

ejercita, con la asistencia de su marido, cuando se trata de actos que ella habría podido ejecutar sola, y con la autorización y la asistencia, en cuanto á los otros; por mejor decir, la asistencia absorberá la autorización. Hay casos en que la autorización puede ser general, por ejemplo, cuando la mujer se consagra al comercio (art. 220), mientras que la asistencia es siempre especial.

Si el marido no ha sido nombrado consejo de la mujer, conserva, no obstante, la potestad marital (1). Esta mujer bajo potestad necesitará la autorización de su marido para todos los actos judiciales que ella celebre: y además de la asistencia de su consejo para los actos que ella no puede ejecutar sin estar asistida. En este caso podría haber conflicto entre el marido y el consejo. Si el marido rehusa su autorización cuando el consejo quiere prestar su asistencia, la mujer deberá dirigirse á la justicia. Si el marido autoriza á su mujer y el consejo no quiere asistirle, la mujer deberá acudir entonces al tribunal, según la común opinión. Conforme á la nuestra, el acto no podría ejecutarse (núm. 354).

357. Si el marido está colocado bajo consejo, conserva, no obstante, la patria potestad y la marital: El principio no es dudoso, porque el nombramiento de un consejo no quita al marido el ejercicio de sus derechos civiles, únicamente lo sujeta á la asistencia del consejo para ciertos actos. Así es que el marido continuará administrando la comunidad, lo mismo que los bienes propios de la mujer. Si administrase mal, sea con motivo de su prodigalidad, sea con motivo de su debilidad de inteligencia, la mujer no tendrá más que una vía legal para resguardar sus intereses, y ésta será la de pedir la separación de bienes.

El marido que conserva la potestad marital, podrá autorizar á su mujer para los actos que él tiene el derecho de

1 París, 13 de Noviembre de 1863 (Daloz, 1863, 5, 217).

hacer. Cuando se trate de actos para los cuales él mismo necesita de la asistencia de su consejo, no podrá asistir á su mujer. ¿Cómo deberá proceder la mujer en este caso? La cuestión es debatida, y nosotros ya la examinamos en el título del *Matrimonio* (1). Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que el marido no puede, ni aun con la asistencia de su consejo, autorizar á su mujer para que se dedique al comercio. En efecto, el que está provisto de un consejo judicial no puede ser autorizado por su consejo para comerciar, siendo tal autorización general é indefinida, mientras que la asistencia es especial por propia naturaleza; no pudiendo el marido dedicarse al comercio, no puede, por la misma razón, autorizar á su mujer para que se haga comerciante, supuesto que él no puede autorizar á su mujer para que ejecute lo que él mismo no puede ejecutar (2).

§ II.—DE LA INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS PROVISTAS DE UN CONSEJO.

Núm. 1. Principios generales.

358. El Tribunado dice, en sus observaciones sobre el título de la *Interdicción*, que el incapacitado debe asimilarse á un menor no emancipado, y que aquél á quien se da un consejo judicial debe compararse á un menor emancipado (3). Hay, en efecto, alguna analogía entre los menores emancipados y las personas provistas de un consejo. Unos y otros administran libremente su patrimonio, salvo algunas restricciones; unos y otros son incapaces para verificar actos de disposición. Pero las diferencias son mayores que las analogías. El principio mismo de donde dimana la incapacidad de los menores y la incapacidad de los pró-

1 Véase el tomo 3º de estos principios, núm. 132.

2 París, 13 de Noviembre de 1866 (Daloz, 1866, 2, 245).

3 Observaciones del Tribunado, núm. 7 (Loché, t. 3º, p. 467).

digos y débiles de espíritu, es diferente. Estos últimos eran capaces antes del fallo que les nombra un consejo, y permanecen capaces, con excepción de algunos actos para los cuales deben estar asistidos de un consejo. Los menores emancipados, al contrario, son incapaces; desde el momento en que deban ejecutar un acto que salga de los límites de la pura administración, la ley los asimila á los menores no emancipados; la asistencia del curador ya no les es suficiente, y necesitan la autorización del consejo de familia, la homologación del tribunal: mientras que la familia y el tribunal jamás intervienen cuando se trata de un pródigo ó de un pobre de espíritu; por esto es que no figuran entre los incapaces (art. 1124). Algunas veces la ley reconoce á los menores emancipados una capacidad más extensa que á las personas provistas de un consejo. Esto no es una contradicción. Los primeros gozan de su razón; lo que les falta es la experiencia de los negocios. No sucede lo mismo con los pródigos y pobres de espíritu; sus facultades morales é intelectuales están más ó menos alteradas. Se concibe que haya tales y cuales actos, los cuales el legislador puede permitir á unos y vedar á otros.

