

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 quedaria 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.

ejercita, con la asistencia de su marido, cuando se trata de actas 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 (Dalloz, 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 (Dalloz, 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.

Síguese 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. Emmery, 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. Cierto 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 Emmery, Exposición de motivos, núm. 7 (Loaré, t. 3º p. 472).

2 Duranton, 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? No; 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 pródigo? 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 existió 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 tenía 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, (Daloz, 1867, 2, 23).

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

3 Rennes, 12 de Mayo de 1851 (Daloz, 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 Rouen, 5 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 123).

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

3 Sentencia de denegada apelación de 8 de Diciembre de 1841 (Dalloz, 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 (Dalloz, 1862, 5, 186).

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