

mara los menores tendrían una fortuna relativamente considerable y la solvencia de la madre tutora estaría expuesta á todas las eventualidades del comercio. La deliberación fué anulada. (1) ¡Cosa singular! La circunstancia de que el tutor era comerciante fué invocada por otro miembro de la familia para decidir que no había lugar á tomar inscripción en sus bienes. «Visto que el tutor debe inspirar una confianza absoluta y que una inscripción hipotecaria podría perjudicar el interés de sus hijos atacando su crédito.» Sin duda que la hipoteca legal disminuye el crédito del tutor. Esto no impidió que el legislador la decretara; trató de conciliar los intereses del tutor con los del menor, ordenando la especificación; ir más allá es sobrepasar la ley y violarla. La determinación fué igualmente anulada. (2)

Preferimos estas decisiones, aunque menos severas, á una sentencia de la Corte de Lieja. Un consejo de familia dispensó al padre tutor de toda garantía, fundándose en su solvencia y en su honorabilidad bien reconocidas. Por oposición del juez de paz el tribunal mantuvo la decisión. Apelación del juez de paz, á la que se adhirió el Procurador del Rey. La Corte de Lieja reconoce que la decisión del consejo de familia no estaba suficiente motivada. Debía decirse más: tal cual estaba motivada constituía una violación de la ley, pues si el motivo banal invocado por el consejo bastaba para renunciar la inscripción ya no había hipoteca legal. Para ilustrarse la Corte oyó al tutor en cámara de consejo; la sentencia dice que las explicaciones del tutor ministran la prueba de la necesidad de la declaración hecha por el consejo. ¿Y qué importa? ¿Acaso sólo establece la ley una garantía real para la falta de garantía personal? Es, al contrario, porque no tiene en cuenta estas garantías

1 Sentencia del Tribunal de Namur de 21 de Diciembre de 1871 (Pasicrisia, 1872, 3, 165).

2 Sentencia del Tribunal de Namur de 19 de Julio de 1876 (Pasicrisia, 1876, 3, 346).

personales, por lo que quiere una garantía real. La Corte agrega que resultaba de las mismas explicaciones que el tutor tenía seriamente el *proyecto* de adquirir, en nombre del pupilo, valores inmobiliarios y emplear á este objeto las sumas propias de la menor hasta concurrencia de unos 500,000 ó 600,000 francos. Si la Corte entiende decidir que no hay lugar á tomar inscripción cuando la fortuna mobiliar se emplea en inmuebles se equivoca (núm. 310); la ley dice implícitamente lo contrario. (1) Y en el caso sólo existía un *proyecto* de adquisición. La fortuna de la menor era, pues, mobiliar cuando la deliberación; por tanto, el consejo debía, bajo todos conceptos, tomar inscripción; el juez de paz había apreciado bien la situación formando oposición é interponiendo apelación y la Corte hubiera debido mantener la fuerza de la ley.

312. El art. 49 dice que la declaración del consejo que dice que no hay lugar á inscripción es siempre revocable. Así es con toda deliberación acerca de la hipoteca legal del menor. Por una parte el monto de la suma por la que la inscripción se tomará depende de la fortuna del menor y de la naturaleza de los valores de que se compone; y la fortuna del menor puede aumentar y algunas veces también disminuir; y la naturaleza de los bienes puede igualmente cambiar: de mobiliar que era la fortuna puede convertirse en inmobiliario; y cuando los elementos por los que se determina la extensión de la garantía hipotecaria llegan á modificarse la hipoteca tiene también que ser modificada. La ley pone dos hipótesis: la en que las garantías se vuelven insuficientes y la en que se convierten en excesivas. En uno y otro caso hay lugar á revocar la primitiva deliberación, pero las condiciones difieren.

313. «En el caso en que las garantías dadas al menor se hicieran insuficientes el consejo de familia *podrá* exigir un

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

aumento en la suma que debía garantizar la hipoteca, ó la extensión de esta hipoteca á otros inmuebles» (art. 58). Si la ley dice que el consejo *podrá* exigir un suplemento de hipoteca esto no quiere decir que sea una facultad para esto: es una obligación, á no ser que se encuentre en las circunstancias que permiten renunciar á una inscripción suplementaria (núm. 310); el consejo tuvo un cargo: el de cuidar los intereses del menor. El suplemento de hipoteca puede consistir en un aumento de la suma por la que se tomó inscripción; esto bastará si el inmueble no está gravado por todo su valor. Si las inscripciones absorbieran el valor de los inmuebles el consejo tendría que tomar inscripción nueva en otros inmuebles del tutor.

