

## CAPITULO SEGUNDO.

*Del concurso necesario, que con mas propiedad se llama pleito ú ocurrencia de acreedores. De las diversas clases de estos.*

- § 1. ¿Qué se entiende por concurso necesario?
2. Diferencia entre este concurso y el voluntario.
  3. y 4. Diversas clases de acreedores, y caracter distintivo de cada una.
  5. De los acreedores hipotecarios, unos tienen hipoteca tácita y otros expresa.
  6. La hipoteca tácita tiene la misma fuerza que la expresa. Aquella como legal no solo se contrae en los bienes del deudor, sino tambien en sus frutos.
  7. Estan [sujetos á la responsabilidad del débito en la hipoteca tácita los bienes presentes y futuros del deudor, como en la expresa.
  8. Compete la hipoteca tácita á la iglesia por sus diezmos en las cosas de que se deben.
  9. La tiene el fisco en la cosa que se vende, cambia ó permuta por la alcabala y demas derechos que se causan en todo caso y tiempo.
  10. Tambien compete el privilegio de hipoteca tácita á la muger casada para recuperar su dote verdadera.
  11. Corresponde igualmente á los herederos de la muger casada, y á los cesionarios y particulares sucesores en los bienes del marido por el importe de la dote.
  12. Por la dote prometida al marido antes de casarse le compete la misma hipoteca, verificado que sea el matrimonio.
  13. Corresponde tambien á los hijos legítimos, no solo en los bienes de su padre, sino en los de su madre, por el importe de las arras y donaciones que ofrecieron ó hicieron.
  14. Tambien se da á los hijos legítimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que tuvo en su poder y administró.
  15. Está concedida al hospital en los bienes de su administrador por lo respectivo á su administracion.
  16. El legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador por el legado que le hizo.
  17. El que prestó dinero para fabricar ó componer casa ú otro edificio, ó para armar ó habilitar algun buque, tiene hipoteca tácita en ellos.
  18. Por el alquiler y arrendamiento de casa ú otra finca, y por el daño que el arrendatario hubiere hecho en ella, tiene el arrendador hipoteca tácita en los

- bienes que existen en la misma.
19. También compete hipoteca tácita por los gastos hechos con motivo de enfermedad, entierro y otros en los bienes del difunto, á favor del que los hizo.
  20. Del apoderado que contrae hipoteca en virtud de poder para hipotecar, no contentiendo este en sí contrato ni obligación.
  21. Al menor de veinticinco años compete la hipoteca tácita en los bienes de su tutor ó curador, y en los de sus herederos y fiadores] por el alcance líquido que contra] él resulte en la administración de la tutela ó curaduría.
  22. Esta hipoteca tácita del menor no se extiende á los bienes que adquieren el tutor ó curador despues que se acaba la tutela ó curaduría.
  23. ¿Desde qué dia compete al menor esta hipoteca?
  24. El privilegio de tácita hipoteca como real y coherente á las cosas, pasa á los herederos del menor.
  25. ¿Si el tutor y curador tendrán hipoteca tácita en los bienes del pupilo ó menor por los gastos que hubieren hecho en utilidad de estos, y consten de la cuenta de su administración?
  26. No se permite al menor durante la tutela ó curaduría, oponer la compensación de su débito con el crédito que tiene contra el tutor ó curador; pero acabada la tutela ó curaduría, ambos pueden oponérsela.
  27. Tiene también el menor hipoteca tácita en lo que se compra con su dinero.
  28. No solo le compete como dueño del dinero el privilegio de hipoteca tácita para recuperarlo, sino también el de prelación, respecto de otros acreedores del comprador extraño.
  29. Cuando el tutor ó curador compra la finca para sí con dinero del pupilo ó menor, puede este pedirla por la acción vindicatoria, ó usar de la hipotecaria para la repetición del dinero.
  30. El menor no puede enagenar ni hipotecar sus bienes sin justas causas, y las solemnidades prescritas por las leyes.
  31. Causas que se tienen por justas para la enagenación.
  32. Solemnidades que deben intervenir en la enagenación.
  33. Si faltaren las justas causas y solemnidades expresadas, será nula la enagenación.
  34. Para rescindirla no necesita el menor implorar el beneficio de la restitución.
  35. Lo dicho procede no solo en las cosas de que los menores son dueños, sino también en aquellas en que tienen cuasidominio, ó no mas que el útil.
  36. Siendo la donación una especie de enagenación, está prohibido al pupilo hacer donación simple por sí, y con la autoridad sola del tutor.
  37. Para la enagenación de los muebles, que guardándolos no pueden conservarse, y

derechos tocantes á ellos, no es necesario decreto del juez, y basta la autoridad del tutor ó curador.

38. Asi como no puede el menor enagenar sus propios bienes raices ó muebles preciosos, no interviniendo justas causas y las solemnidades legales, tam-

co quede hipotecarlas sin ellas.

39. ¿Si la prohibicion de hipotecar impuesta al menor se amplía á la cosa que compra, por el precio que no paga al vendedor?

40. Apéndice á este capítulo sobre otros privilegios concedidos á los menores.

1. **E**l segundo género de concurso es el que se causa y promueve por los mismos acreedores, sin que los convoque ni concurra á él el deudor, sino antes bien con total independencia suya, aun cuando uno pide ejecucion contra él, y los demas comparecen en el juicio, oponiéndose á que sea pagado antes que ellos; ó cuando por haber muerto presentan sus créditos en el juicio de su testamentaría, y cada uno solicita la prelacion del suyo en el pago; ó cuando ocurren pidiendo contra sus bienes por haber hecho fuga ó quiebra. Este se llama *concurso necesario*, y con propiedad *pleito ú ocurrencia de acreedores*, el cual es de diversa naturaleza del voluntario; pues aunque por la oposicion se induce la division de la continencia de la causa, se restringe á los que comparecen en él, y no se amplía á los demas, sin embargo de que estén litigando contra el deudor en otros tribunales; y asi es juicio particular entre aquellos, y no universal (1).

2. Se diferencia este concurso del general y voluntario: 1.º en que proviene de causa distinta, porque aquel procede del deudor comun, única razon porque se llama universal, y este de los acreedores solamente, y por eso es particular entre ellos. 2.º En los efectos, porque en el primero todas las causas movidas antes y las que despues se instauren, se deben acumular precisamente á él, como cabeza en el estado que tengan, aunque el juez ante quien se formen de ninguna conozca; pero en este no, antes bien se han de seguir y determinar por el que en ellas entiende respectivamente, y solo para su reintegro han de ocurrir con su mandamiento de pago el acreedor ó acreedores que las han movido al juez de la ocurrencia, porque en ella han de ser graduados y pa-

(1) Salg. part. 1, cap. 4, §. 1, num. 30 al 33.

