

ción del consejo de familia, mientras que para transigir, aun cuando sea sobre derechos inmobiliarios, se necesita, además, de la autorización del consejo de familia, el dictamen de tres jurisperitos y la homologación del tribunal (art. 467). Lo que prueba que es grande la diferencia entre el consentimiento y la transacción. El que transige sacrifica una parte de los derechos del pupilo; mientras que el consentimiento implica que el menor jamás ha tenido ese derecho. Sin duda que el tutor puede consentir infundadamente, así como transigir de la misma manera. De todos modos es cierto que existe una diferencia entre esos dos actos, diferencia que explica las disposiciones diversas del código. Existe una sentencia en tal sentido de la corte de Pau que ha vuelto á su primitiva resolución (1).

68. ¿Puede el tutor desistirse de una demanda que haya instaurado en materia mobiliaria? También acerca de este punto reina alguna incertidumbre en la doctrina. Existe alguna diferencia entre desistirse de una demanda y consentir. El consentimiento se dirige siempre á la acción, es decir, al fondo del derecho; mientras que el desistimiento puede tener diversos objetos; uno puede desistirse sencillamente del procedimiento sin renunciar á los derechos reclamados judicialmente. En tal sentido, el tutor puede desistirse de una acción mobiliaria que haya intentado. Tal desistimiento en nada daña al menor, supuesto que sus derechos permanecen íntegros y puede siempre reclamarlos, tanto como el tutor en nombre de aquél (2). Iniciado sin la autorización del consejo de familia, el procedimiento puede también suspenderse sin dicha autorización (3). Si el

1 Pau, 20 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 87). Compárese Dalloz, en la palabra *consentimiento*, núm. 143.

2 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 15).

3 Aubry y Rau, t. 1º, p. 467, nota 22, y los autores que allí se citan.

desistimiento estriba en los derechos del menor, en este caso el tutor no tiene calidad para hacerlo. En efecto, la acción que él ha intentado prueba que el menor tiene un derecho, aun cuando fuese contencioso, poco importa; el tutor no puede renunciarlo, luego no puede desistirse; y no lo podría ni aun con autorización del consejo de familia, porque la ley no da ese poder al consejo; todo lo que permite, es la transacción y todavía rodeándola de garantías especiales que impidan al tutor que sacrifique los derechos de su pupilo. Se ve que hay una diferencia entre el consentimiento y el desistimiento. El consentimiento supone que el menor no tiene ningún derecho, y el desistimiento es la renuncia á los derechos del pupilo.

¿Puede el tutor desistirse de una apelación por él interpuesta? Hay que distinguir si el menor figura en la instancia como demandante ó como demandado. Si es como demandante, el tutor no puede desistirse de la apelación. El menor, en este caso, tiene derechos; estos derechos han sido objeto de un juicio; si el tutor se desiste de la apelación, implícitamente renuncia los derechos que él reclama; y no puede hacerlo, según acabamos de decir, ni aun con autorización del consejo de familia. Si la acción se ha intentado contra el menor, el desistimiento de la apelación equivale á un consentimiento. Luego hay que distinguir: si la acción es mobiliaria, el tutor podrá desistirse, y no podrá si la acción es inmobiliaria (1).

§ III.—DE LOS ACTOS PARA LOS CUALES EL TUTOR NECESITA DE LA AUTORIZACION DEL CONSEJO DE FAMILIA.

Núm. 1. Del arrendamiento de los bienes del menor.

69. El art. 450 dice que el tutor no puede tomar en

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 467, nota 25, y los autores que allí se citan. Sentencia de Pau, de 20 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 87).

arrendamiento los bienes del menor, á menos que el consejo de familia haya autorizado al subrogado tutor á celebrar con él arrendamiento. La expresión «en arrendamiento» no debe tomarse al pie de la letra. La ley se sirve á veces de tal expresión en un sentido general para indicar todo género de arrendamiento (arts. 595, 602, 1429). Cierto es que la misma razón hay para prohibir al tutor que alquile los bienes del menor, sean casas ó fundos de tierra. Aunque el arrendamiento no sea más que un acto de administración, los intereses del tutor están en colisión con sus deberes; esto es suficiente para justificar la prohibición establecida por la ley. Pero ella permite que se derogue. Si el tutor es un hombre honrado y un buen padre de familia, el menor no podrá tener mejor inquilino ni mejor colono. Entiéndase bien que en todos los casos en que los intereses del tutor estén en oposición con los de su pupilo, el subrogado tutor intervendrá: él es el que consiente el arrendamiento. Es de regla que no se puede hacer indirectamente lo que está prohibido hacer directamente. Por aplicación de este principio, se ha fallado que si después de haber alquilado á tercera persona inmuebles pertenecientes al menor, el tutor se hace retroceder una parte mediante una disminución en el juicio del inquilinato, no solamente es nula la acción, sino también el arrendamiento principal, si la convención tuvo por objeto defraudar la ley (1). Durantón dice que deberían considerarse legalmente interpuestos los descendientes, los ascendientes y el cónyuge del tutor (2) ¿Puede tratarse de una presunción *legal* sin ley? La cuestión implica una herejía. Si nosotros la señalamos, es para poner en guardia á nuestros jóvenes lectores contra las presunciones que los autores gustan de imaginarse

1 Bourges, 29 de Diciembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 571).

2 Durantón. *Curso de derecho francés*, t. 3º, p. 575, núm. 588.

Núm. 2. Aceptación ó repudiación de una sucesión.