La ley supone que la inscripción primitiva se convierte en insuficiente á consecuencia del aumento de fortuna del menor. La insuficiencia puede proceder también de la pérdida ó deterioro de los inmuebles en los que se tomó la inscripción. En este caso la suma queda la misma, pero hay lugar á tomar inscripción en otros inmuebles del tutor. Es en vista de esta eventualidad por lo que el art. 58 admite una alternativa; en una de la hipótesis hay que aumentar la suma mientras que en la otra hay que tomar inscripción en nuevos inmuebles.

Aun hay una causa de insuficiencia que la ley no prevee y que se debe presentar muy amenudo. El consejo de familia especifica la hipoteca en un momento en que no tiene conocimiento exacto de la fortuna del menor; la apreciación que hiciera sería necesariamente conjetural; habrá, por consiguiente, insuficiencia ó exceso de la garantía que estipuló y, por lo mismo, la inscripción se deberá modificar (número 298).

Cuando há lugar á extender la inscripción á otros inmuebles el consejo puede ser estorbado por una imposibilidad. Si el tutor no posee otros inmuebles, ó si los posee,

pero de un valor insuficiente, será imposible hacer una inscripción suplementaria. Esta garantía se reemplazará por el depósito de los capitales del menor en la caja de la oficina de depósito. Dijimos en el título *De la Tutela* que así es el derecho común, con arreglo á la nueva ley, en el caso en que el tutor no posea inmuebles ó que los que posea sean insuficientes para responder por la totalidad de la gerencia (arts. 55-57).

314. Hay todavía una hipótesis en la cual la inscripción es insuficiente desde el principio cuando el tutor no poseyera inmuebles suficientes; y cuando no poseyera ningunos el consejo no podría especificar la hipoteca. Si en este caso llega á tener inmuebles el tutor durante el curso de la tutela la ley quiere que se proceda como se dice en los artículos 49 y siguientes; es decir, que el consejo de familia será convocado para especificar la hipoteca y para vigilar que se haga inscripción de los bienes del tutor, ya sea primera inscripción, ya suplementaria.

En el espíritu de la ley el menor debe tener una garantía real; desde que sea posible realizarlo el consejo de familia debe ser convocado para proceder á la especificación. Toca naturalmente al tutor convocar al consejo, pero está colocado entre su conveniencia y su deber. En esta situación el subrogado tutor debe obrar, puesto que la ley le impone el deber de intervenir en el caso en que haya conflicto entre el tutor y su tutelado (art. 420). Se dijo cuando la discusión que se debe aplicar la ley en este sentido. (1) Estas declaraciones, aunque emanadas del Ministro y del relator de la comisión, desgraciadamente no tienen ninguna autoridad legal, y cuando se trata de imponer una obligación se necesita una ley. En la especie se puede invocar la disposición general del art. 420.

1 Sesión de la Cámara de 7 de Febrero de 1851 (Parent, p. 327). Compárese Cloes, t. II, p. 413, núm. 1257; y Martou, t. II, p. 411, núm. 850.

Si el depósito del capital del menor en la caja de la oficina de depósito se ha hecho con arreglo á los arts. 55 y 56 y que después llegue á tener inmuebles el tutor en los que se haga inscripción suficiente el depósito no tiene ya razón de ser, puesto que sólo fué ordenado para suplir la hipoteca. En el espíritu de la ley la hipoteca reemplaza la garantía y hace, por consiguiente, inútiles las garantías subsidiarias que la ley prescribe cuando llega á ser imposible la inscripción hipotecaria juzgada suficiente por el consejo. Todos se hallan de acuerdo acerca de este punto. Sólo que para regularizar la posición del tutor la ley habría debido exigir una deliberación del consejo que la autorizara para retirar el capital. En el silencio de la ley los autores recomendaban al consejo que especificara la hipoteca de revocar la decisión que tomó relativa al depósito en la caja de depósitos. (1)

315. La inscripción puede también llegar á ser excesiva: «si las garantías ministradas por el tutor se hicieran evidentemente excesivas durante el curso de la tutela el consejo de familia podría, después de haber oído al subrogado tutor, restringir por una deliberación motivada las seguridades primitivamente exigidas» (art. 60). La inscripción es excesiva cuando sobrepasa la garantía real á la que el menor tiene derecho; el excedente puede recaer en la suma por la que se hizo la inscripción, ya de los inmuebles gravados de la inscripción en virtud de la decisión del consejo. Hay excedente en cuanto á la suma si la fortuna del menor, desconocida cuando la especificación, es menor que lo que se había creído, hallándose la sucesión á la que fué llamado cargada de deudas que no se esperaban. Aun hay exceso cuando la fortuna mobiliaria del menor se convierte en inmuebles y que la suma por la que se ha hecho la inscripción se ha fijado en razón de la naturaleza de los

