

otras), ponga por cabeza de la pieza testimonio á la letra del *otro*, y auto con la relacion competente; de esta suerte no se suspende ni retarda la persecucion del juicio sobre la preferencia, ni hay confusion en las pretensiones, ni se invierte el orden de sustanciarlas.

28. Es apelable la sentencia de graduacion, como otra cualquiera dada en primera instancia, y asi debe admitirse en ambos efectos su apelacion á cualquier acreedor que la interponga dentro del término legal; pero la que profiera el superior en vista, confirmandola ó revocandola, se ha de ejecutar sin embargo de suplicacion, y en su virtud serán pagados por el orden que contenga los acreedores, dando antes de serlo fianza depositaria (que llaman *de acreedor de mejor derecho*), *de restituir lo que cobren, si la sentencia se revocare en grado de revista*, pues así lo manda la ley en este caso¹. También se debe dar, aunque en revista se ejecutorie la sentencia antes de ejecutarse ó despues, por si acaso sale algun acreedor que tenga mejor derecho que todos, ó alguno de los pagados, y por ignorar el concurso no compareció en él, en cuyo caso ha de contener la fianza esta expresion, y en el anterior la que queda referida; pues la ejecutoria no perjudica á los ignorantes que no fueron oidos, ni les quita el derecho que tienen contra los bienes del deudor comun, ni la preferencia á los demas, bien que su interpelacion no impide el pago mandado hacer á estos bajo de la fianza. Lo mismo procede cuando todos los acreedores que han ocurrido la consienten expresamente, ó por no decir nada contra ella se declara por pasada en autoridad de cosa juzgada á instancia de alguno de ellos ó del defensor, y en estos términos se debe entender lo que expliqué en el tomo 2, párrafo 15, del capítulo 18, página 424; y en el mismo tomo, página 431 se halla extendida la mencionada fianza.

¹ Ley 10, tit. 32, lib. 11, Nov. Rec.

CAPITULO II.

DEL CONCURSO NECESARIO, QUE CON MAS PROPIEDAD SE LLAMA PLEITO U OCURRENCIA DE ACREEDORES. DE LAS DIVERSAS CLASES DE ESTOS.

¿Qué se entiende por concurso necesario?—Diferencia entre este concurso y el voluntario.—Diversas clases de acreedores, y carácter distintivo de cada una. De los acreedores hipotecarios, unos tienen hipoteca tácita y otros expresa.—La hipoteca tácita tiene la misma fuerza que la expresa.—Aquella como legal no solo se contrae en los bienes del deudor, sino también en sus frutos.—Están sujetos á la responsabilidad del débito en la hipoteca tácita los bienes presentes y futuros del deudor, como en la expresa.—Compete la hipoteca tácita á la iglesia por sus diezmos en las cosas de que se deben.—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.—También compete el privilegio de hipoteca tácita á la muger casada para recuperar su dote verdadera.—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.—Por la dote prometida al marido antes de casarse le compete la misma hipoteca, verificado que sea el matrimonio.—Corresponde también 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.—También se da á los hijos legítimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que tuvo en su poder y administró.—Está concedida al hospital en los bienes de su administrador por lo respectivo á su administracion.—El legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador por el legado que le hizo.—El que prestó dinero para fabricar ó componer casa ú otro edificio, ó para armar ó habilitar algun buque, tiene hipoteca tácita en ellos.—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.—También compete hipoteca tácita por los gastos he-