Siguese de aquí una consecuencia muy importante para la interpretación del código civil, en lo que concierne al consejo judicial. No hay más que dos artículos en el capítulo III: ¿se pueden colmar los vacíos aplicando por analogía lo que el código dice de la emancipación? Demante asimila enteramente al curador con el consejo judicial, y coloca á las personas provistas de un consejo entre los incapaces con los menores emancipados (1). Debe rechazarse este principio, según lo que dejamos dicho. Es suficiente ver la clasificación del código civil para convencerse de ello.

1 Demante, t. 2º, p. 356, núm. 285 bis 2º. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º, p. 570, nota 2.

El código no habla del consejo judicial en el título de la *Minoría*, sino que trata de él en el título de la *Mayoría*; así es que el art. 1125 que enumera á las personas incapaces no comprende á los pródigos y á los débiles de espíritu entre los que declara incapaces de contratar. Luego hay que buscar otro principio de interpretación. Emmercy, el orador del gobierno, uno de los buenos ingenios del consejo de Estado, nos lo da: «Aquellos, dice él, á quienes se nombra un consejo no son incapaces de los actos de la vida civil. Ellos no pueden obligarse contratando en los casos previstos, sin la asistencia de su consejo; pero en general, están hábiles para contratar» (1). Esto equivale á decir que para ellos la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. Luego debe verse cuáles son los límites de la excepción, es decir, cuáles son los actos que la ley veda á los pródigos y á los débiles de entendimiento, sin la asistencia del consejo.

Los arts. 499 y 513 enumeran los actos que los tribunales pueden prohibir á los pródigos y á los pobres de espíritu. Ciertamente es que tal enumeración es restrictiva, en el sentido de que el juez no puede extender la incapacidad á actos no previstos por la ley; en efecto, se trata de restringir la capacidad de los mayores; es decir, de una derogación del derecho común, de una modificación en el estado de las personas: á todos estos títulos, los arts. 499 y 513 consagran una excepción que es de la más rigurosa interpretación (2). ¿Pero no podrían los tribunales limitar la incapacidad, no prohibiendo á los pródigos y á los débiles de inteligencia sino algunos de los actos previstos por la ley? Todos los autores enseñan la negativa (3). Ellos invo-

1 Emmercy, Exposición de motivos, núm. 7 (Loché, t. 3º p. 472).

2 Durantou, t. 3º, p. 725, núm. 799.

3 Aubry y Rau, t. 1º, p. 569, nota 1, y los autores allí citados.

can el principio que acabamos de asentar, porque se trata de modificar el estado de las personas y la capacidad que de él resulta; ahora bien, esta modificación no puede hacerse sino en virtud de la ley, y por lo tanto, dentro de los límites que ella ha fijado.

Creemos que el argumento no es decisivo. Sin duda que nada puede hacerse sino en virtud de la ley, cuando están en juego el estado y la capacidad. Pero ¿acaso dice la ley que los tribunales, cuando fallan el nombramiento de un consejo necesario, deben prohibir todos los actos que ella enumera? Nó; únicamente dice que puede prohibirse á los pródigos y á los débiles de espíritu que litiguen, transijan, pidan prestado, reciban un capital mobiliario y dén descargos de él, enagenen ó graven con hipotecas sus bienes, sin la asistencia de un consejo que les nombre el tribunal. El texto no impone la obligación de prohibir todos estos actos, y menos todavía el espíritu de la ley: el estado de las personas no se halla interesado en que se pronuncien todas estas incapacidades; todo lo que exige la protección que la ley quiere asegurar á los incapaces, es que su incapacidad legal esté proporcionada con su incapacidad natural. ¿Acaso la debilidad de ánimo no tiene infinitos grados? ¿por qué aplicar una regla uniforme en un punto en que hay tanta variedad? Y además, ¿no debe distinguirse, como hemos dicho, entre el débil de espíritu y el prodigo? La ley ha hecho mal en ponerlos en la misma línea (núm. 373). Si se admitiese la opinión que proponemos, los tribunales podrían, en cierta medida, corregir lo que hay de demasiado absoluto en esta asimilación. No obstante, no proponemos esta opinión sino con vacilación; en la práctica, no carecerían de inconvenientes las diferentes incapacidades para las diversas personas colocadas bajo consejo; los terceros, al tratar con ellas, deberían siempre hacerse representar el