70. El art. 461 dice: «El tutor no podrá aceptar ni repudiar una sucesión que haya tocado en suerte al menor, sin una previa autorización del consejo de familia. La aceptación no tendrá lugar sino bajo beneficio de inventario.» Como la sucesión que toca al menor debe aceptarse bajo beneficio de inventario, no se comprende, á primera vista, por qué la ley hace intervenir al consejo de familia para que autorice la aceptación ó la renuncia. ¿Qué es lo que el menor arriesga, supuesto que jamás está obligado en calidad de heredero beneficiario, sino hasta la concurrencia de su emolumento? Puede estar interesado en renunciar más que en aceptar, si es que ha recibido una liberalidad del difunto sin manda especial. En efecto, debe mencionarla si acepta; si renuncia, la guarda; ahora bien, la liberalidad puede ser superior á la parte que él toma en la herencia. Supongamos que sea de 50,000 francos, siendo la herencia de 200,000, y que hay cinco hijos llamados á la sucesión; si el hijo donatario acepta, tendrá 40,000 francos; si renuncia, guardará para sí 50,000, ganando entonces 10,000. Aunque el pupilo no fuese donatario, el tutor puede tener interés en renunciar si la sucesión es evidentemente mala. ¿Para qué entonces aceptar? Esto equivaldría á inmiscuir al tutor en las dificultades de una liquidación que el menor no puede aprovechar. Vale más renunciar.

Más difícil es justificar el sistema del código en lo que concierne á la renuncia. El heredero está apoderado de pleno derecho de la propiedad de la herencia, luego cuando renuncia, enajena. Ahora bien, la enajenación, por lo menos cuando se trata de derechos inmobiliarios del menor, no puede ser autorizada por el consejo de familia, sino que se necesita la homologación del tribunal. Dicese en vano que hay una diferencia entre enajenar un inmueble y re-

nunciar á una sucesión inmobiliaria; que la enagenación es-triba en un derecho claro, mientras que la sucesión á la que se renuncia no es más que un derecho normal, cuando el pasivo excede al activo. Nosotros contestaremos que de hecho esto puede ser, pero también no puede ser; puede engañarse el consejo acerca de la consistencia y el valor de los bienes y sobre el monto de las deudas. Por otra parte, la consideración de hecho es extraña al derecho. En derecho, la renuncia es siempre una enagenación, luego debería estar regida por los principios que norman la enagenación (1). Esto es tan evidente que se ha sostenido que la deliberación del consejo que otorga al tutor facultad para que renuncie, debería ser homologada (2).

La jurisprudencia ha rechazado esta doctrina: fundada en teoría, es contraria al texto. Como lo expresa la corte de Tolosa, no corresponde á los intérpretes crear condiciones y nulidades; luego no pueden exigir la homologación, siendo así que el código se conforma con la autorización del consejo.

¿La autorización del consejo de familia podría reemplazarse por la del tribunal? Ciertamente que nó. La corte de Grenoble dice muy bien que las jurisdicciones son de orden público, y que por lo tanto no pueden ser derogadas. En materia de tutela, los tribunales no intervienen sino en los casos en que la ley juzga necesaria su intervención. El legislador encarga al consejo de familia que revise la tutela, y no da esta misión al juez, y con justa razón. La familia conoce mejor los hechos y aprecia mejor el interés del menor que el tribunal. Únicamente cuando hay reclamación contra la deliberación del consejo es cuando el juez

1 Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 380, núm. 3. Demolombe t. 7º, p. 476, núm. 696.

2 Delvincourt, t. 1º, p. 450, nota 2. En sentido contrario, dos sentencias de Tolosa, del 5 y del 11 de Junio de 1829 (Daloz, en la palabra *minoría*, 498).

interviene para juzgar la contienda. Hay casos, poco numerosos, en los cuales el juez es llamado á homologar las deliberaciones acordadas por la familia, pero siempre á la familia corresponde la iniciativa. Para la aceptación y la repudiación de las sucesiones, la ley no prescribe la homologación; el legislador ha pensado sin duda que los miembros de la familia serian más competentes que los magistrados para apreciar el activo y el pasivo de la herencia (1).

