

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*. Únicamente un punto tenemos que examinar aquí, y es si el tutor tiene capacidad para verificar una partición provisional. Ciertamente es 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 partición 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. 1º, p. 462, Demolombe, t. 7º, p. 500, 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. 70.

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. Unicamente 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 Dalloz, 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 (Dalloz, 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 háy 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 Zachariæ, 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. 1.º, p. 467, nota 22, y los autores y sentencias que allí se citan.