fallo que nombró el consejo, mientras que según la opinión general no necesitan más que consultar la ley.

359. ¿A contar desde qué momento existe la incapacidad de las personas provistas de un consejo? El art. 502 establece que el nombramiento de un consejo surte su efecto desde el día del fallo, lo mismo que la interdicción. Luego hay que aplicar aquí lo que hemos dicho al tratar de la interdicción (núms. 283 y 306). La apelación en esta materia no es suspensiva, en el sentido de que si se confirma el fallo, la incapacidad datará, no desde la sentencia, sino desde el juicio (1). También se ha fallado que si el consejo es nombrado por sentencia en rebeldía, el nombramiento surte efecto, no á contar del segundo fallo que deniega la demanda al oponente, sino desde el fallo en rebeldía cuya ejecución ordena y confirma el de denegación (2).

El fallo que nombra un consejo judicial debe publicarse lo mismo que el que pronuncia la interdicción. ¿Se prescriben estas formalidades bajo pena de nulidad? Nosotros hemos examinado la cuestión al tratar de la interdicción (núm. 283). Se ha fallado, conforme á la opinión que hemos enseñado, que el nombramiento del consejo tenia efecto respecto á terceros, aun cuando no tuviese lugar la publicidad prescrita por la ley; salvo que los terceros reclamen daños y perjuicios contra los que tienen á su cargo cumplir las formalidades (3).

Aplicase también al fallo que nombra un consejo el principio que rige las decisiones judiciales concernientes al estado de las personas. El fallo surte efecto respecto á terceros, sin que estos puedan oponer la excepción de cosa juzgada, ni oponer tercería. La persona á la cual se nombra un consejo es la única parte interesada en el litigio; lo que

1 Angers, 3 de Agosto de 1866, (Dalloz, 1867, 2, 23).

2 Sentencia de 6 de Julio de 1868, (Dalloz, 1869, 1, 267).

3 Rennes, 12 de Mayo de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 262).

á su respecto se falla, se falla respecto á todos (1). Por esto no debe publicarse el fallo, sino en la jurisdicción del tribunal que lo pronunció; el fallo tiene efecto en todas partes, sin publicidad ninguna, porque modifica el estado de las personas, y una vez que éste se comprueba ó modifica por un fallo, existe respecto á la sociedad entera (2); y hasta sigue á la persona provista de un consejo, al extranjero, por aplicación del principio que rige el estatuto personal.

Núm. 2. De los actos prohibidos á las personas provistas de un consejo.

I. Litigar.

360. Los arts. 499 y 513 establecen que el tribunal puede prohibir á los débiles de espíritu y á los pródigos que litiguen sin la asistencia de su consejo. Siguese de aquí que el consejo es *parte* necesaria para contestar á las acciones intentadas contra el pródigo ó el débil de espíritu, como para asistirlos en las que ellos intentan; él debe, en consecuencia, figurar como *parte* en la citación. Tal es la jurisprudencia de la corte de casación (3). ¿No es esto excederse de las exigencias de la ley? Sin duda que el consejo debe *asistir*, es decir, estar presente en la audiencia, aprobar lo que hace la persona á la cual se le nombró; pero ninguna disposición de la ley exige que los actores intenten las diligencias contra el consejo judicial. (4). Todo lo que puede decirse, es que la asistencia queda probada cuando

1 Ronen, 5 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1854, 2, 123).

2 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Julio de 1868 (Daloz, 1869, 1, 267).

