

rias sentencias (1). En primer lugar, hay que hacer á un lado el antiguo derecho porque está abrogado y el silencio del código no es suficiente para que se continúe siguiéndolo. Hay principios que deciden la cuestión.

El nombramiento de un consejo es una medida de orden público, establecida por interés de los incapaces, lo mismo que la tutela; por lo tanto, debe ser obligatorio, para que quede asegurada la protección con que la ley quiere rodear á los incapaces. ¿Cómo es que se quiere poner en la misma línea el mandato y el cargo de consejo judicial? En este último caso, la justicia es la que confiere la misión de asistir al incapaz; éste no es el mandante, si lo fuera revocaría inmediatamente el mandato. Si el oficio del consejo es un mandato, hay que decir que el mandatario puede siempre renunciar; de lo que resultaría que el incapaz no gozaría del apoyo que la ley ha querido darle; después de la dimisión del consejo, el pródigo se quedaría sin protector, y libre, en consecuencia, para disipar su patrimonio, ó al menos en la imposibilidad de ejecutar los actos que no puede celebrar sino con la asistencia de su consejo. Todo esto es inadmisibile. Luego hay que aplicar al consejo judicial lo que hemos dicho de la curatela del menor emancipado (núm. 211).

§ IV.—FUNCIONES DEL CONSEJO JUDICIAL.

351. La misión del consejo es asistir á la persona á la que se le nombró, en los actos determinados por los artículos 499 y 513. Así, pues, hay una capital diferencia entre el consejo de un pródigo ó de un débil de espíritu y el tutor de un incapacitado. El último representa al incapacitado en todos los actos civiles, de la misma manera que el tutor representa á su pupilo menor (art. 450). Mientras que

1 Rennes, 14 de Agosto de 1823 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 281); y Nancy, 25 de Diciembre de 1868 (Daloz, 1869, 2, 199).

el consejo no representa á la persona á la cual se le otorga; ésta continúa gobernando su persona y rigiendo sus bienes, únicamente para ciertos actos debe estar asistida de su consejo. En principio, el consejo judicial no obra. Si obrase, sería ó como mandatario, ó como agente de negocios; en consecuencia, aplicaríanse los principios que rigen el mandato y la gestión de negocios. El consejo debería rendir cuentas de su administración, y como en este caso habría oposición de intereses entre el consejo y el pródigo, el tribunal debería nombrar un consejo *ad hoc* al pródigo, sea á demanda del consejo, sea á la del pródigo (1).

La palabra *consejo* parece decir que la función del consejo consiste en dar una *opinión* en los casos en que el pródigo necesita de su asistencia. Tal es la opinión de Duranton: y esto es lo que pasa, dice él, al firmar el acta que la autoriza, anexa á la primera. Nosotros creemos que para determinar la misión del consejo, hay que atenerse á la palabra de que se sirve la ley para caracterizarla: su destino es *asistir* al pródigo ó á la persona débil de inteligencia (arts. 494, 513). Ahora bien, la asistencia implica el concurso en el acto: *asistir* quiere decir más que dar una opinión, ó autorizar, ó consentir; esta expresión marca que el que asiste está presente al acto jurídico ejecutado por el incapaz y que concurre á él. Siguese de aquí que un consentimiento dado por acta separada no es una asistencia, y según el rigor de los principios, habría que decir que el acto ejecutado por el pródigo autorizado de esa manera, es nulo, porque realmente no está asistido (2). Se sigue esta marcha en las instancias judiciales: el consejo procede juntamente con la persona á la cual se le nombró, sea demandando, sea defendiendo: el procedimiento en que el pródigo

1 Fallo del tribunal del Sena, de 14 de Abril de 1859, y del tribunal de Dijon, de 21 de Marzo de 1850 (Daloz, 1866, 5, 262).

2 Demolombe, t. 8º, núm. 752, Aubry y Rau, t. 1º, p. 568, y n. 7.

go figurase solo, sería nulo, así como aquel en que el consejo figurase sin el pródigo. Este último punto es evidente, porque el consejo no representa al pródigo, y éste es el que debe promover; pero como es incapaz de promover por sí mismo, si lo hiciera solo, el procedimiento sería nulo. Esto es muy lógico. Como lo dice la corte de Besançon, una autorización dada por el consejo no podría «hacer las veces de esa asistencia de un consejo que en los diversos incidentes que un pleito puede presentar debe proteger constantemente al pródigo» (1).

