

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.

Por esto un intérprete de la ley belga llegó hasta á decir que la hipoteca legal del menor es convencional porque el tutor la consiente, ya sea expresa ó tácitamente. (1) El error es palpable. No es cierto que el tutor consienta en la hipoteca, puesto que existe en virtud de la ley. Tampoco es cierto que consiente en la especialización. El consejo de familia es el que especializa la hipoteca del menor, la ley sólo dice que el tutor debe ser *oído ó llamado*. Que el tutor responda al llamamiento ó no, que quiera ó que no quiera, el consejo de familia especificará la hipoteca porque la ley lo obliga á ello. Aunque el tutor sea oído no consiente; lo que lo prueba es que después de haber sido oído puede hacer oposición á la deliberación (arts. 50 y 51); y apesar de su oposición el tribunal puede mantener la deliberación del consejo de familia. De este modo la hipoteca, lejos de ser convencional, no lo es siquiera como la especificación. Hay más: aunque la hipoteca fuera especificada por convención como ésta se hace para la hipoteca de la mujer, en razón de su dote y de sus convenciones matrimoniales, la hipoteca no es menos legal, porque las convenciones de las partes no pueden modificar la esencia de un derecho que es de orden público.

281. El autor que nos permitimos criticar compara el consejo de familia á un notario que recibe un contrato de hipoteca. (2) Esta es una consecuencia del primer error y de un error nuevo. El notario interviene por dar autenticidad á la convención que constituye la hipoteca, mientras que el consejo de familia interviene para especificar, llenando una misión que la ley le confía. No se puede asimilar la hipoteca legal especificada por el consejo á una hipoteca convencional que para existir debe recibirse en la firma auténtica. Cuando un derecho existe en virtud de la ley

1 *Op. cit.*, Comentario, t. II, p. 173 y notas, p. 186 y *passim*.
2 *Op. cit.*, Comentario, t. II, p. 233 y *passim*.

no se trata ya de formas; la hipoteca legal no es una acta solemne, esto es contradictorio en los términos: la solemnidad de la hipoteca tiende á la manifestación auténtica del consentimiento y la hipoteca legal existe sin consentimiento. No hay ninguna analogía entre el papel de notario y el de consejo de familia. El notario no está llamado á especificar, redacta las convenciones de las partes; éstas son las que deben indicar el monto del crédito para cuya seguridad se constituye la hipoteca y determinar los bienes que grava la hipoteca. La misión del consejo de familia es otra: obra como autoridad investida de su poder, poder que también es un cargo como lo son todos los poderes que se ejercen en interés público. En efecto, el consejo de familia no solamente interviene en interés del menor para dar eficacia á su hipoteca sino también en interés del tercero y, por tanto, en un interés social, pues es en interés de la sociedad por lo que la ley establece los principios de especialidad y de publicidad, y también es interés social por el que las hipotecas legales deben ser especificadas y publicadas.

Estas nociones son de teoría, pero la teoría gobierna la práctica y es casi seguro que un error en los principios más elementales conduzca á un error en la aplicación de la ley. Ya hemos dado muchos ejemplos en el curso de nuestros trabajos.

Núm. 1. ¿Por quién y cuándo se especifica la hipoteca legal?

282. Es el consejo de familia el que está llamado á especificar la hipoteca legal del menor, del interdicto y, por consiguiente, del enajenado. En el sistema del Código Napoleón el consejo de familia estaba encargado de vigilar los intereses del menor, y como la especificación se hace en su interés pareció natural encargar al consejo el cuidado de

resguardar los derechos de los menores. El tribunal igualmente interviene, ya por oposición formada contra las deliberaciones del consejo de familia (art. 51), ya para homologarlas (art. 60), ejerciendo una sobrevigilancia en la acción de los consejos de familia y de jueces de paz que los presiden. Esta intervención de la justicia para la conservación de los derechos que pertenecen á los menores es un elemento esencial de nuestro sistema hipotecario. En nuestro concepto es la única garantía real que asegura la eficacia de la hipoteca que la ley da á los incapaces. No se debe contar sobre los consejos de familia: la ignorancia por una parte y por otra una culpable indiferencia que paraliza su acción. A la verdad están presididos por un magistrado, pero es de temer que los jueces de paz no tengan en el ejercicio de sus funciones el celo indispensable para ilustrar á las familias y estimularlas á la actividad. El legislador obró sabiamente poniendo á los jueces de paz y á los consejos bajo la dirección de los tribunales. Toca al Gobierno cuidar de que dicha sobrevigilancia se haga real. La publicidad sería un medio poderoso para alcanzar este fin. Se da anualmente un informe acerca de la ejecución de la ley: que se la haga pública que señale á los tribunales los que no cumplen con sus deberes y que, en caso de necesidad, se recurra al poder correccional de las cortes de apelación.