3 Sentencia de denegada apelación de 8 de Diciembre de 1841 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 303, 2^o Chardon, *Potestad tutelar*, núms. 279 y siguientes).

4 Bruselas, 18 de Enero de 1827 (*Pasicrisia*, 1827 p. 26).

el consejo figura en los actos de procedimiento; pero aun cuando figure, no es como *parte*, sino como consejo. Por esto se ha fallado que el procedimiento no es nulo por el hecho solo de que el consejo no ha estado presente á la instancia; para aprobar todo lo que hace el pródigo cuando ha comenzado y que basta que intervenga en el curso de ella, lo que no se concebiría si el consejo fuere realmente parte en el litigio (1).

361. Los términos de la ley son absolutos, de elio resulta que el pródigo y el débil de espíritu jamás pueden comparecer judicialmente sin asistencia de su consejo; no hay que distinguir entre la defensa y la demanda (2), entre las acciones mobiliarias y las inmobiliarias. En este punto vemos ya una diferencia entre el menor emancipado y el pródigo; el uno puede intentar acciones mobiliarias (número 220), y el otro nó. Este rigor se concibe para aquél que es débil de espíritu, y no tiene razón de ser para el pródigo, porque intentar una acción ó contestarla no es un acto de prodigalidad.

Los tribunales aplican la ley con rigor. Aun cuando se trate de un acto que el pródigo tenga derecho de ejecutar, si este acto da lugar á una instancia judicial, aquél necesita de la asistencia de su consejo. El pródigo puede casarse; pero si se hace oposición á su matrimonio, él no puede pedir el levantamiento sin estar asistido. La corte que así lo falló confiesa que la asistencia no tiene razón de ser en este caso, y que coarta la libertad al pródigo; si la ley quiere que esté asistido de su consejo para litigar, es para garantizarlo de su debilidad; pero el pródigo conserva la libertad de su persona, y el levantamiento de la oposición que se hace á su matrimonio nada tiene de común con la tendencia que tie-

1 París, 12 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 5, 186).

2 Bruselas, 26 de Mayo de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 248).

ne á la disipación. Para todas estas razones, hay una respuesta perentoria que dar, y es el texto absoluto de la ley (1). Lo mismo sucede con las demás acciones concernientes á la persona del pródigo. En un pleito sobre separación de cuerpo ó sobre divorcio, debe estar asistido, hasta para interponer apelación, por más que no haya ninguna relación entre esta acción y la prodigalidad (2). Con mayor razón esto es así en los litigios que conciernen al patrimonio del pródigo. El, á la verdad, puede ejecutar todos los actos conservatorios, supuesto que este es un derecho que pertenece á todo incapaz; pero cuando, para el ejercicio de este derecho, entabla una instancia judicial, debe estar asistido por su consejo. Así es que el pródigo puede entablar oposición á un mandamiento, pero debe tener la asistencia de su consejo para comparecer judicialmente á causa de dicha oposición (3).

La corte de casación admite una excepción á la prohibición de litigar establecida por los artículos 499 y 513. Ella ha decidido que la asistencia del consejo no era necesaria para contestar á una demanda de interdicción, y especialmente para interponer apelación del fallo que pronuncia la interdicción. La acción de interdicción, dice la sentencia, se formula sobre todo por interés del demandado, en vista de asegurarle una protección más eficaz que la que resulta del nombramiento de un consejo; la ley, por otra parte, ha establecido garantías especiales en favor del demandado, el parecer de la familia, el interrogatorio ante el tribunal, la vigilancia del ministerio público; estas garantías reemplazan y hacen superflua la asistencia del consejo (4). Estas

1 Tolosa, 2 de Diciembre de 1839 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 292, 1°); Besançon, 11 de Enero de 1851 (Daloz, 1851, 2, 61).

2 Limoges, 2 de Junio de 1856 (Daloz, 1857, 2, 26).

3 Montpellier, 1° de Julio de 1840 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 296).

4 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Marzo de 1858 (Da-

razones serían excelentes para justificar una excepción; pero incumbe al juez establecer ésta? La negativa nos parece evidente. Podrían alegarse razones igualmente fuertes para hacer una excepción á la prohibición de litigar, cuando se trata de la separación de cuerpo ó de la oposición al matrimonio: la jurisprudencia rechaza, no obstante, dicha excepción, por una razón que es decisiva, el texto absoluto de la ley. Se debe mantener este principio, porque de lo contrario se abre la puerta á las más arbitrarias interpretaciones.

