

garantía plena al menor. El tutor debe también ser oído en interés del pupilo; aquél es ordinariamente el pariente más cercano; podrá dar á conocer al consejo la fortuna del menor y sólo él puede dar informes seguros acerca de los inmuebles que deberán ser inscritos. (1)

La ley no exige, sin embargo, que el tutor sea siempre oído, restringe esta condición al caso previsto por el § 1.º del art. 49; el § 2 de este artículo permite al consejo declarar que no se tomará ninguna inscripción en los bienes del tutor. En este caso la presencia del tutor es inútil. Aunque el consejo decida que una inscripción será tomada la ley se contenta con llamar al tutor; éste no está obligado á contestar á este llamamiento en el sentido de que no se le puede obligar á asistir á la deliberación del consejo, pero también su negativa no puede impedir que el consejo proceda á la especificación de la hipoteca. Todo cuanto resultará de la ausencia del tutor es que el consejo, no ilustrado por sus observaciones, podrá tomar una decisión que le sea perjudicial; el tutor tiene en este caso el derecho de oposición.

Se pregunta si la deliberación es nula en el caso en que el tutor no hubiera sido llamado. Su presencia está, sobre todo, requerida en su interés y en este sentido la formalidad es substancial; el tutor podrá, pues, perder la nulidad de la deliberación probando que el consejo de familia ha lesionado sus derechos exagerando la garantía hipotecaria, ya sea en cuanto al monto del crédito eventual del menor, ya en cuanto á los inmuebles en los que ordenó tomar inscripción. Si el tutor no sufrió ningún perjuicio por no haber sido oído se entiende que no podrá pedir la nulidad; este es el caso de decir con el antiguo adagio: no hay nulidad sin perjuicio. (2)

1 D'Anethán, *in fine* [Parent, p. 415].

2 Martou, t. II, p. 382, núm. 803.

289. La deliberación del consejo que especifica la hipoteca ¿debe ser homologada? No, el Código no lo exige, y es de principio que las deliberaciones de los consejos de familia no tienen que ser homologadas sino en los casos que la ley determina. La ley prescribe la homologación cuando se trata de reducir las garantías por causa de exceso (número 60), no somete á la homologación la deliberación que especifica la hipoteca. El legislador pensó que el derecho de oposición basta para resguardar los intereses del menor y que, por consiguiente, la homologación hubiera ocasionado gastos inútiles; hay que evitar que los intereses del menor se perjudiquen en fuerza de quererlos garantizar (1)

290. El art. 51 permite á las partes interesadas formar oposición contra la deliberación del consejo de familia que especifica la hipoteca legal del menor. Este es el derecho común; es de principio que toda deliberación del consejo puede ser atacada por vía de oposición (Código de Procedimientos, art. 883). La oposición debía admitirse siempre en una materia en que es de temer, como lo decía el Ministro de Justicia, que el consejo sacrifique los intereses del menor al temor de molestar al tutor; pudiera suceder también que el consejo diera en el exceso contrario, por espíritu de hostilidad contra el tutor; era, pues, menester en todo caso el registro de una autoridad superior imparcial en su esencia. (2) Es por vía de oposición como se ejerce el recurso y no por vía de apelación, porque las decisiones del consejo de familia no son sentencias. Esta vía de procedimiento permite un nuevo recurso: la apelación contra la sentencia que se pronuncia en la oposición.

El art. 51 indica los motivos por los que se puede formar oposición: son la insuficiencia de garantías ó el exceso; en el

1 Sentencia del Tribunal de Bruselas de 2 de Junio de 1855 (Bélgica Judicial, t. XIII, p. 932). Martou, t. II, p. 383, núm. 802 bis.

2 Sesión de 7 Febrero de 1851 [Parent, ps. 319 y siguientes].

primer caso la oposición tiene por objeto aumentarlas y en el otro reducir las. Puede suceder también que el consejo de familia, usando de la facultad que le da el art. 49, decida que no hay lugar á tomar inscripción en los bienes del tutor; se entiende que puede formarse oposición á esta deliberación; la oposición es de derecho común y no hay decisión tan peligrosa para el menor como la que le quita toda garantía; y, como lo diremos más adelante, es precisamente esta resolución la que los consejos de familia están más dispuestos en tomar.