1 Martou, t. II, p. 413, núm. 853. Cloes, t. II, p. 211, núm. 1255.

valores. En fin, la naturaleza del menor puede disminuir por accidentes, un siniestro, una quiebra. En cuanto al crédito eventual del menor disminuye también y há lugar á reducir la inscripción en cuanto á los bienes si se ha hecho sobre varios inmuebles; podrá reducirse de manera de dejar libres los inmuebles que sea inútil gravarlos. El crédito del tutor se aumentará sin perjuicio para el menor.

La ley prescribe las condiciones bajo las que se debe hacer la reducción. Hay más dificultad cuando se trata de reducir las garantías que cuando se trata de aumentarlas. Reduciendo la inscripción se quita al menor una garantía en la que había adquirido un derecho; lo cual sólo se debe hacer cuando está probado que la reducción no ocasiona ningún perjuicio al menor; en este caso constituye un derecho al tutor, porque no debe á su pupilo una garantía excesiva; es para proporcionar la hipoteca sin la garantía que es necesaria al menor por lo que la ley quiere que sea especificada. Desde luego se necesita que la garantía sea evidentemente excesiva, lo que implica que el exceso sea de alguna importancia; una ligera disminución de fortuna no bastaría para reducir la reducción, porque por una parte no aumentaría en nada el crédito del tutor y por otra sería perjudicial al menor en el caso en que los bienes hipotecados perdieran su valor. En segundo lugar, se necesita que el subrogado tutor sea oído; esto es de derecho común, porque tendiendo la demanda del tutor á la reducción de la inscripción levanta un conflicto entre él y su pupilo; y desde que hay oposición de intereses el subrogado tutor debe intervenir para garantizar al menor contra el tutor que, puesto entre su deber y su conveniencia, podría olvidar su deber. En tercer lugar, la deliberación debe ser motivada; toda deliberación relativa á la hipoteca legal del menor debe estar motivada (núm. 286); con mayor razón la que tiende á disminuir la garantía de que gozaba.

316. Tales son la condiciones requeridas para la validez de la deliberación del consejo de familia. El art. 60 agrega que debe estar sometida á la homologación del tribunal. Esta es una excepción al derecho común; está fundada en la gravedad de la decisión. La ley tiene razón de no fiarse en los consejos de familia que muy amenudo obran por consideraciones personales; cuando el legislador tiende á la imparcialidad debe dirigirse á la autoridad judicial. Los jueces también podrían ser engañados si no oyeran más que á los defensores del consejo de familia; para ilustrarlos la ley quiere que el Ministerio Público dé su opinión y además el Procurador del Rey sea parte en causa, porque la ley dice que el tribunal estatuirá contradictoriamente con él. Se debe, pues, aplicar lo que hemos dicho antes de la oposición (núm. 296).

Se ha pretendido que las palabras *y contradictoriamente con él* aun tenían otra consecuencia; esto es, que el tribunal debe pronunciar su sentencia en audiencia pública. El Tribunal de Bruselas ha desechado esta interpretación en una sentencia muy bien motivada. (1) Es de principio que las sentencias de homologación se hacen en cámara de consejo; y la ley de 1851 guarda silencio en el procedimiento; se traslada por esto mismo al derecho común. Si dice que el tribunal debe estatuir contradictoriamente al Ministerio Público es para marcar que el Ministerio Público es parte en el proceso; esto no tiene nada de común con la publicidad.

317. ¿Puede el consejo de familia decidir que la inscripción se cancele totalmente? Se supone que toda la fortuna del menor llegará á perecer: la inscripción será, en este caso, reducida ó cancelada. En teoría la solución no es dudosa; el menor no tiene derecho á ninguna garantía cuando no

1 Sentencia de 24 de Febrero de 1855, informe por Martou (t. II, p. 418, número 860), y por Cloes (t. II, p. 219, núm. 1271).