71. La aceptación á beneficio de inventario es un acto solemne; se necesita una declaración ante el actuario y un inventario. Cuando la sucesión ha tocado en suerte á un menor, hay una solemnidad más, la autorización del consejo de familia. Infírese de aquí que no puede tratarse de una aceptación tácita. El caso se ha presentado ante la corte de Bruselas. La madre tutora pide al consejo la autorización para vender un inmueble en el cual tiene una parte el menor; es concedida la autorización. ¿Implica ella la autorización de aceptar la herencia? Nó, porque no se había consultado al consejo acerca de esta cuestión, y siendo la autorización un acto solemne, no puede tratarse de un consentimiento tácito. En cuanto á los actos del tutor, jamás pueden invocarse como actos de herederos que acarreen aceptación, supuesto que el tutor no puede aceptar la herencia pura y sencillamente. Luego sin deliberación formal que autorice al tutor á aceptar, no hay aceptación (2).

Todo acto de inmixción del tutor sería radicalmente nulo; sería un acto inexistente, supuesto que es de principio que en los actos solemnes, la solemnidad es un requisito para que existan (3). Síguese de aquí que á pesar de la inmix-

1 Grenoble, 6 de Diciembre de 1842 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 839).

2 Bruselas, 13 de Abril de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 85). Rennes, 30 de Noviembre de 1813 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 495).

3 Véase el tomo 1º, de mis *principios*, núm. 71, y el tomo 2º, número 273.

tión, el tutor ó el menor que ha llegado á la mayor edad pueden renunciar á la sucesión, el tutor ya se entiende que con deliberación del consejo (1).

72. Cuando el tutor ha aceptado ó repudiado una herencia en las formas prescritas por la ley, la aceptación y la renuncia son, en general, irrevocables. Puede haber un recurso contra la deliberación, según los principios que acabamos de expresar; pero si no hay recurso, el menor no puede atacar, por causa de lesión, el acto verificado por el tutor. Esta es la aplicación del derecho común, en lo que concierne á los actos que el tutor ejecuta dentro de sus atribuciones (2). En el título de las *Obligaciones* expon-dremos el principio. La ley permite, no obstante arrepentirse de la renuncia que el tutor haya hecho con autorización del consejo, en el caso en que la sucesión no ha sido aceptada por otra persona. El art. 461 es igualmente la aplicación de un principio general en el cual insistiremos en el título de las *Sucesiones* (art. 190).

73. ¿Tiene el tutor necesidad de la autorización del consejo de familia para aceptar los legados hechos al menor? Distinguese entre los legados universales ó á título universal, y los legados á título particular; se exige la autorización para los primeros, y no se la exige para los últimos, á menos que hayan sido hechos con algún cargo inherente. Esta disposición se funda en el interés del menor: si es legatario universal ó á título universal, debe contribuir al pago de las deudas, por lo menos hasta la concurrencia de su emolumento, mientras que el legatario particular no está obligado á eso (3). Nos parece que la cuestión está mal planteada. Si se tratase de una cuestión de interés, podría ponerse en

1 En sentido contrario, Bruselas, 5 de Noviembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 16).

2 Bruselas, 5 de Julio de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 366).

3 Durantou, t. 3º, p. 369, núms. 581 y 582, Aubry y Rau, t. 1º, página 447. Demolombe, t. 7º, p. 486, núm. 703, y p. 489, núm. 708.

tela de juicio la necesidad de la autorización, aun cuando el legado fuese universal; porque el legatario no está obligado al rendimiento, y este es el único interés que el menor tiene en que el consejo intervenga. A nuestro juicio, esta no es una cuestión de interés, sino una cuestión de texto. Para que el consejo tenga que intervenir, se necesita una ley, y no basta que el menor esté interesado. Pues bien, no tenemos más texto que el art. 461: éste habla de una sucesión que toca al menor. La palabra *sucesión* se aplica á las sucesiones testamentarias tanto como á las sucesiones *ab intestato*; por lo tanto hay que entenderla de todo género de sucesión testamentaria, aun del legado á título particular.

Núm. 3. Partición.

74. Por los terminos del art. 465, el tutor necesita la autorización del consejo de familia para provocar una partición. Ya hemos dicho que el tutor puede sin autorización contestar una demanda de partición dirigida contra el menor. Se da como razón que la partición es un acto de enagenación; esto es verdad en teoría, pero el código no considera la partición como un acto translativo de propiedad, y no es más que declarativo de los derechos de los co-participes (1). La verdadera razón por la cual la ley exige la intervención del consejo de familia es que á veces ciertos motivos de conveniencia ó de interés exigen que se mantenga la indivisión á pesar de los inconvenientes que origina; pero el interés del menor puede tambien exigir que se proceda á la partición. El legislador no ha querido dejar al tutor como único árbitro para apreciar estos diversos intereses (2).

1 Durantou, t. 3º, p. 572, núm. 585. Demolombe, t. 7º, p. 498, número 720.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, p. 565.

