

ó mujer, que sea, pueda comprar cosa alguna de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare, previniendo que si la comprare pública y secretamente pudiéndose probar, la compra que así fuere hecha, no vala, y sea desfecha y torne el cuatrotanto de lo que valia lo que compró, y sea para la Cámara del rey.

39 Fencida la tutela está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes así muebles como raíces. Y para cumplirlo, además del guardador, están obligados los fiadores que dió, y sus herederos con todos sus bienes, como espresamente lo establece la *ley últ. de d. tit. 16. P. 6.*, de cuyas últimas palabras infiere Greg. Lóp. en su *glosa 8.* que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano; y recomienda la memoria de *esta ley*. Que los de los mismos guardadores lo estén desde el día en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la *ley 23. tit. 13. P. 5.*

40 Además de tener los guardadores derecho de que se les abone en las cuentas lo que justa y legítimamente hayan gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, lo tienen también para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos. Así lo estableció la *ley 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero juzgo*, y despues la *2. tit. 7. lib. 3. del Fuero real*. Y por quanto estas dos leyes espresan, que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido civil, se entiende lo que sobra deducidas las espensas, *lib. 4. tit. 14. P. 6. vers. Ca segun (1)*, prueba bien Gutiér. *de tutel. part. 3. cap. 27.*, que ántes se han de sacar las espensas, y de lo que restare líquido, la décima, entendiendo por espensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima, sí que se han de pagar íntegramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap. 23.* entiende con razon por frutos á los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en

(1) L. 7. solut matrim.

tierra del huérfano, podrá cobrarlo á título de espensas, además y ántes de percibir la décima; mas no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio del guardador, como advierte el mismo Gutiér. en *d. part. 3. cap. 2. nn. 49. 20.*

41 El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su patria potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros que administran bienes ajenos. No necesita decreto de juez para tomar y ejercer su administracion. Ni para enajenar los bienes raíces, cuando hay justa causa para la enajenacion. Ni está obligado á hacer inventario de ellos, si solo una descripción ante un escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos lo prueba Castillo *de usufruct. cap. 3. nn. 40. 69. 87. y siguientes*, en que esplica la diferencia entre inventario y descripción. La *ley 24. tit. 13. P. 5.* que citamos abajo, *tit. 47. n. 6.*, prueba esta facultad en el padre de enajenar, sin hacer mencion de decreto de juez, aunque no debe hacerlo.

TÍTULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

Tít. 19. P. 6. y tít. 13. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. *Razon del método.*
2. *Qué cosa sea restitucion in integrum.*
3. *Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.*
4. *Se concede con conocimiento de causa, y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fiadores.*
5. 6. y 7. *Casos en que cesa la restitucion.*
8. *Tiempo de pedirse.*
9. *Compete también á las iglesias, ciudades y otros cuerpos.*
10. 11. y 12. *Y á otros espresados en estos números.*

4 Nos parece bastar lo que hemos dicho de tutores y cu-

(1) Tít. 4. lib. 4.

radores. Y en atencion á que los huérfanos que están bajo la potestad y gobierno de estos tienen la restitucion *in integrum*, cuando son perjudicados por razon de sus tratos y negocios, creemos no ser importuno tratar aquí de estas restituciones; y con efecto este mismo orden sigue el libro de las *Partidas*.

2 Es constante que el juicio de los menores es frágil y débil, y por lo mismo espuesto á muchos engaños y perjuicios, que los padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardadores, ó de otros. Y de ahí es, que los legisladores han tenido á bien mandar, que sean restituidos ó restablecidos de los daños que hayan recibido por estos motivos, *princ. del tit. 19. y ult. P. 6.* A este remedio de los menores llamaron las leyes romanas (1) *restitutio in integrum*, y así le llaman tambien nuestras leyes, *l. 3. tit. 13. lib. 41. de la Nov. Rec.* y otras, y no es otra cosa que *Reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño el menor, l. 1. d. tit. 19. l. 1. tit. 25. P. 3.*

3 Menor se entiende el que no ha cumplido los 25 años, aunque le falte muy poco tiempo para ello, advirtiéndose que si el año del nacimiento ó el último de la menor edad fuese bisiesto, los dos últimos dias de febrero se cuentan por uno (2). Y para conseguir la restitucion ha de probar dos cosas. La una, que es menor, y la otra, que ha recibido daño por su debilidad, por culpa de su guardador, ó por engaño de otro, *l. 2. d. tit. 19.* (3), tanto en los actos judiciales como en los estrajudiciales (4), de cualquiera naturaleza que sean, *l. 2. tit. 25. P. 3. l. 3. 5. d. tit. 19.*, en la que se ponen varios ejemplos, sin impedir la restitucion de haber intervenido decreto del juez, *l. 4. titulo 13. P. 3.* Y tiene tambien lugar la restitucion para desamparar el menor la herencia que hubiese ya adido (5). Pero deberá hacerlo delante de los acreedores de la herencia, para que sepan las razones por que la desampara. Y en vista de serle dañosa, la acuerda el juez, poniendo primeramente en seguridad todas las cosas que perteneciesen á la herencia, *l. 7. d. tit. 19.* Y en cuanto á prescripciones previene la *ley 9. de d. tit. 19.* que las de veinte ó ménos años no corren contra los meno-