gados. Y aunque por el mandamiento de pago no se acredita la legitimidad del crédito para efecto de perjudicar á los demás acreedores, por no haber seguido con ellos juicio sobre prelación, se estima no obstante por legítimo, y si ha alguna duda, se presenta con él la escritura original que lo motivó, á cuyo fin se saca de los autos, dejando copia en ellos con la competente nota. Si se pide acumulacion de autos pendientes ante diferentes jueces y escribanos, ó ante un juez y diversos escribanos, se debe hacer al que tomó primero el conocimiento, como con otros afirma Salgado (1), pues la misma razon milita entre escribanos que entre jueces; lo cual ha de entenderse en mi concepto cuando varios acreedores ocurrieron respectivamente por distintas escribanías; pero no cuando comparecieron, v. gr. tres ante un juez y escribano, y otros tres ó mas ante distintos jueces ó escribanos, pues en este caso, de que no habla Salgado, me parece que los juicios particulares, aunque sean anteriores en tiempo, deberán acumularse á la audiencia del juez, ó escribanía ante quien ocurrieron los tres, porque estos forman ocurrencia, y como la mayor parte atrae á sí la menor, no se debe dividir la continencia de la causa universal. Asimismo en este concurso no concede el derecho al deudor el beneficio y excepcion que en general, ni hay memoriales de bienes y acreedores, ni á instancia del deudor se convocan citan ni se fijan edictos, ni tampoco se nombra regularmente defensor como en el otro; bien que cuando se forma por muerte, fuga ó quiebra, y se ignora qué acreedores tiene, se debe nombrar de oficio, y llamarlos por edictos, segun se practica en la Corte. Convienen ambos concursos en que tocante á la sustanciacion del juicio sobre legitimidad y prelación de créditos, su graduacion, pagos, inventario ó secuestro, depósito y administracion de bienes, se observan las propias reglas en uno que en otro.

3. Explicada ya la diferencia que hay entre el concurso voluntario y necesario, y la naturaleza de este, paso á dar idea de las diversas clases de acreedores, y á manifestar quienes de ellos tienen ó no hipoteca tácita en los bienes de su deudor, reservando para el capítulo siguiente el tratar de la preferencia de los mismos en la graduacion de sus respectivos créditos. Hay tres clases de acreedores, á saber: *hipotecarios*

(1) Salg. allí. desde el num. 34 al 42.

ó reales con privilegio de prelación, ó sin él; meramente personales ó quirografarios, y personales privilegiados sin hipoteca. También hay otros mixtos de reales y personales, porque á la satisfacción de sus créditos están obligados la persona y bienes del deudor; y como por la hipoteca compete al acreedor acción real para perseguir la cosa hipotecada, y por el mero privilegio acción personal contra la persona del deudor, se sigue de esto que el privilegio cede á la hipoteca, y que esta hace callar á los acreedores de acción personal (1).

4. Los hipotecarios ó reales son aquellos á cuyos créditos están afectos, especial ó general, tácita ó expresamente los bienes del deudor (2). *Meramente personales* son aquellos que hacen constar sus créditos por uno de cuatro medios, á saber: vale, cuenta ó papel simple del deudor, (que se llaman *quirografarios*); confesión de este sin papel alguno; información de testigos; ó escritura pública en que no interviene obligación general ni especial de sus bienes. Y los *personales privilegiados* son los que por derecho tienen privilegio para ser pagados de sus créditos con preferencia á otros, como el párroco por sus diezmos, el magistrado por su sueldo, el fisco por su haber, el dueño de lo depositado por su depósito &c.

5. De los hipotecarios unos tienen hipoteca *expresa*, y otros *tácita ó legal* en los bienes del deudor. Los que la tienen expresa [se llaman *convencionales*, porque aquel por su convenio y con palabras expresas los obliga generalmente todos, ó especial y señaladamente algunos á la satisfacción de sus deudas. Los que la tienen tácita son aquellos que aun cuando el deudor no obligue especial ni generalmente sus bienes, tienen derecho contra ellos, porque quedan obligados por disposición de las leyes, y por esto se llama hipoteca legal (3).

6. La misma fuerza y virtud tiene la hipoteca tácita que la expresa, y así siempre que sea anterior, ha de ser preferido (regularmente hablando) el acreedor á quien compete, respecto del que la tenga posterior en los bienes del deudor, y

(1) Ley Eos. 9. Cod. *Qui potioris in pignore*. Ley 9. tit. 4. y ley 11. tit. 14. Part. 5.

(2) En el tomo 2. cap. 19. se trató de la prenda ó hipoteca, y sus cuatro clases, convencional, legal, pretoria y judicial, y allí

puede verse la doctrina que no corresponde á este lugar, y era propia de aquel título, donde se trata de los contratos.

(3) Ley 1. tit. 13. Part. 5.

no sea privilegiado (1). Esta hipoteca, como legal, no solo se contrae en ellos, sino en sus frutos, porque estos provienen de las propias hipotecas ó fincas que los producen, y como accesorios siguen su naturaleza, y por consiguiente se entienden obligados tácita ó legalmente (2); pero no quedan obligados los bienes del heredero del contrayente en la obligacion general que constituya, excepto que se exprese, ni tampoco los que el heredero adquiriera (3).

7. Están sujetos á la responsabilidad del débito en esta hipoteca tácita los bienes presentes y futuros del deudor, como en la expresa, y el acreedor puede proceder contra ellos sin distincion alguna de muebles, raices, semovientes, derechos y acciones con preferencia á los posteriores en cualquiera especie de crédito (4). Gozan de este privilegio la iglesia, el fisco, la muger casada, el hospital, la república, los menores, el marido, hijos y herederos legítimos y extraños de la muger y los legatarios, el refeccionario y arrendador en los términos que se va á exponer.

8. Compete á la iglesia por sus diezmos en las cosas de que se deben (5), ó en los predios ó heredamientos de que se pagan (6), porque la obligacion de satisfacerlos es real, sigue al predio, el cual queda hipotecado á su solucion, y pasa con la carga al tercero poseedor (7), como tambien en los demas bienes del que los adeuda (8), y asimismo en los de su prelado ó administrador por la administracion de los suyos, desde que entraron en ella y empezaron á usarla (9).

9. La tiene el fisco en la cosa que vende, cambia ó permuta por la alcabala y demas derechos que se causan en todo caso y tiempo, pues para con el Rey jamás prescribe el derecho de exigirlos, y por los tributos reales, personales, ordinarios y extraordinarios en los bienes del que los debe, y en los que sus herederos hubieron de él en vida por cualquier título (10). Tambien la tiene en los de aquellos que contra

(1) Ley *Item quia*, 4. ff. de pact. y ley *Libet.* 6. ff. in quibus causis pignus vel hipoteca. Vela disert. 26. num. 37.

(2) Ley *Si convenerit*, 18. §. *Si fundus*. ff. de pigno at. act. Greg. Lop. en la 14. tit. 13. Part. 5. glos. 3.

(3) Ley *Paulus*, 29. ff. de pigner.

(4) Gaierr. lib. 2. *Pract.* quæst. 17. num. 6.

(5) Ley fin. tit. 20. Part. 1.

(6) Abb. y Juan Andres in cap. *Cum homines de decim.*

(7) Barbos. *de jure Ecclesiæ*, lib. 3. ca. 26. §. 4. num. 10. y *de offic. parroch.* cap. 28. y num. dichos. *Castill. de tertius*, cap. 2. num. 27.

(8) Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 17. Greg. Lop. en la ley 23. tit. 13. Part. 5.

(9) Cap. *Illud*, 12. quæst. 2. cap. *Lator* 2. quæst. 8. Greg. Lop. en dicha ley 23. glos. 4. vers. *Bona etiam*. Cur. *Filip.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 3. num. 21.

(10) Leyes 25. tit. 13. Part. 5. y 9. tit. 9. lib. 1. Nov. Rec.

tan con él, y en los de sus tesoreros, administradores, cobradores y recaudadores de su real haber; y asimismo en los de sus fiadores y abonadores (1).

