: la falta de contrato y su rescisión (1).

161. El art. 680 del Código civil del Distrito Federal de 1870 se ocupa de lo que debe acreditarse para obtener la restitución; y según él, ésta no procede sino para reparar un daño (*damno emergente*). Por manera que el beneficio no tiene lugar para que el menor se indemnice de los perjuicios que ha sufrido (*lucro cessante*). Diríamos que tal declaración importa una capital reforma respecto del antiguo derecho (núm. 134), si otros textos no nos obligaran á pensar que tal reforma no es sino aparente. En efecto, no debemos creer que el legislador haya empleado en materia tan importante, términos que sólo para el vulgo pueden ser indiferentes; y los arts. 679 y 683 no dejan lugar á duda sobre que los perjuicios del menor sujeto á tutela pueden también ser indemnizados por la restitución.

162. El art. 679 corta una antigua controversia sobre los casos de aplicación del beneficio que nos ocupa. ¿Hay lugar á éste aun para los actos del sujeto á tutela, que él por sí solo ejecute? En la antigua legislación creemos que no había duda, y así lo hemos expuesto en otra parte (núm. 130), lo que significa que en esta materia al ménos no se hacía ninguna distinción entre la nulidad y la rescisión. El texto de nuestro Código obra de otro modo, y como se lee en la parte expositiva, siendo de tres clases los negocios que pueden referirse á los menores: los hechos por ellos con autorización del tutor, los hechos por éste en representación de aquellos y los hechos

(1) Sentencias del Juzgado 4.º de lo Civil del Distrito Federal de 3 de Julio de 1869 y de la 3.ª Sala del Tribunal Superior del mismo, de 7 de Diciembre de 1870 (El Derecho, 2.ª época, tom. 1, pags. 245 á 247).

por los menores mismos independientemente, la ley sólo se ocupa de los dos primeros, pues éstos últimos son radicalmente nulos, como que en ellos "ha faltado la persona legal."

163. El art. 680 establece las condiciones para intentar la restitución. Si en cuanto á la primera y tercera, ó sean la relativa á que el daño que se trata de remediar, haya tenido lugar durante la menor edad ó la incapacidad que dió origen á la tutela, y la que expresa que no debe deferirse al beneficio sino cuando el daño de que se trata proceda del negocio mismo y no de caso fortuito ó fuerza mayor, nada tendríamos que hacer observar, ya que la restitución se funda en la debilidad de la edad y en la incapacidad proveniente de una enfermedad, y cuando nada es más racional que el que para la restitución se alegue que el daño es imputable á falta de administración ó á engaño del co-contratante, según también se verificaba en la antigua legislación (1), algo especial merece notarse respecto de la segunda de las condiciones puestas por nuestro Código, porque ella marca el esclarecimiento de un punto que hasta en la ley francesa se dejó á la soberana apreciación del juez; nos referimos al monto del daño que debía haber resultado al menor para que la restitución procediese. Hemos visto (núms. 130 y 141) que tanto en el antiguo como en el moderno derecho, ese daño debía ser considerable; de aquí la inevitable consecuencia del arbitrio judicial, ejercido en cada caso según sus particulares circunstancias. Parece ser que en vista de los peligros y abusos á que la falta de una ley precisa sobre esta materia daba lugar, la práctica de los tribunales introdujo la interpretación de que era necesario que el daño experimentado por el menor importase la sexta parte del interés que ex el negocio se versaba, siendo este antecedente el que Goyena sigue en el art. 1169 de su *Proyecto*; si bien quizá por el afán

(1) *Part.* 6, tít. 19, l. 2.

de restringir lo más posible el beneficio, este juriconsulto establece que el monto del daño debía exceder de la cuarta parte del justo precio de la cosa, ó del interés, materia del contrato. En los propios términos se expresa nuestro art. 680, inciso II.

