

dicción se solicita, usando de la facultad que le otorga el art. 499. Respecto á la mujer casada se hace la misma objeción que respecto al menor. ¿Por qué se necesita un consejo que asista á la mujer, cuando el marido debe autorizarla para todos los actos jurídicos que ella celebre? ¿Y no sería estorbar la potestad marital y contrarrestarla colocando la asistencia del consejo al lado de la administración marital? ¿No había conflicto entre el consejo y el marido? Se contesta que la mujer bajo ciertos regímenes, está libre de la autorización marital; cuando está separada en bienes ella puede administrar libremente su patrimonio y enagenar sus bienes muebles; el mismo derecho tiene, bajo el régimen dotal, para sus bienes parafernales; es evidente que, en estos casos, puede ser necesario ponerla bajo consejo. Aun cuando estuviese autorizada bajo el régimen de la comunidad, podría, si fuese pobre de inteligencia, comprometer sus intereses, sea enagenando los propios suyos, sea obligándose con su marido. Esto manifiesta que la posición de la mujer casada es muy diferente de la del menor; su marido aun en el caso de que ella sea capaz de consentir, abusa con frecuencia de su poder para hacerle firmar compromisos en su propio interés; ¿qué será cuando la mujer, en razón de su debilidad de espíritu, no pueda resistir a esta influencia abusiva? Hay, pues, que dar á la mujer un apoyo contra su marido. Más adelante diremos que el nombramiento de un consejo no arrebató al marido su potestad.

Lo que decimos de la debilidad de espíritu decide la cuestión respecto á la prodigalidad. La potestad marital, si es un apoyo, puede también convertirse en un riesgo para la mujer. Y lo que prueba que se ha vuelto un riesgo, es precisamente la demanda que entablan sus parientes para el nombramiento de un consejo. Si el marido cumpliera su deber de protector, si impidiese que la mujer

disipara su patrimonio, la cuestión que estamos discutiendo jamás se habría llevado ante los tribunales. Para que pueda suscitarse, se necesita que la mujer haya ejecutado actos de prodigalidad, actos que el marido no ha impedido, que tal vez ha estimulado. En estas circunstancias, faltando á la mujer el apoyo del marido, preciso es darle otro apoyo. Tal es también la opinión que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia (1).

§ III.—PROCEDIMIENTO.

347. El art. 514 dice que la demanda de nombramiento de un consejo debe instruirse y juzgarse del mismo modo que la demanda de interdicción. Luego en este caso debe aplicarse lo que hemos dicho en el capítulo de la *Interdicción* (núms. 261 y siguientes). Por aplicación de este principio se ha fallado que el requerimiento del actor no debe estar necesariamente acompañado de piezas justificativas cuando la demanda se funda en la prodigalidad del demandado, en este caso, en los gastos dispendiosos del pródigo, y de los cuales no posee el actor los títulos. De sí mismo se disputa que el actor no puede adjuntar á su requerimiento piezas que no tiene en su poder. Pero la sentencia va demasiado lejos al decir que el art. 890 del código de procedimientos no supone la rigurosa observancia de las formalidades que establece sino cuando se trata de imbecilidad, de demencia ó de furor (2), porque el art. 514 asimila por completo la demanda de interdicción con la demanda de

1 Aubry y Rau, t. 1^o, p. 564, nota 10, y los autores allí citados. Sentencias de Bourges, de 3 de Julio de 1837, confirmada por una de denegada apelación, de 4 de Julio de 1838 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 252, 1^o); de Montpellier, de 14 de Diciembre de 1841 (Daloz, *ibid*, núm. 252, 2^o), de París, de 7 de Enero de 1856 (Daloz, 1856, 2, 138).

2 Agen, 18 de Febrero de 1841 (Daloz, en la palabra *interdicción*, número 273).

nombramiento de un consejo, luego todo lo que las leyes de procedimiento prescriben para la primera se aplica necesariamente á la segunda.