291. ¿Quién puede formar oposición? El art. 51 enumera las personas interesadas que tienen el derecho de formar oposición contra la deliberación del consejo que especificó la hipoteca. Es desde luego el tutor: tiene interés y derecho en atacar la decisión si dió al menor una garantía excesiva; semejante decisión viola el espíritu de la ley, pues al ordenar especificar la hipoteca la ley tuvo por objeto proporcionar la garantía hipotecaria al real interés del menor. Tendiendo la oposición del tutor á reducir las garantías determinadas por el consejo de familia la demanda debe, pues, ser formada contra el subrogado tutor; esta es la aplicación del principio establecido por el art. 420 del Código Napoleónico, según el cual las funciones del subrogado tutor consisten en obrar por interés del menor cuando están en oposición con las del tutor.

¿El tutor podrá oponerse si cuando la deliberación se adhirió á la decisión tomada? Se enseña, con razón, la negativa. No es porque la especificación sea un contrato y que se necesite del consentimiento del tutor para proceder á ella, la ley dice que el consejo especifica y el tutor será oído.

El tutor debe, pues, protestar si tiene en ello interés; si aprueba ya no puede reclamar por su hecho. Su adhesión hasta podría ser tácita; así pasa con toda manifestación

de voluntad. (1) ¿Cuándo habrá aquiescencia tácita? Esto es una dificultad de hecho que los jueces deciden según las circunstancias de la causa.

292. El art. 51 da también el derecho de formar oposición al subrogado tutor, así como á cualquier miembro del consejo de familia. Su oposición tiene naturalmente por objeto aumentar las garantías que el consejo ha determinado en favor del menor si le parecen insuficientes; con más razón podrán atacar la deliberación por la que el consejo declaró que no se tomaría ninguna inscripción en los bienes del tutor. La oposición está formada contra el tutor; él es la parte interesada, puesto que la demanda tiende á agravar su situación hipotecaria.

¿Debe aplicarse al subrogado tutor y á los miembros del consejo lo que hemos dicho del tutor que aceptó la deliberación? (núm. 291). Es de jurisprudencia que los miembros del consejo no están ligados por la opinión que han dado en la deliberación; (2) no obran en su nombre ni en su interés, como el tutor, que es parte en la causa; su deber es garantizar los derechos del menor; si se han equivocado y si más ilustrados quieren deshacer su error, que sería perjudicial al menor, la ley les debe dar el medio; por esto dice en términos absolutos que todos los miembros del consejo pueden formar oposición.

293. ¿Puede el juez de paz formar oposición? En el título *De la Tutela* hemos decidido la cuestión negativamente en términos generales. Para las deliberaciones del consejo de familia acerca de la especificación de la hipoteca legal hay un texto especial. El art. 51 da á *todo miembro* del consejo el derecho de formar oposición. Y el juez de paz es miembro en virtud de la ley; está, pues, compren-

1 Martou, t. II, p. 383, núm. 806.

2 Véase la jurisprudencia en Martou, t. II, p. 384, núm. 808.

dido en el texto, y el espíritu de la ley no deja ninguna duda. En nuestra opinión la intervención activa del juez de paz es la garantía más fuerte del menor y muy amenuado la única; no deben, pues, restringirse sus poderes. Esta consideración prevalece á la que hemos hecho valer en el título *De la Tutela*, según los autores franceses. El juez de paz debe, sin duda, permanecer extraño á las personas que mueven al consejo de familia, pero cuando la mayoría no resguarda los derechos de un menor no debe titubear en tomar partido por éste. Tal es también la interpretación que M. d'Anethán, el relator de la comisión del Senado, ha dado de la ley; (1) la doctrina y la jurisprudencia la han consagrado. (2)

294. La oposición debe formarse en los ocho días (artículo 51). Es un plazo muy corto; la ley quiere que la garantía del menor esté fijada lo más pronto posible; esto es sobre todo necesario si ésta es insuficiente, y si es excesiva importa al tutor que la reducción se haga en seguida, pues su crédito sufre con la inscripción que se toma en sus bienes en virtud de la deliberación del consejo. La oposición, según el art. 51, no es suspensiva; la ley no podía admitir la suspensión, puesto que hubiera resultado de ella que el tutor no hubiera podido ejercer la tutela, siéndole toda gerencia prohibida mientras que la hipoteca no está inscrita (art. 52).

El plazo de ocho días corre á partir de la deliberación. Se cuenta como todos los plazos; es decir, que los ocho días deben ser completos; no se cuenta, pues, en el plazo el día en que fué tomada la deliberación; esto es el derecho común: el *dies a quo* no está comprendido en el plazo, y el *dies ad quem*, ó el último día del plazo, pertenece por en-

1 Parent, p. 505.

2 Martou, t. II, núm. 808, p. 384. Compárense las sentencias citadas por Timmermans, p. 25, nota 47.

tero á la parte interesada para proceder al acto que debe hacerse en un plazo determinado. Tendremos oportunidad de volver á este principio al tratar de la renovación de la inscripción hipotecaria.