362. La prohibición de litigar acarrea la de consentir sin la asistencia del consejo. Consentir en una demanda ó en un fallo, es renunciar á defenderse; y si el pródigo necesita la asistencia de su consejo para comparecer en juicio, necesita de esta misma asistencia para poner término al pleito. Por la misma razón, él no puede desistirse. Esto es de jurisprudencia (1). Las sentencias que deciden que el pródigo no puede consentir ni desistirse, se fundan en que él no puede transar; este motivo no es válido, porque ni el consentimiento ni el desistimiento son una transacción, como en más de una ocasión lo hemos hecho notar (2). Más bien hay que partir del principio de que el pródigo, como no puede comparecer en juicio, no puede por lo mismo ejecutar ningún acto concerniente al litigio intentado sin la asistencia de su consejo.

Este principio se aplica también á las vías de recurso,

leoz, 1858, 1, 121). Aubry y Rau aprueban esta decisión (t. 1°, p. 570 y nota 6).

1 Respecto al consentimiento, véanse sentencias de Rennes, de 26 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1868, 2, 174), y de casación, de 6 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1867, 1, 481). Respecto al desistimiento, véase sentencia de Bruselas, de 27 de Noviembre de 1823 (Daloz, en la palabra *desistimiento*, núm. 21, y *Pasicrisia*, 1823, p. 541).

2 Véase este tomo, núms. 85 y 86.

oposición, apelación y demanda de casación (1). ¿Pero la prohibición es absoluta, de suerte que esos recursos serían nulos por el hecho solo de que se hubiesen verificado sin asistencia? Creemos que á los recursos se debe aplicar lo que hemos dicho de la acción. Si la intervención del consejo durante el curso de la instancia es suficiente para darle validez, por la misma razón la oposición, la apelación ó el recurso de casación serán validados si el consejo asiste al pródigo en la instancia que se entabla sobre la oposición, la apelación ó el recurso de casación. Conforme al rigor de los principios, habría que decir que la instancia introducida sin la asistencia del consejo es nula, puesto que el pródigo no puede litigar solo; pero la nulidad se cubre por la asistencia que el consejo le presta después de formulado el recurso ó la acción. Puede aplicarse aquí, por analogía, lo que hemos dicho de la autorización marital (2). Queda en pie una dificultad. El pródigo intenta una acción sin estar asistido. El demandado puede oponerle una excepción. ¿Pero la acción se considerará como nula, en este caso? No, porque el pródigo tiene calidad para proceder, supuesto que él, y únicamente él es parte en la causa. Una simple excepción es la que le opone el demandado. Lo mismo pasa con la apelación. Esta decisión se funda también en la razón. Muchas veces proceder judicialmente es un acto conservatorio; esto es cierto sobre todo de la apelación. Ahora bien, puede suceder que el consejo esté ausente, impedido ó que rehuse su concurso, y puede ser que la denegación no esté fundada. Es necesario que el pródigo tenga la facultad, en estos casos, de entablar apelación para la conservación de

1 Sentencias de Bourges, de 28 de Enero de 1852, y de la corte de casación, de 13 de Febrero de 1844 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 292, 2.º) Bruselas, 24 de Diciembre de 1851 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 292, 5.º, y *Pasierisia*, 1852, 2, 250).

2 Véase el t. 3.º de estos *Principios*, núm. 103.

sus derechos. La cuestión ha sido resuelta en este sentido por la corte de Poitiers (1)

II. *Transigir.*

363. Está prohibido que transijan las personas provistas de un consejo (arts. 499 y 513). La prohibición es absoluta. El pródigo puede recibir sus rentas y disponer de ellas, pero no le es permitido que transija respecto á ellas. Este es un acto que la ley veda á todos los que no tienen plena capacidad para disponer. El menor emancipado no puede transigir, por más que se le reconozca el derecho de disponer (núm. 235); con mayor razón la ley debería prohibir al pródigo que transigiéese, supuesto que le impone una incapacidad absoluta para enagenar.

