

yes posteriores al código Napoleón han permitido inmovilizar las rentas sobre el Estado y las acciones del Banco de Francia (1). Si fuese inmovilizado uno de estos capitales, habría que aplicar el art. 184, y exigir, por consiguiente, la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal.

La ley prescribe la intervención del curador á fin de impedir que el menor dicipé sus capitales. Vigilará sobre el empleo de éstos, dice el art. 482. Luego, antes que todo, debé cuidar que el menor no pueda disponer de sus caudales. Para esto no hay mas que un medio: si el empleo no se hace en el momento mismo en que el capital se paga, el curador debé exigir que los caudales se depositen en la casa de consignación (2). Si el menor dicipase el capital antes de que se haya hecho su colocación, el curador será responsable (núm. 194), pero el pago no por esto dejaría de ser válido si fuese hecho con asistencia del curador. En efecto, los terceros no están encargados de vigilar sobre el empleo: pueden y deben pagar al menor asistido de su curador, y es válido todo pago hecho á aquél que tiene poder para recibir (art. 1239).

225. El menor emancipado no puede aceptar una donación sino con la asistencia de su curador (art. 935). Esta asistencia es suficiente, no se requiere que la aceptación esté autorizada por el consejo de familia, como quiere la ley cuando la donación se hace á un menor emancipado (art. 463). La razón de esta diferencia se comprende. Si la ley exige una autorización para el menor no emancipado, es por un interés moral más bien que por un interés pecuniario; ahora bien, la asistencia del curador es suficiente para dejar á cubierto el interés moral; casi siempre habría

1 Decreto de 16 de Enero de 1808, arts. 2 y 3.

2 Ducauroy, *Comentario*, t. 1.º, p. 497, núm. 691.

sido injurioso para él exigir además, la autorización del consejo, porque habría que suponer que el curador y donador se habrán puesto de inteligencia para una obra de corrupción. El tutor, al contrario, obra solo, luego es útil que intervenga un tercero. Notemos, además, que los ascendientes del menor emancipado pueden aceptar por él (art. 935). Hay que aplicar aquí lo que hemos dicho en el título de la *Tutela*, siendo la disposición común á los menores emancipados y á los menores no emancipados (1).

226. El menor necesita la asistencia de su curador para proceder á la partición y división de una herencia (artículo 480). Se ha pretendido que, además, se necesita de la autorización del consejo de familia. Hay un ligero motivo para dudar que domina á algunos buenos entendimientos. El art. 484, establece el principio de que el menor emancipado no puede ejecutar más actos que los de pura administración, sin observar las formas prescritas al menor no emancipado; ahora bien, el tutor no puede provocar la partición sino con una autorización del consejo de familia (artículo 465): lo que parece que resuelve la cuestión. Pero el art. 840, modifica este principio, conformándose con la asistencia del curador. Y no es ésta la única modificación que el principio recibe: en el mismo capítulo de la *emancipación*, el código permite al menor que intente una acción inmobiliaria con la asistencia de su curador (art. 482), mientras que el tutor necesita, para intentar una acción semejante, de la autorización del consejo de familia, y lo mismo respecto á una donación (art. 935). La jurisprudencia está de acuerdo con la mayor parte de los autores para resolverlo así, y ni siquiera comprendemos la vacilación, siendo que hay un texto formal (2). En teoría y haciendo abs-

1 Véase el núm. 80 de este tomo.

2 Véanse los autores y las sentencias en Dalloz, en la palabra *minorja*, núm. 825.

tracción de los textos, habría podido sostenerse que la partición es un acto traslativo de propiedad, que debe, por consiguiente, someterse á las mismas formalidades que la venta de un inmueble. Pero el código Napoleón no consagra esta teoría. Considera la partición como simplemente declarativa de propiedad, y mantiene esta ficción en la aplicación. Así es como permite al tutor que pida la partición de una herencia inmobiliaria con la autorización del consejo de familia, mientras que exige, además, la homologación del tribunal cuando se trata de una enagenación (arts. 457 y 465). El código aplica la misma teoría en el caso de emancipación, salvo que él reemplaza la autorización del consejo por la asistencia del curador.

Lo que la ley dice de la partición, debe aplicarse á la licitación ó remate, supuesto que hace veces de partición. Este es un medio de salir de indivisión, cuando la partición es imposible (art. 1686). Hay, no obstante, un motivo para dudar; cuando un extranjero se haga adjudicatario, el remate, en cuanto á sus efectos, está regido por los principios de la venta. Pero esto no impide que en su principio el remate no sea un medio de salir de indivisión; así es que la ley lo pone en la aplicación, en la misma línea que la partición (art. 1408).

