

nombramiento de defensor previamente al pariente del menor á quien, en su caso, correspondería la tutela legítima, y á falta de éstos, á otro pariente ó á un extraño. Dicho pariente del menor, llamado á desempeñar la tutela legítima, es á quien corresponde, según el art. 211, ó sea por este orden: al abuelo paterno, al materno, á las abuelas paterna y materna, sucesivamente, mientras se conserven viudas, al mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y, en defecto de éstos, al mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos. Como al final de este art. 211 previene que la tutela legítima de los menores no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos, y, por otra parte, la patria potestad, según el art. 154, está otorgada por la ley, no sólo sobre los hijos legítimos no emancipados, sino sobre los naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad, y el 165, de cuya *explicación* se trata ahora, se refiere en general á los hijos *no emancipados*, sin distinguir si son legítimos, naturales reconocidos ó adoptivos, resulta, por esto, indudable que á los de esta última clase es aplicable también, y no sólo á los legítimos, el medio supletorio de completar su representación, en el caso de oposición de intereses con sus padres, con el nombramiento de un *defensor*, que instituye este art. 165.

En ese concepto les será siempre aplicable el orden de personas designadas por el segundo párrafo de ese artículo, con referencia á los que enumera el 211 para la tutela *legítima*, no obstante que dicha tutela no existe respecto de los hijos *ilegítimos*, pues si bien el orden de personas designadas para una y otra aplicación es el mismo, nada tiene que ver la prohibición de la tutela legítima respecto de los hijos ilegítimos, que preceptúa el art. 211, con la designación de *defensor* para *toda clase* de hijos, que establece el 165, aunque las personas en quienes haya de recaer el nombramiento de tal sean las mismas y por igual orden que los que aquél designa para dicha tutela legítima; no siendo lícito confundir los supuestos, siquiera se provean por medios de ejecución comunes á uno y otro, ni aumentar á casos no expresados las prohibiciones del Código en el último párrafo del art. 211, concretadas á la tutela, ni menos desconocer la terminante declaración del 165, que lo hace legalmente posible.

No existe en el Código ningún otro artículo más que el 165, definente y reglamentario de esta institución del *defensor*, pero á la misma pueden referirse diversidad de casos y aplicaciones; lo que hace deficiente el precepto legal, ya en la mayor claridad del supuesto que provoca ese nombramiento respecto de la circunstancia de *interés opuesto* que la motiva, ya en cuanto á la naturaleza voluntaria ú obligatoria del cargo, deberes, responsabilidades, etc. Sin embargo, parece muy aceptable el criterio de considerarlo de análoga naturaleza que los de tutor y protutor, obligatorio en principio y, por consiguiente, susceptible de las

el cual, la regla general para comparecer en juicio es hallarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles.

mismas incapacidades y excusas que para la tutela se establecen y, en este punto, concordante y completado dicho art. 165 con los que á dichas materias consagra el Código (1).

Es racional afirmar que la duración del cargo está determinada por la de la *especialidad* del asunto que motiva el nombramiento, si bien nada diga, tampoco, el Código acerca de este extremo.

#### B. Relaciones patrimoniales.

**25.** Los efectos civiles de la patria potestad en cuanto á los *bienes* ó sean las *relaciones patrimoniales* entre padres é hijos, durante la subsistencia de la patria potestad, se contraen á la conocida doctrina de los *peculios*, cuyo *concepto*, *especies* y *precedentes* legales en el Derecho anterior al Código quedan mencionados (2).

El Código no ha olvidado reglamentar estas relaciones de bienes entre padres é hijos, como parte del *contenido* de la patria potestad, ni puede decirse que desconozca la noción del *peculio*, en cuanto se hace cargo de la posibilidad legal, en diferentes supuestos, de esa situación patrimonial que les caracteriza, ya de que los hijos tengan derechos propios sobre bienes, no obstante la patria potestad, ya de que en unos mismos bienes participen de derechos el padre y el hijo, mediante distintas combinaciones; pero la doctrina se ha modificado, ora en cuanto á los *nombres*, ora en cuanto á las *especies*, ora en cuanto á los *derechos* de padres é hijos en los llamados *peculios*.