chos con motivo de enfermedad, entierro y otros en los bienes del difunto, á favor del que los hizo. — Del apoderado que contrae hipoteca en virtud de poder para hipotecar, no conteniendo este en sí contrato ni obligacion. — 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 administracion de la tutela ó curaduría. — 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. — ¿Desde qué dia compete al menor esta hipoteca? El privilegio de tácita hipoteca, como real y coherente á las cosas, pasa á los herederos del menor. — ¿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 administracion? — No se permite al menor durante la tutela ó curaduría, oponer la compensacion de su débito con el crédito que tiene contra el tutor ó curador; pero acabada la tutela ó curaduría, ambos pueden oponérsela. — Tiene tambien el menor hipoteca tácita en lo que se compra con su dinero. — No solo le compete como dueño del dinero el privilegio de hipoteca tácita para recuperarlo, sino tambien el de prelacion, respecto de otros acreedores del comprador extraño. — Cuando el tutor ó curador compra la finca para sí con dinero del pupilo ó menor, puede este pedirla por la accion vindicatoria, ó usar de la hipotecaria para la repeticion del dinero. — El menor no puede enagenar ni hipotecar sus bienes sin justas causas, y las solemnidades prescritas por las leyes. — Causas que se tienen por justas para la enagenacion. — Solemnidades que deben intervenir en la enagenacion. — Si faltaren las justas causas y solemnidades expresadas será nula la enagenacion. — Para rescindirla no necesita el menor implorar el beneficio de la restitucion. — Lo dicho procede no solo en las cosas de que los menores son dueños, sino tambien en aquellas en que tienen cuasidominio, ó no mas que el útil. — Siendo la donacion una especie de enagenacion, está prohibido al pupilo hacer donacion simple por sí, y con la autoridad sola del tutor. — Para la enagenacion 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. — Así como no puede el menor enagenar sus propios bienes raices ó muebles preciosos, no interviniendo justas causas y las solemnidades legales, tampoco puede hipotecarlas sin ellas. — ¿Si la prohibicion de hipotecar impuesta al menor se amplía á la cosa que compra por el precio que no paga al vendedor? — Apéndice á este capítulo sobre otros privilegios concedidos á los menores.

1. El 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 independéncia 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 testamentaria, 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 esten litigando contra el deudor en otros tribunales; y así es juicio particular entre aquellos, y no universal¹.

2. Se diferencia este concurso del general y voluntario: 1º 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. 2º 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 pagados. Y aunque por el mandamiento de pago no se acredita la legitimidad del crédito para efecto de perjudicar á los demas acreedores, por no haber seguido con ellos juicio sobre prelacion, se estima no obstante por legitimo, y si hay 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 Salgado², 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 escribanias; 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

¹ Salg. part. 1, cap. 4, § 1, num. 30 al 33. — ² Salg. allí, desde el num. 34 al 42.

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 el 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. Conviene ambos concursos en que tocante á la sustanciacion del juicio sobre legitimidad y prelacion 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 quiénes 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 ó reales con privilegio de prelacion, ó sin él; meramente personales ó quirografarios, y personales privilegiados sin hipoteca.* Tambien hay otros mixtos de reales y personales, porque á la satisfaccion de sus créditos estan obligados la persona y bienes del deudor, y como por la hipoteca compete al acreedor accion real para perseguir la cosa hipotecada, y por el mero privilegio accion 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 accion personal¹.

4. Los hipotecarios ó reales son aquellos á cuyos créditos estan afectos, especial ó general, tácita ó expresamente los bienes del deudor². *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*); confesion de este sin papel alguno; informacion de testigos; ó escritura pública en que no interviene obligacion general ni especial de sus bienes. Y los *personales privilegiados* son los que por derecho tie-

¹ Ley *Eos*, 9, Cod. *Qui potiores in pignori*. Ley 9, tit. 4, y ley 11, tit. 14, Part. 5. — ² En el tomo 2º, cap. 19, pag. 436, 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.

nen 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, etc.

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 satisfaccion 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 disposicion de las leyes, y por esto se llama hipoteca legal¹.

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, no sea privilegiado². 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 legalmente³; 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 adquiera⁴.