227. «El menor emancipado no puede intentar una acción inmobiliaria ni contestar á ella sin la asistencia de su curador.» Hay aquí una doble diferencia entre el tutor y el aumenor. El tutor puede contestar una acción inmobiliaria sin autorización ninguna; mientras que el menor debe estar asistido para la defensa, tanto como para el ataque; esto es más lógico porque los intereses del menor pueden también verse comprometidos por una defensa imprudente. Por otra parte, el tutor necesita de una autorización del consejo, cuando intenta una acción inmobiliaria; el menor, al con-

trario, puede proceder con la simple asistencia de su curador.

¿El menor puede consentir con la asistencia de su curador? Generalmente se admite que necesita de la autorización del consejo de familia. El principio, se dice, es que el menor no puede ejecutar más actos que los de pura administración, sin observar las formas prescritas al menor no emancipado (art. 484) El art. 482 deroga este principio permitiendo al menor que intente una acción inmobiliaria con la sola asistencia del curador. Supuesto que ésta es una excepción, debe restringirse al caso para el cual se ha establecido. Esto se funda también en la razón, se añade. El consentimiento no es una defensa, es una renuncia á defenderse, luego es un abandono del derecho; por consiguiente, el legislador ha debido mostrarse más severo para el asentimiento que para la defensa de una acción (1). Todo esto es muy justo bajo el punto de vista de la teoría, cuando se hace abstracción de los textos. ¿Pero el código civil consagra esta teoría? El art. 464 pone, al contrario, en la misma línea el hecho de intentar una acción inmobiliaria y el hecho de consentir á semejante acción; luego al dar al menor emancipado el derecho de promover con la asistencia de su curador, la ley le da implícitamente el derecho de otorgar consentimiento. Luego hay que aplicar á la emancipación lo que hemos dicho de la aquiescencia, en el título de la *Tutela* (2).

Hay autores que van mas lejos, y que exigen, además de la autorización del consejo de familia, la homologación del tribunal. Esto equivale á poner el consentimiento en la misma línea que la enagenación. Repetimos que nó es esta la teoría del código civil. Lo mismo sucede con el de-

1 Ducaurroy, t. 1º, p. 496, núm. 690, Demante, t. 2º, p. 520, número 253 bis 2, Duranton, t. 3º, p. 656; núm. 690; Aubry y Rau, tomo 1º, p. 557, nota 7.

2 Véanse los núms. 78 y 83 de este tomo.

sistimiento; cuando no se refiere más que al procedimiento, el menor puede consentir con la sola asistencia del curador, porque si el derecho de obrar implica al derecho de consentir, con mayor razón implicará al derecho de desistirse del procedimiento. Pero si el desistimiento estriba en el fondo del derecho, entonces es una verdadera renuncia á un derecho inmobiliario, y por consiguiente, una enagenación indirecta para la cual el menor necesita la autorización del consejo y la homologación del tribunal. Remitimos á los que hemos dicho en el título de tutela (1).

¿Qué debe resolverse respecto á las acciones concernientes al estado? ¿El menor, podrá intentar una acción de denegación, una acción de divorcio ó de separación de cuerpo, sin la asistencia del curador? ¿le basta esta asistencia ó puede obrar sin estar asistido? Hay una gran divergencia de pareceres en esta cuestión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Se ha fallado que el menor puede formular una demanda de separación de cuerpo sin estar asistido (2); mientras que se ha resuelto que, para interponer la acción de nulidad de matrimonio, el menor debe estar asistido de su curador, y obtener, además, la homologación del tribunal (3). La mayor parte de los autores enseñan que se necesita la asistencia del curador y que dicha asistencia basta. Hay vacío en el código: de aquí una inevitable incertidumbre. En el silencio de la ley, debe procederse por analogía. En el fondo no hay ninguna analogía entre las acciones de estado y las acciones relativas á los derechos mobiliarios ó inmobiliarios del menor. Únicamente puede com-

1. Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 841, y este tomo, números 68 y 86.