Á *cinco especies* pueden reducirse las situaciones patrimoniales que en este concepto admite el Código, producto de los textos de los artículos 159 á 166, y no se distinguen, como se hacía en la legislación romana y en el antiguo Derecho español, por el *origen* de los bienes que formen el *peculio*, sino que se diferencian por los diferentes *títulos*, ó mejor *supuestos*, de la adquisición, y por los diversos *derechos* que el padre y los hijos tienen en cada una de las hipótesis, *según que vivan ó no en la compañía de los padres*, á saber:

*Primera.* Bienes ó adquisiciones procedentes del trabajo ó industria del hijo ó de cualquier título lucrativo, *cuando dicho hijo viva en compañía del padre* y sometido á su potestad.

Son *derechos* en ellos:

- a. Del *padre* ó *madre* que ejerza la patria potestad: la administración (art. 159) y el usufructo (art. 160).
- b. Del *hijo*: la propiedad (art. 160).

*Segunda.* Bienes ó adquisiciones procedentes del trabajo industrial del hijo ó de cualquier título lucrativo, *cuando el hijo*, con consentimiento de sus padres, *viviere independiente de éstos*; caso en el que se le reputa *emancipado* para todos los efectos y derechos en dichos bienes, fuera de cierta intervención del padre, supletoria del defecto de capacidad civil del hijo.

(1) Arts. 202, 239, 244, 245, etc., explicados en el cap. 31 de este volumen.

(2) Núms. 6 y 9 de este capítulo.

Son *derechos* en ellos:

a. Del *padre* ó *madre* que ejerza la patria potestad: prestar consentimiento para gravar ó vender bienes inmuebles, y la asistencia para comparecer en juicio respecto de los mismos (art. 317).

b. Del *hijo*: la propiedad, el usufructo y la administración (artículo 160).

*Tercera.* Bienes ó adquisiciones del hijo, hechas con caudal de los padres, que los mismos pongan á su disposición.

Son *derechos* en ellos:

a. Del *padre* ó *madre* que ejerza la patria potestad: propiedad y usufructo (art. 161, primer párrafo).

b. Del *hijo*: administración (primer párrafo, art. 161), pues aunque no es explícita la declaración del Código y existe el art. 159, según el que, el padre ó, en su defecto, la madre, son los *administradores legales* de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, el supuesto del 161, debe considerarse como *excepción* de aquella *regla general*, porque de otro modo no se concibe la hipótesis, á que se refiere, de adquisiciones hechas por el hijo con caudal de los padres, sino mediante la idea de haberlo puesto éstos á su disposición, facultándole para su manejo, que, además de ser la hipótesis del peculio *profecticio*, llamado *irregular* en nuestro antiguo Derecho, dedúcese así del mismo texto del 161, que sólo atribuye á los padres la propiedad y el usufructo, aunque nada diga respecto de la administración.

*Cuarta.* Bienes ó adquisiciones hechas por el hijo con el caudal de los padres, pero con la circunstancia de que le hayan cedido expresamente el todo ó parte de las ganancias que obtenga (art. 161, segundo párrafo).

Son *derechos*:

a. Del *padre* ó *madre* que ejerza la patria potestad: la propiedad sin usufructo, si hubiesen cedido expresamente el *todo* de las ganancias al hijo (1) ó el resto del usufructo, si la cesión hubiese sido sólo de *parte* de las mismas (art. 161, segundo párrafo).

b. Del *hijo*: el *todo* ó *parte* de las ganancias ó usufructo, como adquisiciones que el hijo haya hecho con caudal que los padres hubiesen puesto á su disposición y el derecho á que no les sean imputables esas ganancias en la herencia, cuando llegue el caso de colacionar, por la muerte y sucesión de uno de ellos (art. 161, segundo párrafo).