10. A la muger casada corresponde el privilegio de tácita hipoteca para recuperar su dote verdadera contra lo bienes de su marido desde que la recibe, pero no cuando se pide la dote en fuerza de legado ú otro título (2). También la compete por sus bienes parafernales, desde que los entrega á su marido para que los administre, y no antes, ni cuando ella los administra por sí (3); pero si el marido se obliga á tener por dote aumentada los bienes que durante el matrimonio la leguen, donen ó herede; en este caso, verificada la herencia, legado ó donacion, gozará del privilegio de prelacion por su importe, desde el dia en que conste haber recaido en ella á consecuencia de la obligacion constituida en el contrato nupcial, y no se conceptuarán parafernales, sino dotales aumentados á la dote principal, porque desde entonces tiene su principio la obligacion de responder de ellos, y la graduacion de dotales, lo que no sucederá si falta el pacto, pues se estimarán solamente en clase de parafernales. Igualmente le compete tácita hipoteca por las arras que el novio la promete (4): pero si esta oferta es por via de remuneracion, gozará del privilegio de preferencia (5). Del mismo privilegio de tácita hipoteca goza la muger por los alimentos que su marido debe darla (6), mas no por su mitad de gananciales, porque ningun derecho se la concede (7).

11. A los herederos de la muger casada, ya sean legítimos ó extraños, y á los cesionarios y particulares sucesores, compete igualmente hipoteca tácita en los bienes de su marido por el importe de la dote que llevó á su matrimonio; y los hijos legítimos habidos de este, no solo tienen el privilegio de tácita hipoteca, sino tambien por el vínculo de la sangre el de prelacion á otros acreedores de su padre que la tengan, aunque sea anterior, pues como personal se les trasfiere (8);

(1) Ley *Si qui mihi*, 28. ff. *de jure fisco*, y ley 25 al fin. tit. 13. Part. 5.

(2) Ley 23. tit. 13. Part. 5.

(3) Ley 17. tit. 11. Part. 4. Gom. en la ley 53 de Toro, num. 40 al fin.

(4) Greg. Lop. en la ley 23. cit. glos. 2. al fin. Gom. en la 53 de Toro. num. 41 y 78.

(5) Faria ad Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 7. num. 23 y 24, y otros que cita.

(6) Gutierr. *de matrim.* part. 1. cap. 45. num. 5. Surd. *de alim.* tit. 8. quæst. 49. num. 16.

(7) Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 7. num. 5. Ciriac. controvers. 281. *Castill. de alim.* cap. 66.

(8) Ley única. *Cod. de privileg. dot.* y ley 33. tit. 13. Part. 5.

pero no á los herederos extraños. También compete la acción de repetir la dote al extraño que la dió á la muger con la condicion de que por su fallecimiento habia de volver á el, por ser visto no haber querido trasferirle su dominio, sino solamente el usufructo (1). En cuanto á si cediendo la muger á alguno le accion dotal que la compete contra su marido, se trasferirá en el cesionario con su privilegio, véase á *Olea de cess. jur. tit. 6. quæst. 2. num. 10 y sig.* y á *Boler. tit. 5. de de-coction. quæst. 8. num. 4 hasta fin.*

12. Por la dote prometida al marido antes de casarse le corresponde la misma hipoteca, verificado que sea el matrimonio, y no antes, en los bienes del promitente, desde que le hizo la promesa (2); y este no puede evitar ni evadirse de la hipoteca una vez ofrecida la dote, aunque proteste que sus bienes no quedan obligados á su responsabilidad, á menos que el marido lo consienta (3).

13. A los hijos legítimos compete tambien, no solo en los bienes de su padre, sino en los de su madre, por el importe de las arras y donaciones que ofrecieron ó hicieron, y hubieron uno de otro por título lucrativo, en virtud de testamento ú otra última disposicion, ó de contrato entre vivos, en caso que el viudo se vuelva á casar, y no de otra suerte, pues están obligados á reservarles su propiedad (4). Lo mismo procede por lo que hubieron de algun hijo de aquel matrimonio que haya muerto intestado sin sucesion.

14. Corresponde la propia hipoteca á los hijos legítimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que entraron en su poder y administró, la cual empieza desde que los recibe (5); y si su padre se los enagena, quedan obligados los suyos á responder de su valor, de tal suerte, que despues de su muerte pueden los hijos repetirlo del comprador, haciendo previa excusion en los paternos, y no en otra forma; pues como primero se han de pagar sus deudas, deben reintegrarse de la suya, y si hubiere para su reintegro, aunque nada les quede que heredar, no tienen accion contra el comprador (6).

(1) Ley 1. §. *Accedit*, Cod. de rei uxeris action. Mantic. de tacit. lib. 12. tit. 32, num. 252.

(2) Ley 33. tit. 13. Part. 5. Covarr. lib. 1. Var. cap. 7.

(3) Barbosa, en la ley 1. part. 3. ff. *Solut. matrim.* num. 27. vers. *Ter io.*

(4) Ley 23. tit. 13. Part. 5, y en ella

Greg. Lop. glos. 1 á la 5. y ley 7. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec.

(5) Ley 24. tit. 13. Part. 5, y en ella Greg. Lop.

(6) Dicha ley 24. ley 1. Cod. de bonis matern. y ley *Cum oportet*, 6. Cod. de bonis, quæ liberis.



15. Está concedida al hospital en los bienes de su administrador por lo tocante á la administracion de los suyos, desde que principió á ejercerla para poderle demandar, y ecsigir de ellos el alcance líquido que contra él resulte (1). Tambien corresponde á la república en los del que administra sus caudales, por igual razon desde el propio tiempo, y no antes y desde entonces le toca la prelacion, como asimismo á la comunidad, al fisco, iglesia y menor por la de los suyos (2)

16. El legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador por el legado que le hizo, la cual empieza desde su fallecimiento (3). Pero es de advertir, que los legados pios se prefieren á los que no lo son, por el fin de su destino, excepto que el testador disponga lo contrario, ó se infiera de su voluntad (4).

17. El que prestó dinero para fabricar ó componer casa ú otro edificio, ó para armar ó habilitar alguna nave, tiene hipoteca tácita en ellas, y el que lo suplió para alimentar ó pagar el trabajo á los oficiales sirvientes y marineros que trabajaron en la nave, la tiene igualmente en sus fletes y rendimientos (5); como asimismo en el oficio el que prestó el dinero para comprarlo (6).

18. Por el alquiler y arrendamiento de casa, tierra, villa, nave y otras cosas semejantes, y por el daño que el arrendatario les hubiese causado, tiene hipoteca tácita el arrendador en los bienes que ecsisten en la casa, y en los frutos de la tierra, viña y heredad y por los fletes de la nave en las mercaderías que condujo, lo cual se entiende, ya sean del primer arrendatario los bienes, frutos ó mercaderías, ó del segundo, si le hizo subarrendamiento de las cosas referidas, porque las leyes (7) hablan genérica é indistintamente, y asi no debemos distinguir.

19. Por los gastos y suplementos hechos en la última enfermedad del difunto, en su entierro moderado, segun su calidad y haberes, en los derechos de su testamento, su publicacion y apertura y en la formacion del inventario de los bienes que dejó, compete tambien hipoteca tácita en estos al que los hizo (8),

(1) *Cur Filip.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 3. num. 22.

(2) Leyes 23 y 25. tit. 13. Part. 5. *Cur. Filip.* dicho cap. 3. num. 23, y cap. 12 num. 43

(3) Dicha ley 26. ley 1. *Cod. Communia de legat* Castell. *de aliment.* cap. 66, y lib. 5. *Controv.* cap. 131.

