

mala gerencia. Dijimos antes (núms. 272-274) cuáles son las causas de responsabilidad que dan al menor un crédito garantizado por la hipoteca legal. Esto es un derecho eventual; se debe decir más: las acciones contra el tutor por mala gerencia son excepciones. La ley permite, pues, gravar los bienes del tutor de inscripciones para asegurar el pago de los créditos que tal vez el menor no tendrá. Esto es un mal, puesto que estas inscripciones comprometen el crédito del tutor; pero es un mal inevitable. En efecto, la inscripción, para ser eficaz, debe ser anterior á toda gerencia, puesto que la responsabilidad eventual comienza con la entrada á funcionar del tutor; sería absolutamente imposible hacer una inscripción á medida de la responsabilidad en que el tutor incurriera por actos de mala administración; se necesitaba, pues, que la inscripción precediera al crédito para garantizar con alguna eficacia los derechos del menor.

La aplicación de la ley debe hacerse con gran circunspección. No es preciso que el consejo de familia prevea todos los casos posibles de mala gerencia; semejante procedimiento conduciría á gravar al tutor con inscripciones hasta concurrencia de toda la fortuna del menor, si es mobiliario, y de una gran parte de los bienes inmobiliarios. No es esto lo que quiere la ley. En efecto, si en la intención del legislador la inscripción debía necesariamente asegurar toda la fortuna del menor sería inútil hablar de las eventualidades de la gerencia tutelar; al exigir que el consejo tenga en vista esas eventualidades la ley decide implícitamente que la inscripción no debe hacerse más que por una fracción de la fortuna del tutelado. Fué para determinar esta cantidad por lo que la ley indicó las bases del cálculo al que se debía atener el consejo. En definitiva, se trata de un cálculo de probabilidades; esto es muy conjetural, pero la certidumbre en esta materia es imposible.

302. Después de haber fijado la suma por la que se deba

hacer la inscripción el consejo debe designar los inmuebles sobre los que se requiere la inscripción (art. 49). En el espíritu de la ley el consejo no debe inscribir más que cuando los inmuebles presentan una garantía suficiente para los derechos del menor, tales como se les hubiere fijado; se necesita, pues, que el valor de los inmuebles responda por el monto del crédito eventual del menor, teniendo en cuenta, además, las probabilidades de disminución de valor, si las hay, y de los gastos de expropiación. Si la garantía, bajo el punto de vista de la especialidad de los inmuebles, era insuficiente ó excesiva las partes interesadas podrían oponerse (núm. 290).

Los inmuebles deben ser designados conforme á las disposiciones del art. 78 (Código Civil, art. 2129). La elección de los inmuebles, así como la especificación, suponen que el consejo conocía exactamente la situación inmobiliar del tutor. Ya no puede obtener este conocimiento sino por el tutor; si éste tiene para ello mala voluntad la ejecución de la ley será estorbada. Tal vez fuera mejor encargar á los directores de registros y á los conservadores de hipotecas transmitir las noticias que tengan de la fortuna del tutor en el caso en que el consejo se las pida.

#### *Núm. 4. De la inscripción.*

303. La especificación de la hipoteca legal es el preliminar necesario de la inscripción, puesto que el conservador de hipotecas no puede inscribir más que las hipotecas especializadas por presentación de la expedición de la deliberación tomada en virtud del art. 49. Esta deliberación reemplaza el acta que da nacimiento á la hipoteca (artículo 83; Código Civil, art. 2148). Para las hipotecas legales de los incapaces no hay actas, puesto que existen de pleno derecho; pero hay una deliberación respecto de los menores,

interdictos y enajenados; sin esta deliberación ninguna inscripción puede hacerse y es necesaria una deliberación conforme á la ley; es decir, especificando el crédito y los inmuebles. No bastaría, pues, que la especificación se hiciera en las facturas y en las inscripciones; la inscripción sólo es la manifestación del derecho: esto es el derecho hecho público; es necesario, antes que todo, que el derecho exista. Y el derecho de inscribir no existe sino en virtud de la deliberación hecha en consejo de familia; igualmente que para las hipotecas convencionales el derecho de inscripción no existe sino cuando el acta ha especificado la hipoteca conforme á la ley. Los terceros interesados pueden pedir la nulidad de la inscripción y su cancelación cuando el título en virtud del <sup>s de mala</sup> <sup>inscripción pr</sup> <sup>o es nulo</sup> es nulo; y en materia de hipotecas legales el título es el acta que especifica la hipoteca, puesto que la especificación sola la hace eficaz. En contra no basta que la hipoteca sea especificada, se necesita que esté inscrita; todos los efectos de la hipoteca dependen de la inscripción. Esta es una de las grandes dificultades que el legislador belga tenía que resolver sometiendo la hipoteca legal del menor al principio de publicidad. El acreedor es incapaz para vigilar sus derechos; es verdad que los incapaces pueden hacer actos conservatorios; la ley dice que la mujer casada puede requerir la inscripción de su hipoteca legal (art. 64), y debe decirse otro tanto de los menores, interdictos y enajenados. Pero no es esto una garantía; los que no estipulan hipoteca por razón de su incapacidad no requerirán la inscripción de la hipoteca legal. Se debe, pues, apartar á los incapaces: esto es lo que hizo el legislador al determinar las personas que deben ó pueden requerir inscripción.