La prohibición de transigir trae consigo la de comprometer. Conforme al art. 1003 del código de procedimientos, toda clase de personas pueden comprometer sobre los derechos de que disponen libremente; ahora bien, las personas puestas en consejo no tienen la libre disposición de sus derechos, supuesto que la ley les prohíbe que transijan. Además, el compromiso se considera por la ley como un acto más peligroso que la transacción; el artículo 1989 dice que el poder de transigir no implica el de comprometer. Esto decide la cuestión (2).

III. *Enagenar.*

364. La ley prohíbe á los débiles de inteligencia y á los pródigos que *enagenen* sin estar asistidos de su consejo. ¿Qué extensión tiene esta prohibición? Hay acerca de este punto, grande incertidumbre en la doctrina. Se pregunta, en primer lugar, si los arts. 499 y 513 se aplican á los

1 Poitiers, sentencia de 7 de Agosto de 1867 (Daloz, 1869, 1, 269).

2 Aubry y Rau, t. 1.º, p. 570 y nota 7.

muebles tanto como á los inmuebles. El texto, á nuestro parecer, decide la cuestión. Habitualmente se comparan los pródigos y los débiles de espíritu con los menores incapacitados; pues bien, confrontemos las disposiciones del código civil que les son concernientes. El art. 482 comienza por decir que el menor emancipado no puede recibir y dar descargo de un capital mobiliario; los arts. 499 y 513 reproducen esa prohibición. Además, el art. 484 agrega que el menor no puede vender ni enagenar sus *inmuebles*, mientras que los arts. 499 y 513 disponen en términos absolutos que á los pródigos y débiles de espíritu les está prohibido *enagenar*. La prohibición es absoluta para las enagenaciones como para el derecho de transigir y de litigar; si se rechaza toda distinción cuando se trata de litigar y de transigir ¿con qué derecho se hace distinción en lo que concierne á la enagenación? Se pretende que la limitación resulta de las frases: *ni gravar sus bienes con hipotecas*, que siguen inmediatamente á la palabra *enagenar*; lo que implica, dicese, que sólo se trata de la enagenación de los inmuebles (1). La interpretación es muy aventurada y no podría aplicarse sino cuando hubiese razones para distinguir entre los muebles y los inmuebles. Ciertamente es que es de tradición, en derecho francés, dar una importancia menor á los muebles que á los inmuebles. Pero en los casos de prodigalidad y de debilidad de espíritu, no se trata de saber hasta dónde llegan los poderes de un administrador; la cuestión es muy diversa. Para el débil de espíritu, se trata de saber si tiene la inteligencia necesaria para enagenar; ahora bien, la ley no le reconoce esta inteligencia para los inmuebles, por asentimiento de todos: ¿acaso se necesita menos inteligencia para vender muebles?

1 Demolombe, t. 8º p. 493, núm. 729; Ducanroy, t. 1º p. 530, número 741.

En cuanto al pródigo, la distinción que se establece entre los muebles y los inmuebles está en abierta oposición con el fin que el legislador se ha propuesto, prohibiéndole que enagene; ella quiere impedir que se arruine; permitirle enagenar, es permitirle que se arruine cuando su fortuna es mobiliaria. Esto es decisivo (1).

Lo que prueba qué poco segura es la opinión que combatimos, es que después de haber distinguido entre los muebles y los inmuebles, se distingue además entre los muebles corpóreos y los incorpóreos; y en seguida se distingue, aún respecto á los muebles, corpóreos si la enagenación es ó nó un acto de administración. Preguntamos ¿con qué derecho se hacen todas estas distinciones? Deja de haber derecho y ya no hay más que arbitrariedad, desde el momento en que nos apartamos de los textos y de los principios. Por lo demás, debe confesarse, que los autores que sostienen con nosotros que el texto de los arts. 499 y 513 es absoluto; admiten igualmente excepciones y caen por lo mismo en idéntica inconsecuencia. Entre estas excepciones hay algunas que la razón acepta, pero que el rigor del derecho debe rechazar. Allí en donde hay una prohibición absoluta para enagenar escrita en la ley, no puede tratarse de excepciones; equivaldría á derogar la ley, ó lo que es lo mismo, á hacerla. El pródigo, dice Valette, puede vender sus cosechas, porque puede poner sus bienes en arrendamiento, lo que implica la enagenación de los frutos por toda la duración del contrato. Nuestra respuesta se halla en el texto, y agregamos que es una ventura que el texto permita quitar al pródigo una ocasión más de disipar su patrimonio. Valette permite aún al pródigo que venda los muebles corpóreos de poca importancia; ¿quién decidirá si