*Quinta.* Bienes ó adquisiciones procedentes de bienes ó rentas donados ó legados al hijo para los gastos de su educación é instrucción.

Son *derechos*:

a. Del *padre* ó de la *madre* que ejerza la patria potestad: la administración, si en la donación ó en el legado no se hubiese dispuesto otra

(1) Aunque son distintas las palabras *usufructo* y *ganancias* que emplea el texto de este art. 161; parece referirse al mismo concepto, y dado su sentido, han de tenerse por equivalentes.

cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes (arts. 169 y 172).

b. Del *hijo*: la propiedad y el usufructo (art. 162) (1).

De estas especies puede decirse que la primera constituye la *regla general* y más comprensiva, expresando la *normalidad* de las *situaciones patrimoniales*, por consecuencia de la relación paterno-filial; así como las restantes lo son de *excepción*, producto de diferentes hipótesis y regidas por su precepto singular respectivo.

En lo que á dicha *regla general* se refiere, no importa para nada la procedencia ú origen de los bienes que constituyen el peculio del hijo no emancipado, ya sean producto del trabajo ó industria, ya de *cualquier* título lucrativo. Lo único que el Código distingue en este punto es la situación de convivencia ó de vida independiente de los hijos respecto de los padres, y según una ú otra hipótesis, reconoce en la primera los derechos de *administración* (art. 159) y de *usufructo* (art. 160) al padre ó madre que ejerza la patria potestad sobre los bienes del hijo no emancipado y el de *propiedad* á éste; mientras que en el caso de vida independiente otorga la plenitud de derechos sobre los bienes al hijo, aunque con la dicción impropia de enumerar el *dominio* (sin duda, quiso decir la *propiedad*), el usufructo y la administración, ya que estos dos últimos están comprendidos en aquél, y lo que es más, contiene la importante declaración de que en tal supuesto se *reputará* al hijo «para todos los efectos relativos á dichos bienes como *emancipado*», constituyendo con ello un caso de *emancipación parcial* que afecta á las relaciones *patrimoniales*, pero no á los *personales* entre padres é hijos.

26. Nada habría que oponer á la regla del art. 159, otorgando al padre ó, en su defecto, á la madre, la administración legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, si se limitara á los hijos legítimos, puesto que el matrimonio de sus padres sirvió para emancipar á éstos; pero como el art. 154 extiende la patria potestad á los *naturales reconocidos*, siquiera la administración de los bienes no la otorgue, por el art. 166, sino con la garantía de la prestación *fianza*, es evidente que puede sobrevenir el caso de un padre de hijo natural á quien, para reconocimiento del mismo, no se le exige por el Código estar en el pleno uso de sus derechos civiles ó mayoría de edad, como sucede para verificar la adopción, que esté á su vez sometido á la patria potestad ó á la tutela, ofreciéndose la anomalía de que quien no es capaz para administrar sus bienes resulte serlo para la administración de los de sus hijos naturales reconocidos, sometidos por el reconocimiento á su patria potestad. Si por esta circunstancia de menor edad del padre que reconoce

(1) El art. 68 de la ley de Matrimonio civil ampliaba este supuesto patrimonial para los hijos con las siguientes palabras, que se han sacrificado en el 162 del Código: «ó con la condición expresa de que aquéllos—los padres—no hubieran de usufructuarlos, si en este caso los bienes donados no constituyeran la legítima del hijo», es decir, aunque dicho legado ó donación no fueran sólo para gastos de educación ó instrucción de los mismos.

á un hijo natural, que á la vez se halla bajo la patria potestad ó bajo la guarda del tutor, se acepta la conclusión de que no puede ejercer la administración legal sobre los bienes de sus hijos naturales reconocidos, siempre resultará la falta de regla en el Código y la dificultad de determinar cómo se provee á esa administración legal de los bienes del mismo, que su padre natural no puede ejercer, por defecto de capacidad, nacida de la condición de hijo de familia ó de menor.

