

el mejor desempeño de todo aquello en que no sea absolutamente necesaria la intervencion del curador.»

Esta doctrina tiene tambien aplicacion siem- pre que se trata, no ya del curador ejemplar, si- nó del curador de menores.

Artículo 261.—El tutor ó curador no po- drá enajenar, gravar ó hipotecar los bienes inmuebles ni los muebles preciosos del me- nor, sin la correspondiente licencia judicial, previa justificacion de necesidad ó utilidad.

Idénticos requisitos serán necesarios para transigir sobre los derechos de los menores.

## ORÍGENES

Ley 18, tit. XVI, Partida 6.<sup>a</sup>

Ley 4.<sup>a</sup>, tit. V, Partida 5.<sup>a</sup>

Ley 8.<sup>a</sup>, tit. XIII de la misma Partida.

Ley 14, tit. XI, Partida 4.<sup>a</sup>

Ley 60, tit. XVIII, Partida 3.<sup>a</sup>

Arts. 1401 y siguientes, Ley de Enjuiciamien- to civ.

## CONCORDANCIAS

Concuerta en parte con: Arts. 457 y 467 Cód. Francia.—451 y 465 Holanda.—253 y 262 Vaud.—334 Luisiana.—Ley 22, tit. XXXVII, lib. V, Código.—Leyes 5 y 13, tit. IX, libro XXVII, Digesto.

## JURISPRUDENCIA

Necesitan, asimismo, la justificacion de nece- sidad ó de utilidad y la autorizacion del juez, para afectar la venta de bienes de menores, los albaceas, áun cuando sea para pagar deudas, y por más amplio que sea su mandato (Senten- cias 22 Octubre 1852 y 19 Octubre 1859).

Los bienes de una mujer casada menor de edad no pueden ser enajenados válidamente, sin el requisito esencial de la autorizacion judicial debidamente concedida, que no puede suplirse por la licencia del marido (Sent. 18 Setiembre 1862).

Al conceder la ley á los casados menores, aunque mayores de 18 años, la administracion de bienes sin necesidad de vñia, no les autori- za para enajenarlos libremente (Sent. 28 Noviem- bre 1863).

La prohibicion de vender bienes de menores alcanza á todas las enajenaciones, ya sean he- chas por los mismos menores ó por sus guarda- dores, y áun cuando los primeros, por ser casados

y mayores de 18 años, tengan la administracion de sus bienes, sin que á esto se oponga lo dis- puesto en las leyes 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, tit. XI, Partida 5.<sup>a</sup>, porque estas disposiciones no se relacionan ni refieren á las enajenaciones de los bienes inmue- bles, que se rigen por otras leyes, y porque si pudiesen hacerlas libremente los casados á quie- nes se conceda su administracion, vendría á con- vertirse en su perjuicio el privilegio que se les otorga (Sent. 19 Octubre 1865).

La ley del contrato, en las transacciones so- bre bienes y derechos de menores y su venta, se establece por la providencia que concede la autorizacion judicial necesaria para celebrar en la forma que determinan los arts. 1401 y siguien- tes de la ley de Enjuiciamiento civil, y fija los limites á que dicho contrato ha de ajustarse in- dispensablemente (Sent. 25 Enero 1867).

## COMENTARIO

La ley de Partida establece como regla gene- ral que *non deben los guardadores dar, nin vender, nin enagenar ninguna de las cosas del huerfano.*

Las palabras *dar, vender y enajenar* están tomadas en general, y por lo mismo bajo ellas se comprenden las permutas, censos, hipotecas y cualesquiera otros contratos que supongan pérdida ó disminucion de los derechos de pro- piedad.

La ley, sin embargo, hace una excepcion: *Fueras ende cuando les fuesse tan grand me- nester que non podrian al fazer, o por gran pro- dellos, es decir, en caso de necesidad o utilidad, e estonce se ha de fazer con muy gran sabidu- ria e con otorgamiento del juez del lugar.*

No dice la ley cuáles sean los motivos en cu- ya virtud exista la necesidad ó utilidad. Cita, sin embargo, algunos, tales como el pago de las deudas del padre del menor, el casamiento del pupilo ó de alguna de sus hermanas, si le de- mandaren muy «afincadamente», etc., etc.