La corte de casación aplica estos principios con extraño rigor, porque el nombramiento de un consejo judicial concierne al estado de las personas. La corte ha fallado que el parecer de la familia debía solicitarse bajo pena de nulidad, teniendo por objeto dicho parecer proteger la libertad de las personas ó ilustrar al juez acerca de la necesidad de modificar el estado del demandado. En el caso de que se trata, había habido un parecer favorable á la demanda, pero el consejo de familia que lo había dado estaba enteramente compuesto de amigos escogidos fuera de la comuna, y los otros mismos en que se hallaban algunos parientes. La corte juzgó que esta composición era irregular y que, en consecuencia, era nulo el parecer (1). La misma cuestión se presenta respecto al interrogatorio de la persona que debe ser puesta bajo consejo. En este punto hay un motivo para dudar. Se dice que el interrogatorio es una formalidad tan necesaria cuando se trata del nombramiento de un consejo como cuando se trata de interdicción. En derecho, esto es incontestable. De hecho, no es así. ¿Cuál es el objeto del interrogatorio? Comprobar el estado mental de aquél á quien debe nombrarse un consejo. Si por debilidad de inteligencia es por lo que se pide el nombramiento de un consejo, comprendemos la utilidad del interrogatorio, casi su necesidad. Però si es por prodigalidad ¿para qué interrogar al pródigo? La prodigalidad no es una locura, digan lo que dijeren los jurisconsultos romanos. Que un pueblo calculador y codicioso como lo era la raza romana,

1 Sentencia de casación, de 19 de Agosto de 1850 (Daloz, 1850, 1, 281). Sobre la composición irregular del consejo de familia (véase el tomo 4º de estos principios, núm. 443).

estime que el primer deber del hombre y su mayor virtud consistan en aumentar su patrimonio; que por consiguiente, vea una especie de locura en la disipación de los bienes, esto es muy natural; pero pregúntese á los médicos si el pródigo es loco, y evidentemente dirán que nó. ¿En qué estribará el interrogatorio? Precisamente porque dispone de su razón podrá dar algunas explicaciones sobre los actos que le reprochan (1). ¿Pero para esto se necesita un interrogatorio? Esto en el fondo es una defensa, y nada impide que el pródigo la presente en el curso del debate. Si ha de decirse la verdad, el legislador ha hecho mal en confundir la prodigalidad y la debilidad de espíritu, y aplicar la misma regla á dos posiciones bien diferentes. Però la ley es al fin formal y debe respetarse. La corte de casación ha tenido, pues, razón en casar una sentencia de la corte de Agen que había fallado que el interrogatorio no era una forma substancial (2).

348. El fallo que nombra al consejo debe pronunciarse públicamente en la misma forma que el fallo que pronuncia la interdicción (código de procedimientos, art. 897) ¿Es esto bajo pena de nulidad? ¿los terceros pueden prevalerse de la falta de observancia de tales formas? La misma cuestión se presenta en caso de interdicción; remitimos á lo que hemos dicho en los núms. 283 y 306.

El consejo nombrado por el tribunal se llama *judicial*, porque un juicio lo nombra. ¿Por qué el consejo es nombrado por el tribunal, mientras que el tutor del incapacitado es nombrado por el consejo de familia? Se dice que

1 Demolombe, t. 8º, p. 408, núm. 706. Aubry y Rau, t. 1º, p. 565, nota 12.

2 Sentencia de Agen, de 18 de Febrero de 1841, casada por sentencia de 26 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 1, 63), y sentencia conforme de la corte de Burdeos, de 23 de Agosto de 1854 (Daloz, 1854, 2, 105).

el interés de la familia se halla aquí en colisión con el del pródigo (1). ¿No pasa lo mismo en caso de interdicción? Razón jurídica para esta distinción, no la hay. Como por lo general un hombre de leyes es nombrado consejo, se habrá pensado que era natural atribuir el derecho al tribunal. Esto simplifica el procedimiento al mismo tiempo que disminuye los gastos. Como todo es de orden público en esta materia, debe resolverse que el consejo de familia sería incompetente para nombrar un consejo. Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de Riom, pero que no ha formado jurisprudencia (2). La corte de Turín ha fallado mejor, al decir que si el pródigo tuviese que ejercitar una acción contra su consejo, debería estar asistido por un consejo *ad hoc*, que le nombraría el tribunal (3).

