

que inclinaron al legislador á no extender esta garantía al subrogado tutor; no hay que multiplicar inútilmente la inscripción hipotecaria. (1) Lo mismo pasa con los que giran provisionalmente la tutela en virtud de la obligación que la ley les ha impuesto (arts. 394, 419 y 440): una gerencia de tan poca duración no exigía una garantía que por su naturaleza es permanente; la necesidad de inscribir la hipoteca y de cancelar la inscripción hubieran ocasionado gastos frustratorios que la ley hizo bien en evitar conformándose con la acción personal contra los administradores.

271. Hay una administración tan larga y tan importante como la tutela: es la del padre durante el matrimonio. ¿Está sometida á la hipoteca legal? La cuestión está controvertida. (2) Nunca debiera haber sido dudosa. Basta para decidirlo negativamente que el padre administrador no sea tutor; ¿y puede haber hipoteca legal por tutela cuando no hay tutela? Se dice en vano que hay igual razón para decidir, puesto que la administración legal es idéntica á la gerencia tutelar. Aunque hubiera analogía no podría tenerse en cuenta, pues no basta la analogía para extender una hipoteca legal. Los trabajos preparatorios de nuestra Ley Hipotecaria ministran un nuevo argumento en apoyo de esta opinión. Se había propuesto someter al padre administrador á la hipoteca legal. El informe de la comisión del Senado discute la cuestión bajo todas sus faces y concluye desechando la proposición por motivo de que la hipoteca que se daría á un hijo contra su padre atacaría la autoridad de éste ó, cuando menos, la consideración de padre; que la intervención de los parientes llamados á especificar la hipoteca y á inscribirla podría suscitar divisiones en la

1 Aubry y Rau, t. III, p. 207, y nota 7, pfo. 264 bis.

2 Véanse las citaciones en Pont, t. I, p. 527 y las notas. Debe agregarse, en sentido contrario, Bruselas, 22 de Mayo de 1819; Lieja, 3 de Marzo de 1821 y 28 de Marzo de 1822 (Pasieris, 1819, p. 385; 1821, p. 322; 1822, pág. 97).

familia y que, en fin, la experiencia no reclamaba este cambio. (1) Este último motivo nos parece terminante.

Puede suceder, sin embargo, que el menor tenga una hipoteca en los bienes de su padre administrador. Un testador hace un legado en favor de un hijo menor de edad que aun tiene á sus padres, y agrega como condición que debe administrar hipoteca por la garantía de su gestión. No se puede contestar la validez de la condición, puesto que la administración legal y la hipoteca legal son de orden público. Suponiendo que la condición sea válida el padre tendrá que constituir una hipoteca en sus bienes, pero esta hipoteca no es legal, es convencional. (2)

Se ha presentado un caso en el que el hijo tenía una hipoteca legal en los bienes de su padre, no directamente sino como heredero de otro hijo del mismo padre que, nacido de otra madre, se había encontrado á la muerte de ésta bajo la tutela legal de su padre. Teniendo éste una hipoteca legal por todos los derechos que tenía contra su padre tutor transmite estos derechos, con la hipoteca ligada á ellos, al hijo colocado bajo la administración legal del padre común. (3)

§ II.—DE LOS CREDITOS GARANTIZADOS POR LA HIPOTECA.

272. El art. 47, que enumera las hipotecas legales, dice que los *derechos* y *créditos* á lo que la hipoteca legal está atribuida son *los* de los menores ó interdictos en los bienes de su tutor. Siguese de esto que todos los *derechos* y *créditos* que un *menor* puede tener contra su *tutor* están garantizados por la hipoteca legal; la naturaleza de los créditos está determinada y limitada por las palabras *menor* y *tutor*;

1 D'Anethán, 2.º informe (Parent, ps. 480 y siguientes).

2 Denegada, 30 de Abril de 1833 (Sirey, 1833, I, 466). Aubry y Rau, t. III, p. 206, pfo. 264 bis, nota 4.

3 Burdeos, 19 de Marzo de 1875 (Dalloz, 1877, 2, 25).

es necesario que el menor sea acreedor á título de pupilo y que el tutor sea deudor por razón de la tutela que ha girado. ¿Cuáles son los derechos que un menor puede tener contra su tutor? La Ley Hipotecaria quiere que los créditos del menor estén especificados; como base de esta especificación indica las causas de donde proceden los derechos del menor contra el tutor; constituye el capítulo de las entradas en la cuenta que el tutor debe entregar. El tutor recibe los bienes que tiene encargo de administrar, recibe los productos y los capitales que son reembolsados; éstos son las entradas. Lleva en cuenta sus gastos y es deudor del saldo. Tal es el crédito ordinario del pupilo contra su tutor; si éste descuidó de dar entrada á sumas que recibió el menor tiene una acción y una hipoteca para la garantía de los derechos que se ve obligado á reclamar en justicia. Este crédito procede directamente de la obligación que incumbe al tutor de dar cuenta de los bienes del menor y de los que tuvo la gerencia.