304. «La inscripción la hará el tutor en virtud de la deliberación del consejo de familia» (art. 52). Puede parecer singular que el deudor esté obligado á tomar inscripción

contra él mismo en provecho del acreedor; y el tutor tiene por misión resguardar todos los derechos del menor, aun cuando estos derechos deban ejercerse contra él. Así es como está obligado á exigirse él mismo lo que debe á su tutelado, y por la misma razón debe inscribir la hipoteca legal, tal como haya sido especificada en el consejo de familia.

Sin embargo, la obligación, por muy imperiosa que sea, no sería una garantía contra el tutor negligente ó de mala fe. La ley lo sanciona con una pena: «Si el tutor se inmiscuye en la gerencia antes que haya llenado esta formalidad el consejo de familia convocado, ya sea para la requisición de los padres ó demás partes interesadas, ya de oficio por el juez de paz, podrá retirarle la tutela.» La pena es facultativa; el consejo puede, pues, no pronunciar la destitución, apreciará las circunstancias. ¿Se necesita que haya dolo, como lo exige el art. 421, en un caso análogo ó basta que haya negligencia? La ley da un poder discrecional al consejo de familia. No se debe esperar á que haya un perjuicio causado al menor por falta de inscripción porque, en este caso, la destitución sería una medida tardía. La ley tiene por objeto no sólo castigar al tutor sino también resguardar los intereses del menor reemplazando á un tutor negligente por un tutor capaz y diligente. (1) Pero una cosa es singular: es que los que dictan la destitución del tutor son tan culpables como el tutor mismo porque dependía de los miembros del consejo y del juez de paz convocar el consejo, especificar la hipoteca legal del menor y hacerla inscribir sin la intervención del tutor. Luego no se debía contar mucho en la sanción de la ley.

305. «El subrogado tutor está obligado, bajo su responsabilidad personal, á cuidar de que la inscripción sea válida»

1 Véanse, en sentido diverso, Martou, t. II, p. 391, núm. 822; Cloes, t. II, p. 195, núm. 1218, y Beckers, p. 73, núm. 55.

damente tomada en los bienes del tutor, ó tomarla por sí (art. 52). Es de principio que el tutor subrogado debe obrar en interés del menor cuando éstos intereses se encuentran en oposición con los del tutor (Código Civil, art. 420); y tal es, efectivamente, el caso de la inscripción de la hipoteca legal, estando interesado el tutor en que los bienes no estén gravados con inscripciones hipotecarias, mientras que el menor permanece sin garantía cuando la hipoteca no está inscrita. La ley declara responsable al subrogado tutor por la falta de inscripción; lo es para con el menor, que no tiene acción hipotecaria contra su tutor cuando su hipoteca no está inscrita, y la acción personal puede ser ineficaz; no habiendo el tutor subrogado satisfecho la obligación que le impone la ley responde del perjuicio que resulta para el menor en cuyo interés debía obrar. De esto se sigue que el menor, antes de ejercer esta acción de responsabilidad contra el tutor subrogado, debe perseguir al tutor, pues sólo es en el caso en que el tutor es insolvente cuando la falta de garantía hipotecaria causa un perjuicio al pupilo, y la insolvencia debe constar para promociones legales y embargo de sus bienes.

306. «El consejo de familia podrá especialmente comisionar á uno de sus miembros ó á otra persona para requerir la inscripción» (art. 53). ¿El que está encargado de este cuidado será responsable si no lo hace? La afirmativa no es dudosa, puesto que se trata de un mandato, y todo mandatario responde por la inejecución de lo que tenía obligación de hacer. Es necesario, naturalmente, que el mandato esté aceptado, puesto que se forma por concurso de consentimientos. Así pasa con los miembros del consejo, pues no están obligados á tomar inscripción en virtud de la ley, lo están sólo en virtud de una *comisión* que les da el consejo; es decir, en virtud de un mandato.