283. La hipoteca legal de los menores no produce efecto sino cuando está inscrita; es la inscripción la que determina su rango. Interesa, pues, que la inscripción se haga antes que el tutor entre en la gerencia, porque desde que entra puede comprometer los intereses del tutelado, y, por consiguiente, éste debe tener una garantía desde el instante en que la gerencia tutelar empieza. Tal es el sistema de la ley; quiere que la hipoteca sea especificada cuando el nombramiento del tutor ó antes de que entre al ejercicio de ella (art. 49); prohíbe al tutor ingerirse en la gerencia antes que

se haga la inscripción (art. 52). Más adelante hablaremos de la inscripción; por ahora sólo se trata de la especificación; es necesaria para que pueda hacerse la inscripción; se necesita, pues, que la hipoteca esté especificada lo más pronto posible. Si la tutela es dativa el consejo debe especificar la hipoteca en la misma sesión en que procede al nombramiento del tutor. Tal es la disposición expresa de la ley; pero puede suceder que la ejecución sea imposible. Si el tutor no está en el lugar ó propone excusa el consejo se hallará en la imposibilidad de proceder á la especificación porque el tutor debe ser oído (art. 50), bajo pena de nulidad. En este caso se necesita una nueva reunión del consejo de familia; el juez de paz vigilará que la asamblea fije su sesión á un plazo más corto.

Amenudo la tutela será legítima, ya sea la del supérstite del padre ó de la madre, ya sea la de los ascendientes; la tutela también puede diferirse por el último que muera de los padres. En este caso la ley quiere que el consejo de familia especifique la hipoteca del menor antes de entrar á ejercer el tutor. Se necesita, pues, convocarlo á este efecto. En los términos del art. 421 del Código Napolón el tutor legítimo ó testamentario debe, antes de entrar á sus funciones, hacer convocar un concurso de familia para el nombramiento de un subrogado tutor. Este mismo consejo deberá proceder á la especificación de la hipoteca.

284. La eficacia de la hipoteca del menor depende de la especificación; importa, pues, asegurar la convocatoria del consejo de familia antes de la toma de gerencia del tutor. ¿Quién convocará el consejo? La Ley Hipotecaria guarda silencio acerca de este punto; se atiene por esto mismo al derecho común. En los términos del art. 406 el consejo de familia se convoca por requisición y á instancia de los padres del menor, de sus acreedores ó demás partes interesa-

das, ya sea de oficio y por promoción del juez de paz del domicilio del menor. Con el fin de advertir al juez de paz de la necesidad de convocar el consejo de familia la ley agrega que toda persona podrá denunciarle el hecho que da lugar á la apertura de la tutela. Es sobre todo cuando se trata de especificar la hipoteca legal cuando el juez de paz debe tomar la iniciativa; los terceros pueden estar interesados en que la inscripción no se haga, puesto que una hipoteca no inscrita no les puede ser opuesta, y no hay que contar con los parientes.

Se pregunta si el Procurador del Rey puede requerir la convocación del consejo. El proyecto de ley le daba este derecho, pero la disposición ha sido quitada, sin duda porque el art. 406 parecía insuficiente. Y el Procurador del Rey no está comprendido entre las personas que pueden pedir la convocación del consejo de familia (t. IV, número 453); (1) hay que confesar que los oficiales del Ministerio Público están raramente en el caso de conocer el hecho que les diera derecho á intervenir; mientras que los jueces de paz están en los lugares ó se les informa de la apertura de las tutelas que les da el derecho y les impone la obligación de obrar.

285. La ley quiere que la hipoteca esté especificada é inscrita antes de la entrada del tutor á la gerencia. Desgraciadamente no siempre se ejecuta la ley; el tutor gira sin que haya especificación ni inscripción. Se pregunta si estos actos son válidos para con los terceros. La ley no pronuncia la nulidad; el art. 49, que trata de la especificación, dice sencillamente que el consejo debe hacerlo "antes de la entrada en ejercicio de cualquiera tutela;" no dice cuál será el valor de los actos de gerencia del tutor si la hipoteca no está especificada; ni siquiera prohíbe que el tutor obre. El art. 52 contiene esta prohibición en el caso en que

1 Hay opiniones contrarias (Timmermáns, p. 28, nota 55).

el tutor no toma inscripción; lo que supone que la hipoteca ha sido especializada: "Si el tutor se inmiscua en la gerencia antes que esta formalidad haya sido cumplida el consejo de familia podrá retirarle la tutela." Así la ley pronuncia una sanción; no es la nulidad del acto, es la destitución del tutor, y hasta es facultativa. Síguese de esto que los actos de gerencia son válidos.