(4) *Ciriaco. controvers.* 94 y 363. *Menoch.* lib. 4. *præsumpt.* 115. num. 2. *Cardin de Luc. de legat.* disc. 13, 14, 42 y 5. *Cur.*

*Filip.* lib. 2. *Comerce.* § 12. num. 62.

(5) Ley 25. tit. 13. Part. 5 cit.

(6) Castell. dicho cap. 66. *Salg. Labyr* part 1. cap. 10.

(7) Ley 5. tit. 8. Part. 5.

(8) *Avend.* en la ley 30 de Toro, *Acav. Martien.* y *Angul.* en la ley 2. tit. 9. lib. 11. *Rec. Carley.* tit. 3. disp. 29. num. 7. *Cur. Filip. ilustr.* lib. 2. *Comerc. terr.* cap. 3. num. 20.

porque todos los referidos gastos y derechos se reputan funerarios.

20. Si el apoderado contrae hipoteca en virtud de poder para hipotecar, y este no es ni contiene en sí contrato ú obligación, no se entiende contraída aquella al tiempo del mismo poder. No obsta alegar que la hipoteca condicional se retrotrae al tiempo en que se contrajo, verificada que sea la condicion, porque esto es por haber precedido contrato y obligación sobre que recayó; pero como en la contraída en fuerza del referido poder, no le hay, se ha de atender para su antigüedad al tiempo en que el contrato se celebró en su virtud, y no al de la fecha del poder (1).

21. No solo compete la hipoteca tácita al menor de veinticinco años contra los bienes de su tutor, sino tambien contra los de sus herederos y fiadores por el alcance líquido que contra él resulte en la administracion de su tutela, pues desde el tiempo que la admitió quedan responsables á su satisfaccion, y á la del perjuicio que le irroque por su mala veracion en ella; lo cual se entiende aunque su madre y abuela sean tutoras y tambien le compete en los de su curador *ad litem* (2). Si su madre siendo tutora se vuelve á casar, á mas de perder la tutela, quedan obligados tácitamente á la responsabilidad de esta, no solo sus bienes, sino los de su nuevo marido, hasta que le dan cuenta con pago (3). Pero no le compete en los del juez ó magistrado que nombró al curador, ni tampoco al tutor en los de su menor, porque no lo dispone la ley, y esta hipoteca no se induce sino en los casos expresos en ella (4).

22. La tácita hipoteca que el menor, ya sea ó no pupilo, contrae en los bienes de su tutor ó curador, se entiende en los que estos tienen al tiempo que reciben la tutela y curaduría, y adquieren mientras estas duran, y no se amplia á los que lucran despues que se acaban (5). Ademas no se prefiere á la anterior de otros acreedores de los expresados, porque ningun derecho le concede la preferencia (6). Pero es preferida á los acreedores personales (7); y tambien á los posteriores de hipoteca tácita y expresa (8).

(1) *Cur. Filip. ilustr.* ibi, num. 41. Salg. *Labyr.* part. 1, cap. 30, num. 27.

(2) Ley 23, tit. 13, part. 5, et ibi glos. 4 y 5. Ley ult. al fin glos. 6, 7 y 8, tit. 13, Part. 6 Gutierrez. *de tutel.* part. 2, cap. 16.

(3) Ley 25, tit. 13, Part. 5.

(4) *Surd. de alim.* tit. 9, quæst. 44. Castill. lib. 5, *Controvers.* cap. 137, num. 55.

(5) Gutierrez. *de tutel.* part. 2, cap. 16, num.

30. *Surd. decia.* 67, num. 2. *Rodrig de concurs.* dec. 14, num. 15.

(6) *Merlin de pignor.* lib. 3, tit. 1, quæst. 2, num. 68 y 69.

(7) *Ley ex pluribus, ff. de admini l. tutor.* et ibi glos. Gutierrez, ibi, num. 19.

(8) Ley 1, *Cod. Rem alien in gerentib.* Mantica, *de tacit.* lib. 11, tit. 11, num. 9.

23. Compete esta hipoteca desde el dia en que el tutor recibió la tutela, ó el curador la curaduría aunque mucho tiempo despues empezase á usar mal de la administracion, ya la haya recibido con las solemnidades legales ó sin ellas, porque no debe ser de mejor condicion el intruso que el que fué nombrado legalmente discerniéndole el cargo (1); y asi compete al menor en los bienes del tutor, y en los de cualquiera que administró los suyos, aunque fuese en el concepto de factor nombrado por este y no por el juez (2). Pero no si lo hizo como amigo, porque el privilegio no se debe ampliar fuera de sus términos (3). Tiene tambien lugar la hipoteca, ya haya administrado ó no los bienes, una vez que recibió la tutela (4), porque todos los tutores deben dar razon y cuenta, aun cuando no administren; bien que se ha de observar entre ellos el arte de reconvenir primero á los que administraron, y no teniendo estos con que pagar á los otros en subsidio (5); pues sin embargo de que sean muchos al modo que no se puede dividir la accion de tutela que contra cada uno *in solidum* compete al menor, tampoco se divide entre ellos la hipoteca (6).

24 El privilegio de tácita hipoteca, como real y coherente á la cosa y accion, pasa á los herederos del menor, no solo contra su tutor ó curador, sino tambien contra los de estos, y cualquiera singular sucesor suyo aunque sea extraño (7). Esto se limita á los bienes heredados del tutor y curador, y no se amplia á los propios y privativos de su heredero y sucesor, porque estos no están obligados ni hipotecados al débito del difunto, á menos que el mismo heredero quiera obligarlos, ó que el difunto los obligase expresamente, y su heredero aceptase llanamente su herencia, por cuya aceptacion es visto aprobar la obligacion é hipoteca; pues segun derecho no vale la que se contrae, aunque sea expresamente sobre cosa agena, excepto que sabiéndolo su dueño la apruebe, en cuyo caso recobra su valor. Pero el privilegio de prelacion que el menor tiene en la accion personal, no

(1) Ley *Dabimus*, §. *Si quis cum tutor*. ff. de privileg. creditor. Mantic. lib. dicho tit. 16. num. 4. Gutierr. ibi, num. 2. Rodrig. ibi, num. 6.

(2) Ley fin. ff. de tutel. de ration. distrahend. Escobar de ratiocin. cap. 39. num. 3 y 16. Sard. de alin. tit. 9. quæst. 44. num. 6.

(3) Mantic. ibi, num. 15. Noguerolet allegat. 1. num. 102. Graciam. Di:epi. cap. 182. num. 22.

(4) Ley *Pro officio*, Cod. de adminstr. tutor. Gutierr. ibi, Rodrig. ibi, num. 5.

(5) Ley *Tutores*, §. *Item es. ff. de administ. tutor*. Bersan. de pupill. cap. 5. quæst. 9. num. 47 al 50.

(6) Dichas tres leyes cit. Rodrig. de concurs. part. 1. artic. 4. num. 40. Bersan. dicho cap. 5. num. 12 cit. num. 20.

(7) Gutierr. cap. 16 dicho num. 19, Rodrig. ibi, num. 59. Olea de cess. jur. tit. 6. quæst. 2. num. 12.

se transmite á sus herederos legítimos ni extraños, porque es personalísimo y se extingue con su persona.