Martou aconseja encargar al secretario tomar la inscrip-

ción y siente que la ley no lo haya hecho; otro intérprete de la ley belga objeta que hay muchos secretarios incapaces. Se puede preguntar por qué el legislador no impuso esta obligación á los jueces de paz, como lo hizo para la hipoteca legal de la mujer (art. 70). Es, en definitiva, en este magistrado en quien descansa la ejecución de la ley en lo se refiere á la hipoteca legal del menor; sólo él conoce la ley y la importancia de la garantía hipotecaria para el menor, él es quien invoca el consejo, amenudo de oficio; él quien cuida de que la hipoteca esté regularmente especificada, pues para esto se necesitan algunos conocimientos jurídicos. ¿No quedaba designado también para tomar la inscripción? Para esto es necesario igualmente el conocimiento de la ley y la práctica de los negocios, pues es por las facturas entregadas al conservador por lo que éste redacta la inscripción de modo que la irregularidad de las facturas puede arrastrar la nulidad de la inscripción hipotecaria. ¿No es natural confiar este cuidado al magistrado que preside el consejo de familia?

307. La ley impone á los secretarios de los juzgados de paz una obligación con el fin de asegurar la ejecución de la ley: «No pueden, bajo pena de responsabilidad personal y de destitución, si hay lugar, entregar ninguna copia de las deliberaciones de los consejos de familia, con excepción de las que son relativas á los nombramientos de tutores ó subrogados tutores ó que determinan la hipoteca antes de que haya debidamente justificado que la inscripción fué tomada contra el tutor por la suma y en los inmuebles designados por el consejo de familia» (art. 54). Se pudiera creer que esta disposición traerá forzosamente la inscripción de la hipoteca, puesto que la tutela no puede funcionar si el secretario no entrega copia de las deliberaciones del consejo; en realidad esta garantía será amenudo ineficaz. Desde luego supone que hay deliberaciones de que el tutor de-

be tener una copia. Y hay muchas tutelas en el curso de las cuales el consejo de familia no está llamado á deliberar ó no toma deliberación alguna de que el tutor deba tener copia; en efecto, se trata de deliberaciones que autorizan al tutor para hacer actos que sobrepasan de la administración, y puede suceder que no se presente ninguno de estos actos. Además, el perjuicio que la falta de inscripción causa al menor puede estar consumado en el momento en que el consejo toma determinaciones; si en este momento el tutor ha hipotecado sus bienes ó si los vendió ¿de qué serviría la negativa del secretario de entregar copia? Servirá para operar una inscripción tardía é ineficaz.

La ley declara al secretario responsable; hay que aplicar á esta responsabilidad lo que hemos dicho de la del subrogado tutor (núm. 305). En cuanto á la destitución es una amenaza que se cumple raramente; sería preciso que hubiera dolo para que el Gobierno se decidiera á castigar al culpable.

El art. 63 impone también al secretario otra obligación mucho más importante y cuya ejecución sería la mayor garantía para los menores. Volveremos á ello.

*Núm. 5. De las determinaciones que puede tomar el consejo de familia en lo relativo á la hipoteca legal del menor.*

308. ¿Puede el consejo de familia renunciar la hipoteca legal del menor? Así presentada la pregunta no tiene sentido, pues implica una herejía. La ley es la que da al menor una hipoteca en razón de su incapacidad. En este sentido la hipoteca es de orden público en el sentido propio de esta expresión, pues las leyes de orden público son las que se refieren al estado de incapacidad de las personas (t. I, núms 47-49); y es de principio que los particulares no pueden derogar las leyes de orden público. Esto decide

nuestra cuestión, si es que la hay. El consejo de familia menos que cualquiera puede renunciar á una garantía que la ley concede á los incapaces, pues su misión es la de cuidar de que esta garantía sea eficaz; él es quien especifica la hipoteca y puede encargar á uno de sus ministros de requerir su inscripción. ¿Se concibe que la autoridad que está encargada de proteger á los incapaces los despoje de una garantía que tiene obligación de hacer efectiva? Es inútil insistir, puesto que nadie pensó jamás en sostener lo contrario; si decimos algo de ello es para recordar un principio fundamental, aunque elemental, que prohíbe á los particulares derogar las leyes de orden público; diremos más adelante que las autoridades conocen cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer.