164. Era cuestión muy debatida en el antiguo derecho la de si por efecto de la restitución debían las cosas volver al estado que guardaban antes de causarse el daño, al extremo de que el beneficiado por ella recobrase lo que había entregado, sin obligación por su parte de devolver lo que había recibido (núm. 134). El art. 682 de nuestro Código declara también que tal es el efecto de la restitución; pero el legislador cuidó de agregar (art. 686, inciso II), que ella no tiene lugar cuando el que la pide no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor. Se ve, pues, que con ésto se ha quitado á la restitución antigua algo que podía tener de gravemente odioso, pues importaba el enriquecimiento, muchas veces injusto, del menor á expensas de su co-contratante, quizá inocente.

165. Según el antiguo derecho, hemos visto también (núm. 135) que el menor ó incapacitado tenía un derecho perfecto para ejercitar su acción de restitución, tanto contra su tutor ó curador, como contra el co-contratante, pues la mira de los legisladores era que los daños ó perjuicios causados, explotando la inexperiencia, fuesen reparados de la manera más pronta y eficaz. El co-contratante del menor no tenía, en consecuencia, ninguna opción á este respecto. "Esto se hacía más palpable, dice el Sr. Goyena (1), en la venta de la cosa del menor por ménos de su justo precio, aunque el daño excediese de la mitad: el comprador, intentada la restitución, tenía que devolverla con los frutos, sin poder usar de la alternativa que tendría contra un mayor de edad, que reclamase la restitución por lesión enorme." Como sin duda alguna tal sistema estaba

(1) Goyena, *Proyecto*, art. 1, 171.

en pugna con la más clara equidad, los legisladores modernos tenían que reformarlo, mediante el mantenimiento de las garantías en favor del menor; pero haciéndolas efectivas primero en las personas inmediatamente obligadas respecto de aquel, y después en el co-contratante. Ahora bien, si la restitución no beneficia á los menores sino en los negocios que hicieren por sí mismos con aprobación del tutor y en los que éste hiciera en nombre de ellos, nada más justo que el deber del resarcimiento recaiga, antes que en cualquiera otro, en el tutor responsable, ya como coactor del menor, ora como su gestor en virtud de las mismas facultades de su cargo. Y como, sin salirnos de este orden de ideas, la más obvia reflexión enseña que en el mismo caso del tutor se encuentran el curador y el fiador de aquel, se sigue que la propia obligación de resarcimiento tiene que preceder también en estas personas, para hacerse efectiva en cualquiera otra. Tal es la gradación que el art. 683 establece, diciendo que el efecto de la restitución 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.

166. La reforma sobre este punto se ha extendido en el moderno derecho hasta la manera de hacer efectiva la restitución, ya frente á frente sólo del co-contratante del menor. Acabamos de indicar (núm. 164) cómo debiendo ser la restitución la reintegración de las cosas al estado que guardaban antes del contrato, las leyes modernas habían resuelto la antigua controversia sobre si el beneficio tenía que ser tan absoluto é incondicional en favor del pupilo, que le aprovechase hasta el extremo de enriquecerse con mengua de su co-contratante, y sin obligación de devolver á éste lo que en virtud del contrato aquel hubiera recibido. Así la restitución ya no tiene lugar sino en el sentido de una recíproca devolución. Mas como quiera que aún quedara la duda acerca de si era el pupilo quien tenía el

derecho de elegir lo que más conviniese á sus intereses, la rescisión del contrato ó la indemnización de los perjuicios, nuestro legislador encontró justo, en su afán siempre de no conservar del privilegio de la restitución sino lo estrictamente exigido por la equidad, establecer que aquel derecho de elección perteneciese al tercero con quien el menor había contratado, realizándose así que el beneficio no tanto diese ventajas al pupilo, cuanto le evitara daños. Tal es el texto del art. 684 de nuestro Código.