En efecto: no será solución para este caso la de nombrar un tutor al hijo natural reconocido, puesto que tiene padre, y según el art. 199 la tutela sólo existe para los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos (1); ni lo será, tampoco, el del nombramiento de un *defensor* á que se refiere el 165, cuya hipótesis es la de un interés opuesto entre los padres y los hijos, que aquí no existe; ni la del 171, relativa á los casos en que los Tribunales pueden *privar* á los padres de la patria potestad ó *suspender* el ejercicio de ésta; ni menos la de los arts. 229, 225 y 218, referentes á casos de interdicción civil, prodigalidad y sordomudez, ya que nada tiene que ver este supuesto con la situación de defecto de capacidad de obrar del padre natural menor, que reconoce á un hijo, y que sólo por la menor edad carece de capacidad para administrar sus bienes, incluso para prestar fianza, que es el requisito necesario que exige el art. 166 para que ejerza la administración sobre los bienes de los hijos. Este requisito de la necesidad de la fianza, que no puede prestar el menor de edad, es la única manera de conciliar el texto del 166, con la general declaración del 159, de ser el padre, y, en su defecto, la madre los *administradores legales* de los bienes de los hijos que están bajo su potestad. Tampoco cabe, por cierto, la sustitución en esta condición de *administrador legal* del padre por la madre, tratándose del hijo natural reconocido, aunque lo reconocieran ambos padres, si, como es de presumir, la madre fuera también menor, y menos en el caso posible, según el Código, de que el reconocimiento sea hecho por uno solo de ellos, dada la prohibición de revelar el nombre del otro que establece el art. 132 (2).

La deficiencia del Código tendrá que ser suplida por los *principios generales del Derecho*, ya que no existe en aquél la institución de la *curatela especial* ó para asuntos determinados, que sería la solución más apropiada para situaciones semejantes (3).

(1) Fuera de los casos de excepción á que puede dar lugar el art. 207, que faculta para nombrar tutores á los que dejen herencia ó legado de importancia al menor, lo cual concuerda con el segundo párrafo del art. 162, que priva de la administración al padre ó á la madre en los bienes donados ó legados para gastos de educación é instrucción de los hijos, en el caso en que en la donación ó legado se hubiera dispuesto que no la tenga.

(2) Explicado en los núms. 52 y 54, cap. 26 de este tomo.

(3) Analogía tiene con este caso lo dispuesto en el art. 494—explicado en el núm. 54, cap. 17, t. III, 2.<sup>a</sup> edic.—con motivo del usufructo, en cuanto establece el medio subsidiario, para los inmuebles, de que se pongan en administración; pero ni la hipótesis

Por lo demás, la administración que los padres tienen sobre los bienes de los hijos constituidos en su potestad es de carácter *legal* y complementaria de su condición de legítimos representantes de los mismos; lo cual significa que no puede ser modificada por la influencia del pacto (1).

Adviértase, finalmente, en cuanto á las facultades del padre ó madre, como *administrador legal* de los bienes de sus hijos, de que les inviste este art. 159, que, según el 1.548, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de *seis años*.

27. Son observaciones *complementarias*, en *explicación* de los arts. 160 á 162, ambos inclusive, las siguientes:

*Primera.* Que el art. 160 es expresivo de la *regla general* de los *peculios* del hijo sometido á la patria potestad que, sin los nombres y especies del Derecho anterior, se presentan en el Código *unificados*, cualquiera que sea la *procedencia* de los bienes que los formen, y aun la del *título* de su adquisición, siempre que sean producto del trabajo ó de la industria del hijo ó de un título lucrativo, concepto en el cual entran los antiguos *peculios castrense* y *cuasi castrense*, *profecticio*, *regular* y *adventicio*; pero con una esencial diferencia en las consecuencias legales, según que los hijos vivan en *compañía de los padres* ó con *independencia de éstos*, hasta tal extremo que en la última hipótesis se les reputa *emancipados para todos los efectos relativos á dichos bienes*, y se les otorga la plenitud de derechos en los mismos, sin atribuir ninguno á los padres: es decir, coloca á unos y otros en la situación legal que en el Derecho precedente tenían los hijos, por razón de los *peculios castrense* y *cuasi castrense*, mientras que en la primera de aquéllas acepta el criterio legal anterior del llamado *peculio adventicio* (2).