7. Estan 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 crédito⁵. 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 deben⁶, ó en los predios ó heredamientos de que se pagan⁷, porque la obligacion de satisfacerlos es real, sigue al predio, el cual queda hipotecado á su solucion, y pasa con la carga al tercero

¹ Ley 1, tit. 13, Part. 5. — ² Ley *Item quia*, 4, ff. *de pact.* y ley *Licet*, 6, ff. *in quibus causis pignus vel hipoteca*; Vela disert. 26, num. 37. — ³ Ley *Si convenerit*, 18, § *Si fundus*, ff. *de pignorat. act.*; Greg. Lop. en la 14, tit. 13, Part. 5, glos. 3. — ⁴ Ley *Paulus*, 29, ff. *de pignori*. — ⁵ Gutierr. lib. 2 *Pract. quæst.* 17, num. 6. — ⁶ Ley fin. tit. 20, Part. 1. — ⁷ Abb. y Juan Andres in cap. *Cum homines de decim.*

poseedor¹, como tambien en los demas bienes del que los adeuda², y asimismo en los de su prelado ó administrador por la administracion de los suyos, desde que entraron en ella y empezaron á usarla³.

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 jamas 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 titulo⁴. Tambien la tiene en los de aquellos que contratan con él, y en los de sus tesoreros, administradores, cobradores y recaudadores de su real haber; y asimismo en los de sus fiadores y abonadores⁵.

10. A la muger casada corresponde el privilegio de tácita hipoteca para recuperar su dote verdadera contra los bienes de su marido desde que la recibe, pero no cuando se pide la dote en fuerza de legado ú otro titulo⁶. Tambien 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 sí⁷; 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 promete⁸; pero si esta oferta es por via de remuneracion, gozará del privilegio de preferencia⁹. Del mismo privilegio de tácita hipoteca goza la muger

¹ Barbos. *de jure Ecclesie*, lib. 3, cap. 26, § 4, num. 10, y *de offic. parroch.*, cap. 28, y num. dichos; *Castill. de tertius*, cap. 2, num. 27. — ² Covarr. lib. 1 *Var.* cap. 17; Greg. Lop. en la ley 23, tit. 13, Part. 5. — ³ 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. — ⁴ Leyes 25, tit. 13, Part. 5, y 9, tit. 9, lib. 1, Nov. Rec. — ⁵ Ley *Si quis mihi*, 28, ff. *de jure fisci*, y ley 25 al fin., tit. 13, Part. 5. — ⁶ Ley 23, tit. 13, Part. 5. — ⁷ Ley 17, tit. 11, Part. 4; Gom. en la ley 53 de Toro, num. 40 al fin. — ⁸ Greg. Lop. en la ley 23 cit., glos. 2 al fin.; Gom. en la 53 de Toro, num. 41 y 78. — ⁹ Faria ad Covarr. lib. 1 *Var.* cap. 7, num. 23 y 24, y otros que cita.

por los alimentos que su marido debe darla¹, mas no por su mitad de gananciales, porque ningun derecho se la concede².

11. A los herederos de la muger casada, ya sean legítimos ó extraños, y 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 vinculo de la sangre el de prelacion á otros acreedores de su padre que la tengan, aunque sea anterior, pues como personal se les trasfiere³; pero no á los herederos extraños. Tambien compete la accion de repetir la dote al extraño que la dió á la muger con la condicion de que por su fallecimiento habia de volver á él, por ser visto no haber querido trasferirle su dominio, sino solamente el usufructo⁴. En cuanto á si cediendo la muger á alguno la 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 decoction.* quæst. 8, num. 4 hasta el 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 promesa⁵; 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 consienta⁶.

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 titulo 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 estan obligados á reservarles su propiedad⁷. 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

¹ Gutierr. *de matrim.*, part. 1, cap. 45, num. 5, Surd. *de alim.*, tit. 8, quæst. 49, num. 16. — ² Covarr. lib. 1 *Var.* cap. 7, num. 5; Ciriac. *controvers.* 281; *Castill. de alim.*, cap. 66. — ³ Ley única, *Cod. de privileg. dot.* y ley 33, tit. 13, Part. 5. — ⁴ Ley 1, § *Accedit*, *Cod. de rei uxoria action.*; Mantie. *de tacit.*, lib. 12, tit. 32, num. 252. — ⁵ Ley 23, tit. 13, Part. 5; Covarr. lib. 1 *Var.* cap. 7. — ⁶ Barbos. en la ley 1, part. 3, ff. *Solut. matrim.*, num. 27, vers. *Tertio*. — ⁷ 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.

su poder y administró, la cual empieza desde que los recibe¹; 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 comprador².