167. Los 685 y 687 del mismo expresan principios del antiguo derecho, sin la menor modificación. El primero, trata del término durante el cual puede pedirse la restitución (núm. 131); y el segundo, se refiere al carácter subsidiario del recurso. De este último tenemos una acertadísima aplicación hecha por la 1.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal en un célebre litigio sobre restitución contra un juicio ejecutivo ya en estado de trance y remate de los bienes embargados. El menor petionario del recurso trataba de hacerlo valer, después de que, habiendo apelado de la sentencia y desertado de esa apelación, no había hasta entonces opuesto la excepción de restitución. Nuestra 1.ª Sala dice á este respecto: "Considerando: Que en lo concerniente al remedio contra el juicio, ninguno de los artículos que constan citados en el escrito de introducción, ameritan la casación, y antes por el contrario, la ley 3.ª, tít. 25 de la Partida 3.ª, contradice la solicitud, al ordenar que el remedio de la restitución *in integrum* puede pedirse ante el mismo Juez que pronunció la sentencia ó ante su mayoral, cuyo concepto se aclara en la glosa segunda de la misma ley con estas palabras: "*Potest peti coram superiore restitutio ad appellandum a sententia*," de manera que habiendo apelado el representante de la señora recurrente de la sentencia pronunciada en el juicio ejecutivo, entonces y ante el mayoral, como dice la ley, pudo hacer valer el derecho de restitución por vía de agravio, si creía que lo tenía; pero apelar, de-

sertar del recurso y después entablar el juicio restitutorio ante el Juez, no puede permitirse en la jurisprudencia sin atacar el orden que establece para el ejercicio de las acciones. Y no se alegue que el art. 687 del Código Civil que dice: "Este recurso es subsidiario y sólo podrá entablarse cuando no hay lugar á otro recurso," deroga la ley de Partida, porque si se interpreta aquél por ésta, se comprenderá que, lejos de derogarla, la confirma, supuesto que habiendo habido el recurso de apelación de la sentencia de que se trata, el expresado art. 687 le niega el de restitución, como lo hace la ley 3, del tít. 25 de la Partida 3.ª (1).

168. No sin razón puede criticarse, como incompleto, el título de nuestro Código que trata de la restitución *in integrum*. En efecto, al ocuparse el art. 686 de los casos en que no hay lugar á aquella, sólo menciona dos: aquel en que los actos y convenios del tutor ó curador han sido aprobados judicialmente, y aquel en que el que pide la restitución, no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor. Sin negar cuán importante es la reforma á que responde el primero, ya que en el antiguo derecho la restitución tenía lugar indistintamente para todos los actos en que el menor hubiera sido lesionado, siquiera en ello apareciese haber intervenido aun la misma autoridad judicial, cuya respetabilidad no era tanta en el concepto de los legisladores, que quitase todo temor de malignidad ó ignorancia por su parte, ni sobrepujase al excesivo celo en beneficio de los menores de edad (2), fuerza es reconocer cuánto deja que desear en esta materia la enumeración de esas dos solas excepciones, en ninguna de las cuales nada se indica ni con respecto al dolo ó precocidad del pupilo, ni por lo que hace á la naturaleza y condiciones del acto con-

(1) Sentencia de la 1.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 11 de Enero de 1884 (*Anuario, Sec. de casación, 1884, pág. 12*). Véase el apéndice, letra G.

(2) *Cód.*, lib. 5, tít. 71, l. 11.

tra el cual se solicita el beneficio, ya que éste deba ser, no la reparación arbitraria é injusta de lesiones imaginarias, sino el escudo puesto por la ley en esa lucha desigual entre la malicia y la inexperiencia. Desde tal punto de vista no cabe dudar sobre la visible inferioridad de nuestra ley comparativamente con las antiguas y la francesa que las sigue. ¿Habrà de proceder la restitución en favor del menor que se ha fingido mayor para engañar á un tercero, y no se cerrará la puerta al mismo beneficio aun cuando se trate de un acto que, como decía la ley de Partida, hubiera sido ejecutado de tal manera que "todo ome de edad cumplida é de buen entendimiento le hubiera fecho así?" El Código de Napoleón (art. 1307) menciona el primer supuesto, ni más ni menos que como lo hacía la legislación antigua (núm. 130). Esta decía también que la restitución estaba prohibida en contra del matrimonio del menor, como si habiendo éste creído: contraerlo con una persona rica, resultaba que era pobre (1), é igual decisión expresa el art. 1309 del Código francés.

169. Nada de esto se contiene en el Código que examinamos, habiéndose omitido también otra excepección importantísima contra la restitución, y es la que consiste en que el menor sea profesor ó perito en la obligación que se trata de rescindir, pues de ningun modo podrían aplicarse aquí los arts. 518 y 519 relativos á la nulidad y de que hemos hablado en otra parte, (núm. 157).