precisa de aquel artículo, ni los medios que contiene, según la clase de bienes usufructuados, puede decirse, sin violencia, que constituyan una disposición concordante ni complementaria del art. 159, en relación con el 166, por lo que se refiere al derecho de la administración de los padres sobre los bienes de los hijos naturales, que motiva tales legítimas dudas.

(1) Como el carácter de *administrador legal* de los bienes de los hijos se otorga á la madre en defecto del padre, y no es imposible que aquélla quedara viuda y con prole antes de cumplir los catorce años, podrá ofrecerse el extraño resultado de que no sólo pueda administrar sus bienes propios (los parafernales y dotales restituidos), cosa que no puede hacer el marido en edad tan temprana, sino los de sus hijos, en virtud del art. 159, que reconoce á los padres semejante carácter, y toda vez que si bien es *menor* la madre en este caso es también *emancipada*, y sólo á los menores *no emancipados* niega capacidad para prestar consentimiento en los contratos el núm. 1.<sup>o</sup> del art. 1.263.

(2) No parece que este accidente de la economía doméstica separada del hijo, respecto del padre, debiera llevarse á tales extremos de diferencia, como lo son, entre otros, el que en orden á la contratación, por ejemplo, entre padre é hijo respecto á las adquisiciones de éste por su trabajo ó industria ó por cualquier título lucrativo, y dado el concepto de *emancipado* que al hijo se atribuye para *todos los efectos relativos á dichos bienes*, haya de suceder lo que en los antiguos *peculios castrense* y *cuasi castrense*, que desaparezca el obstáculo legal de *unidad de persona* y puedan contratar válidamente padre é hijo, siendo así que éste sigue sometido á la patria potestad en lo

*Segunda.* Que en el caso de tratarse de sueldos obtenidos por el hijo con su trabajo, cuando hace vida común con el padre, en el supuesto de la primera parte del art. 160, habrá de estarse al *criterio* del Código para el usufructo sobre cosas semejantes, establecido en el art. 475 (1), ó sea que se considere pertenecer al padre el importe de los sueldos *devengados* por el hijo que vive en su compañía, como usufructuario legal que aquél es, día por día, y como si se tratara de *frutos civiles*. Esto no significa que se anule el derecho de *propiedad* que al hijo reconoce dicho art. 160 en esta clase de adquisiciones, producto de su trabajo; pues son cosas distintas el sueldo ó retribución ya *ganados* ó *devengados*, y más aún *percibidos*, por razón de aquel trabajo, cargo público ó privado, profesión ú oficio del hijo, materia de los derechos de administración y usufructo del padre en esta hipótesis, que el *derecho á devengarlos*, el cual corresponde únicamente al hijo, y es en lo que consiste y á lo que queda reducido el antes indicado de su *propiedad*, mientras esté sometido á la patria potestad y viva juntamente con el padre ó madre que la ejerza.