Los trabajos preparatorios confirman esta interpretación, aunque dejen una leve duda. Según el proyecto sometido á la Cámara los actos hechos por el tutor eran nulos para con los terceros; la comisión especial dice que el tutor no tiene calidad mientras que no ha dado al menor las garantías legales de la fidelidad de su gerencia. Esta disposición desapareció á consecuencia de un cambio de redacción propuesto por el Ministro de Justicia. Esto parece decisivo. Hé aquí el motivo de duda: El relator de la comisión, adhiriéndose á la reforma del Ministro, declaró que estos cambios sólo eran de redacción, que la ley permanecía la misma. De esto se concluye que el sistema propuesto por la comisión debe recibir su aplicación. Esto nos parece inadmisibile. Las palabras del relator no pueden reemplazar una disposición que no existe y que en lugar de haber sido adoptada fué quitada. (1) Puede sentirse que lo haya sido; esto hubiera sido la sanción más enérgica del sistema de especificación y de publicidad introducido por la nueva ley.

Num. 2. De la deliberación del consejo de familia.

286. El art. 50 dice: "La deliberación del consejo de familia será motivada." En regla general el consejo no tiene que motivar sus decisiones, aunque deban ser homologadas.

1 Martou, t. II, p. 366, núm. 799. En sentido contrario, Cloes, t. II, p. 169, núms. 1174 y 1175.

¿Por qué la ley hace excepción cuando se trata de la especificación de la hipoteca? La comisión especial contesta: «qué importa que el consejo de familia sólo determine después de madurado examen y con pleno conocimiento de causa.» Diremos más adelante que los consejos de familia están demasiado inclinados á decidir que no se tomará ninguna inscripción. Podría también suceder que un consejo se mostrase demasiado riguroso con el tutor exigiéndole una garantía excesiva. En toda hipótesis es bueno que el consejo esté obligado á motivar su deliberación; se detiene uno ante una mala decisión cuando se está obligado á motivarla; hay que agregar: cuando se sabe que una autoridad superior tiene el poder de examinarla. Y las deliberaciones acerca de la especificación están sujetas á oposición; esta es una razón más para exigir que las deliberaciones estén motivadas; el Relator de la Cámara lo hizo observar. (1)

¿La deliberación debe ser motivada bajo pena de nulidad? La afirmativa no es dudosa. Este es el caso de aplicar el principio de las nulidades virtuales. Hay nulidad virtual, en virtud de la intención del legislador, cuando una formalidad es substancial, y, en el caso, la ley quiere que la deliberación esté motivada por excepción al derecho común con el fin de asegurar la conservación de los derechos del menor, y toda disposición que tienda á este objeto debe ser considerada como substancial. Queda por saber cuál es el carácter de la nulidad. Está establecida por interés del menor, sobre todo, y también en interés del tutor; sólo ellos pueden, pues, prevalecerse de ella y deben hacerlo formando oposición contra la deliberación. Si ésta no está atacada se convierte en irrevocable y, en este caso, ya no puede tratarse de pedir su nulidad por falta de motivos. (2)

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 23). Lelièvre, informe (Parent, p. 133).

2 Martou, t. II, p. 379, núms. 797 y 798. Cloes, t. II, p. 183, núm. 1195.

¿Basta que el consejo dé motivos cualesquiera para que la deliberación sea válida? No, seguramente; si la ley quiere que la decisión esté motivada es precisamente para que el consejo sólo decida por razones serias. El tribunal, en caso de oposición, podrá, pues, anular la deliberación si no está suficientemente motivada. (1)

287. El art. 883 del Código de Procedimientos dice: «Todas las veces que las deliberaciones del consejo de familia no sean unánimes la opinión de cada uno de los miembros que la componen será mencionada en el acta.» ¿Es aplicable esta disposición á la deliberación que especifica la hipoteca legal del menor? La afirmativa está enseñada por los intérpretes de la Ley Hipotecaria (2) y no nos parece dudosa. El art. 883, concebido en los más generales términos, se aplica á toda deliberación del consejo de familia; el art. 50 de la Ley Hipotecaria no lo deroga, pues prescribir que el consejo motive su decisión es decir que la decisión de la mayoría está motivada; esto no impide dar los motivos de cada uno de los miembros; es una garantía más para el menor en el negocio más importante de que tenga que ocuparse el consejo; las razones dadas por cada miembro servirán para ilustrar al tribunal en caso de oposición.

288. El art. 50 prescribe una segunda condición para la validez de la deliberación relativa á la hipoteca legal; el tutor debe ser llamado y oído. Su presencia es necesaria porque es parte en causa. La ley quiere que la hipoteca esté especificada con el fin de proteger el crédito del deudor; es, pues, necesario que éste pueda discutir los elementos de la especificación; probar, si hay lugar, que el consejo fija una suma demasiado crecida para el recurso que el menor podrá tener contra él, ó que el consejo quiere tomar inscripción en más inmuebles de lo necesario para asegurar una

1 Lieja, 12 de Julio de 1871 (Pasierisia, 1871, 2, 370).

2 Martou, t. II, p. 380, núm. 800. Cloes, t. II, p. 182, núm. 1192.