25. Como el tutor y su pupilo, el curador y su menor son relativos, algunos autores fundados en esto, y en que los bienes del pupilo y menor están tácitamente obligados segun una ley del derecho civil (1), á lo que resulte estar debiendo por razón de su administracion á su tutor y curador, afirman que lo es tambien á la satisfaccion de las expensas que estos hacen para la utilidad de aquellos, y constan de la cuenta de su administracion, y que asi es igual la condicion de todos, debiéndose pagar por unas mismas leyes. Pero otros defienden que les compete solamente accion personal en cuya virtud pueden repetir los bienes de su menor hasta reintegrarse de lo expendido en su utilidad durante la tutela ó curaduría, porque la hipotecaria no tiene lugar, y se induce en los casos expresos en derecho como se dijo en el párrafo 22.

26. Asi como el menor durante la tutela no puede exigir de su tutor la cuenta de ella, ni proceder contra él por razon de su administracion, porque antes que se acabe no le compete accion alguna por dicha causa, ni puede ejercer por consiguiente acciones separadas de la tutela, nacidas en tiempo de su administracion; tampoco se le permite oponerle en dicho tiempo la compensacion de su débito con el crédito que tiene contra él (2); pero acabada la tutela ambos pueden oponérsela (3), y antes que se acabe no se prohíbe al tutor el oponerla contra el menor en descuento de su débito con el crédito de este (4).

27. Tiene tambien el menor hipoteca tácita en lo que se compra con su dinero, aunque segun las leyes se hace del comprador la cosa comprada con dinero ageno, y no del dueño de este, sin quedar hipotecados á su solucion, á menos que se pacte lo contrario, y dicha hipoteca tiene lugar, aun quando con el dinero del pupilo se compre alguna cosa para utilidad de otro pupilo, porque el privilegio de éste no destruye el suyo, pero como personal no pasa á los herederos del pupilo (5).

28. No solo le compete como dueño del dinero el privilegio

(1) Ley 1. ff. de contr. et util. accion. tutel.

(2) Medic. de compens. part. 2. quæst. 14. num. 4. Gutierr. de compensat. lib. 4. quæst. 13. num. 17.

(3) Ley 3. ff. de contr. judic. tutel. Gutierr. de compensat. lib. 2. quæst. 22. num. 17.

(4) Gutierr. ibi, num. 18. y 19. Meib. Bersan. de pupill. cap. 5. quæst. num. 5.

(5) Ley Dabimus, ff. de privileg. cre. Gutierr. part. 2. de tutel. cap. 16. num. 1. Rodrig. de concurs. part. 1. art. 4. num. 1.

de tácita hipoteca para recuperarlo, sino tambien el de prelacion respecto de otros acreedores del comprador extraño que la tengan expresa anterior en sus bienes (1); y cuando el comprador carece de otros bienes con que pagar el dinero, adquiere el pupilo la cosa comprada; y asi puede demandarla por la accion útil vindicatoria, como á cualquiera mayor se le permite (2), y usando de esta accion se preferirá tambien al fisco y á la dote posteriores, por ser mas segura que la hipotecaria, mas no si son anteriores.

29. Mayor privilegio compete al pupilo ó menor, cuando su tutor ó curador compra el fundo para sí con dinero de uno de ellos, pues puede pedir aquel por dicha accion vindicatoria, no obstante que el tutor tenga con que pagarle el dinero, ó usar de la hipotecaria por la repeticion de este (3). En tal caso excluirá al fisco y á la dote anteriores, ya use de la accion hipotecaria ó de la útil vindicatoria, bien que esta siempre es mas segura, porque el fisco tiene privilegio de prelacion en los bienes posteriormente adquiridos por su deudor (4). Si el tutor ó curador compra para el pupilo ó menor con dinero de estos varias fincas, unas fructíferas y otros infructíferas, no se les permite elegir aquellas, y por el importe de estas usar de la accion hipotecaria contra los bienes de su tutor ó curador, antes bien deben tomarlas ó desecharlas enteramente, excepto que la compra haya sido dolosa para engañarlos (5).

30. Así como está prohibido á los menores enagenar sus bienes raices ó muebles preciosos, sin que intervengan justas causas, y las solemnidades legales que se indicaron en el tomo 2. tit. 4. cap. 2. párrafo 26. y ahora se explicarán mas extensamente; tampoco pueden hipotecarlos sin que medien las mismas. En orden á dicha enagenacion debe saberse lo siguiente.

31. Se estiman por justas causas, para hacerla cuando los acreedores instan á que se haga la venta para que se les pague, ó las rentas del menor no bastan para sus alimentos, pues no se le ha de dejar perecer, ó cuando es preciso dotar á su hermana, y no hay otro recurso que la venta (6) Estas causas y otras graves que suelen ocurrir, deben probarse, y el juez instruirse

(1) Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 1. num. 85. Velasc. de privileg. miserabil. personar. quæst. 3. num. 124.

(2) Salg. Labyr credit. part 2. cap. 13.

(3) Ley 49. tit. 5. Part. 5. Gom. Zen la 53 de Toro, num. 36. Gutierr. ibi. num. 88.

(4) Ley Si is qui, ff. de jure fisci Barsan.

de pupi'l. cap. 1. quæst. 24.

(5) Gutierr. de tutel. part. 3. cap. 1 num. 84. Rodrig. de annua redditib. lib. 3. quæst. 10. num. 8.

(6) Ley 18. tit. 16. Part. 6. Mantic. de tacit. lib. 4. tit. 16. num. 6.

de ellas, pues no basta proponerlas: de lo contrario será nulo su decreto ó licencia, y tambien la enagenacion (1).

32. Las solemnidades que deben intervenir en la enagenacion referida, cuando se hace para pagar á los acreedores del difunto, ó del menor, son: 1.<sup>a</sup> Que con el debido conocimiento y radical instruccion intervengan, no solo el decreto ó licencia del juez, pues si falta su instruccion ó la causa es falsa, será nula la enagenacion; sino igualmente la autoridad del tutor ó curador (2). 2.<sup>a</sup> Que se subasten los bienes, pues aunque la subasta no es rigurosamente precisa segun derecho comun, es indispensable segun el nuestro, en el cual manda se publique por treinta dias la finca que se vende (3). Si el menor prueba que por no haberse subastado padeci6 lesion, ó hay alguno que ofrezca mayor precio por la cosa vendida, se le concederá la restitucion para que se vuelva á vender, no solo en cuanto al menor precio del valor que tenia, sino al mayor que dejó de percibir, y se daria por ella si se hubiese subastado, porque á los menores se debe socorrer del mismo modo en el lucro que en el daño (4). De esta suerte, siempre que se verifique lesion, no en cualquiera parte del precio (porque esto seria impedir que hubiese compradores de bienes de menor, á causa de que juzgarian que no estaban seguros), sino á lo menos en la sexta del precio justo; debe ser oido el menor, y volverse á subastar la finca, aun cuando se haya subastado (5). 3.<sup>a</sup> Que primero se vendan los muebles, y de estos los menos útiles al menor, y despues de ellos, ó no habiendolos, los raices, y entre estos los que sean menos útiles, y que no tengan mayor valor que el débito porque se venden. Si conviene mas al menor hipotecar sus bienes que venderlos, se debe hacer, lo cual ha de mirar el juez; pero en las enagenaciones que se hacen por otros motivos que el expresado, no son precisas todas las solemnidades referidas, y solo se requiere la autoridad del tutor ó curador, y el decreto judicial precedido el debido conocimiento de causa (6).