Lo mismo debería ser en los actos extrajudiciales. En efecto, la ley no distingue las diversas especies de actos; ella no crea dos asistencias, y ni siquiera se concibe que haya dos modos de asistencia, porque una expresión única no puede tener más que un solo y mismo sentido. Acabamos de decir que debería ser lo mismo, porque en la práctica no es así; un parecer y una autorización dadas por acto separado son suficientes. ¿Debe uno inclinarse ante la práctica como lo hace Demolombe? La costumbre no puede derogar la ley, y equivale á derogarla el substituir en los artículos 499 y 513 la palabra *asistir* por la palabra *autorizar* ó *consentir*. Una falsa interpretación no tiene fuerza de ley; en lugar de someterse á ella, se debe protestar, en nombre del respeto que á la ley se debe; aun cuando fuese universal la ley, habría que protestar con mayor fuerza. La jurisprudencia ha consagrado la práctica ¿pero qué importa? ¿Acaso los tribunales tienen el derecho de corregir la ley? Deben verse las razones que alegan las sentencias. La *asistencia*, se dice, es una *aprobación* que da el consejo al acto que él celebra; este fin se alcanza desde el momento

1 Toullier, t. 2º, núm. 1382. Demolombe, t. 8º, núm. 753. Sentencia de Besançon, de 11 de Enero de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 61).

en que el consejo da su parecer, aun cuando sea por acto separado (1).

Esto no es exacto; el parecer jamás substituye á la asistencia personal, porque en un negocio extrajudicial, tanto como en un litigio, se presentan muchos incidentes que quizás habrían modificado el parecer que el consejo ha dado en cierto modo de una manera abstracta. En vano se ingenian para establecer condiciones tales, que el parecer presente las mismas garantías que la asistencia. Se exige en primer lugar, que las cláusulas del acta se indiquen en la autorización que da el consejo (2) ¿Quién es el que no ve que si el consejo hubiese estado presente en el negocio, habría podido modificar esas cláusulas, en interés del pródigo? Luego el parecer no hace veces de asistencia. Y hasta hay algún acto para el cual el parecer sería una garantía irrisoria. El pródigo no puede recibir un capital mobiliario ni dar descargo de él sino con la asistencia de su consejo. ¿Se dirá que basta que el consejo autorice al pródigo para recibir el capital? Ciertamente que nó. Es verdad que el consejo podrá estipular que no se entregue el dinero al pródigo y que se haga de él tal ó cual aplicación. ¿Pero no es más seguro que el consejo vigile él mismo la recepción del capital así como su empleo?

Se agrega que la asistencia debe ser siempre especial, es decir, que el consejo debe dar su autorización para cada acto, y que no puede autorizar al pródigo para que celebre una serie de convenciones. Al atenderse al texto de la ley, ni siquiera podría suscitarse semejante cuestión: ¿se *asiste* para un acto futuro? La cuestión carece de sentido. No obstante, la corte de Paris la ha resuelto afirmativamente. Un

1 Bruselas, 27 de Enero de 1841 (Dalloz, en la palabra *interdicción* número 301).

2 Demolombe, t. 8º, p. 510, núm. 757. Aubry y Rau, t. 1º, p. 568, y nota 8.

pródigo, asistido de su consejo, celebra una sociedad en nombre colectivo; la sentencia decide que ninguna disposición de la ley es obstáculo para que una persona colocada bajo consejo celebre una sociedad de comercio, de cualquiera naturaleza que sea. La corte olvidaba la palabra *asistir* que se encuentra en los arts. 499 y 513. La sentencia fué casada por el motivo perentorio de que no corresponde al consejo «conferir al pródigo la capacidad de contraer solo, en virtud de una autorización general, previa é indeterminada, compromisos indiferentes» (1). Si nos atenemos al sentido propio de la palabra *asistir*, esto no puede dar el menor viso de duda. Esto prueba que la más segura vía para el intérprete es respetar el texto.

¿Debe inferirse de aquí que el pródigo no puede dedicarse al comercio, ni aun con la asistencia de su consejo? En teoría, se debe contestar que lo puede, con la condición de hallarse asistido en cada acto por su consejo. Esta asistencia se concibe para actos aislados pero se concibe que el consejo asista diariamente y á cada instante del día al pródigo concerniente? Hay en esto una imposibilidad material que impide que el pródigo use del derecho que incontestablemente le pertenece de comerciar (2).