349. Síguese de aquí que no hay consejo legal. Se ha pretendido que el marido, siendo de pleno derecho el tutor de su mujer incapacitada, debía ser también el consejo legal de su mujer (4). La analogía que se invoca no existe. Puede suceder, que el marido sea el cómplice de las prodigalidades de su mujer; singular protector sería entonces el que la ley hubiese dado á ésta. Aún cuando hubiese analogía, habría todavía que rechazar la doctrina de la corte de Nancy. ¿Puede tratarse de un consejo legal, es decir, establecido por la ley, cuando no hay ley? Hasta hay que decir que hay una ley que decide lo contrario, porque el artículo 514 quiere que el consejo judicial sea nombrado por el tribunal. La opinión general se pronuncia en este senti-

1 Demolombe, t. 8º, p. 482, núm. 708.

2 Riom, 4 de Mayo de 1825 (Dalloz, en la palabra *interdicción*, número 256, 1º).

3 Turín, 12 de Abril de 1808 (Dalloz, en la palabra *interdicción*, núm. 276. Compárese, fallo del tribunal de Dijon, de 13 de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1867, 3, 5, y la nota).

4 Nancy, 3 de Diciembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *interdicción*, número 251).

do (1). Una sentencia de la corte de Bruselas nos muestra cuál habría sido el riesgo de un consejo legal; ella nombró consejo á una mujer que había hecho las más extravagantes prodigalidades en provecho de un hombre con quien se casó en cuartas nupcias; el futuro marido era, literalmente, cómplice y fautor de las locuras que habría debido impedir, como consejo (2).

Según el art. 507, la mujer puede ser nombrada tutora de su marido incapacitado. ¿Debe inferirse de ésto que puede también ser nombrada consejo judicial de su marido? Nó; el marido incapacitado está privado de sus derechos civiles, ya no ejerce la potestad marital, ni la paternal; nada impide, pues, que su mujer quede encargada de la tutela. Mientras que el marido colocado bajo consejo conserva la potestad marital; ¿se concibe á la mujer emancipada de la potestad marital, como consejo, y sometida á ella, como mujer casada? Hay en esto una incompatibilidad legal (3).

350. ¿El consejo nombrado por el tribunal está obligado á aceptar la misión que se le confía? Acerca de este punto hay disenso entre la jurisprudencia y la doctrina. Los autores enseñan que el nombramiento de un consejo es un simple mandato que puede rehusarse, y del cual puede hacerse dimisión después de haberlo aceptado. Ellos se fundan en el antiguo derecho y en el silencio del código civil que no declara obligatorio el cargo de consejo (4). Nosotros preferimos la opinión contraria consagrada por va-

1 Douai, 6 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 140). Demolombe, t. 8º, p. 475, núm. 698.

2 Bruselas, 14 de Febrero de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 217).

3 Fallo del tribunal de Saumur, de 16 de Enero de 1861 (Dalloz 1862, 3, 59). En sentido contrario, Rolland de Villargues, *Repertorio del Notariado*, en la palabra *consejo judicial*, núm. 19.

4 Demolombe t. 8º, p. 402, núm. 710, y los autores que él cita.

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 pródi-

1 Fallo del tribunal del Sena, de 14 de Abril de 1859, y del tribunal de Dijon, de 21 de Marzo de 1850 (Daloz, 1863, 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 atenerse 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 París 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.