Se pregunta si el plazo de ocho días es aplicable al tutor debidamente llamado que no asistió á la deliberación. El silencio de la ley decide la cuestión: el art. 51, que determina la duración del plazo, menciona al tutor y lo pone en la misma línea que al subrogado tutor y los miembros del consejo de familia. No había ninguna razón para hacer alguna excepción en su favor; fué llamado y si no asistió á la convocación la prudencia le aconseja informarse de la decisión que se hubiera tomado; es en este sentido en el que se ha explicado la ley, cuando la discusión, por el relator y el Ministro de Justicia. El tutor, dice M. Lelièvre, que se ha llamado se reputa como teniendo conocimiento de la deliberación del consejo de familia; desde luego el plazo corre contra él. El interés de los menores exige, necesariamente, esta medida. Por otra parte, la ley lo informa de que sólo tiene un plazo de ocho días para hacer oposición; por tanto, no había razón para prolongar este plazo. (1)

295. El art. 51, § 3.º, dice: «El tribunal estatuirá como en *materia urgente*». Esta última expresión, dice M. Lelièvre en su informe á la Cámara, indica claramente que se trata de un negocio sumario. Es la aplicación del art. 884 del Código de Procedimientos, en cuyos términos la oposición á las deliberaciones del consejo de familia se juzga sumariamente. Las materias sumarias, dice el art. 405, se juzgan en audiencia, después de vencidos los plazos y las citas, en una simple acta, sin más procedimientos ni formalidades. No entramos en detalles por no ser de nuestro estudio.

1 Sesión de la Cámara de 26 de Febrero de 1851 (Parent, p. 386). Martou, t. II, p. 385, núm. 812. En sentido contrario, Beckers, De las hipotecas legales, p. 65, núm. 46.

296. El art. 51 agrega que el tribunal estatuye «después de haber oído al Procurador del Rey y en contradicción con él.» El Ministerio Público debe ser oído en materia de tutela, pero conforme al derecho común no es parte en los negocios civiles; el art. 51 deroga este principio disponiendo que el tribunal estatuirá en *contradicción* con el Procurador del Rey; es decir, que es parte principal tanto como el oponente y aquel contra el que se hace la oposición. (1) Lo cual prueba la importancia que la ley da á la especificación de la hipoteca legal; no sólo interesa al menor y al tutor, el interés público está comprometido en el debate porque es en dicho interés en el que la ley somete la hipoteca legal á los principios de especialidad y de publicidad; pero también quiso resguardar los derechos de los menores; se trataba, pues, de conciliar los distintos intereses y muy amenudo opuestos; hé aquí por qué el Ministerio Público, que es el órgano de la sociedad, es parte en el debate.

De aquí se sigue que el Ministerio Público, lo mismo que las otras partes, interpone apelación (Código de Procedimientos, art. 889) y recurre á la casación. Hay una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica en este sentido, y la cuestión no es dudosa. Cuando la causa es simplemente comunicable el Ministerio Público llena su misión tomando la palabra para contradecir las conclusiones de las partes ó para apoyarlas; mientras que en el caso en que es parte en la causa puede obrar de oficio é introducir, como parte principal y contradictor legal del tutor, las demandas que juzgare útiles en interés de los incapaces. La consecuencia de este principio es evidente en lo relativo al derecho de apelación; y en cuanto al recurso de casación el Ministerio Público tiene el derecho de formar no sólo en interés de la ley, lo que es de derecho común, sino también

1 Martou, t. II, p. 388, núm. 815. Cloes, t. II, p. 190, núm. 1208.

en interés del menor, del que es representante y protector legal. (1)

*Núm. 3 Especificación de la hipoteca legal.*

297. La hipoteca legal del menor debe ser especificada. Se debe, pues, aplicar el principio de especialidad tal como la ley lo establece para la hipoteca convencional. En los términos del art. 78 (Código Civil, art. 2129) no hay más hipoteca válida que la que declara *especialmente* la naturaleza y la situación de cada uno de los inmuebles que el deudor consiente en hipotecar en garantía del crédito; y el art. 80 (Código Civil, art. 2132) dice que la hipoteca convencional no es válida sino en tanto que la suma por la que se consintió está determinada en el acta. La hipoteca debe, pues, ser especial en cuanto al crédito y en cuanto á los bienes que están afectados á su pago. Es muy fácil especializar la hipoteca convencional, puesto que el crédito generalmente es líquido, y cuando no lo es la liquidación se puede hacer conforme á bases ciertas. No sucede lo mismo con la hipoteca legal del menor. Debe especificarse antes de que el tutor entre á la gerencia, en una época en que no conocía ni la cifra exacta de la fortuna del menor ni el crédito que podría tener por este punto en razón de la gerencia tutelar contra su tutor. ¿Cómo en estas circunstancias se podría determinar la suma por la que se debe hacer la inscripción? Y si esta suma es indeterminable, por esto mismo se hace imposible determinar los inmuebles. Vamós á ver cómo la ley belga resolvió la dificultad.