352. El consejo no puede asistir al pródigo si tiene un interés personal en el acto al cual da su aprobación. No es necesario que el acto se haga directamente en su provecho; el consejo sería incompetente, aun cuando el interés no se originase sino á causa del acto que él ha aprobado. La corte de casación lo ha fallado de este modo en un caso notable. Un pródigo, asistido de su consejo, vende un inmueble por un precio irrisorio; seis meses después, el adquirente otorga una hipoteca sobre el inmueble al consejo. La corte

1 Sentencia de casación, de 3 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851, 1, 421).

2 Massé, "Derecho comercial," t. 3º, núm. 152.

de París decidió que el consejo tenía desde el día de la venta un interés personal en que ésta se verificase; en efecto, todo lo que se había contratado en el momento de la venta probaba que el contrato era obra de la simulación y del fraude (1).

Cuando un acto en que está interesado el consejo se hace de buena fe, hay lugar para nombrar un consejo *ad hoc*. El tutor es nombrado consejo judicial de su pupilo ¿á quién debe él rendir cuentas? Al menor que ha llegado á la mayor edad. Pero éste debe estar asistido de su consejo, luego necesita un consejo *ad hoc*. El subrogado tutor no puede intervenir, supuesto que, á la mayor edad del pupilo, ya no hay tutela ni subrogada tutela (2).

353. ¿El consejo puede obrar solo, en nombre del pródigo y para resguardar sus intereses? Hé aquí aun una cuestión que no tiene sentido, si nos atenemos al texto de la ley. ¿Qué dice ésta? Que el pródigo no puede ejecutar tales y cuales actos sin hallarse asistido de su consejo. Luego el pródigo es el que habla en el contrato; el consejo no tiene ninguna iniciativa, no interviene sino cuando el pródigo reclama su asistencia; si éste no quiere promover, no puede tratarse entonces de asistirlo. El buen sentido lo dice, tanto como la ley. Se objeta que la inacción puede comprometer los intereses del pródigo, que la ley no alcanzaria, por lo tanto, el objeto que tuvo al darle un consejo, si su negativa para promover paralizase la acción del consejo. La objeción implica una falsa idea de la institución del consejo judicial; éste no tiene por objeto preservar al pródigo de todo perjuicio; si tal hubiese sido el fin del legislador, habria debido incapacitarlo; mientras que al

1 Massé, *Derecho comercial*, t. 3º, núm. 152.

2 Fallo del tribunal de Chardon, sobre el Saona, de 5 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1866, 5, 161).

contrario, le deja la gestión de su patrimonio. Así, pues, al pródigo incumbe proceder ó no proceder; el consejo se saldría de su papel si en lugar de aprobar obrase. La corte de casación así lo ha fallado desde el año de 1806 (1), y en verdad que admira ver reproducirse este debate ante los tribunales, cuando la sola cuestión de saber si el consejo puede promover sin el pródigo, sin que él lo sepa y á su pesar, es una herejía jurídica. Los consejos, lo confesamos, están animados de las mejores intenciones; se creen obligados á obrar para impedir la ruina del pródigo. Si ha de decirse la verdad, no es esa su misión, y no se comprende que la corte de París haya podido decir que la ley que ha dado al pródigo un consejo judicial para preservar lo de su ruina, no llenaría su objeto si el consejo no pudiese obrar solo en la defensa de los intereses de su *pupilo* (2). ¡Qué confusión de ideas! ¡La corte pone al pródigo en la misma línea que al menor! Es necesario contestar, como por otra parte lo ha hecho la corte de París en otra sentencia, que el consejo no está encargado de administrar la persona y los bienes del pródigo, como los tutores lo están respecto á los menores y á los incapacitados; que su única misión es la de asistirles en ciertos actos determinados por la ley (3).

Siguesé de aquí que el consejo judicial no puede representar al pródigo judicialmente, ni aún para demandar la nulidad de los actos que el pródigo hubiese hecho sin su asistencia (4). La consecuencia es tan evidente, que cree-

1 Sentencia de casación, de 20 de Mayo de 1806 (Daloz, en la palabra *leyes*, número 241).

2 París, 26 de Junio de 1838 (Daloz, en la palabra *interdicción*, número 303, 1^o).

3 París, 13 de Febrero de 1841 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 302, 2^o); y de 1^o de Mayo de 1852 (Daloz, 1853, 2, 80).

