

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).

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. Aun cuando 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 serían 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. Infiérese 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). Siguese 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). Síguese 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*).