Segun la ley de Enjuiciamiento civil, será ne- cesaria licencia judicial para la venta de bienes de menores é incapacitados, que correspondan á las clases siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Bienes raíces.
- 2.<sup>a</sup> Derechos de toda clase.
- 3.<sup>a</sup> Alhajas de plata, oro y piedras precio- sas.

4.<sup>a</sup> Bienes inmuebles y los muebles ó semo- vientes de valor que puedan conservarse sin menoscabo (art. 1401).

Para decretar la venta de bienes de menores ó incapacitados se necesita:

1.<sup>o</sup> Que la pida por escrito el tutor del me- nor, ó éste asistido de su curador.

2.<sup>o</sup> Que se expresen el motivo de la enajena- cion y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga.

3.<sup>o</sup> Que se justifique la necesidad ó utilidad de la enajenacion.

4.<sup>o</sup> Que se oiga sobre ello al curador para pleitos del menor, si lo tuviere nombrado con anterioridad, y en su defecto al promotor fiscal del juzgado (art. 1402).

Dada la justificacion y evacuada la audiencia de curador ó promotor en su caso, el juez trae- rá los autos á la vista y otorgará ó negará la autorizacion para la venta (art. 1403).

La providencia que sobre la autorizacion se dictare, es apelable en ambos efectos (art. 1404).

Los notarios que fueren requeridos para auto- rizar un acto ó contrato de venta, retroventa, hipoteca ó cualquier otro por el que resulten gravados ó enajenados bienes inmuebles perte- necientes al peculio de los hijos no emancipa- dos, exigirán de los otorgantes el documento que acredite haberse concedido la correspon- diente autorizacion judicial, previa justifica- cion de la necesidad ó utilidad, obtenida con arreglo al art. 1402 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.<sup>o</sup> R. O. 28 Agus- to 1876).

Del mismo modo los registradores de la pro- piedad no inscribirán los instrumentos públi- cos en que se contenga alguno de estos contra- tos, cuando no constare que los otorgantes han obtenido previamente la autorizacion judicial correspondiente (R. O. ántes citada).

Los contratos anteriores á 1876 verificados sin tales requisitos se inscribirán si los intere- sados solicitaren y obtuvieren en cualquier tiempo la autorizacion judicial (la misma Real Orden).

Artículo 262.—Cuando se trate de enaje- nar bienes de menores, la autorizacion de que habla el artículo anterior se concederá en todo caso bajo la condicion de haberse de ejecutar la venta en pública subasta y previo avalúo si fueren los bienes inmue- bles.

## ORÍGENES

Ley 60, tit. XVIII, Partida 3.<sup>a</sup>

Ley 18, tit. XVI, Partida 6.<sup>a</sup>

Art. 1405 Ley de Enjuiciamiento civil.

## CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 459 Cód. Francia.—224 Portugal.—296 á 298 Italia.—208 Rusia.—453 Holanda.—528 Prusia.—232 Austria.—335 Lui- siana.

## JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Octubre 1864.

Sent. 26 Setiembre 1865.

Sent. 16 Noviembre 1871.

Sent. 13 Enero 1872.

## COMENTARIO

*Estonce debese fazer con otorgamiento del Juez del logar, andando la cosa publicamente en almoneda treinta dias.*

Preciso es tener presente sobre este punto las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil que trasladamos íntegramente á continuacion.

La autorizacion (para llevar á cabo la venta), se concederá en todo caso bajo la condicion de haberse de ejecutar la venta en pública subasta y previo avalúo, si se trata de bienes inmue- bles (art. 1405).

El nombramiento de peritos para el avalúo se hará siempre por el juez. En el remate no podrá hacerse baja ninguna del valor que los peritos hayan dado á lo que se trate de ven- der (art. 1406).

Si no hubiese postor en la primera subasta podrá verificarse nuevo avalúo y abrirse segun- do remate. Lo mismo se hará si en esta segun- da subasta ó cualesquiera otras que puedan ha- cerse no se presentaren tampoco licitadores (art. 1407).