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 exigir de ellos el alcance liquido que contra él resulte³. Tambien corresponde á la república en los del que administra sus caudales, por igualrazón, desde el propio tiempo, y no antes, y desde entonces le toca la prelación, como asimismo á la comunidad, al fisco, iglesia y menor por la de los suyos⁴.

16. El legatario tiene hipoteca tácita en los bienes del testador por el legado que le hizo, la cual empieza desde su fallecimiento⁵. 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 voluntad⁶.

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 rendimientos⁷; como asimismo en el oficio el que prestó el dinero para comprarlo⁸.

18. Por el alquiler y arrendamiento de casa, tierra, viña, nave y otras cosas semejantes, y por el daño que el arrendatario les hubiese causado, tiene hipoteca tácita el arrendador en los bienes que existen en la casa, y en los frutos de la tierra, viña y heredad, y por los fletes de la nave en las mercaderias que condujo, lo cual se entiende, ya sean del primer arrendatario los bienes, frutos ó mercaderias, ó del segundo, si le hizo sub-arrendamiento

¹ Ley 24, tit. 13, Part. 5, y en ella Greg. Lop. — ² Dicha ley 24, ley 1, Cod. de bonis matern. y ley Cum oportet, 6, Cod. de bonis, que liberis. — ³ Cur. Filip. lib. 2 Comerc. terr., cap. 3, num. 22. — ⁴ Leyes 23 y 25, tit. 13, Part. 5; Cur. Filip. dicho cap. 3, num. 23, y cap. 12, num. 48. — ⁵ Dicha ley 26, ley 1, Cod. Communia de legat.; Castill. de aliment., cap. 66, y lib. 5 Controv. cap. 131. — ⁶ Ciriac. 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 Comerc. § 12, num. 62. — ⁷ Ley 25, tit. 13, Part. 5 cit. — ⁸ Castill. dicho cap. 66; Salg. Labyr. part. 1, cap. 10.

de las cosas referidas, porque las leyes¹ hablan genérica é indistintamente, y así 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 hizo², 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 obligacion, no se entiende contraida 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 obligacion sobre que recayó; pero como en la contraida 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 poder³.

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 liquido 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 irrogue por su mala versacion en ella; lo cual se entiende, aunque su madre y abuela sean tutoras; y tambien le compete en los de su curador *ad litem*⁴. 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 den cuenta con pago⁵. 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 ella⁶.

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

¹ Ley 5, tit. 8, Part. 5. — ² Avend. en la ley 30 de Toro, Acev. Matienz. y Angul. en la ley 2, tit. 9, lib. 11, Rec.; Carlev. tit. 3, disp. 29, num. 7; Cur. Filip. ilustr., lib. 2 Comerc. terr., cap. 3, num. 30. — ³ Cur. Filip. ilustr. ibi, num. 41; Salg. Labyr. part. 1, cap. 30, num. 27. — ⁴ Ley 23, tit. 13, Part. 5, et ibi, glos. 4 y 5. Ley ult. al fin., glos. 6, 7 y 8, tit. 16, Part. 6; Gutierr. de tutel. part. 2, cap. 16. — ⁵ Ley 25, tit. 13, Part. 5. — ⁶ Surd. de alim., tit. 9, quæst. 44; Castill. lib. 5 Controvers., cap. 137, num. 55.

que estos tienen al tiempo que reciben la tutela y curaduría, y adquieren mientras estas duran, y no se amplía á los que lucran despues que se acaban¹. Ademas no se prefiere á la anterior de otros acreedores de los expresados, porque ningun derecho le concede la preferencia². Pero es preferida á los acreedores personales³; y tambien á los posteriores de hipoteca tácita y expresa⁴.