4 Valette, *Explicación del libro I*, p. 388. Demolombe, t. 8^o, números 763-766. Aubry y Rau, t. 1^o, p. 567, nota 4.

mos inútil insistir. ¿Débese también aplicar el principio á los litigios en los cuáles figuran el pródigo y su consejo, en el sentido de que el consejo no tiene el derecho de ejecutar ningun acto sin el pródigo? Esta es nuestra opinión, pero la jurisprudencia es contraria. Se ha fallado y se enseña que si al consejo se le hace figurar en la causa, él puede usar de los medios de defensa y de recursos que todo litigante tiene el derecho de emplear en una instancia en que figura (1). Así es que el consejo podrá formular la fijación de los sellos é interponer apelación, si el pródigo es rebelde y no promueve. Se dice que el consejo, citado juntamente con el pródigo, se vuelve parte en el litigio, y que el pródigo por su inacción no puede privar al consejo de un derecho que le corresponde en su calidad de parte (2). Creemos que en este punto se halla el error. Si fuere litigante, el consejo sería condenado ó ganaría la causa, lo que ciertamente no puede sostenerse. En realidad, él no figura en la causa como parte, como tampoco es parte en un acto de venta que suscribe como consejo; á título de consejo es como él figura en el litigio, pero como tal no hace más que asistir; no promueve, luego debe asistir al pródigo, si éste formula oposición ó apelación; pero no puede hacer esto en nombre propio, porque jamás puede figurar solo en un acto jurídico, porque su calidad de *asistente* implica que el aprueba lo que hace el incapaz á quien está llamado á proteger. En vano se dirá que esta será una protección insuficiente. Tal es la ley, y debe aceptarse y observarse hasta que el legislador la modifique. Los tribunales hacen realmente la ley cuando deciden que el consejo puede presentar la defensa del pródigo, á pesar de és-

1 Demolombe, t. 8^o, p. 516, núm. 764.

2 Sentencias de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1841, y de 27 de Diciembre de 1843 (Daloz, en la palabra *interdicción*, número 303, 2^o, y 3^o).

te (1). Asistir á quien no quiere ser asistido, no puede pedirse ya que es asistir: éste es un sistema nuevo, más eficaz que el del código Napoleón, pero que por esto mismo, sólo del legislador puede emanar.

Se ha fallado, en el sentido de la opinión que estamos sosteniendo, que el consejo no puede hacer siquiera los actos conservatorios á nombre del pródigo. Tal sería el inventario de una sucesión que correspondiese al pródigo; más adelante veremos si puede aceptarla sin estar asistido. Desde el momento en que la sucesión es válidamente aceptada corresponde al pródigo solo proceder á la conservación de sus derechos; el consejo ninguna calidad tiene para intervenir (2). Sin duda que de esto resultará que perecerán sus derechos. Pero lo repetimos, el nombramiento de un consejo judicial no tiene por objeto poner al pródigo al abrigo de todo perjuicio. Sigue siendo capaz, y debe, por lo tanto, soportar las consecuencias de la capacidad; no hay derecho sin responsabilidad.

354. Si el consejo judicial se rehusa á asistir al pródigo ó al débil de inteligencia ¿puede el tribunal otorgar la autorización de celebrar el acto que el consejo no quiere aprobar? Hay autores que conceden este poder al juez (3). Este es un error condenado por la jurisprudencia; se desprende siempre de la falsa noción que se ha hecho de la asistencia del consejo. No es una simple autorización, sino un concurso en el acto; y ¿se concibe que el tribunal figure en un acto para cubrir la incapacidad de aquél que en él habla? Aun cuando se asimilase la asistencia del consejo á la autorización que el marido debe dar á su mujer, no se podría inferir por analogía que el tribunal puede autorizar al

1 Orleans, 15 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 56).

2 Douai, 20 de Junio de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 50).

3 Magnin, *Tratado de las minorías*, t. 1º, núm. 900. Chardon, *Potestad tutelar*, número 278.

pródigo, como puede autorizar á la mujer casada. La corte de Orléans dice muy bien que en materia de incapacidad todo es de rigor, porque se trata de leyes concernientes al orden público. Jamás hay semejanza completa en esta materia: una cosa es la razón de la incapacidad que invalida á la mujer casada, y otra es la incapacidad del pródigo ó del débil de inteligencia; y defiriendo las incapacidades, los principios que las rigen deben también diferir (1).