Precisamente por esta razón es por la que puede mantenerse, aun

que á su *persona* se refiere, y es el padre su legítimo representante en juicio y fuera de él; y que, aun dada esa anomalía de reputarse *emancipado* en cuanto á los *bienes* y no en cuanto á la *persona*, es de notar que, según el art. 317, no podrá el emancipado, hasta llegar á la mayor edad—por la cual sale de la patria potestad, conforme al núm. 2.º del 314,—«tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre ó de su madre, ni comparecer en juicio sin asistencia de dichas personas». Se dirá que para los casos á que se refiere dicha intervención del padre en los actos de los hijos emancipados en que haya incompatibilidad de intereses con aquéllos, como son todos los en que contratara ó litigara con los mismos, existe el remedio legal de nombrarles un *defensor*, con arreglo al art. 165, no obstante de que, según su texto, tal remedio no es aplicable sino á los hijos *no emancipados*; pero si tal parcial emancipación, en cuanto á los bienes, no nace sino del *domicilio aparte* del hijo respecto del padre, continuando sometido á la potestad de éste por lo que á su *persona* se refiere, ¿no es ésta una situación *artificial* y *precaria*, que el padre puede destruir en todo momento, revocando el permiso que diera al hijo de vivir fuera de su lado y volviéndole á su compañía, con lo cual habrá desaparecido ese concepto *continente* y parcial de *emancipado*, y modificado ó mejor perdido su capacidad civil, en cuanto á su derecho de pleno dominio en los bienes de los peculios? Y no se diga que tal supuesto es equivalente al de la *emancipación voluntaria*, del núm. 3.º del art. 314, por concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad, puesto que ésta tiene sus requisitos formales tasados en el 316, y sus condiciones legales de edad de diez y ocho años cumplidos en el hijo, según el 318; requisitos y condiciones que para nada se tienen en cuenta en la consideración legal de *emancipado respecto de los bienes*, que se otorga al hijo que vive independiente de sus padres por el art. 160, pues aunque menciona la circunstancia de que sea «con *consentimiento* de ellos», no determina *forma* alguna en que haya de prestarse, ni menos dice, ni debía decir, que una vez prestado no sea susceptible de revocación, ni tampoco fija límites á la edad del hijo, haciendo normal y válida la hipótesis de que un niño ó joven de corta edad ostente capacidad para la administración de sus bienes y para regir su actividad por sí sólo sin el concurso de padres ni de tutores, cualquiera que sea el asunto de que se trate, fuera de las excepciones del art. 317 citado.

(1) Que, en relación con el 474, queda explicado en el *segundo grupo*, núm. 53, cap. 17, t. III, 2.ª edic.

después del Código, el sentido prohibitivo de la antigua jurisprudencia (1), que reputa *ilegal* el embargo de los sueldos del hijo en tales casos para garantía de solvencia de las responsabilidades ú obligaciones del padre; y no porque, como parecen afirmarlos los escritores, «los sueldos, como todo lo que el hijo adquiriera con su trabajo, son de su propiedad, y aunque pertenece al padre el usufructo, esto ha de entenderse *respecto de los bienes que den frutos ó renta*, en cuya clase no puede considerarse el sueldo de un destino» (2), ó porque «su propiedad pertenece al hijo, correspondiendo al padre solamente los productos que se obtengan del empleo de ese dinero, es decir, el usufructo de lo que en concepto de sueldo se entregue al hijo» (3).

Con el respeto que merece siempre toda opinión ajena, debe considerarse errónea la que en este punto profesan los tratadistas citados: no sólo porque en el aspecto teórico y doctrinal es equivocado el concepto jurídico que revelan tener acerca del *usufructo*, al creer que no son susceptibles de él los sueldos ó retribuciones del trabajo personal ó destino ó que sólo lo es el resultado del empleo del dinero en que consistan, sino porque tal inteligencia haría de práctica irregular é imposible la declaración del art. 160 en esta parte, además de dejar en el olvido el criterio legal explícito para usufructos *semejantes*, que consagra el Código en el art. 475 citado, en relación con el 474; y no hay razón alguna, tampoco, para que el usufructo sobre esta clase de bienes se entienda de un modo, si es *voluntario*, y de otro distinto, ó de ninguno, si es *legal*; cuando tal diferencia, además de contraria á los principios, no está autorizada, ni siquiera se vislumbra, en los textos legales.