El art. 49 quiere también que el consejo de familia tenga en cuenta las eventualidades de la responsabilidad del tutor. Según el art. 450 del Código Napoleón el tutor debe administrar los bienes del menor como un buen padre de familia y responde por los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala gestión. Esta responsabilidad se aplica desde luego á los actos que el tutor tiene el derecho de hacer solo, sin el consentimiento del consejo de familia: dar ó tomar en arrendamiento, emplear capitales y frutos, perseguir el cobro de créditos. Estos son actos ordinarios de gerencia; el tutor es responsable si causa un perjuicio al menor girando mal; por ejemplo: descuida de arrendar los bienes del pupilo ó los arrienda con condiciones desventajosas; no emplea las rentas en los casos en que debe hacerlo ó hace un empleo perjudicial al menor; no demanda á los deudores y éstos se convierten más tarde en insolventes ó el crédito del

menor se extingue por prescripción por no haberla interrumpido el tutor. El tutor no deja de ser responsable aunque obre con autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal; desde que se le puede imputar una culpa de que es responsable el menor tiene acción, y toda acción que nace de una culpa cometida por el tutor está garantizada por la hipoteca legal. Con más razón el tutor es responsable cuando obró irregularmente y sin hacerse autorizar en el caso en que la autorización está requerida ó sin pedir la homologación del tribunal cuando ésta es necesaria. El menor tiene en ambos casos dos acciones: puede promover la nulidad y puede reclamar daños y perjuicios contra su tutor. Tiene elección; de que puede promover la nulidad no puede inducirse que no tiene la acción por daños y perjuicios garantizada por su hipoteca legal; el menor puede, pues, mantener la venta que hubiere hecho su tutor sin estar autorizado para ello y promover contra él por daños y perjuicios. (1) La acción de nulidad se entabla contra los terceros; si apesar de la nulificación el menor sufriera un perjuicio tendría una acción contra el tutor garantizada por la hipoteca legal, pues el perjuicio resulta de una culpa que el tutor cometió en su gerencia.

273. Tal es el principio. Daremos algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia. El tutor era deudor de su pupilo antes de entrar en la gerencia ó llegó á serlo en el curso de la tutela por causas independientes á su gerencia. ¿Se pregunta si la acción que tiene el menor en este punto contra el tutor está garantizada por la hipoteca legal? Sí si la deuda se vence en el curso de la tutela; en efecto, el tutor ha debido en este caso exigirla él mismo; si no lo hace es responsable tanto como si descuidara perseguir á un terce-

1 Bourges, 28 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1058). Grenoble, 19 de Julio de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 10).

ro deudor de su tutoreado. Pero si la deuda vence hasta después de terminar la tutela el tutoreado sólo tiene una acción personal; en este caso la gerencia del tutor está fuera de causa, no hay ninguna culpa que imputarle; por otra parte, el tutor no estaba obligado á tener en cuenta más que la acción del menor; y esta acción el menor la conserva, acción puramente personal como la que tendría contra todo tercer deudor. La doctrina y la jurisprudencia están en el mismo sentido. (1)

274. Se ha juzgado por aplicación de estos principios que el tutor responde en sus bienes de la prescripción que los terceros han adquirido durante el curso de la tutela. (2) El primer deber del tutor es el de conservar los bienes del menor; debe, pues, interrumpir la prescripción que corre en su perjuicio; si no lo hace es responsable y cualquiera acción de responsabilidad está garantizada por hipoteca legal. Sucede lo mismo en el caso en que el tutor descuide aceptar una donación hecha al menor ó hacerla transcribir; el art. 942 dice que los menores tienen un recurso contra el tutor si no lo hace. La Corte de Casación confirmó una sentencia que admitió el ejercicio de la hipoteca legal en este punto, aunque la donación fué hecha por el tutor mismo; ya dijimos las dificultades que se presentan en este caso acerca del punto de saber si el tutor es responsable (tomo XII, núms. 261 y 263); desde que se admite la responsabilidad la hipoteca legal es la consecuencia necesaria.

275. La hipoteca existe en los bienes del padre tutor; esto es de evidencia. Pero el padre no sólo es administrador, es también usufructuario; el derecho de goce que la ley concede ¿modifica la responsabilidad que le incumbe y, por consecuencia, el ejercicio de la hipoteca legal? La negativa

1 Aubry y Rau, t. III, p. 212, nota 20, pfo. 264 bis.
2 Pau, 19 de Agosto 1850 (Daloz, 1851, 2, 9).

es de jurisprudencia (1) y no nos parece contestable. El derecho de goce como usufructuario no impide la obligación que el padre tiene de administrar como buen padre de familia; luego desde que causa un perjuicio á sus hijos por una mala gerencia es responsable en sus bienes, sin que pueda oponer que tiene el derecho de gozar; su derecho de gozar es limitado, puesto que todo usufructuario debe gozar como buen padre de familia; y en la especie su derecho aun está restringido por la obligación que tiene impuesta de administrar bajo pena de ser responsable de mala gerencia. En cuanto al punto de saber si hay mala gerencia y de qué falta el tutor es responsable nos trasladamos al título *De la Tutela* y á lo dicho en el título *De las Obligaciones* sobre la teoría de las culpas.