La ley habla de la partición en términos generales, y los motivos se aplican también á todo género de partición que pone fin á la indivisión, partición de sucesión, de comunidad, de compañía. Resulta, además, de la generalidad de la ley, que el tutor necesita una autorización para las particiones mobiliarias tanto como para las inmobiliarias; la ley no distingue, y no hay motivo para distinguir. La jurisprudencia y la doctrina están unánimes en este punto, que no puede originar duda alguna (1). Siguese de aquí que aun admitiendo que el tutor pueda enagenar los derechos inmobiliarios del pupilo, no puede ceder los derechos de éste en una sucesión mobiliaria, ni en una comunidad ó una sociedad mobiliaria (2). Esto es una anomalía en la opinión que hemos combatido, mientras que en el sistema que hemos enseñado, las diversas disposiciones de la ley se armonizan. Si el tutor puede enagenar todos los derechos mobiliarios del pupilo, casi no se concibe por qué la ley le prohíbe dividirlos; mientras que si se admite que el tutor no tiene más que un poder de administración, es muy lógico que no puede hacer partición, porque ésta no es un simple acto de administración.

75. El código no exige que la autorización del consejo de familia sea homologada. Luego no hay lugar á homologación. Poco importa que deba procederse á la licitación de los inmuebles, porque la licitación está regida por los principios que rigen la partición. Hay una sentencia en sentido contrario (3). La corte se funda en el interés del incapaz que, en el caso al debate, exigía que la indivisión continuase. Pero no es esta la cuestión. Se trata de saber quién está encargado de velar por los intereses del menor

1 Dalloz, en la palabra *minoría* núm. 518. Hay que agregar Duranton, t. 3º, núm. 585, y Demolombe, t. 7º, núm. 720.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 461, y nota 73.

3 Angers, 19 de Junio de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 163).

en materia de partición. ¿Es el tribunal? El silencio de la ley responde á nuestra pregunta; del tribunal no puede intervenir sino en los casos expresamente previstos por la ley, como acabamos de decirlo. Luego jamás hay motivo para homologar una partición. Unicamente los miembros del consejo que hayan sido de opinión de mantener la indivisión pueden atacar la deliberación, y el tribunal que conoce de la reclamación, puede reformar lo que el consejo haya decidido; pero este recurso no es una homologación. Esto es elemental.

76. Si el tutor procede á la partición sin estar autorizado, aquél contra el cual se provoca la partición puede oponer la prueba de autorización, porque el tutor no autorizado no tiene ninguna calidad. Según el código Napoleón, la partición se hace judicialmente cuando están interesados menores. En este caso se aplica el derecho común en lo que concierne á la autorización. El demandado puede además, oponer la falta de autorización en apelación, porque ésta es una excepción de orden público, en el sentido de que resulta de ella una nulidad en favor del menor, y el demandado está interesado en prevenir una partición nula (1).

Pero también es suficiente que la autorización se dé en la apelación para dar validez á la partición (2). Desde el momento en que hay autorización, el interés del menor queda amparado, y este interés es decisivo en materia de tutela.

77. El art. 466, dice: «La partición se hará judicialmente para conseguir respecto al menor todo el efecto que aquella tendría entre mayores.» Esta es una derogación del antiguo derecho y la derogación explica la redacción de la ley. Conforme á la antigua jurisprudencia, la partición con

1 Bruselas, 23 de Febrero de 1826 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 516).

2 Bruselas, 4 de Julio de 1811 (Dalloz, *ibid.*).

un menor, cualquiera que sea la forma en que tuviese lugar, aun hecha judicialmente, no era más que provisional; el menor llegado á la mayor edad, dentro de diez años, podía pedir otra partición (1). De esto resultaba que la indivisión jamás podía cesar cuando se trataba de un menor. Esto era sacrificar el interés público al del menor. Todo lo que puede pedirse en interés de éste, es que se sigan formas que lo garanticen contra cualquier lesión. Los autores del código han creído que debían someter la partición á las formalidades de la partición judicial. Esto equivalía á vulnerar al menor á fuerza de protegerlo, á causa de los gastos considerables que ocasiona la partición hecha judicialmente. La ley de 12 de Junio de 1816, ha puesto remedio al mal, prescribiendo formas muy sencillas para la partición cuando en ella toman parte menores; la partición se hace por ministerio de un notario, ante el juez de paz del cantón en donde se ha abierto la sucesión, en presencia del tutor y del subrogado tutor (art. 9). En Francia también, una ley especial del 2 de Junio de 1841 ha simplificado las formas de la partición. Volveremos á tratar esta materia en el título de las *Sucesiones*.

78. Después de haber reglamentado las formas de la partición, el art. 466 agrega: «Cualquiera otra partición sólo se considerará como provisional.» Se entiende por partición provisional la que no se basa sino en el usufructo, quedando indivisa la propiedad. El lugar de esta materia se halla en el título de las *Sucesiones*. Unicamente un punto tenemos que examinar aquí, y es si el tutor tiene capacidad para verificar una partición provisional. Ciertamente que el código dice que si el tutor, autorizado por el consejo de familia, verifica una partición sin observar las formas prescritas por la ley, la partición será provisional; pero no dice si el tutor puede, sin tomar parecer al consejo proceder

