

de ellas, pues no basta proponerlas: de lo contrario será nulo el 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.^a 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.^a 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 padeció lesion, ó hay alguno que ofrezca mayor precio por la cosa vendida, se le concederá la restitution 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 daría 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.^a Que primero se vendan los muebles, y de estos los menos útiles al menor, y despues de ellos, ó no habiéndolos, 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 prætor*. ff. de transaction. Bersan. de pupillis, cap. 2. quæst. 5. num. 1 al 4.

2 Ley 4. tit. 5. Part. 5.

3 Ley 60. tit. 18. Part. 3.

4 Ley Tutor. 47, y ley *Ait prætor*. §.

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

5 Salg. *Labyr.* part. 2. cap. 2. num. 8 y 9. Bersan. ibi, num. 12 al 15, y cap. 1. quæst. 15. num. 27 al 29.

6 Bersan. ibi, num. 22 al 27.

de ella el menor (1), asi por el contrario, si faltan es nula por derecho (2); y aunque se observen, si interviene lesion 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 restitution *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 fue 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 lesion, 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 restitution; 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 fizo, 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 ante sí semejante destas. Con este juramento queda mas firme el contrato.*

31. 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 rescindirla no necesitan implorar el auxilio de la restitution, aunque se hubiese hecho

1 Ley fn. Cod. de prædiis minor. Ley num. 8. part. 2. de tutel. Non videtur. Cod. de in integr. restitution.

2 Ley *Lex quæ tutores*, §. *Jam ergo de minorib.* Montan. de tutor. cap. 33. num. 423.

3 Cod. de administrat. tutor. Montan. de tutor. cap. 33. num. 18. Gutierr. cap. 5.

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 tambien 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 tambien 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 tambien 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. Tambien 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 raices, 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 fue 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 prohibición de enagenar, no lo hace de las solemnidades que se requieren para la enagenación, 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 fe de entrega de su precio al tutor, como se reconoce en la ley 60. tit. 18. Part. 3, pues la mera confesión 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. Así 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 intención, si la propuso; ó que sea necesario para la defensa del menor ó para libertarse á si mismo ó á su padre de la cárcel, ó redimirle de cautiverio: en cuyos casos basta la autoridad de su tutor ó curador.

39. La prohibición de hipotecar sus propios bienes impuesta al menor, parece se amplía 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 su dominio por su contradicción, y entonces, como ya es suya, tiene lugar la ley que le prohíbe obligar sus bienes. Pero sin embargo de esto hay au-

1 Ley 4. tit. 5. Part. 5.

* Aquí padeció Febrero una crasa equivocación, porque la ley 4 que cita, dice: »Tutores son llamados en latin, los que son guardadores de los menores de catorce años. Estos tales no deben enagenar las cosas de los huérfanos, fueras ende cuando les fueren tan gran menester que non podrian al facer, ó por gran pro de ellos, é estonce se ha de facer con muy gran sabiduria, é con otorgamiento del juez del lugar.» Y si cuando es útil al pupilo la enagenación de alguna cosa suya no se re-

T. V.

quieriese decreto del juez, nunca sería necesario, ya porque no puede enagenarse nada del menor sin que de ello pueda seguirse utilidad, y ya porque con el pretexto de esta, jamás se recurriría al juez. Febrero reformado.

2 Ley Lucius, 46. §. Tutela, 5. ff. de administrat. tutor. Greg. Lóp. 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.

tores que opinan valdrá la hipoteca otorgándose en el mismo acto, 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 otro no, al modo que debe ser demandado antes el que administró, 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

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 lesos 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 asi 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 puede 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 contrageren 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 si 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.

2 Ley 4. tit. 5. Part. 5.

3 Ley 2. Céd. de negot. gest.

4 Odd. de restit. in integr. part. 2. quest. 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 interpelecion 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, legitimo ó espurio, y sea la causa civil ó criminal (1), y se amplía á 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 extorcion. 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 retraerle 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, pro indiviso, y á un mismo tiempo, deben ser demandados todos ante juez para que no se divida la continencia de la causa. Tam-

1 Ley 5. tit. 3. Part. 3.

poco 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 1.º, capítulo 1.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 repetirá 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 fuere útil, y sin embargo de su nulidad obligar al otro contrayente á su cumplimiento; ó reprobable 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 suya, 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 sujetos. 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 así 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 conjeturas, 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 así puede cederle, no obstante que le competa 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 apartarse 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 así en cuanto á la nulidad,

como á la lesion que contenga 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 contrayeron 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.