33. Asi como siendo hecha la enagenacion con las solemnidades explicadas, por causas justas, y sin dolo ni lesion, queda tan firme é irrevocable, que no puede rescindirla ni retractarse

(1) Ley *Cum hi*, §. *Si pætor*. ff. de *transacion*. B. san de *pupillis*, cap. 2. quæst. 5. num. 1 al 4.

(2) Ley 4. tit. 5. Part. 5.

(3) Ley 60. tit. 13. Part. 3.

(4) Ley *Tutor*, 47, y ley *Ad prætor*. §. *Ho-*

*die*, ff. de *minorib.* y ley *Etsi sine*, §. *Interpositio*, ff. de *administ.*

(5) S. lg. *Laby*. part. 2. cap. 2. num. 8 y 9. B. san. ibi, num. 12 al 15, y cap. 1. quæst. 15. num. 27 al 29.

(6) B. san. ibi, num. 22 al 27.

de ella el menor (1), así por el contrario, si faltan es nula por derecho (2); y aunque se observen, si interviene lesión en el precio, y la acredita, le competen á su eleccion dos acciones, la una personal contra su tutor ó curador, ó sus herederos, para resarcir el daño que por su culpa ú omision experimentó (la cual se llama *accion de tutela directa*), y la otra real para perseguir y reivindicar la finca enagenada del que la posee. Pero para estos casos se tendrá presente lo primero, que omitiéndose las solemnidades expresadas, no necesita el menor el auxilio de la restitucion *in integrum*, porque cuando la ley irrita, ó anula el contrato, cesa el oficio del juez acerca de ella, por lo que puede revocar directamente la enagenacion del poseedor, mas si intervienen las solemnidades, y fué perjudicado, es preciso que lo implore para usar de la retractacion (3): lo segundo que ha de tenerse presente es que interviniendo el menor púbero, en la venta ó enagenacion, debe jurar que por razon de su menor edad, ni por lesión, ni porque el precio deje de convertirse en su utilidad, ó no entre en su poder, ni por otro motivo reclamará el contrato, ni pedirá restitucion; antes bien lo habrá por firme para siempre, como lo ordena la ley 59. tit. 18. Part. 3. *E para ser el comprador ende seguro é cierto de la compra que face, debe decir mas al fin de ella, como porque el vendedor era mayor de catorce años, é menor de veinte é cinco años, juró sobre los santos evangelios que todas cuantas cosas otorgó en la carta de la vendida, que las habria por firmes por siempre jamas, é que contra aquella vendida nunca vernia por sí ni por otro por razon que era menor á la sazón que la hizo, nin porque valiese mas la cosa que vendiera, nin aunque dijese que aquel precio que tomara por ella, que non entrara en su pro; nin por otra razon que quisiese poner entre sí semejante destas.* Con este juramento queda mas firme el contrato.

34. Si el pupilo ó menor enagenase sus bienes raices ó derechos concernientes á ellos, ó los muebles preciosos, ó que se pueden conservar sin las justas causas y solemnidades expresadas, no solo es nula la enagenacion *ipso jure*, como se dijo en el párrafo anterior, sino que tambien para rescindir la no necesitan implorar el auxilio de la restitucion, aunque se hubiese hecho

(1) Ley fin. Cod. de *prodiis minor*. Ley *Non videtur*. Cod. *d. in integr restitucion*.

(2) Ley *Lex que tutores*, §. *Jam er o*. Cod. *de admini t. t. luro*. Montan de tutor. cap. 23. num. 18. Gauerz, cap. 5. num. 8. part.

2 de tutel.

(3) Ley *intra utile*, §. *Vendentibus*, ff. *de minorib*. Montan de tutor. cap. 33. num. 423.

con el fin de pagar sus débitos. Lo propio milita en la dación de pago, porque es contrato de enagenación, semejante á la venta, como también en la transacción y cesión de ellos por la misma causa.

35. Lo dicho procede no solo en las cosas de que los pupilos y menores son verdaderos dueños, sino asimismo en aquellas en que tienen casi dominio, ó no mas que el útil, porque hay el mismo motivo para la prohibición; y así tampoco pueden permutarlas por otras sin las expresadas solemnidades, ni dar sus bienes en enfiteusis, ni constituir usufructo ni servidumbre en ellos, ni remitir la que les corresponde en el fundo ageno, ni arrendarlos por largo tiempo, ni imponer censo sobre ellos, porque de quien se prohíbe la enagenación, se prohíbe también la constitución de hipoteca como antecedente para aquella.

36. Como el que dona alguna cosa la pierde, está prohibido hacer donación simple al pupilo por sí, y con la autoridad sola de su tutor, como también á este el hacerla de los bienes de aquel, aunque dé su licencia el juez, porque para la validación de esta se requiere causa justa, la cual apenas podrá probarse en el pupilo; y tampoco puede donar por causa de muerte, puesto que no tiene facultad para testar. Pero la donación pura, moderada y jurada que haga con justa causa el menor adulto, valdrá, aunque no la que se haga sin juramento, bien que aun cuando este se haya hecho, si es lesa enormemente, y lo prueba, podrá valerse del auxilio de la restitución precedida relajación del juramento. También valdrá la donación por casamiento que de sus bienes muebles, que guardándose no pueden conservarse, haga á su esposa con arreglo á lo permitido por la ley, y con autoridad de su curador, pues para la de los que se pueden conservar y de los raíces, es indispensable la licencia del juez. Asimismo puede hacer donación por causa de muerte, aun cuando su curador quiera impedirselo, porque la última voluntad no debe pender del arbitrio ageno.

37. Para la enagenación de los muebles que guardándose no pueden conservarse, y derechos tocantes á ellos, no es necesario decreto del juez, y basta la autoridad del tutor ó curador. Lo mismo sucede cuando se trata de perfeccionar el contrato principiado por el padre del menor, ó por otro de quien es heredero (1). Cuando el pupilo en virtud del pacto de *retrovender* con que el difunto su causante compró algun predio, lo devuelve ó

(1) Gutierr, de tutel. cap. 5. num. 66.



retrovende á su tiempo, basta la autoridad de su tutor ó curador, como tambien cuando fué voluntad expresa del padre del pupilo, que cierta finca se vendiese al comprador que nombró, con quien expuso tenia tratada su venta por precio determinado; mas no si genéricamente permitió que se vendiesen los bienes que dejaba á su hijo, pues en este caso, aunque remite la legal prohibicion de enagenar, no lo hace de las solemnidades que se requieren para la enagenacion, y lo mismo procede cuando el menor recibe utilidad en que esta se efectúe (1) (\*). En la venta de bienes de menor conviene que intervenga fé de entrega de su precio al tutor, como se reconoce en la ley 60. tit. 18. Part. 3, pues la mera confesion de haberlo recibido no perjudica al menor (2). Ademas ha de obligar los bienes de este y no los suyos (3), pues no es justo que le perjudique su oficio. Las solemnidades expresadas se deben observar tambien en la venta de mudos totalmente sordos, locos, desmemoriados y pródigos declarados (4), porque se equiparan al pupilo.

38. Asi como no puede el menor enagenar sus propios bienes raices ó muebles preciosos, no interviniendo las solemnidades y causas justas mencionadas; no puede tampoco hipotecarlos sin ellas, excepto que se siga al menor utilidad conocida del mutuo porque contrajo la hipoteca, lo cual incumbe probar al acreedor como fundamento de su intencion, si la propuso; ó que sea necesario para la defensa del menor, ó para libertarse á sí mismo ó á su padre de la carcel, ó redimirle de cautiverio: en cuyos casos basta la autoridad de su tutor ó curador.