puede tener crédito contra su tutor; luego si el crédito eventual que tenía se desvanece la inscripción no tiene razón de ser; por tanto, el tutor tiene el derecho de pedir la cancelación. Queda por saber si la ley deroga estos principios. Se opone el art. 49, en cuyos términos el consejo de familia puede declarar que no se hará ninguna inscripción en los bienes del tutor, pero ningún texto autoriza al consejo á hacer la cancelación de la inscripción que se ha tomado; el art. 60 implica, al contrario, que no tiene este derecho, puesto que sólo permite reducir la inscripción. El argumento nos parece débil. Desde luego hay que separar el art. 60, que prevee el caso en que la inscripción es excesiva, mientras que nosotros suponemos que no tiene razón de ser. El art. 49 da una razón de analogía en favor de nuestra opinión; si el consejo puede decidir que no se hará ninguna inscripción aunque el menor tuviere alguna fortuna, con mayor razón puede y debe hacer cancelar la inscripción cuando no hay derechos que garantizar. En realidad la ley no prevee la cuestión; debe decidirse conforme á los principios; y conforme al art. 95 (Código Civil, art. 2160) el tribunal debe ordenar la cancelación cuando la cancelación no está fundada en ningún título ó, como dice la ley, cuando el título se extingue. ¿Y cuál es en el caso el título en virtud del cual se ha hecho la inscripción? La ley obliga al consejo á especificar la hipoteca que concede al menor para sus *derechos y créditos*, lo que supone que tiene derechos y créditos que garantizar. Si no hay obligación principal á cargo del tutor ¿puede haber una garantía accesoria? (1)

318. ¿Cuál será el efecto de la reducción ó, si há lugar, de

1 Martou, t. II, p. 416, núm. 855 bis. Cloes, t. II, p. 226, núms. 1281 á 1283. En sentido contrario, Beckers, núms. 80 y 156; Timmermans, p. 161, número 111.

la cancelación consentida por el consejo de familia y homologada por el tribunal. Es el efecto de toda reducción ó cancelación de una inscripción hipotecaria. La inscripción cancelada no produce ya ningún efecto, de manera que la hipoteca se hace ineficaz; la inscripción reducida no tiene efecto más que en los límites de la reducción; la hipoteca es, pues, parcialmente ineficaz. En uno y otro caso la hipoteca subsiste, á menos que la radiación esté fundada en la extinción de la hipoteca. Y la hipoteca del menor no puede extenderse, puesto que es legal; subsiste por tanto tiempo como dura la causa por la cual la ley la estableció; en tanto que hay tutela hay necesariamente una hipoteca legal en provecho del menor. Esta hipoteca puede perder su eficacia en todo ó en parte si la inscripción está cancelada ó reducida, pero no deja de subsistir y puede perder su fuerza en virtud de una nueva deliberación del consejo de familia, como vamos á decirlo.

El art. 108, 3.º, se expresa, pues, inexactamente al decir que las hipotecas se *extinguen* por los efectos de las *sentencias* en los casos previstos por los párrafos 1 y 2 de la 1.ª sección del capítulo III; es decir, en los casos de los arts. 60 y 72. No es cierto decir que la *hipoteca* del menor se extingue por efecto de las sentencias que restringen ó desvanecen la inscripción hipotecaria. El legislador se ha colocado en el punto de vista práctico considerando como *extinguida* una hipoteca que no produce ningún efecto. Pero si no lo produce para el menor puede llegar á ser eficaz por una nueva deliberación del consejo. Toda deliberación del consejo relativa á las garantías hipotecarias del menor es esencialmente revocable (núm. 312). Sucede lo mismo cuando el tribunal la ha homologado: la homologación es un acto de jurisdicción gratuita; el juez aprueba lo que el consejo ha hecho, pero su aprobación no liga al consejo y no tiene la autoridad de cosa juzgada. El consejo puede, pues, te-

ner una deliberación nueva por la que requerirá inscripción de los bienes del tutor.

Esto no se ha contestado. Pero parece á primera vista que para revocar la decisión que ha reducido ó quitado la inscripción se necesita que haya un cambio en el estado de fortuna del menor. Generalmente pasará así, pero se debe tener cuidado de poner una condición. Esto es lo que la Corte de Gante había hecho. La sentencia fué casada, y debía serlo, porque sometía la deliberación del consejo á una condición que la ley no exige. La ley dice, en verdad, que los miembros del consejo pueden hacer oposición á la deliberación y fija el plazo en el que deben hacerlo; pero el derecho de oposición nada tiene de común con el derecho del consejo de determinar en el curso de la duración de la tutela las garantías hipotecarias del menor con una completa libertad. Esto también está fundado en razón. El consejo se puede engañar y su deliberación puede inducir al tribunal al error; interesa, pues, con relación al menor, que el consejo pueda revocar sus deliberaciones, aunque en nada hubiere cambiado la situación del menor. (1)