*Tercera.* Que es dudosa la condición que han de tener los bienes adquiridos por el hijo mediante compra, si no se acredita la procedencia del dinero con que aquélla se verificó; punto en el cual habrá de estarse á lo que resulte de la prueba, para evitar que se supongan fraudulentamente hechas las adquisiciones por compra del hijo con dinero que de un modo sigiloso hubiera podido facilitarle el padre, perjudicando á los derechos de otros herederos forzosos ó de terceras personas, que fué el criterio de nuestra antigua jurisprudencia, expresado en la sentencia de 14 de Enero de 1861 (4).

*Cuarta.* Que son *concordancias especiales* (5) de este art. 160, dentro del Código:

1.ª El 317, en cuanto á los límites de capacidad del emancipado res-

(1) Sent. 5 Octubre 1872, inserta en el núm. 13 de este capítulo.

(2) Manresa, ob. cit., t. II, pág. 30.

(3) Navarro Amandi, ob. cit., t. I, pág. 257.

(4) Transcrita en el núm. 15 de este capítulo.

(5) Aparte las generales, son varios los artículos que tratan de la *patria potestad*: 46 (licencia para el matrimonio); núms. 2.º y 3.º del 143 (alimentos recíprocos entre padres é hijos); 218 (declaración de incapacidad); 224 (idem de prodigalidad); 229 (interdicción civil); 1.060 (partición de herencia); 1.259, pár. 1.º (representación legal en los contratos), etc.

pecto de los actos de tomar dinero á préstamo, venta y gravamen de sus bienes inmuebles y comparencia en juicio; pues si se establecen para el mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés, con igual y mayor razón deben considerarse aplicables á este supuesto de consideración legal de *emancipado* para todos los efectos relativos á dichos bienes que otorga el 160 al hijo que no vive en compañía de sus padres, sin distinguir edad alguna y pudiendo llegar hasta el inconcebible extremo de tratarse de un menor de diez y ocho años propietario, usufructuario y administrador de sus bienes.

2.<sup>a</sup> El art. 321, en cuanto previene que las hijas de familia mayores de edad, pero menores de *veinticinco años*, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre, en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas; pues aunque no hace imposible el supuesto de que las hijas menores sometidas á la patria potestad vivan separadas de la compañía de sus padres, y en tal concepto puede conciliarse con la hipótesis de la segunda parte del art. 160 y hacer suyos la propiedad, usufructo y administración de los bienes que hubiesen adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria, es lo cierto que una vez que retiene en la compañía de los padres aun á las hijas que hayan cumplido los *veintitrés años* hasta que lleguen á los *veinticinco*, por esto, y porque así lo hace razonable la condición del sexo, es de presumir mayor dificultad en la aplicación de tal supuesto respecto de las hijas, y sólo á este efecto debe tenerse en cuenta el citado art. 321.

3.<sup>a</sup> El 477, ya explicado (1), respecto á la extensión del usufructo que al padre corresponde en minas cuya propiedad pertenece al hijo, en los supuestos del art. 160.

4.<sup>a</sup> El art. 968 (2) en cuanto establece la obligación en que están el viudo ó viuda, que pasen á segundo matrimonio, de reservar la *propiedad* á los hijos del primero—conservando el padre ó madre lo característico para ellos de este peculio, que son los derechos de *usufructo* y *administración*—de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada ó por otro cualquier título lucrativo.

5.<sup>a</sup> El párrafo 2.<sup>o</sup> del 1.403 (3), que da la consideración de *gananciales* al usufructo que tienen los cónyuges en los bienes de sus hijos, aunque sean de otro matrimonio.

6.<sup>a</sup> La segunda parte de los arts. 761 y 857 (4), relativos á los supuestos, el primero de la exclusión de la herencia por incapacidad de un hijo

(1) Núm. 53 (tercer grupo), cap. 7.<sup>o</sup>, t. III, 2.<sup>a</sup> edic.

(2) Explicado en los núms. 24 y 25, cap. 27 del t. V de la 1.<sup>a</sup> edic. y VI de la 2.<sup>a</sup>

(3) Idem en el núm. 33, cap. 21 de este tomo.