¿Quiere decir esto, que no haya ningún recurso contra la denegación del consejo? Esta repulsa puede ser abusiva y perjudicial al pródigo. ¿Puede la protección recaer contra aquél á quien la ley quiere proteger? Ciertamente que nó; pero la dificultad consiste en saber cuál vía debe seguir el pródigo. Es de jurisprudencia que el pródigo debe dirigirse al tribunal y pedir el nombramiento de un consejo *ad hoc*, ó la revocación del consejo y el nombramiento de uno nuevo (2). Y teniendo el tribunal el derecho de nombrar el consejo, dice la corte de casación, tiene por esto mismo el poder de revocarlo, cuando el consejo se rehusa, sin motivos legítimos, á asistir al pródigo; y si el juez puede pronunciar la revocación absoluta, puede, por la misma razón, nombrar un consejo especial para un objeto particular, que el primer consejo no habría examinado con bastante detenimiento. Hay alguna duda. El derecho de nombramiento, en materia de estado, no implica, de pleno derecho, el poder de revocación; el consejo de familia nombra al tutor, y no puede revocarlo sino por las causas determinadas por la ley; no lo puede para todo perjuicio que el tutor cause á su pupilo no procediendo cuando debería

1 Orleans, 15 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 138. Besançon, 11 de Enero de 1852 (Dalloz, 1851, 2, 61).

2 Véanse las sentencias precitadas de Besançon, y de Orleans, y sentencia de denegada apelación, de 22 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 268). Demolombe aprueba esta jurisprudencia (t. 8º, número 762); así como Aubry y Rau, t. 1º, p. 568.

proceder; el menor tiene, en este caso, la acción de daños y perjuicios.

¿No podría decirse que no habiendo dado el código al tribunal el derecho de revocar el consejo, este derecho no le corresponde, y que el único recurso que el pródigo tenga por el capítulo de inacción de su consejo, es una acción de responsabilidad? ¿No equivale á hacer la ley decidir que el tribunal puede destituir al consejo en tal caso, y que no puede hacerlo en tal otro? En definitiva, hay vacío, y no incumbe al intérprete llenarlo. No hay más que un caso en el cual habría lugar á nombrar un nuevo consejo, y es cuando el primero rehusa su asistencia para todo género de actos; esto equivaldría, en realidad, á una dimisión, en la forma de repulsa, y no pudiendo el tribunal forzar al consejo á que asista, si no quiere, no quedaría más vía que substituirlo: esto no sería una revocación, sino una substitución á causa de una dimisión indirecta.

355. ¿Es responsable el consejo judicial? Nosotros lo hemos supuesto, pero los autores no están de acuerdo. Toullier dice que el consejo, no teniendo administración, no es responsable de nada, únicamente debe dar parecer; ahora bien, es de principio que el que da un consejo no fraudulento no incurre en ninguna responsabilidad (1). Este es aún uno de esos viejos adagios que se pueden invocar á diestra y siniestra. Sin duda que, si no estoy obligado á dar un consejo no puedo ser responsable de las advertencias que tengo voluntad de hacer, y que el que las recibe es libre para no seguir. ¿Pero es ésta la posición del consejo judicial? ¿Se limita á aconsejar al pródigo? ¿y éste es libre para no seguir el consejo que se le da? Si el consejo rehusa su asistencia, el acto se hace imposible, ó por lo

1 "Consilii non fraudulenti nulla est obligatio" (Toullier, t. 2º, número 1377).

ménos se retarda y el pródigo puede experimentar un daño más ó menos considerable. Si él asiste al pródigo, cuando hubiera debido rehusar su concurso, el perjuicio puede ser mayor; el consejo ayudará á arruinarse á aquél á quien habría debido proteger. ¡Y se dirá todavía que no incurre en ninguna responsabilidad! Demolombé pretende que ésta será cuestión de hecho y de apreciación (1). Nó; la responsabilidad suscita, antes que todo, una cuestión de derecho: ¿es responsable el consejo como madatario? ¿lo es como el tutor? ¿lo es en virtud de su cuasi-delito, por aplicación de los arts. 1382 y 1383? Nosotros hemos examinado estas cuestiones respecto al curador del menor emancipado (núm. 194); los principios son los mismos. El consejo asiste, lo mismo que el curador asiste. Si el curador es responsable, como lo creemos, el consejo lo es también y por idénticas razones. Remitimos á lo que hemos dicho en el título de la *Emancipación*.

SECCION III.—De los efectos del nombramiento del consejo.

§ I.—DE LOS EFECTOS EN LO QUE CONCIERNE A LOS ESPOSOS.

356. Si la mujer se halla colocada bajo consejo judicial, este nombramiento no tiene ningún efecto sobre el matrimonio y sobre los derechos que resultan para el marido. Ya dejamos dicho que así es cuando la mujer es incapacitada (301); con mayor razón, el nombramiento de un consejo deja subsistir el matrimonio y todos los efectos que de él resultan. La aplicación del principio no sufre ninguna dificultad, cuando el marido es consejo de su mujer. El régimen bajo el cual los cónyuges estaban casados continúa; si dicho régimen da derechos á la mujer, ella los

1 Demolombe, t. 8º, p. 528, núm. 779.