1 Demante, t. 2º, p. 357, núm. 285 bis 3º; Valette, *Exposición sumaria del libro 1º*, p. 386; Aubry y Rau, t. 1º, p. 57 y nota 10.

los muebles son de poca importancia? El legislador se ha cuidado bien de asentar semejante principio, porque abría la puerta á un arbitrario sin límites. Aubry y Rau admiten una excepción para los muebles corpóreos que por su naturaleza están destinados á ser vendidos ó que se hallan sujetos á un rápido deterioro. Nada más justo; pero ¿quién será juez de este hecho? ¿El pródigo? ¿No es más razonable y más jurídico hacer intervenir al consejo para que éste decida si puede venderse la cosa? (1).

En cuanto á los muebles incorpóreos, casi se está de acuerdo en prohibir su enagenación á las personas puestas bajo consejo. En nuestra opinión, esto no puede originar la menor duda; siendo absoluta la prohibición de enagenar, se aplica por lo mismo á toda clase de cosas. En este sentido se ha fallado que el pródigo no puede endosar, sin la asistencia de su consejo, un efecto suscrito en su provecho (2).

No es necesario decir que las personas, puestas en consejo no pueden enagenar los inmuebles. En este punto, todos convienen en que el texto es absoluto y que de él resulta que los pródigos y los débiles de espíritu no pueden enagenar ni directa ni indirectamente (3). Sigue de aquí que el pródigo no puede hipotecar; la ley lo dice (artículos 499 y 513), bien que faese inútil haberlo dicho, supuesto que el que no tiene la capacidad de enagenar no puede consentir hipoteca (art. 2124). Por la misma razón, las personas provistas de un consejo no pueden establecer un derecho real sea el que fuere, servidumbre, usufructo,

1 Una sentencia de la corte de Montpellier decide en un considerando, que la prohibición de enagenar comprende la fortuna mobiliaria ó la inmobiliaria (1º de Julio de 1840, Dalloz, en la palabra *interdicción*, núm. 296).

2 Bruselas, 3 de Abril de 1841 *Pasicrisia*, 1842, 2, 252).

3 Bruselas, 26 de Mayo de 1841 *Pasicrisia*, 1842, 2, 248).

enfiteúsis, etc. Se ha fallado que el pródigo no podía dar un inmueble en anticrécis. La anticrécis no es un derecho real, únicamente da, dice el art. 2085, la facultad al acreedor de percibir los frutos del inmueble. Esta es una enagenación de frutos; con este título, cae en la aplicación de los arts. 499 y 513 que prohíben toda enagenación (4). Pero ¿por qué el pródigo puede dar sus bienes en arrendamiento y no puede darlos en anticrécis? Volveremos á tratar la cuestión en el título de la *Prenda*.

365. La aplicación de este principio á las capitulaciones matrimoniales origina una seria dificultad. Está fuera de duda que el pródigo y el débil de espíritu pueden casarse sin estar asistidos de su consejo. ¿Pueden también hacer un contrato de matrimonio sin dicha asistencia? Si, si el contrato no contiene enagenación; tal sería un contrato que estipulase el régimen de separación de bienes. Si el contrato contiene una enagenación, el consejo debe intervenir, y en nuestra opinión, sin distinguir si la enagenación es mobiliaria ó inmobiliaria. Así es que el pródigo no podría consentir una cláusula de hacer muebles los bienes raíces sin estar asistido de su consejo (arts. 1505 y 1506); más adelante diremos que lo mismo es de las donaciones que el quisiere otorgar por contrato de matrimonio (núm. 366). ¿Pero qué debe resolverse de la comunidad legal, que implica también una enagenación de la fortuna mobiliaria presente y futura de los cónyuges á favor de la comunidad? La comunidad llamada legal es un régimen que los cónyuges consienten tácitamente, por el hecho solo de casarse sin celebrar contrato de matrimonio. Si uno de los cónyuges está bajo consejo, ¿puede enagenar tácitamente su mobiliario presente y futuro? Nó, se dice, porque no puede enagenar por consentimiento tácito sino por consentimiento