1 Lebrun, *De las sucesiones* libro IV, cap. I.

á una partición provisional. Los autores le reconocen este derecho (1). Esto nos parece muy dudoso. El menor puede estar interesado en que haya una partición definitiva más bien que una partición de usufructo. ¿Quién decidirá? ¿El tutor solo? Nos parece que se necesitaría un texto para otorgarle semejante derecho. Ahora bien, los textos que se invocan hablan en contra del tutor. El consejo de familia es el llamado á deliberar sobre la demanda de participación formulada por el tutor; luego él será el que decida si habrá partición ó si se permanecerá en la indivisión. Lógicamente es él también el que debe decidir si, durante dicha indivisión, el usufructo será común ó dividido. El art. 840, que se cita, no dice que el tutor tiene el derecho de verificar una partición provisional; dicho artículo supone que los co-participes han querido hacer una partición de propiedad, pero que no habiéndose observado las formas prescritas por interés del menor, la ley transforma esa partición irregular en partición provisional. Esto no quiere decir que el tutor tenga el derecho de hacer una partición de usufructo; en efecto, el art. 840 supone que el tutor está autorizado por el consejo de familia para proceder á una partición definitiva. Se cita, además, el art. 818, que permite que el marido pida una partición provisional, si tiene derecho á disfrutar de los bienes. Luego, si no tiene tal derecho, aun cuando tuviese la administración, no puede provocar una partición provisional. Este texto decide la cuestión contra el tutor, que nunca tiene derecho á disfrutar de los bienes. En vano se dirá que el menor tiene el derecho á disfrutar de los bienes; contestaremos que el menor también es propietario, y que se trata de resolver lo que le es más ventajoso, si una partición de propiedad, ó una de usufructo, ó un usufructo indiviso. El consejo de familia es el que debe

1 Aubry y Rau, t. 12, p. 462, Demolombe, t. 7º, p. 503, números 723, 724.

autorizar la partición de la propiedad, luego él también es el que tiene que decidir las demás cuestiones que se relacionan con la partición,

- Núm. 4. Aceptación de una donación.

79. «El tutor no podrá aceptar la donación hecha al menor, sino con la autorización del consejo de familia. La donación tendrá, respecto al menor, el mismo efecto que respecto al mayor» (art. 463). ¿Por qué exige la ley una autorización, siendo que se trata de un acto que no puede menos que ser provechoso al menor, supuesto que aumenta su capital á título gratuito? La razón está en que el consejo de familia debe examinar los motivos que existen para que al pupilo se le haga la donación. Así, pues, por un interés moral, que es el más poderoso de todos los intereses, es por lo que la ley prescribe la autorización. Se agrega que el menor tiene también un interés pecuniario, supuesto que, como donatario, deberá alimentos al donante. En teoría, sí; ¿pero acaso de hecho se ven acciones de alimentos dirigidas contra los donatarios? Los que se hallan en el caso de tener necesidad de alimentos no hacen ninguna liberalidad. Por último, se dice que la donación puede llevar inherente algún cargo (1). Si tal hubiese sido el motivo determinante, el legislador lo habría expresado, y, por otra parte ¿no es suficiente la intención del legislador? El tutor que tiene sus cinco sentidos expeditos no irá á aceptar una donación cuando las responsabilidades sobrepasen los beneficios.

80. El art. 935 completa el 463, y con cierto sentido lo deroga. «No obstante, dice la ley, el padre y la madre del menor, ó los demás ascendientes, aun viviendo los padres, y no siendo tutores del menor, podrían aceptar á nombre de éste.» Esta es una disposición tomada de la ordenanza de 1735. Supuesto que por un interés moral la ley exige

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 7º, p. 486, núm. 70º.

la intervención del consejo de familia, debía referirse, ante todo, á los padres y á los ascendientes, sin exigir de ellos el concurso de la familia. Únicamente puede llamar la atención una cosa, y es que los ascendientes tengan el derecho de aceptar, cuando los padres guardan silencio. El legislador ha querido favorecer las liberalidades facilitando la aceptación: algunas disensiones de familia podrían ser obstáculo para que el padre aceptase, y el abuelo podrá hacerlo. ¿Si el ascendiente es tutor, puede prevalerse del artículo 935? La afirmativa no permite duda alguna: el ascendiente tiene su derecho acerca de los vínculos de la sangre que lo ligan con el menor, y ¿cómo había de perder semejante derecho al volverse tutor? (1).

Se pregunta si la aceptación de los ascendientes tiene el mismo efecto que la del tutor. Parece que los textos establecen una diferencia. Por los términos del art. 463, la donación aceptada por el tutor con la autorización del consejo de familia, tendrá, respecto al menor, el mismo efecto que respecto al mayor. Lo que equivale á decir que es invocable. El art. 935 nada dice del efecto que produzca la aceptación de los ascendientes. Conclúyese de aquí que esa aceptación no es definitiva, que los tribunales tienen el derecho de declararle como no acaecida (2). Tal interpretación nos parece contraria al texto y al espíritu de la ley. En el título de las *donaciones*, la ley establece el principio de que la donación no obliga al donador y no produce efecto sino desde el día en que es aceptada expresamente (art. 932); en seguida determina quién es el que puede hacer la aceptación. Conforme á esto, ella agrega que la donación *debidamente aceptada* es perfecta por el solo consentimiento de las partes (art. 938). Luego es per-

1 La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo (Demolombe t. 7º, p. 488, núm. 705. Sentencia de denegada apelación, de 25 de Junio de 1812, en la palabra *minoría*, núm. 502.