39. La prohibicion de hipotecar sus propios bienes impuesta al menor, parece se amplia á la cosa que compra, por el precio que no paga al vendedor, porque el menor no puede obligar la finca comprada hasta que se le trasfiere el dominio por su tradicion, y entonces, como ya es suya, tiene lugar la ley que lo prohíbe obligar sus bienes. Pero sin embargo de esto hay autores que opinan valdrá la hipoteca otorgándose en el mismo ac-

(1) Ley 4. tit. 5. Part. 5.

(\*) Aquí padeció Febrero una crasa equivocacion, porque la ley 4 que cita, dice: „Tutores son llamados en latin, los que son guardadores de los menores de catorce años. E estos atales no deben enagenar las cosas de los huérfanos, fueras ente cuando les fuessen tan gran menester que non podriau al fazer, ó por gran pro de ellos. E entonces se ha fa er con muy gran sa'iduria, é con otorgamiento del juez del lugar.” Y si cuando es útil al pupilo la enagenacion de

alguna cosa suya no se requiriese decreto del juez, nunca seria necesario, ya porque no puede enagenarse nada del menor sin que de ello pueda seguirse utilidad, y ya porque con el pretexto de ésta jamas se recurriria al juez. *Febrero reformado.*

(2) Ley Lucius, 46. §. Tutela 5. ff. de administrat. tutor. Greg. Lop. en la 60. tit. 13. Part. 3. glos. 5.

(3) Ley 60. tit. 18. Part. 3. verb. *Otrosi debe decir.*

(4) Dicha ley 60 al fin.

to, porque como precedió á ella en el pacto, se le transfirió su dominio con este gravamen, que es parte del contrato, y se debe reputar único é individuo, con todas las condiciones puestas en él, mayormente cuando la hipoteca solo mira á la seguridad del precio, el dominio se puede transferir con condicion, y el menor no goza del privilegio especial de aceptar el contrato en lo favorable y desecharle en lo perjudicial. Mas para evitar cuestiones advierta el escribano al vendedor que nada dé fiado á menor alguno, si no quiere exponerse al riesgo de perder su dinero.

## APENDICE A ESTE CAPITULO.

*Sobre otros privilegios de que gozan los menores, ademas del de hipoteca tácita.*

Con ocasion de tratar de la hipoteca tácita concedida á los menores, habla aqui tambien el autor de otros privilegios que les corresponden en ciertos contratos; y como esta materia no tiene un estrecho enlace con la doctrina correspondiente al juicio del concurso de que estamos tratando, ha parecido conveniente formar este apéndice para evitar confusion.

El primero de dichos privilegios consiste en que, aun cuando generalmente hablando, quien calla no consiente, afirma ni niega de positivo (1), siendo en favor del pupilo, se le considera como consentidor hasta en los actos obligatorios y perjudiciales.

El segundo privilegio se reduce á que si un tutor diere al pupilo muchos fiadores, puede dirigir su accion contra uno por el todo, sin que se admita á este la excepcion de la division que oponga; lo cual no sucede entre muchos fiadores de diversos tutores, cuando todos administraron á un tiempo la tutela, pues si el de uno fuere reconvenido por toda la deuda, podrá usar de dicho beneficio contra los de los contutores. Pero si uno de los tutores administró, y otronó, al mode que debe ser demandado antes el que administro, y en subsidio los que no intervinieron en la administracion, como se dijo en el párrafo 23, del mismo modo se debe repetir primero contra el fiador del que administró, porque no está obligado á mas que su principal.

El tercer privilegio es que en los contratos celebrados con

(1) Ley 13 tit. 33. Part. 7

menor solemnidad que la prescrita por la ley, si el pupilo quiere apartarse de ellos, no estará obligado al otro contrayente, aunque este lo queda á su observancia en cuanto á él (1), para cuya inteligencia se debe tener presente la edad del pupilo. Si es infante, no puede obligarse á otro en ninguna manera por contrato, intervenga ó no la autoridad de su tutor, porque le falta el consentimiento, ni el otro contrayente ha de quedar obligado á él, aunque el contrato ceda en su utilidad. Si salió de la infancia, se ha de distinguir, si se obligó con autoridad de su tutor ó no. En el primer caso queda obligado, aunque si es lesa en el contrato, podrá impetrar el auxilio de la restitucion por entero; siendo de advertir que si contrae con su tutor, no quedará obligado, porque no puede autorizar su propio hecho, y así para que valga el contrato que celebre con él, es necesario que intervenga en él otro tutor (2), á no ser que se haya hecho mas rico, porque nadie debe lucrarse en detrimento de tercero. Y en el segundo caso, si el contrato es util al pupilo, vale sin quedar obligado al otro contrayente, y si le es nocivo, no vale absolutamente, aunque esté próximo á la pubertad. Esto mismo tiene lugar en los adultos menores de veinticinco años que contraen sin la autoridad de su curador, pues teniéndole, si contrajeran sin que intervenga, es nulo *ipso jure* el contrato que cede en su perjuicio; pero si de él les resulta beneficio, es válido, y queda obligado á su favor el otro contrayente mayor. Si no tiene curador, y se obligaren, valdrá el contrato, aunque si fueren lesos en este, podrán pedir la restitucion.

Cuarto privilegio. En las causas de los pupilos se puede proceder sin estrépito ni figura de juicio. Asimismo para defender al menor se admite á cualquiera del pueblo, porque resulta interes al Estado de que todos defiendan al que por sí no puede hacerlo (3). Tambien se permite al menor variar en juicio la accion ó libelo sin estar obligado á pagar á su contrario las expensas (4). Pero si el tutor ó curador procedieren dolosa y temerariamente en la variacion, deberán satisfacerlas (5).

Quinto privilegio. Contra el menor no corre la mora irregular de intereses, por no pagar de pronto á su acreedor lo que le debe, excepto que le interpele á él y á su tutor ó curador, ó por lo menos á estos, y que concurren los requisitos de lucro cesante y daño emergente, ó que la mora haya principia-

(1) Ley 4. tit. 11. Part. 5.

(3) Ley 4. tit. 5. Part. 5.

(2) Ley 2. Cod. de negot. gest.

(4) Odd. de restit. in integr. part. 2. quæst. 64. art. 4.

(5) Odd. en el lugar citado,

do en el difunto mayor su causante, pues entonces pasará contra él, aunque sea pupilo. Pero á favor del menor corre dicha mora *ipso jure*, no pagándole su deudor, aun cuando no le interpele ni prefina término; lo cual procede en primer lugar contra el deudor que es mayor, y no contra el menor, porque siendo contra este se confunden los privilegios: en segundo lugar, cuando el menor tiene tutor ó curador á quien hacer la paga, pues si carece de él, no hay razon para que incurra en mora; y en tercer lugar, mientras el menor lo es, porque con su menor edad espira la causa del privilegio, y por consiguiente no corren mas los intereses hasta que se haga la interpelacion al deudor, concurriendo los expresados requisitos de lucro cesante y daño emergente, como para con cualquiera acreedor está dispuesto, en cuyo caso será mora regular.