1 París, 10 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 246).

to expreso. De aquí se concluye que los cónyuges no estarán casados bajo el régimen de la comunidad legal. ¿Cuál será, pues, su régimen? Demolombe contesta que éste será el régimen de la separación de bienes; Demante se pronuncia en favor de la comunidad de adquisiciones (1).

Esta opinión nos parece inadmisibile. Cuando los cónyuges se casan sin contrato, se verifica, y nosotros lo reconocemos, un contrato tácito, lo que supone el concurso de consentimiento. Pero este mismo principio condena la opinión que estamos combatiendo. ¿Se dirá que el pródigo ó el débil de inteligencia consenten en casarse bajo un régimen que ellos ignoran? Confesémoslo: el pretendido consentimiento tácito que interviene cuando los futuros esposos se casan sin contrato no es más que una ficción; ahora bien, no hay ficción sino en virtud de una ley; luego se necesitaría de un texto para establecer la ficción que se reputase como casados bajo el régimen de separación de bienes ó de comunidad de adquisición, á los cónyuges incapaces de consentir la comunidad legal. No corresponde á los intérpretes crear un régimen en el cual ni siquiera pensaban los cónyuges. Por lo tanto la cuestión que estamos discutiendo no tiene más solución que la que le da el art. 1440; á falta de contrato, los cónyuges estarán regidos por la comunidad legal. Tal es también la opinión de la mayor parte de los autores (2).

366. Creeríase que la aplicación del principio á las donaciones, sean las que fueren, no puede sufrir la menor dificultad. Si la persona débil de espíritu no tiene la inteligencia suficiente para enagenar á título oneroso, tendrá

1 Demolombe, t. VIII, p. 499, núm. 740, Demante t. II, p. 359 núm. 285 bis V.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 573, nota 4 y los autores allí citados. En el mismo sentido, sentencia de Limoges, de 27 de Mayo de 1867, (Dalloz, 1867, 2, 77).

más inteligencia si se trata de disponer de sus bienes á título gratuito? En cuanto al pródigo ¿no son precisamente las profusiones, so color de liberalidad, las que deben temerse por su parte? Así, pues, sin vacilar decidimos que está prohibida toda donación á las personas provistas de un consejo. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina están lejos de un acuerdo acerca de las diversas cuestiones que en esta materia se presentan. Se trata de saber cuáles son las liberalidades que el pródigo puede hacer en beneficio de su consorte. En cuanto á las que hiciese á terceras personas, se conviene que están dentro de la aplicación de los arts. 499 y 513, y que, por lo tanto, el pródigo no puede consentirlas sino con la asistencia de su consejo.

Comenzamos por hacer á un lado una primera opinión que nos parece insostenible, y es la que permite al pródigo que haga á su consorte todo género de liberalidades y hasta donaciones de bienes presentes, sin asistencia de su consejo. Troplong invoca el viejo adagio que dice que la capacidad para casarse da la de consentir las capitulaciones matrimoniales (1). Decididamente hay que desconfiar de los antiguos refranes, porque hacen más mal que bien á la ciencia del derecho. Sin duda que aquél á quien la ley permite casarse debe tener la facultad de celebrar todo género de capitulaciones matrimoniales, pero con la condición de sujetarse á la ley; si es un menor el que se casa, deberá estar asistido de aquellos cuyo consentimiento es necesario para su matrimonio: si es una persona puesta en consejo, deberá estar asistida de su consejo, si celebra una enagenación en su contrato de matrimonio. Para que el pródigo pudiese donar sin asistencia de su consejo, se necesitaría una excepción á la incapacidad que la ley le impone. Tro-

1 "Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia" (Troplong, *Contrato de matrimonio*, t. 1º, núm. 297).