309. Otra es la cuestión zanjada por el art. 9: «El consejo de familia podrá, según las circunstancias, declarar que no se tomará ninguna inscripción en los bienes del tutor. Esta declaración tendrá efecto sólo hasta su revocación.» Hay una diferencia esencial entre la declaración de que no se tomará ninguna inscripción y la renuncia de la hipoteca. La renuncia de la hipoteca arrastra su extinción (art. 108, 2.º; Código Civil, art. 2180); mientras que la declaración de que la hipoteca no será inscripta deja subsistir esta hipoteca, la que siempre podrá inscribirse, puesto que la deliberación del consejo de familia es revocable. Sin embargo, de hecho la decisión de que ninguna inscripción será tomada equivaldrá amenudo á una sentencia; subsistiendo durante el curso de la tutela las razones, buenas ó malas, que inclinaron al consejo á no especificar la hipoteca el consejo no volverá sobre su determinación; resultará de esto que la hipoteca, aunque subsistiendo en teoría, será ineficaz, puesto que todos los efectos de la hipoteca dependen de su inscripción. La facultad que la ley da al consejo de no tomar inscripción es, pues, muy

peligrosa. ¿Por qué se la concedió? ¿Y en qué casos debe usarla?

310. El texto da al consejo el poder de renunciar á la inscripción según las circunstancias. Esto es muy vago. ¿Cuáles son estas circunstancias? La disposición fué propuesta por el Ministro de Justicia; la comisión de la Cámara la adoptó y justificó así: «Pueden existir hipotecas en que la inscripción sea inútil; por ejemplo, si el menor no posee más que inmuebles.

Por otra parte, es posible que el menor tenga un haber tan poco importante que su interés bien entendido exija que se dispense de una medida que arrastra gastos inútiles cuando el tutor presenta, por lo demás, por su posición y su moralidad, suficientes garantías. La comisión es de opinión que debe dejarse en este punto al consejo de familia cierta latitud de apreciación, tanto más que su determinación podrá siempre ser diferida al tribunal de primera instancia.»

Esta explicación no nos parece del todo exacta. ¿Es verdad que el consejo de familia deba dispensar de la inscripción cuando la fortuna del menor es inmobiliar? De seguro la ley no dice esto, más bien dice lo contrario. El artículo 49 dice que el consejo fija la suma por la que debe tomarse la inscripción en relación á la naturaleza de los valores de que se compone la fortuna del menor; es decir, según que es mueble ó inmobiliar (núm. 299); debe, pues, tomarse inscripción siempre que la fortuna del menor consista en muebles ó en inmuebles, sólo que la suma será menor en la primera hipoteca porque el perjuicio posible es menor. Lo mismo pasa con la hipoteca legal de la mujer: si se casa sin contrato tendrá una hipoteca por su dote inmobiliar, como lo diremos más adelante, aunque el marido no pueda, así como el tutor, disponer de los inmuebles y que además tenga el goce de ellos; pero es irresponsable de su administración,

como el tutor; y desde que hay responsabilidad tiene que haber hipoteca. (1)

El único caso en el que el consejo de familia deba usar de la facultad que le da el art. 49 es cuando la fortuna del menor es muy módica y que, además, el tutor presenta garantías personales que hacen inútil la garantía hipotecaria. Pero así limitada la facultad de dispensar de la inscripción es peligrosa. Los consejos de familia han abusado de ella; en los primeros años que siguieron á la publicación de la ley la cláusula de renuncia era casi de estilo, y así interpretada la ley merecería que se la criticase, como lo ha sido por un magistrado alemán. (2) El legislador no es responsable de la mala aplicación que los consejos de familia hacen de una inscripción muy racional; la garantía puede ser inútil; desde luego la inscripción se hace frustratoria. Pero es sobrepasar la ley y violarla el decidir, como se ha hecho, que no hay lugar á inscripción porque la fortuna del menor es inmobiliar y que su tutor presenta garantías suficientes por su posición. Cuando un consejo toma semejante determinación el deber del juez de paz es formar oposición y el deber de los tribunales es ejecutar la ley.

311. Mucho menos aún puede el consejo de familia dispensar al tutor de ministrar hipoteca por motivo de «que el tutor inspira confianza.» Los consejos de familia piensan que la hipoteca es una medida de desconfianza y que el temor que la motiva no tiene razón de ser cuando por su honorabilidad y su fortuna el tutor inspira entera confianza. La ley no se conforma con las garantías morales, que podrán dar lugar á amargas decepciones; quiere una seguridad real, inmobiliar, desde que el menor tiene intereses que cuidar. En el caso en que esta determinación se to-

1 Compárese Martou, t. II, p. 372, núm. 788.

2 Véanse los detalles en Timmermans, ps. 13 y siguientes. Cloes, t. II, página 175, núm. 1183.