

mento en que se pide la partición debe verificarse, por lo tanto es inútil exigir una autorización. Análoga razón se da para las acciones inmobiliarias: la denegación del consejo, dice Duranton, no podría impedir que tercera persona reclamase cosa que le es propia; puesto que no puede impedir el ejercicio del derecho ¿para qué entonces exigir su consentimiento? (1). La razón es mala; sin duda que no puede impedirse al propietario que reivindique lo que le pertenece, pero cuando se promueve, nace la cuestión de saber si conviene contestar la demanda ó consentir; puede suceder que el tutor no deba contestar la demanda, á fin de evitar gastos inútiles; así, pues, el menor estaría interesado en que no prosiguiese el litigio. En una palabra, habrá igual motivo para exigir la intervención del consejo en la defensa como en el ataque. Como el código no dice de una manera formal que el tutor puede contestar á una acción inmobiliaria, se ha llevado la cuestión ante los tribunales, y siempre se ha resuelto de conformidad con la doctrina unánime de los autores.

67. ¿Puede el tutor consentir en una demanda mobiliaria formulada contra el menor? Como él art. 464 veda al tutor intentar una acción inmobiliaria, le prohíbe también que consienta en una acción semejante, debe inferirse que el derecho de consentir y el derecho de iniciar la acción están regidos por el mismo principio. Teniendo el tutor el derecho de intentar una acción mobiliaria, hay que reconocerle también el derecho de consentir en la acción concerniente á los mismos derechos. Ciertamente es que tal doctrina reposa en un argumento sacado del silencio de la ley; pero supuesto que se acepta el argumento *á contrario* cuando se trata del derecho de formular la demanda, no es posible rechazarlo cuando se trata del consentimiento, porque es una sola y misma disposición la que trata del consenti-

1 Duranton, "Curso de derecho francés," t. 3º, p. 360, núm. 373.

miento y de la acción (1). Esto no quiere decir que nosotros queramos aprobar esta asimilación: el consentimiento es un acto más peligroso para el pupilo que la prosecución del derecho en justicia. Cuando el tutor consiente, renuncia á sostener las pretensiones que puede abrigar el menor; cuando el tutor promueve judicialmente, el menor tiene en su favor la garantía de la instancia judicial y de la intervención del ministerio público. Decimos más, toda la teoría del código en materia de acciones judiciales no tiene más fundamento que la preocupación que dominaba en el antiguo derecho acerca del valor de los muebles; los pleitos son siempre asunto grave, sea que se trate de derechos mobiliarios ó de inmobiliarios; aun bajo el punto de vista pecuniario, las acciones mobiliarias tienen á menudo mayor importancia que las acciones inmobiliarias. Luego habría sido más razonable exigir la intervención del consejo desde el momento en que el menor se haya implicado en un litigio y sea cual fuere el partido que quiera seguir el tutor.

La distinción implícita que la ley hace para el consentimiento puede comprometer los intereses del menor. Como esa distinción no está formulada de una manera expresa en nuestros textos, los tribunales la han rechazado algunas veces. Existen sentencias que asemejan el consentimiento con la transacción, y que, en consecuencia, rehusan al tutor el derecho de consentir, por más que se trate de derechos mobiliarios. La corte de Tolosa llega hasta decir que el consentimiento es una verdadera transacción (2).

Basta abrir el código para convencerse de que esto no está allí. Aun tratándose de derechos inmobiliarios del menor, la ley permite que el tutor consienta con la autoriza-

1 Pau, 20 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1853, 2, 87).

2 Tolosa, 29 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1854, 2, 68). Compárese Pau, 9 de Mayo de 1834 (Daloz, en la palabra *consentimiento*, número 143.

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