2. Burdeos, 1.º de Julio de 1806 (Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 225).

3. Aubry y Rau, t. 1.º, p. 554, y notas 15, 17, y los autores que ahí se citan. Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 828.

parárseles en cuanto á la importancia del derecho. Ahora bien, es evidente que una acción concerniente á los derechos morales de una persona es infinitamente más importante que las acciones pecuniarias; si la ley exige la asistencia del curador para las acciones inmobiliarias, con mayor razón debe exigirla para las acciones de estado. No se puede más lejos sin hacer la ley, supuesto que no tenemos ni texto ni analogía para exigir la autorización del consejo de familia.

Hay una acción que concierne directamente á los intereses pecuniarios, y que indirectamente se relaciona con el orden público, y es la separación de bienes. ¿La mujer menor puede intentarla, puede el marido menor contestar á la demanda sin asistencia? Esta cuestión está igualmente controvertida. Creemos que el elemento moral que domina en la acción de separación es suficiente para decidir que se necesita al menos la asistencia del curador. Decimos que el elemento moral domina, en efecto, la separación al dividir los intereses, relaja más ó menos los vínculos del matrimonio. Por esto es que los acreedores de la mujer no pueden pedir la separación de bienes. Pero no puede irse más lejos, y exigir la autorización del consejo de familia pues, equivaldría á hacer la ley (1).

Hay duda respecto á la defensa de una demanda de interdicción dirigida contra el menor emancipado. La acción concerniendo también al estado nos parece que en razón de su importancia, debe exigirse la asistencia del curador. Se enseña, no obstante, que el menor puede defender sin estar asistido; es cierto que la ley ha creado garantías especiales para el demandado, el acuerdo de la familia, la comparecencia personal del demandado ante el tribunal, la inter-

1. Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 829, Aubry y Rau, t. 1.º, página 554, nota 14.

vención del ministerio público. Pero esto no es un motivo para decidir. Estas garantías están establecidas para todo demandado, lo que no impide que el menor deba gozar de la protección especial con lo que la ley quiere rodearlo (1).

228. El curador destinado á asistir al menor, puede rehusar su asistencia; en tal caso, el menor no puede llevar á cabo el acto jurídico para cuya validez se requiere la asistencia. ¿Pero no tiene recurso contra esta denegación? A primera vista, se vería uno tentado á contestar negativamente. El menor emancipado es incapaz de ejecutar ciertos actos sin estar asistido de su curador. Si el curador se niega á asistirlo, hay que creer que el acto no debe ejecutarse. El derecho de asistir implica el derecho de rehusar la asistencia, salvo que el curador salga responsable de su denegación, si perjudica al menor. Este sería nuestro dictamen. Sin embargo, la opinión contraria es la que se sigue con más generalidad. Un poder de protección, se dice, no puede volverse contra el incapaz que tiene derecho á ser protegido. En teoría, puede sostenerse esto. ¿Pero no se necesitaría un texto para organizar este recurso? En verdad que los intérpretes se han vuelto legisladores en esta materia. El menor, dicen, podrá proveerse ante el consejo de familia, el cual internará, si ha lugar, al curador á que preste su asistencia al menor, ó nombrará un curador *ad hoc*, ó reemplazará al curador (2). Hé ahí todo el procedimiento. ¿Con qué derecho intervendría el consejo de familia? ¿No es de principio que la competencia del consejo es excepcional? ¿Y se le da el derecho de obligar al curador á que asista? ¿Se le da el derecho de revocarlo, es decir de

1 En sentido contrario Aubry y Rau, t. 1º, p. 555, nota 18. Compárese, sentencia de casación, de 15 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 121).

2 Demolombe, t. 8º, p. 235, núm. 314. Aubry y Rau, t. 1º, página 555.

destituirlo! ¡Una destitución sin texto quien la autoriza! Esto nos parece exorbitante. La verdad es que hay un vacío en la ley. Preferiríamos, en el silencio del código, que el recurso se llevase á los tribunales. Los tribunales tienen al menos una competencia general para decidir todo género de contiendas, competencia de que carece el consejo de familia. El tribunal no forzaría al curador á que asistiese, se limitaría á nombrar un curador *ad hoc*.

Puede también suceder que el menor emancipado se rehusé á proceder á un acto que le fuese ventajoso. ¿El curador podría hacerlo sin el menor y á pesar suyo? No comprendemos que se haya planteado la cuestión. El curador no procede, no tiene ninguna iniciativa, se limita á asistir, lo que supone que el menor solicite su asistencia. Si no la pide, es evidente que el curador no tiene ningún título para intervenir. Todos están de acuerdo acerca de este punto. La jurisprudencia admite, no obstante, una excepción á estos principios cuando se trata de un consejo judicial que asiste á un pródigo en un proceso; si falta al pródigo el consejo dicese, puede formular oposición. La doctrina extiende esta jurisprudencia al curador del menor emancipado. Nosotros la examinaremos en el título de la *interdicción* (1).