Si se tratase de bienes que no sean inmue- bles, deberá ejecutarse la venta de ellos con las solemnidades posibles y que sean de costum- bre en la localidad en que haya de verificarse (art. 1408).

Hecha la venta, cuidará el juez bajo su res- ponsabilidad de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicacion indicada al solicitar la autorizacion para ella (art. 1409).

El precio se entregará mientras se le da la aplicacion correspondiente, al tutor, ó curador, si estuvieren relevados de fianza, ó si las que tengan prestadas son suficientes para respon- der de él.

En otro caso se depositarán en el estableci-

miento público en que deban constituirse los depósitos judiciales (art. 1410).

Para conceder autorización á fin de transigir sobre derechos de menores ó incapacitados, se necesitan los mismos requisitos establecidos en el art. 1402 de la ley de Enjuiciamiento (artículo 1411).

Para la justificación de la necesidad ó utilidad de la transacción, deberá oírse á lo ménos la opinión de tres letrados en ejercicio de su profesión, á los cuales se pasarán previamente todos los antecedentes necesarios para que puedan formar su juicio y emitir su dictámen con el debido conocimiento (art. 1412).

Estimando el juez bastantemente acreditadas la necesidad ó utilidad de la transacción otorgará la autorización para hacerla, facilitando al tutor ó curador testimonio de su providencia para acreditarla debidamente.

Si no estimare suficiente la justificación hecha, podrá denegarla. La providencia que dictare es en todo caso apelable libremente y en ambos efectos (art. 1413).

Artículo 263.—El tutor ó curador no podrá comprar bienes que pertenezcan al menor.

## ORÍGENES

Ley única, tít. V, lib. V, Ordenanzas Reales. Leyes de Partida ántes citadas. Ley 1.ª, tít. XII, lib. X, Nov. Rec.

## CONCORDANCIAS

Concuerta en parte con: Art. 450 Cód. Francia.—457 Holanda.—327 Luisiana.—246 Vaud.

## COMENTARIO

«Ninguno de los guardadores non puede comprar ninguna cosa de las que fueren de aquel que tienen en guarda; fuera si lo fiziesse con otorgamiento del juez del lugar: o de algun otro que lo oviesse otrosi en guarda tambien como el, e aun ha menester que aquello que desta guisa comprare del sea a pro del huerfano e non a su daño,» estableció la ley de Partida. Pero la Nov. Rec., más rigurosa aún, y derogando en parte la de Partidas, dice: *Todo ome que es cabezalero o guarda de huerfanos o otro ome o muger qualquier, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel o aquellos que administrare: y si la comprare publica o secretamente, pudiendose probar la*

*compra... no vala y sea desfecha, y torne el cuatro tanto... y sea para nuestra cámara.*

La doctrina, por consiguiente, es terminante, y se comprenden desde luego las razones que la han inspirado al legislador.

Artículo 264.—El pago hecho al menor sin intervencion del curador y de la autoridad judicial, no liberta al deudor, sinó en cuanto el menor se haya enriquecido por ello.

## ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

## COMENTARIO

La ley de Partida que establece este precepto dice así: «Apercibido deue ser todo ome que ouiere de fazer la paga al menor de veynte e cinco annos para fazerla de manera que non haya de pagar otra vez. E para ser seguro desto deue pagar lo que deue a el o a su guardador con otorgamiento o mandamiento del juez del lugar. Ca si de otra guisa lo fiziesse e despues jugasse los dineros quel fuessen pagados o los malmetiesse o los perdiessse en alguna manera, non seria quito por ende del debdo. Ante dezimos, que lo auia a pagar otra vez. Mas faziendo la paga con otorgamiento del juez asi como sobredicho es, como quier que fiziere despues su daño de los dineros del menor de XXV años, non seria tenuto el otro de gelos pagar. Ante dezimos que seria quito en todas guisas del debdo. E esso mismo dezimos que deue ser guardado en la paga que ouiesse a fazer al loco, o al desmemoriado o al desgastador de sus bienes a quien fuesse dado guardador.»