319. Se pregunta si el último que muere de los padres y madres que nombran un tutor por testamento puede restringir la hipoteca legal del menor. Esta es una cuestión que no debía sentarse; está decidida negativamente por el texto y por el espíritu de la ley. La ley establece la hipoteca, y es la que determina para quién no la hipoteca sino la inscripción se especifica y reduce si há lugar. Y la hipoteca legal es de orden público. ¿Con qué derecho, pues, el padre la restringiría? Tiene el mismo afecto, al menos, se dice, por su hijo que un consejo de familia. Sin duda, ¿pero el derecho es una cuestión de afecto? Se agrega que con arreglo á la nueva ley el testador puede constituir una hi-

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

poteca. (1) La razón también es mala porque el art. 44 no da ese poder al testador sino para los legados que hace. Y la hipoteca testamentaria depende de la voluntad del testador. ¿Acaso la hipoteca legal depende, sobre lo que sea, de la voluntad de las partes interesadas? No insistimos más; si hemos hablado de la cuestión es para enseñar á lo que conduce el lenguaje inexacto en esta materia. Se empieza por asimilar la hipoteca legal á la hipoteca convencional, después se da al testador un poder que le niegan la ley y los principios, confundiendo la hipoteca legal con las hipotecas que dependen de la voluntad del deudor (núm. 320).

320. ¿Puede reemplazarse la hipoteca legal por otras garantías? Se asombra uno de ver sentadas tales cuestiones y más aún el ver que las resuelven afirmativamente. En la especie se trataba de la tutela de un interdicto. El tutor había empleado una gran parte de la fortuna del interdicto en compras de inmuebles y en rentas del Estado. En cuanto al excedente de las rentas, dice el tribunal, está bastante protegido por la posición social del tutor, extraño á las operaciones comerciales, por las medidas del empleo y entrega de estados anuales prescriptos para el tutor, agregándose á la oferta subsidiaria de éste de consignarles los créditos ó valores de la Bolsa hasta concurrencia de 2000 francos en garantía de su gerencia. El tribunal acepta dicha oferta y decide que en la especie una inscripción hipotecaria sería una medida negatoria. ¿Cómo motivan los jueces esta decisión? La inscripción hipotecaria forma el principio; pero el tribunal aprecia las circunstancias particulares que puedan dispensar la hipoteca legal. (2) Aquí hay una confusión de ideas. La facultad de dispensar supone que el menor no tiene necesidad de una garantía; y en la especie

1 Cloes, t. II, p. 229, núm. 1285, según Pont, t. I, p. 598, núm. 545.

2 Sentencia del Tribunal de Namur de 5 de Julio de 1875 (Pasicrisia, 1876, 3, 49).

el tribunal prescribía garantías; las juzgaba, pues necesarias; queda por saber si le tóca á él contentarse con otras garantías que las que la ley da á los menores é interdictos. Sentar la cuestión es resolverla. La hipoteca legal es esencialmente de orden público, puesto que está establecida en garantía del interés de los incapaces (núms. 187-243). Y sólo el legislador puede establecer las garantías que juzgue necesarias á las personas que en razón de su incapacidad no puedan por sí vigilar sus intereses. El texto mismo de la Ley Hipotecaria lo prueba. Cuando el tutor no tiene inmuebles ó los que tenga sean insuficientes no puede haber hipoteca legal ó la hay insuficiente; en este caso no se trasporta la ley á los tribunales para determinar las seguridades que deba ministrar el tutor? Nó, el legislador mismo las ha organizado. El sistema de la ley, es pues, éste. Há lugar á inscribir los bienes del tutor; el consejo de familia debe hacerlo, no puede aceptar ninguna otra garantía. La inscripción hipotecaria es inútil, no há lugar á exigir otras seguridades. Es insuficiente; la ley ordena lo que debe hacerse.

§ IV.—DEL ESTADO DE LAS TUTELAS Y DE LA VIGILANCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

*Núm. 1. Del estado de las tutelas.*

321. El art. 63 hace intervenir la autoridad judicial para asegurar la ejecución de las medidas que prescribe para la especificación de la inscripción de la hipoteca del menor. Esto es una disposición de la más alta importancia. No se puede contar con los consejos de familia; la indiferencia de los parientes iguala su ignorancia. Al imponer los deberes múltiples en materia de tutela el legislador, por su parte, contrae la obligación de cuidar de que los hombres estén interesados en sus deberes y que sus sentimientos morales