Sexto. El menor puede variar de fuero trayendo á su adversario ante el tribunal supremo por caso de Corte, y declinar de la jurisdiccion del juez ordinario ante quien se halla principiado el pleito, como se dijo en su lugar; lo cual procede, ya sea actor ó reo, pobre ó rico, legítimo ó espurio, y sea la causa civil ó criminal (1), y se amplia aquella en que litigó como cesionario, siempre que la cesion onerosa ó lucrativa se haya hecho con buena fe, segun se verifica en la que proviene de última voluntad por institucion, legado ó donacion por causa de muerte, y no en fraude de tercero, con el fin de mudar el juicio y causarle extorsion. Y este privilegio no se puede renunciar, ni tampoco ceder á otro porque es personal. Pero si el pleito se principió con el difunto mayor de veinticinco años á quien el menor sucedió, no debe mudarse de juez, porque la condicion de aquel no se muda por la persona de su heredero, aunque no habiéndose empezado la instancia con el difunto, puede el menor usar en ella de todos sus privilegios, porque la herencia es ya patrimonio suyo.

No puede usar de este privilegio el menor contra su tutor en orden á la dacion de cuentas de la tutela y administracion de sus bienes, y por consiguiente extraerle del fuero y juzgado en donde se le encargó esta; excepto que tema se le perjudique en sus derechos, por ser persona poderosa el tutor. Y si muchos tutores de una ó diversas provincias administraron la tutela, proindiviso, y aun mismo tiempo, deben ser demandados todos ante un juez, para que no se divida la continencia

(1) Ley 5, tit. 3. Part. 3.

de la causa. Tampoco puede usar del citado privilegio contra otro menor ó persona privilegiada, por gozar de él igualmente.

El séptimo y principal privilegio es el de la restitucion *in integrum*, de que se trató en el tomo I.º capítulo I.º, hablando del estado natural de las personas. Allí se dijo en qué consiste este privilegio, qué deberá probar el menor para conseguir la restitucion, y en qué casos debe denegarla el juez, por lo que no se repatirá aquí aquella doctrina, limitándome á insertar las siguientes observaciones del autor, que sirven para mayor aclaracion de esta materia tan importante.

Cuando en el contrato del menor no se han observado las solemnidades, puede aprobarle si le fuere util, y sin embargo de su nulidad obligar al contrayente á su cumplimiento; ó reprobarle por serle pernicioso, y entonces no está obligado á pasar por él, ni su contrario puede compelerle á ello; y si se le reprueba, necesita el auxilio de la restitucion, porque el contrato es nulo *ipso jure*. Cuando se observaron las solemnidades, y el menor fue lesa en el contrato, se ha de distinguir: si el tutor le perjudicó por culpa soya, le compete la eleccion de que se le restituya contra el contrato, ó de reconvenir al tutor para que le indemnice y reintegre del daño que le causó, en cuyo caso este remedio ordinario no hace cesar el de la restitucion que es extraordinario, porque se dirige contra diversos sugetos. Mas si la lesion que padeció provino de omision, y no de culpa del tutor, debe reconvenirle primero ordinariamente sobre la reintegracion del daño; lo cual se limita en primer lugar, cuando el menor puede ser reintegrado mejor y mas pronto por la restitucion que por la repeticion contra su tutor, porque aunque este remedio es extraordinario, y cesa siempre que ha lugar el ordinario, esto se entiende en el caso de que por ambos se pueda socorrer igualmente al menor, y asi siéndole mas util el extraordinario no se le priva de usar de él; y en segundo lugar, cuando el tutor está insolvente ó fallido en todo ó en parte, pues entonces se concede en subsidio al menor la restitucion por el daño que le provino de su culpa ó negligencia. Si consta que ningun fraude ni negligencia se puede imputar al tutor ó curador, no es responsable á nada.

Si el menor hiciere ver por el propio contrato rectamente celebrado que fue lesa, ha de ser restituido contra él, como debe serlo en otro cualquier acto perjudicial indistintamente; y entonces está obligado á devolver al otro contrayente todo lo que percibió por el tal contrato, pues no ha de lucrarse con su

daño. La prueba de haberse lucrado compete al contrario cuando lo afirma, y el contrato es *ipso jure* nulo, porque es el fundamento de su intencion, tiene contra sí la presuncion del dolo y mala fe con que procedió, y el menor no necesita en este caso del auxilio de la restitucion. Pero si el contrato es válido, y el menor implora aquel beneficio por la lesion que padeció en él, debe justificar concluyentemente, aunque sea por congeturas, no solo su menor edad al tiempo que celebró el contrato, sino tambien haber sido leso, porque en esto consiste el fundamento de pedir la restitucion, y porque por haberse celebrado el contrato con la solemnidad legal, tiene á su favor la presuncion de rectitud y validacion.

El beneficio ó privilegio de la restitucion que el derecho concede á los menores por la lesion padecida en el contrato, aprovecha á sus fiadores, y aunque es personal, se trasmite á sus herederos, quienes por su muerte pueden usar de él dentro de los cuatro años siguientes á los veinticinco de edad del mismo menor; y la razon es, porque su persona no es la causa inmediata del privilegio, sino la lesion; por lo que no se extingue con su muerte, y asi puede cederle, no obstante que le compete por derecho especial. Pero cuando la persona es la causa próxima é inmediata del privilegio, espira con ella, aun cuando se hubiese concedido por remuneracion, y no es transmisible á sus herederos. Y es de notar que el menor puede portarse de la solicitud del beneficio de la restitucion, y pasar por el contrato.

No compete este beneficio al menor cuando aprobó expresamente el contrato celebrado en su menor edad, ni cuando lo hizo tácitamente, que es cuando sabiendo la lesion dejó pasar el tiempo prescrito por la ley para pedir la restitucion, ó siendo mayor practica actos contrarios á la nulidad y lesion, ó que no pueden menos de inducir ratificacion; pues la voluntad que se deduce del acto, es mas poderosa que la que consiste en palabras.

Mas para la mejor inteligencia de esto debo advertir que la ratificacion ó ratificacion expresada, se puede hacer ó del acto ó contrato celebrado por un tercero á nombre del que le ratifica, ó del hecho nulamente por este, y puede subsanar dos vicios, el uno de nulidad y el otro de lesion en el propio contrato. Si el menor siendo ya mayor, ratifica el contrato que hizo en su menor edad, ninguna solemnidad de las que deben intervenir para la validacion de los contratos de menores es necesaria en su ratificacion, para que valga asi en cuanto á la nulidad,

como á la lesion que contega el contrato. Pero si hace la ratificacion en su menor edad, (como puede por no estarle prohibido), no valdrá á menos que se observen dichas solemnidades, porque la ratificacion del contrato nulo no es otra cosa que un nuevo contrato. Si ratifica el contrato que á su nombre celebró su tutor ó curador, aunque vale su ratificacion en cuanto á constituirle válido, si por él se le causó algun daño, no se le prohíbe repetir contra su tutor ó curador para el reintegro y suplemento del justo precio. Pero si estos contrageron en su nombre acerca de las cosas del menor, v. gr. por haber vendido como suya alguna finca de este; de nada sirve ni viene al caso la ratificacion, ni el menor es parte para hacerla, porque no puede ratificar lo que no se practicó en su nombre. Y si ya sea mayor ó menor, ratificase el contrato que contiene nulidad y lesion juntamente, se subsanará por la ratificacion la nulidad; pero le quedará salvo su derecho por la lesion contra el otro contrayente, excepto que siendo mayor la renuncie á su favor, como puede hacerlo.