2 Valette, *Explicación del libro I del código Napoleón*, p. 263.

fecta la donación aceptada por el ascendiente, y por lo tanto, irrevocable. Lejos de ser menos eficaz que la aceptación del tutor, lo es más. A ésta pueden anularla los tribunales, si hay un recurso contra la deliberación del consejo de familia que la autorizada; mientras la ley no permite que se ataque la aceptación del ascendiente, á menos que sea nula por vicio de consentimiento. Esto está también fundado en la razón. ¿Por qué la ley da á los ascendientes el derecho para que acepten las donaciones otorgadas al menor? Porque ellos merecen más confianza que el consejo de familia, cuando se trata de los intereses morales de sus descendientes, porque este interés es el de ellos. Luego su aceptación no puede someterse al de los tribunales.

Núm. 5. Acciones inmobiliarias.

81. El tutor no puede iniciar judicialmente una demanda relativa á los derechos de inmobiliarios del menor, sin autorización del consejo (art. 464). Lo que implica que puede intentar una acción mobiliaria. ¿Cuál es la razón de la diferencia? Motivo jurídico no lo hay. Dicese que los derechos inmobiliarios son muy importantes; qué importa que no se hallen sometidos á las fluctuaciones de un litigio sino cuando el tutor haya reunido los medios de prueba de que dispone (1). Nosotros preguntamos si los derechos mobiliarios de un valor de mil francos son menos importantes que un pedazo de terreno que vale cien. Es inútil; ya hemos dicho que esta es una disposición tradicional.

El art. 464 implica también que el tutor puede contestar sin autorización inmobiliaria. Se dice que cuando el tutor se ve atacado, es muy puesto en razón que se defienda. A pesar de todo esto, puede ser más ventajoso para el me-

1 Demolombe, t. 7º, p. 492, núm. 711. Valette, *Explicación del libro I del código Napoleón*, p. 266, núm. 43.

nor que aquél no se defienda. Se agrega que la autorización es inútil, porque los derechos del menor se debaten á los ojos de la justicia y en presencia del ministerio público (1). ¿No sucede lo mismo cuando el tutor es demandante?

Resulta además del art. 464 que la autorización del consejo no debe ser homologada por el tribunal. La ley exige esta autorización cuando se trata de enagenar los inmuebles del menor. Aquí hay una razón de diferencia. Desde luego promover judicialmente no es enagenar, supuesto que el fallo, suponiendo que sea contrario al menor, no le arrebatara ningún derecho; únicamente declara que nunca lo ha tenido. Verdad es que el tutor puede comprometer los intereses del menor exponiéndolos á las alternativas de un debate judicial, pero el menor tiene una poderosa garantía en la intervención de la justicia y en el apoyo del ministerio público.

Por último, los términos del art. 464 son generales. «Ningún tutor,» dice la ley. Luego el superviviente de los padres, lo mismo que otro tutor cualquiera, necesita de la autorización del consejo de familia para iniciar una acción inmobiliaria (2). Este, por otra parte, es el sistema general del código: cuando se trata de actos para los cuales la ley exige particulares formalidades en razón de su importancia, no hace ninguna distinción entre el padre tutor y los demás tutores, y ni motivos había para hacer una distinción: el interés del menor domina otra consideración, cualquiera que ella sea.

82. ¿Qué acciones son inmobiliarias? ¿y cuáles mobiliarias? Es importante precisar los caracteres que las distin-

1 Demolombe, «Curso de código Napoleón, t. 7º, p. 495, número 711.

2 Angers, 3 de Abril de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*; número 507.

guen, supuesto que el tutor puede intentar unas, mientras que otras no las puede pretender. El asunto de esta materia se halla en el libro segundo y á él enviamos al lector. Necesitamos, sin embargo, tocar algunos puntos concernientes en particular á la tutela. El tutor no puede aceptar los legados, á nuestro juicio, sino con la autorización del consejo de familia. ¿Puede sin dicha autorización pedir la redención de las cosas legadas? Hay que distinguir. Si se trata de muebles, no hay duda alguna, supuesto que el tutor puede intentar las acciones inmobiliarias. Si se trata de inmuebles, el tutor no puede pedir la liberación, supuesto que no puede intentar acciones inmobiliarias. Tal es la opinión generalmente aceptada (1). ¿No es esto confundir la acción de liberación con la acción de reivindicación? Cuando el legado es aceptado y no se debate, la liberación no es más que una tradición; ahora bien, una acción que tiende á ser puesta en posesión de la cosa legada, vendida ó donada, no es una acción inmobiliaria, porque no tiene por objeto un derecho inmobiliario. Más adelante insistiremos en esto.