298. El art. 49 dice que el consejo de familia fijará la suma por la que se deba hacer la inscripción con relación á la fortuna de los menores. Es cierto que la garantía hipotecaria debe ser proporcional á la fortuna del incapaz

1 Casación, 19 de Marzo de 1874 [Pasierisia, 1874, 1, 92].

que se trata de resguardar. Pero ¿cómo conocerá esta cifra el consejo de familia? Delibera en un momento en que el tutor aun no entra á sus funciones; no hay inventario; el consejo deberá, pues, atenerse al conocimiento más ó menos imperfecto que sus miembros y el tutor tengan de los bienes del menor. Esto es de una vaguedad extremada, y, por consecuencia, la fijación de la suma por la que se haga la inscripción será necesariamente inexacta. Si el error es poco considerable el consejo, cuando estuviere mejor informado, deberá tener una nueva deliberación con el fin de aumentar ó disminuir la suma.

299. El art. 49 dice en segundo lugar que el consejo de familia tendrá presentes los valores de que se compone la fortuna del menor; es decir, que la suma que el consejo fijare variará según que la fortuna del menor sea mobiliario ó inmobiliario. La razón es que el tutor no puede disponer de los bienes inmuebles de su pupilo sino con autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal; si no observa estas formalidades los actos que haga serán nulos; la acción en nulidad será ya una garantía para el menor. Otra cosa sucede con los efectos mobiliarios; en la opinión generalmente seguida el tutor puede disponer de ellos, y aun que se admitiera, como lo hemos enseñado, que el tutor no tiene el derecho de disposición los terceros poseedores de buena fe estarían al abrigo de la acción en reivindicación, al menos para los muebles corporales. Nos trasladamos en lo relativo á la dificultad del principio al título *De la Tutela*. Cualquiera que sea la opinión que se siga es cierto que el tutor, si se le supone de mala fe, puede fácilmente sustraer y dilapidar la fortuna mobiliario de su tutelado; mientras que si dicha fortuna es inmobiliaria no puede perjudicarlo por una mala administración. De aquí se sigue que la garantía inmobiliaria debe ser mayor cuando la fortuna del menor es mobiliario que cuando es inmobiliaria.

300. ¿Debe el consejo de familia tener en cuenta las sucesiones por las que el menor está llamado como heredero presunto? Nó, en nuestro concepto, porque estas sucesiones no son más que una esperanza; y la ley habla de la *fortuna* del menor; es decir, de los bienes que tiene cuando se hace la especificación de la hipoteca. El mismo texto de la ley es inaplicable á los bienes futuros porque el art. 49 quiere á la vez que el consejo tenga presente la fortuna y la *naturaleza* de los valores de que está compuesta; y ¿cómo puede preveer el consejo si el menor recogerá los muebles ó inmuebles en las sucesiones á que sea llamado? La ley prevee implícitamente la hipótesis permitiendo al consejo exigir una inscripción suplementaria en el caso en que las garantías dadas al menor por la primera deliberación lleguen á ser insuficientes (art. 58). Hay sin duda un peligro para el menor en la necesidad de dichas deliberaciones repetidas, constandingo por experiencia que se tuvo mucho trabajo para la primera deliberación; pero la ley no podría evitar este peligro sino prescribiendo garantías para resguardar una fortuna que el menor no tiene aún. Esto habría conducido á gravar los bienes del tutor con inscripciones para seguridad de créditos que no existían; lo cual sería contrario á los principios. Vamos á ver cómo la ley permite inscribir por eventualidades de la gerencia de la tutela eventualidades que tal vez no se realizarán nunca. Esto es una derogación de los principios y, por esto mismo, no se la puede extender por vía de analogía. (1)

301. El art. 49 quiere en tercer lugar que el consejo de familia tenga presente estas eventualidades de la responsabilidad del tutor. Conforme al art. 450 el tutor es responsable de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una

1 Compárese Martou, t. II, p. 375, núm. 790. El autor dice que sería inoportuno estipular garantías por las sucesiones futuras. En nuestro concepto no tiene derecho á ello.