(4) Explicados el 761 en los núms. 77 y 46, capítulos 5.<sup>o</sup> y 12, respectivamente, y el 857 en los núms. 46 y 30 de los capítulos 12 y 16, todos del t. V de la 1.<sup>a</sup> edic. y VI de la 2.<sup>a</sup>

ó descendiente del testador que tenga á su vez descendientes, los cuales sucedan en la herencia de que aquél fué excluido, y el segundo á la hipótesis de un desheredado con hijos, que ocuparán su lugar de herederos forzosos respecto á la legítima, disponiendo en ambos casos que el padre excluido por incapaz ó el desheredado, *no tendrán el usufructo y la administración* de los bienes que por la exclusión ó la desheredación heredan sus hijos, lo cual constituye una excepción complementaria del art. 160.

*Quinta.* Que son *concordancias especiales* de este art. 160 y de alguno posterior, *fuera* del Código:

1.<sup>a</sup> La Real orden de 28 de Agosto de 1876 (1).

En cuanto á la necesidad de la *autorización judicial* cuando por el padre se trata de enajenar, gravar ó extinguir derechos sobre inmuebles de la propiedad del hijo, por lo menos en el supuesto de la primera parte del art. 160, ó sea cuando los hijos vivan en compañía de sus padres, y por lo que se refiere á los inmuebles en que el padre tiene el usufructo y la administración y el hijo la propiedad, concuerda en este punto con el art. 164, que más adelante se explica; pero sin que aparezca aplicable dicha Real orden al segundo supuesto de dicho art. 160, ó sea cuando los hijos vivan independientemente de los padres con el consentimiento de éstos.

Este extraño *régimen legal*, interpretando y aplicando con la debida fidelidad los textos que lo establecen, podrá dar lugar á la anomalía de que las precauciones de la ley en el art. 164, al exigir las garantías de la

(1) Dice así: «Art. 1.<sup>o</sup> Los Notarios que fueren requeridos para autorizar algún acto ó contrato de venta, retroventa, hipoteca ó cualquiera otro por el que resulten gravados ó enajenados bienes inmuebles pertenecientes al peculio de los hijos no emancipados, exigirán de los otorgantes el documento que acredite haberse concedido la correspondiente autorización judicial, previa justificación de la necesidad ó utilidad, cuya autorización se obtendrá con arreglo á los trámites señalados en el art. 1.208 de la ley de Enjuiciamiento civil, dándose conocimiento á las personas designadas en el art. 205 de la ley Hipotecaria á los efectos expresados en el art. 202 de la misma.»

»Art. 2.<sup>o</sup> Igual autorización exigirán los Notarios para intervenir en los actos ó contratos que tengan por objeto la extinción de derechos reales de la propiedad de los hijos no emancipados, como son cesión, renuncia, subrogación, cancelación, redención y otros de índole ó naturaleza semejante.

»Art. 3.<sup>o</sup> Conforme á lo dispuesto en el art. 18 de la ley Hipotecaria, los Registradores no admitirán á inscripción los instrumentos públicos á que se refieren los dos artículos anteriores cuando no constare de ellos que los otorgantes han obtenido previamente la oportuna autorización, y que reúnen, por lo mismo, la capacidad necesaria para celebrarlos.

»No obstante, podrán inscribirse los documentos ó escrituras otorgadas sin este requisito con anterioridad á la publicación de la presente Real orden, si los interesados lo subsanaren, solicitando y obteniendo en cualquier tiempo la referida autorización.

»Art. 4.<sup>o</sup> Respecto de los actos ó contratos relativos á enajenación de bienes inmuebles de los hijos emancipados constituidos en menor edad, tendrán presente los Notarios y Registradores lo dispuesto en la legislación vigente, y principalmente en los arts. 183, 189 y 191 de la ley Hipotecaria, 46 de la de Matrimonio civil, y en el título 13 de la parte segunda de la ley de Enjuiciamiento civil.»