¿Necesita el tutor de la autorización del consejo de familia para embargar los bienes de los deudores de su pupilo? Nó, porque la acción, aunque tenga por objeto la venta forzosa de un inmueble, no es inmobiliaria; no tiende á poner un inmueble en el dominio del tutor, sino á recobrar un crédito, es decir una cosa mobiliaria; luego la acción es mobiliaria (2).

Hay acciones que no son mobiliarias ni inmobiliarias, las concernientes al estado del menor. ¿Puede el tutor intentarlas? Hay controversia acerca de este punto. Unos dicen que el tutor, en su calidad de representante legal del menor, puede intentar todas las acciones que á éste concier-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 448, nota 2.

2 Bruselas, 12 de Noviembre de 1806 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 524), y 5 de Enero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, p. 10).

nen, y que no necesita estar autorizado sino en los casos en que la ley lo exija expresamente (1). Otros asimilan las acciones inmobiliarias con las acciones relativas al estado, y exigen que el tutor esté autorizado por el consejo de familia (2). Nosotros creemos que el tutor no tiene calidad ninguna para intentar tales acciones, las cuales son de tal modo inherentes á la persona, que no se concibe que las formule otro individuo que el que tiene derecho de iniciarlas judicialmente. Nosotros hemos decidido la dificultad en tal sentido, al examinar la cuestión de saber si el tutor puede intentar la acción de divorcio á nombre del incapacitado (3). Los mismos principios deben recibir aplicación á las acciones concernientes al estado del menor.

83. ¿Puede el tutor interponer apelación sin autorización? Hay grande incertidumbre acerca de este punto en la doctrina y en la jurisprudencia. La opinión más general es que, siendo la apelación una continuación de la primera instancia, no hay lugar á autorización: si el tutor ha sido demandado, continúa su defensa; si ha sido actor, la autorización que ha recibido le da poder para seguir el pleito en todas sus fases, á menos que el consejo de familia le haya dado una autorización restringida (4). Esta doctrina se funda en que la apelación no es una nueva acción. Esto lo hemos combatido ya al tratar de la autorización de la mujer casada (5). ¿Por qué se da á la apelación el nombre de

1 Demolombe, t. 7º, p. 471, núm. 694, Daloz, en la palabra *minoría* núm. 506.

2 Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. 1º, p. 442.

3 Véase el tomo 3º de mis *principios*, núm. 216.

4 Demolombe, t. 7º, p. 493, núm. 713, y los autores que él cita; en sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 464, y nota 9. Daloz, en la palabra *minoría*, núms. 527 y 528. Sentencia de Potiers, de 28 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1865, 2, 161), y de Argelia, de 26 de Febrero de 1866 (Daloz, 1868 1, 110).

5 Véase el tomo 3º de mis *principios*, núm. 149.

segunda instancia? Porque realmente hay nuevo debate, habiendo sido reducido á la nada el fallo expedido en primera instancia. ¿Por lo mismo no se necesita de un nuevo examen cuando se trata de un incapaz? El tutor puede defender en primera instancia; pierde y entabla apelación, y ¿acaso no es esto una acción que él intenta contra el que ha ganado la causa? ¿no se vuelve actor? Ciertamente es que su posición no es ya la misma, supuesto que hay una decisión judicial en su contra, y ¿no es bueno que una autoridad imparcial intervenga y examine si el menor tiene interés en que se prosiga el litigio? Si el tutor ha sido primitivamente actor, deben verse los términos de la autorización que él ha obtenido. El consejo puede otorgar una autorización general para todas las instancias, porque no hay texto alguno ni principio que limite su poder: todo lo que puede decirse es que, en el espíritu de la ley, el consejo no debería dar al tutor sino una autorización restringida á la primera instancia. ¿Puede saber de antemano cuál será el interés del menor, si pierde el pleito? ¿Acaso el debate no puede ilustrarlo difundiendo nuevas luces en el litigio? Nuestra conclusión es que si la autorización no se ha dado expresamente para todas las instancias, el tutor necesita una nueva autorización para entablar apelación. La gran diversidad de opiniones que reina en esta cuestión prueba que por lo menos hay duda. Ahora bien, en la duda, el interés del menor es el que debe decidir, y el interés del menor es ciertamente que antes de envolverlo en los gastos de la instancia de apelación, se examinen de nuevo sus pretensiones.

84. Si el tutor intenta una acción inmobiliaria sin autorización, el demandado puede oponerle una excepción dilatoria, es decir, que puede rehusarse á proceder con él hasta que esté autorizado. Pero ésta no es más que una

excepción dilatoria, y no una nulidad, en el sentido de que el demandado no puede pedir que se anule ó que vuelva á comenzarse el procedimiento. La autorización no se exige sino por interés del menor, y sería esgrimirla contra él obligando á recomenzar un procedimiento con nuevos gastos (1). Siguese de aquí que puede darse la autorización válidamente en toda la secuela de la instancia hasta el fallo definitivo; ella borra en toda época, el vicio originario del procedimiento (2).