(1) Tit. 4. lib. 4. (2) L. 98. de verb. sign. (3) L. 7. § 7. de minor.
(4) D. 1. 7. § 3. (5) D. 1. 7. § 9.

res, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, y entónces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad. Pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 44 años, sin distincion, compitiendo para rescindirlas la restitucion. Y queremos advertir aquí las siguientes especies, aunque no tocadas en nuestras leyes, porque sobre ser harito interesantes, las trató el Derecho romano y creemos ser equitativo lo que estableció, y son, que la restitucion de los menores tiene tambien lugar contra el fisco, y vence á los privilegios, que los senadosconsultos Veleyano y Macedoniano concedieron á las mujeres é hijos de familia. Lo tratamos con mas estension en nuestro *Digesto lib. 4. tit. 4. n. 42.* notando tambien lo que deba hacerse cuando un menor choca contra otro menor.

4 La restitucion se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el juez debe llamar ante sí la otra parte á quien se hace la demanda (1), y si hallare que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fué hecho en daño del menor, débele tornar en aquel estado en que era antes, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, así como lo habia primeramente, *l. 2. tit. 25. P. 3.* Y puede el menor hacer esta demanda no solo durante su menor edad, sino tambien cuatro años despues, que se suelen llamar el cuadrienio legal; y no solamente el menor, sino aun sus herederos, *l. 8. d. tit. 19. P. 6.* (2). Y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva, *d. l. 2. tit. 25. P. 3.* (3). Pero no aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, sino en el caso en que fuese hecho engaño en el mismo negocio del cual fué fiador, que entónces deberá ser deshecho á beneficio del menor y fiadores, en cuanto montare el engaño, *l. 4. tit. 12. P. 5.*

5 Carleval en su libro *de jud. tit. 3. quæst. 16. n. 36.* y Gutiérrez *praticar. quæst. 32. n. pen.* juzgan, que no debe denegarse la restitucion, sino en los casos que espresamente esté prevenido, sin que basten palabras generales, y así lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se niega, son: 1. Si dijese el

(1) L. 15. de minor. (2) L. ult. C. de temp. in integ. restit. l. 1. § 8. § ult. de minor. (3) Tit. C. in int. rest. post.

menor engañosamente, que era mayor de 25 años, y por su persona pareciese tal, *l. 6. d. tit. 49.*; la cual da la razon, á saber, que las leyes ayudan á los engañados, y no á los engañadores (1). Pero si por la cara pareciese ser menor, dice Greg. Lóp. en la *glosa 1. de d. l. 6.* fundado en sus mismas palabras, y citando á otros y á las leyes romanas (2), que tendria lugar la restitucion, porque no se podria decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fueron dolosos, y el dolo del uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. II. Si el pleito fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere cuando ya era mayor, *l. 2. d. tit. 25. P. 3. (3)*. III. Si el huérfano mayor ya de 40 años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, *l. 4. d. tit. 49.* Y lo mismo seria si siendo mayor de 44 años, constase haber cometido adulterio, *d. l. 4. (4)*. IV. Si habiendo seguido el menor pleito pidiendo se declarase que alguno era su esclavo, se hubiese sentenciado que era libre: lo que se ha establecido por favor de la libertad, *l. 6. d. tit. 49. (5)*. V. Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento ó mandamiento del juez. Pero si pagase de otra manera, y despues el menor jugare el dinero ó lo gastare mal ó le perdiese, si que tendria lugar la restitucion, *l. 4. tit. 44. P. 5. (6)*. La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun cuando interviene decreto del juez, como hemos notado arriba *n. 3.*, es porque el deudor pagó por necesidad que tuvo de obedecer el mandamiento del juez: lo que es justo le liberte y dé seguridad.

6 VI. Cesa la restitucion, si el daño que ha padecido el menor por razon de sus tratos, viniese por caso fortuito, porque para tenerla es preciso le haya sucedido el daño por su debilidad de juicio, culpa del guardador ó engaño de otro, *l. 2. d. tit. 19. (7)*. VII. Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba, *l. 4. d. tit. 25. P. 3. (8)*. Y es la razon, porque la restitucion es remedio extraordinario