El mismo principio estableció el párr. 3.º, título VIII, lib. II, Instituta, modificado en cuanto al pago de rentas, pensiones ó intereses ó cantidades pequeñas por la ley 27, tít. XXXVII, lib. V, del Código.

Al decir en *cuanto el menor se haya enriquecido*, debe entenderse siempre que la cantidad pagada se haya empleado en algo útil al menor.

Artículo 265.—El tutor ó curador, tiene derecho á una retribucion sobre los bienes del menor, que no podrá exceder del 10 por 100 de las rentas líquidas de los mismos.

## ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. III, lib. IV, Fuero Juzgo. Ley 2.ª, tít. VII, lib. III, Fuero Real.

Ley 4.ª, tít. XIV, Partida 6.ª

## CONCORDANCIA

Concuerta con: Art. 342 Cód. Luisiana.

## COMENTARIO

Por Derecho Romano, este cargo era gratuito, pero el Fuero Juzgo dijo: «e mandamos que tome el diezmo de los frutos en que viva;» y el Fuero Real repitió: «Y quien quier que los tenga, mantengalos de los frutos e tome para sí el diezmo de los frutos por razon de su trabajo.»

La ley de Enjuiciamiento civil añade (artículo 1261)... señalará el mismo juez... el tanto por ciento que haya de abonarse por la administración.

Debe tenerse presente, que en caso de señalarse por el juzgado fruto por pension, no habrá lugar á la fijacion del tanto por ciento que en otro caso gana el tutor ó curador: así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Marzo de 1872.

¿Podrá el tutor reclamar mayor cantidad si verificase trabajos extraordinarios, aunque pertenecientes á la administracion de los bienes? Creemos que no, aunque podrá reclamar el pago de otros servicios que preste al menor, siempre que no sean administrativos ni sean de aquellos que tiene obligacion de practicar por razon del cargo.

No porque sean varios los tutores habrá de percibir cada uno de ellos el 10 por 100, sinó que esta cantidad se repartirá entre ellos, puesto que la ley asigna esta suma á la entidad tu-

tor, sea uno ó varios los que desempeñen sus funciones.

La cantidad fijada por la ley nos parece excesiva.

Otros Códigos, como los de Austria y Prusia, no señalan la cantidad fija de lo que pueden pedir los tutores y curadores; otros, como el de Vaud, confieren al juez la facultad de regular esta indemnizacion; otros, en fin, como el de Francia, callan sobre esta materia.

¿Deberá el juez hacer la designacion de alimentos y del tanto por ciento que ha de percibir el tutor ó curador en concepto de administrador, ó atenerse á lo dispuesto en la ley del Fuero Real, y por consiguiente fijar el 10 por 100 que en ésta se determina? ¿Será potestativo en el mismo juez señalar una cantidad menor?

Algunos autores parecen decidirse por esta última opinion; mas en nuestro concepto, la ley de Enjuiciamiento no hace otra cosa en este caso que regular lo establecido en otras leyes, respetando sus preceptos. No desconocemos que la opinion contraria tiene sólidos fundamentos; pero creemos que para que la ley de Enjuiciamiento derogara las del Fuero, era preciso que estableciera el precepto contrario de una manera más clara y que no diese lugar á dudas que hoy existen.

Lo excesivo de la cantidad ha sido causa de que en la práctica se restrinja el precepto y se dé la interpretacion, de que no participamos, á la ley de Enjuiciamiento.

En Navarra solamente percibe el 5 por 100, y en Aragon no se fija cantidad alguna.

## CAPÍTULO IX

## DE LA EXTINCION DE LA TUTELA Y CURADURÍA

Artículo 266.—El cargo de tutor ó curador cesa:

Primero. Por la muerte del huérfano.

Segundo. Por llegar los menores á la edad señalada en los arts. 225 y 237.

Tercero. Por la arrogacion del menor.

Cuarto. Por obtener el menor dispensa de edad para administrar sus bienes.

Quinto. Por llegar á la edad de 18 años el menor casado.

Sexto. Por muerte del tutor ó curador.

Séptimo. Por cumplimiento del tiempo ó condicion con que fué nombrado el guardador testamentario.

Octavo. Por excusa admitida legalmente.