229. Si el menor ejecuta un acto para el cual debe estar asistido de su curador, con esta asistencia no puede atacarlo por causa de lesión; mientras que puede demandar la rescisión si el acto se ejecutó sin la asistencia y si el menor fué perjudicado (art. 1305). Volveremos á insistir acerca de este principio en el título de las *Obligaciones*.

El principio recibe excepción para las instancias judiciales. Según los términos del art. 481 del código de proce-

1 Demolombe t. 8º, p. 236, núms. 315, 316. (Dalloz, en la palabra *minoría*, núms. 331 y 332).

dimientos, los menores gozan del requerimiento civil, es decir, que pueden pedir que el tribunal retracte los fallos, si en ellos no han sido defendidos, ó si no lo han sido válidamente (1).

§ III.—DE LOS ACTOS PARA LOS CUALES EL MENOR EMANCIPADO SE ASIMILA AL MENOR NO EMANCIPADO.

230. El art. 484 asienta el principio de que «el menor emancipado no puede ejecutar más actos que los de pura administración, sin observar las formas prescritas al menor emancipado.» Estas formas son la autorización del consejo de familia, la cual debe ser homologada por el tribunal, para los actos de disposición. La ley no exige que el menor esté asistido del curador; esta asistencia sería inútil, supuesto que el consejo de familia debe intervenir, y las más de las veces el tribunal. Se objeta que la asistencia del curador requerida en actos que se reputan menos importantes, debe serlo con mayor motivo en actos que el art. 484 somete á condiciones de formas más severas. La respuesta es fácil y perentoria. Si en actos de una importancia menor la ley prescribe la asistencia del curador, es porque esta asistencia es la única garantía del menor. Cuando se trata de un acto de disposición, el menor ya no necesita esa garantía, porque tiene otra mucho más fuerte, la autorización del consejo y la homologación del tribunal. ¿A qué conduce hacer intervenir al curador en una venta cuando el consejo y el tribunal lo han autorizado por causa de necesidad absoluta, y determinado las condiciones bajo las cuales se hará la enagenación? Ciertamente es, como dice Demante, que el Tribunado, á cuya propuesta se insertó el art. 484 en el código civil, quería que el menor estuviese asistido de su curador. Pero esta parte del artículo se su-

1 Dalloz, en la palabra *requerimiento civil*, núm. 157.

primió en el consejo de Estado: y esto decide la cuestión (1).

231. Las sucesiones que tocan en suerte al menor emancipado deben ser aceptadas con la autorización del consejo de familia, y la aceptación no puede hacerse sino bajo beneficio de inventario. Esto resulta hasta la evidencia, de la combinación de los arts. 461 y 484; no sabemos con que pretexto se llevó esta cuestión ante los tribunales y hasta á apelación; la corte no tenía más que citar el texto de la ley para resolverla (2). Pasa lo mismo con la renuncia á una sucesión. Se ha pretendido que la autorización del tribunal podía hacer veces de la del consejo. La corte de Grenoble ha fallado muy bien que el tribunal jamás interviene para autorizar, porque éste es un acto de jurisdicción voluntaria; únicamente en los casos determinados por la ley, el tribunal es llamado á homologar las deliberaciones del consejo. Cuando se trata de una sucesión, la ley exige la autorización del consejo de familia sin homologación. En punto á jurisdicción, todo es de orden público, por lo que el tribunal no puede substituirse al consejo (3).

Hay una dificultad más seria. El menor es llamado á una sucesión mobiliaria; hay dinero en la herencia, este dinero forma un capital, ¿el menor podrá percibirlo sin asistencia del curador? A nosotros nos parece que el texto decide la cuestión. El art. 482 dice que el menor no puede recibir y *dar descargo* de un capital mobiliario sin la asistencia de su curador. Luego no hay lugar á la intervención del curador sino cuando el menor debe dar descargo, lo que supone que el acreedor y el deudor están en presencia; ahora bien, en el caso de que se trata, no hay acreedor ni deudor.

1 Aubry y Rau, t. 1.º, p. 557, nota 9. En sentido contrario, Demante, t. 2.º, p. 322, núm. 253, *bis* VI.

2 Douai, 30 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 10).

3 Grenoble, 6 de Diciembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 839).