(1) *L. 2. 1. 5. C. si min. se maj. dix. (2) L. 25. junc. 1. 26. de rei vind. l. ult. § 5. de eo per quem facer. (3) L. 5. § 4. de min. (4) L. 9 § 2. cod. (5) D. 1. 9 § ult. sit. C. si adver. lib. (6) L. 4. C. si adv. solut. (7) L. 41. § 4. de min. (8) L. 46. § 5. de min.*

y subsidiario, y los que son de esta clase, cesan cuando compete algun ordinario, y lo que es nulo no puede rescindirse (1): cuya razon la indica la misma *ley 1.* por aquellas palabras: *E por ende no seria menester de desatlarla por restitucion.* VIII. Niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14 años el que hayan jurado no hacer uso de su mayor edad para rescindir sus contratos ó pleitos, *l. 6. de d. tit. 49.*, aprobando la famosa auténtica de los romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como claman muchísimos autores, y en nuestro tiempo Castro en sus *discursos criticos sobre las leyes*, *lib. 3. disc. 2. y 4.* Vemos con gusto su inobservancia; y hemos manifestado nuestro dictámen sobre ella en el *Apéndice de minor. 25. an.* que va en su titulo correspondiente en nuestro *Digesto romano español.* En el Derecho romano estableció la *ley 4. C. de his qui veniam atat.* no tener la restitucion los que hubiesen obtenido la venia ó dispensa de edad, diciendo ser cosa muy manifiesta, porque no pareciese que habian sido engañados por la real concesion, los que contrajeron con ellos. Aunque no hemos hallado ley de España, que lo diga, nos ha parecido notarlo para que se haga el uso que se estime.

7 Tampoco hay restitucion de algunos términos dilatorios, que por eso llamamos fatales, cuales son el de 9 dias para intentar el retracto de sangre ó abolengo, *l. 2. tit. 43. lib. 40. de la Nov. Rec.* y el de 3 para suplicar de la sentencia interlocutoria, *l. 4. tit. 24. lib. 44. Nov. Rec.*, y el de 6 para tachar los testigos, *l. 4. tit. 42. lib. 44. Nov. Rec.*

8 El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, se espresa en las *leyes 1. 3. y 4. tit. 43. lib. 44. de la Nov. Rec.*, previniéndose, que no puede pedirse dos veces, y que así se espresa en la sentencia.

9 Ultimamente advertimos que de este mismo beneficio de la restitucion gozan las iglesias, el fisco, y los concejos, ciudades ó universidades cuando reciben daño por engaño ó negligencia de otro (2), la que debe pedirse dentro de 4 años contaderos desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo; y si el daño fuese de mas de la mitad del precio, dentro de 30 años, *l. 40. tit. 49. P. 6.*

(1) *D. 1. 46. per totam. (2) L. 4. C. ex quib. caus. maj.*

40 Además de los menores y cuerpos de que acabamos de hablar, hay otros á quienes compete la restitucion *in integrum*. La tienen en primer lugar los que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo; pues aunque los contratos así celebrados valen atendido el rigor del derecho, porque como suele decirse, la voluntad forzada es voluntad (1), se deshacen por la ley á beneficio de la equidad que la dicta, y ha motivado todas las restituciones *in integrum*, l. 56. tit. 5. P. 3. y en su glosa 1. Greg. Lóp. Pero debe advertirse, que el miedo que da lugar á la restitucion, ha de ser grave, que segun se acostumbra decir, cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la libertad ó de la fama; porque el leve ó vano no sirve, l. 7. tit. 33. P. 7. (2).

41 Y la tienen tambien aquellos, cuyas cosas, estando ellos ausentes por causa de guerra, mandamiento del rey ú otra de la república, de estudios, romería ú otra semejante, ó en cautiverio, las usucape ó prescribe otro; y se les cuenta el cuadrienio para pedirla desde el dia en que se restituyeron á sus hogares, y á sus herederos, desde el que murieron ellos en el lugar de su ausencia, l. 10. tit. 23. l. 28. tit. 29. P. 3. (3) cuyo beneficio amplía la ley 4. tit. 34. lib. 41. Nov. Rec. Hemos sido de dictámen en nuestro *Digesto*, lib. 4. tit. 6. n. 40. competer este beneficio aun en el caso que los ausentes hubiesen dejado procurador en la ciudad, fundados en razones que parecen sólidas.

42 Y últimamente compete este beneficio de la restitucion á aquellos, que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enajena este á quien fuese mas poderoso que él, oponiendo al demandador un contrario mas fuerte ó embarazoso. Si así sucediere, podrá el demandador usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la refaccion de perjuicios al que la enajenó, segun escogiere, l. 30. tit. 2. l. 45. tit. 7. P. 3. Y por quanto esta l. 45. para dar entrada á estas acciones, exige que la enajenacion haya sido engañosamente ó con dolo, advierte bien en su glosa 2. Greg. Lóp. que cesarán si se hubiese

(1) l. 21. § 5. quod. met. caus. (2) l. 84. de diversis regulis juris.
 (3) l. § 2. ex quibus caus. major. 25. an.

hecho sin dolo, por razon de la edad, salud ú ocupaciones necesarias (1). Y por quanto este no se presume en las últimas voluntades, cesará tambien, segun una ley romana (2), cuando uno enajena la cosa, instituyendo heredero, ó legándola, concurriendo además ser esta enajenacion necesaria.

(1) l. 1. (2) l. 8. § 5. de alien. jud. caus. mut.

FIN DEL LIBRO PRIMERO.