(1) Antonio Gómez, *Var. Resol.*; cap. 14, *addit.* núm. 3.—Larrea, *Decis. granat.*, 59, 13.

CAPITULO III.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

Art. 428. Los que ejercen patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento, á aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del póstumo.

Art. 429. El que en su testamento, aun cuando sea un menor no emancipado, deja bienes, sea por legado, sea por herencia, á un incapaz que no está en su patria potestad ni en la de otro, puede nombrarle tutor sólo para la administración de los bienes que le deja.

Art. 430. Puede también nombrarse tutor testamentario á los hijos espúrios para la administración de los bienes que se les dejen.

Art. 431. El nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre ó por la madre, excluye de la patria potestad á los ascendientes en quienes hubiera de recaer ese derecho en defecto del padre ó de la madre.

Art. 432. El padre no puede excluir de la patria potestad á la madre.

Art. 433. El nombramiento de tutor hecho por cualquiera otro ascendiente, excluye de la patria potestad al cónyuge del testador y á los demás ascendientes que debieran ejercerla, sean de la linea y grado que fueren.

Art. 434. En el caso del art. 431, si el ascendiente en quien debe recaer la patria potestad es de segundo ó ulterior grado, y á la muerte del testador está impedido de ejercer aquella, cesando el im-

pedimento cesa la tutela, y el ascendiente entra al ejercicio de la patria potestad, á no ser que el testador haya declarado expresamente que la tutela continúe aun despues de que haya cesado el impedimento.

Art. 435. Si fueren varios los menores, podrá nombrárseles un tutor común, ó conferirse á persona diferente la tutela de cada uno de ellos.

Art. 436. En el primer caso, si los intereses de alguno ó de algunos de los menores fueren opuestos á los de los otros, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los menores que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposición.

Art. 437. El padre que ejerce la tutela de un hijo sujeto á interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario, si la madre ha fallecido ó no puede legalmente ejercer la tutela.

Art. 438. La madre en su caso podrá hacer el nombramiento de que trata el artículo anterior.

Art. 439. En ningún otro caso hay lugar á la tutela testamentaria del incapacitado.

Art. 440. Tampoco hay lugar á la tutela testamentaria del hijo mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, que esté legalmente emancipado.

Art. 441. Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, á quien sustituirán los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción.

Art. 442. Lo dispuesto en el artículo anterior, no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela.

Art. 443. Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias á las leyes, á no ser que el juez, oyendo al

tutor y al curador, las estime dañosas á los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas ó modificarlas.

Art. 444. Si por un nombramiento condicional de tutor, ó por cualquier otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor conforme á las reglas generales sobre nombramiento de tutores.

SECCION III.

170. Una de las principales manifestaciones del poder paterno en Roma era su ejercicio para después de la muerte por medio del nombramiento de tutor á los hijos que habrían de continuar y perpetuar el nombre de la familia. La designación de tutor se hacía, á juzgar por la fórmula contenida en la ley de las XII Tabas, en términos imperativos y que revelaban la plena soberanía de que estaba revestido el *pater-familias*, aun al disponer de sus bienes y de la persona de los hijos, más allá de los límites de esta vida: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*. Este poder existía no sólo respecto de los hijos é hijas actualmente sujetos á la patria potestad, sino también en orden á aquellos que lo estaban de una manera mediata, si á la muerte del testador no recaían bajo la sujeción de un ascendiente intermediario (1). El mismo poder podía ejercitarse no sólo con los hijos vivos, sino también con los simplemente concebidos, dándose por razón que estaba en su interés tener un tutor testamentario más bien que otro (2). El nombramiento de tutor se hacía al principio sólo en testamento; pero este rigor se relajó después bajo el Imperio, permitiéndose aquel aun en forma de codicilo (3). El tutor designado debía tener capacidad para recibir *mortis causa* (4); pero si ca-

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 13, § 3.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 13, § 4.

(3) *Dig.*, lib. 26, tit. 2, l. 3.

(4) *Dig.*, lib. 26, tit. 2, l. 21.