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 fue nombrado legalmente discerniéndole el cargo⁵; 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 juez⁶. Pero no si lo hizo como amigo, porque el privilegio no se debe ampliar fuera de sus términos⁷. Tiene tambien lugar la hipoteca, ya haya administrado ó no los bienes, una vez que recibió la tutela⁸, porque todos los tutores deben dar razon y cuenta, aun cuando no administren; bien que se ha de observar entre ellos el orden de reconvenir primero á los que administraron, y no teniendo estos con que pagar, á los otros en subsidio⁹; 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 hipoteca¹⁰.

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 extraño¹¹. Esto se limita á los bienes heredados del tutor y curador, y no se amplía á los pro-

¹ Gutierr. *de tutel.* part. 2, cap. 16, num. 30; Surd. *decis.* 67, num. 2; Rodrig. *de concurs.*, dec. 14, num. 15. — ² Merlin *de pignor.* lib. 3, tit. 1, quæst. 2, num. 68 y 69. — ³ *Ley ex pluribus*, ff. *de administ. tuor.* et ibi glos.; Gutierr. ibi, num. 19. — ⁴ *Ley 1*, Cod. *Rem alienam gerentib.*; Mantic. *de tacit.*, lib. 11, tit. 11, num. 9. — ⁵ *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. — ⁶ *Ley fin.* ff. *de tutel. de ration. distrahend.*; Escobar *de ratiocin.*, cap. 39, num. 3 y 16; Surd. *de alim.*, tit. 9, quæst. 44, num. 6. — ⁷ Mantic. ibi, num. 15; Nogueroal allegat. 1, num. 102; Gracian. *Discept.*, cap. 182, num. 32. — ⁸ *Ley Pro officio*, Cod. *de administ. tuor.*; Gutierr. ibi; Rodrig. ibi, num. 5. — ⁹ *Ley Tutores*, § *Item eo*, ff. *de administ. tuor.*; Bersan. *de pupill.*, cap. 5, quæst. 9, num. 47 al 50. — ¹⁰ Dichas tres leyes cit.; Rodrig. *de concurs.*, part. 1, artic. 4, num. 40; Bersan. dicho cap. 5, num. 12 cit., num. 20. — ¹¹ Gutierr. cap. 16 dicho, num. 19; Rodrig. ibi, num. 39; Olea *de cess. jur.*, tit. 6, quæst. 2, num. 12.

prios y privativos de su heredero y sucesor, porque estos no estan 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 ó 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 se trasmite 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 correlativos, algunos autores fundados en esto, y en que los bienes del pupilo y menor estan tácitamente obligados segun una ley del derecho civil¹, á lo que resulte estar debiendo por razon de su administracion á su tutor y curador, afirman que lo estan tambien á la satisfaccion de las expensas que estos hacen en utilidad de aquellos, y constan de la cuenta de su administracion, y que así es igual la condicion de todos, debiéndose juzgar por unas mismas leyes. Pero otros defienden que les compete solamente accion personal, en cuya virtud pueden retener los bienes de su menor hasta reintegrarse de lo expendido en su utilidad durante la tutela ó curaduría, porque la hipotecaria solo tiene lugar, y se induce en los casos expresos en derecho, como se dijo en el párrafo 22.

26. Así 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 la administracion; tampoco se le permite oponerle en dicho tiempo la compensacion de su débito con el crédito que tiene contra él², pero acabada la tutela ambos pueden oponérsela³, y aun antes que se acabe no se prohíbe al tutor el oponerla contra el menor en descuento de su débito con el crédito de este⁴.

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

¹ *Ley 1*, ff. *de contr. et util. action. 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. jud. tutel.* Gutierr. *de compensat.* lib. 2, quæst. 22, num. 17. — ⁴ Gutierr. ibi, num. 18 y 19; Medic. ibi; Bersan. *de pupill.*, cap. 5, quæst. 17, num. 5.