276. La cuestión de saber si los fondos son pupilarios ha dado lugar á una dificultad de derecho. Los inmuebles de la comunidad que existía entre el padre y la madre eran indivisos entre el padre supérstite y su hijo; la indivisión no cesa más que por una licitación formada después de la mayor edad del hijo. ¿Tenía éste una hipoteca legal en garantía del precio de licitación? Nó, pues su parte en el precio no constituía un crédito pupilar, habiendo nacido el derecho del hijo después de su mayor edad. En interés del hijo se decía que la licitación valía por partición y que la partición retrotraía al día en que había comenzado la indivisión. La Corte de Rennes contestó que esto era hacer una mala aplicación del art. 883; si la partición era declarativa de propiedad no resultaba que el precio de licitación se debiera en una época en que subsistía la indivisión: no puede haber crédito de precio cuando no hay venta, y el padre no puede tener en cuenta á su hijo un precio que no se le debe. (2)

1 Bruselas, 10 de Mayo de 1809 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1009). Bourges, 6 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 2, 300).
2 Rennes, 31 de Marzo de 1841 (Daloz, en la palabra Sucesión, número 2111).

277. La hipoteca legal garantiza los accesorios del crédito tanto como el capital. Entre los accesorios están comprendidos los intereses vencidos durante la tutela, pero con la restricción que resulta del art. 87, la que veremos al tratar de la inscripción hipotecaria. (1) Los gastos de la cuenta son á cargo del menor; no sucede lo mismo con los gastos de los incidentes que surgieren en la instancia á la rendición de cuentas y en las que el tutor sucumbe: aunque la instancia sea posterior á la tutela el menor debe obtener sin gastos lo que ha reclamado contra su tutor, puesto que la sentencia no hace más que declarar su derecho. (2) En este sentido los gastos son un accesorio del crédito principal.

278. ¿Qué se debe decidir de los intereses que corren después de la mayor edad? La Corte de Gante juzgó que la hipoteca legal no se extendía á estos intereses. (3) Esta es una aplicación del principio que hemos establecido en el título *De la Tutela* en lo relativo á los gastos de gerencia posteriores á la tutela. El principio está controvertido (t. V, núms. 117-119), pero la aplicación al régimen hipotecario no podría ser dudosa conforme á los nuevos principios que rigen la hipoteca legal. Esta se halla sometida á la inscripción, y la inscripción no se puede hacer más que por los fondos pupilares y para garantizar la responsabilidad del tutor. Y cuando termina la tutela no hay fondos pupilares ni responsabilidad del tutor, hay un nuevo crédito distinto de aquel para el que se hizo la inscripción; y la inscripción no conserva más que los créditos por los que fué hecha. (4)

1 Bourges, 28 de Abril de 1838 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1058).

2 Pau, 19 de Agosto de 1850 (Daloz, 1851, 2, 5).

3 Gante, 3 de Febrero de 1854 (Pasicrisia, 1854, 2, 178). En sentido contrario, en cuanto á los intereses, Gante, 29 de Julio de 1852 (Pasicrisia, 1853, 2, 137).

4 Compárese Martou, t. II, p. 368, núm. 785.

§ III.—DE LOS BIENES GRAVADOS POR LA HIPOTECA.—ESPECIALIZACION.

279. La hipoteca de los menores é interdictos grava todos los bienes del tutor, presentes y futuros (núm. 257), pero debe especializarse por consejo de familia antes de inscribirse. La deliberación que especializa la hipoteca ¿tiene por efecto hacerla convencional? Sentada así la cuestión no tiene sentido. Lo que caracteriza la hipoteca legal es que sólo existe en virtud de la ley; es decir, de pleno derecho, y sin que sea necesario el consentimiento del acreedor ó del deudor, lo que excluye cualquiera idea de convención (núm. 189). Sin embargo, los autores y la misma ley, cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer, se sirven de expresiones de las que se podría inducir que consideran la hipoteca como convencional, como consecuencia de la especialización que se debe hacer. De este modo se dice que el consejo de familia *toma* hipoteca ó que ésta se *constituye* por él; la ley dice que la mujer *estipula* una hipoteca por su contrato de matrimonio (arts. 64 y 66). Todas estas expresiones son inexactas. Cuando la ley concede una hipoteca no se trata ya de *tomarla*, existe de pleno derecho; el consejo de familia no la *constituye*, la *especializa*; la mujer no *estipula* la hipoteca porque la estipulación implica una convención, y la hipoteca está establecida por la ley, sin convención ninguna. Lo que es verdad es que la hipoteca legal sólo es eficaz por la inscripción y no puede ser inscrita sino después de especializada; pero esta especialización no cambia la naturaleza de la hipoteca, queda lo que era por su esencia legal. ¿Se concibe que una hipoteca sea á la vez legal y convencional cuando la hipoteca es legal en el sentido de que existe sin convención?

280. Insistimos en la exactitud del lenguaje porque sería raro que el lenguaje inexacto no condujera á ideas inexactas.