Si el demandado no opone la falta de autorización, el fallo que intervenga será plenamente válido á su respecto, y no puede atacarlo. Esta es la aplicación de un principio elemental: las personas capaces de contratar, dice el art. 1125, no pueden oponer la incapacidad del menor con el cual han contratado. Lo que la ley dice de los contratos se aplica á los fallos, que también se consideran como contratos. La razón para decidir es idéntica, siendo la nulidad relativa por su esencia (3). Hay, sin embargo, un caso en el cual los terceros pueden prevalerse de la falta de autorización. Este caso es cuando el demandado ha opuesto la excepción dilatoria y el tribunal no la ha tenido en cuenta para nada. El tiene derecho é interés en que el tutor proceda regularmente; porque si el pleito continúa con el tutor no autorizado, y si el demandado gana, el menor podrá pedir la nulidad del juicio. Así, pues, el tribunal debe suspender el procedimiento si el demandado lo pide, y si no lo hace, éste tiene la acción de nulidad respecto al procedimiento.

1 Bruselas, 5 de Agosto de 1837 (*Pasicrisia*, 1837 2, 207).

2 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 257). Esta es la opinión general (Daloz, en la palabra *sección*, núm. 167, y en la palabra *minoría*, núm. 529. Hay que agregar: sentencia de Lyon, de 3 de Mayo de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 434), y de Gante, de 27 de Febrero de 1846 (*Pasicrisia*, 1846 2, 93).

3 Aubry y Rau, t. 1º, p. 465, y nota 2, y los autores y sentencias que allí se citan, Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 529.

El menor puede pedir la nulidad del fallo y del procedimiento, sea por la vía de apelación, sea por recurso de casación. Esta es la aplicación del derecho común. La autorización se prescribe por interés del menor; si el tutor procede sin estar autorizado, el menor no ha gozado de la garantía que la ley ha pretendido asegurarle. Desde este momento tiene el derecho de promover la nulidad. ¿No debe irse más lejos y decir que el fallo no puede oponerse al menor supuesto que en él no ha sido parte? Más adelante volveremos á tratar la cuestión.

85. El mismo artículo que prohíbe al tutor que inicie judicialmente una acción inmobiliaria, le prohíbe también que consienta en una demanda relativa á los derechos inmobiliarios del menor, sin la autorización del consejo de familia (art. 464). Más antes hemos dicho (núm. 67), la razón por la cual el código pone en la misma línea el consentimiento y la demanda, y por qué establece una diferencia entre el consentimiento y la transacción. Del principio establecido por el art. 464, se desprende que si el tutor ha consentido en una acción inmobiliaria sin autorización, el fallo que interviene no encadena al menor, y que puede pedir su nulidad, así como puede hacerlo cuando el tutor ha intentado una acción inmobiliaria, sin estar autorizado para ello.

86. El código no habla del desistimiento. Hay que aplicar á los derechos inmobiliarios la distinción que hemos hecho para los derechos mobiliarios, si el desistimiento se refiere únicamente al procedimiento, ó si se refiere á los derechos mismos que constituyen el objeto de la acción. En el último caso, el desistimiento es una renuncia, y en consecuencia, una enagenación; de donde se sigue que el tutor, aun autorizado por el consejo de familia para intentar la acción, no puede desistirse de ella; se necesita que observe las reglas prescritas para la enagenación, es decir,

que el desistimiento debe estar autorizado por el consejo de familia y homologado por el tribunal (1).

Si el desistimiento se dirige únicamente al procedimiento, debe hacerse una nueva distinción. El tutor intenta una acción inmobiliaria con autorización del consejo; ¿puede desistirse del procedimiento sin autorización? Este desistimiento no causa ningún perjuicio al menor, y sus derechos quedan incólumes; puede intentar una nueva demanda; por lo tanto, el desistimiento debe considerarse como un simple acto de administración. Hay, no obstante, un motivo para dudar; puede decirse que el tutor ha sido autorizado para litigar y no para desistirse, y debe pedir una nueva autorización. Tal sería, en efecto, nuestra opinión, si se tratase de decidir la cuestión teóricamente. ¿Pero el código ha consagrado semejante teoría? El no habla del desistimiento; por lo tanto, debe considerarse la naturaleza de este hecho, que no es un consentimiento, y menos todavía, una renuncia ó una enagenación; es decir, que el desistimiento entra en la categoría de los actos que el tutor puede hacer por sí sólo, por aplicación del principio general que hemos establecido (núms. 40 y 42), (2).

Queda una última hipótesis ¿el tutor puede desistirse de una apelación que ha interpuesto? Si el menor figura como demandante en la instancia, no hay duda alguna; el tutor ni siquiera puede desistirse, en este caso, cuando se trata de derechos mobiliarios (núm. 68), con mayor razón no puede hacerlo si los derechos son inmobiliarios. Si el menor es demandado, el desistimiento de la apelación es un consentimiento, de donde se sigue que el tutor no puede desistirse sino con la autorización del consejo de familia.

1 Douai, 17 de Enero de 1820 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 90).

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 467, nota 22, y los autores y sentencias que allí se citan.