

256. Este sistema garantizaba completamente los intereses de los incapaces, pero les sacrificaba el interés de los terceros. ¿En qué se convertía la publicidad y la especialidad, bases del régimen hipotecario, cuando la mayoría de las hipotecas eran generales y ocultas? Los autores del Código Civil comprendían que la publicidad dejaba de ser una garantía para los terceros si no se inscribían las hipotecas legales. Treilhard, que en el Consejo de Estado sostuvo la necesidad de la inscripción sin ninguna excepción, dice en la Exposición de Motivos que si era justo proteger la debilidad de los menores y de las mujeres no era menos necesario evitar que los terceros fueran engañados. El Código Civil prescribía, en efecto, medidas severas para lograr este fin; declaraba estelionatarios á los maridos y tutores que no declaraban á aquellos con quienes trataban que sus bienes estaban gravados con una hipoteca legal; encargaba á los padres de los menores y de la mujer vigilaran que se hiciera la inscripción; imponía los mismos deberes á los comisarios del Gobierno cerca de los tribunales (arts. 2136 y 2137). Pero estas disposiciones nunca se efectuaron. Siendo eficaz la hipoteca de los menores y de las mujeres independientemente de la inscripción no quedaba ni un interés de afecto para hacer inscribir la hipoteca legal; la inscripción no se refería más que á los intereses de los terceros; es decir, al interés público, y no se pensó mucho en el interés general. (1)

Dispensando de la inscripción las hipotecas legales se hacía una excepción á un sistema que no lo implica. La publicidad debe ser completa ó falta á su objeto. ¿Cómo podrían saber los terceros que el inmueble que compraban ó en el que estipulaban una hipoteca no estaba gravado con una hipoteca legal acerca del punto de una tutela ó de un matrimonio? El tutor y el marido podían haber enajenado el fundo; se debía, pues, remontar de venta á venta para bus-

1 Martou, Comentario, t. II, ps. 359 y siguientes, núm. 763

car si entre los precedentes propietarios no se encontraba un tutor ó un marido. Y suponiendo que se descubriese una hipoteca legal no se conocería la importancia del crédito hipotecario, puesto que las hipotecas legales estaban exceptuadas de la especialidad tanto como de la publicidad.

257. Los autores de la ley belga volvieron al sistema de la ley de Brumario; trataron de conciliar los intereses de los incapaces con el interés de los terceros que se identifica con el de la sociedad. (1) Vamos á relatar las medidas tomadas por la Ley Hipotecaria para asegurar la especialidad y la inscripción de la hipoteca legal de los menores y de las mujeres casadas. ¿El legislador belga fué más feliz que el legislador del año VII? Lo ignoramos. Nos parece que el Gobierno debería preocuparse de la ejecución de una ley que interesa en un grado muy alto al crédito y, por consiguiente, á la riqueza pública. ¿Por qué no haber prescrito un informe permanente y por qué no se publica? Veremos estos detalles al tratar de las diversas hipotecas legales. Por ahora se trata de precisar el sistema de la nueva ley. Somete todas las hipotecas al principio de publicidad y de especialidad. En cuanto á la publicidad no hay ninguna dificultad. La inscripción es una condición esencial para que sea eficaz la hipoteca legal; si no está inscrita el acreedor no tendrá ni derecho de preferencia ni de prosecución; es decir, que será un simple acreedor quirografario. Así pasaba bajo el Código Civil con la hipoteca del Estado y de las demás personas civiles; en el sistema de la ley belga la publicidad es una regla sin excepción; las hipotecas de los menores, de las mujeres casadas, de los interdictos, también están sometidas á ella tanto como las del Estado.

En cuanto á la especialidad la ley determina de qué modo la hipoteca legal de los menores y de las mujeres debe

1 Discurso de M. Tesch, Ministro de Justicia (Parent, p. 200).

estar especializada en lo relativo á los derechos y créditos que están garantizados por la hipoteca y en lo relativo á los bienes sobre los que una inscripción especial debe hacerse. En consejo de familia se fija la suma por la que se hará la inscripción en favor del menor y se designan los inmuebles de que está requerida la inscripción. La hipoteca legal de la mujer está especializada, en cuanto al crédito y en cuanto á los bienes, por el contrato de matrimonio ó por el presidente del tribunal. La hipoteca se inscribe después de especializada.

¿Cómo conciliar esta especialización con la disposición del art. 47, en cuyos términos los menores y los interdictos tienen una hipoteca en *los bienes* de su tutor y las mujeres en *los bienes* de su marido? Decir que la hipoteca legal recae en *los bienes* de los *tutores* y de los *maridos* es decir que sobre todos sus bienes, aun en los futuros; por consiguiente, es general. ¿Cómo la hipoteca de los menores y de la mujer puede ser á la vez general y especial? La contradicción es aparente. La hipoteca es general en el sentido de que recae en todos los bienes del deudor de modo que en rigor puede inscribirse en todos sus bienes. Es especial en el sentido de que la ley vigila que la inscripción se haga sólo en los bienes cuya afectación sea necesaria á la garantía del acreedor; si la inscripción hecha pasa las necesidades de esta garantía el acreedor no podrá pedir la reducción. De este modo el tutor siempre podrá pedir que la inscripción hecha en los bienes sea reducida si es excesiva. De igual modo el marido puede pedir que la inscripción hecha en virtud de la orden del presidente sea reducida en caso de exceso. Si no puede pedir la reducción de la inscripción hecha en virtud del contrato de matrimonio es que ha concurrido á especializar la hipoteca para seguridad del dote y de las convenciones matrimoniales y no puede volver sobre una convención que es irrevocable. De aquí se

sigue que en el sistema de la ley belga la hipoteca sea siempre especial en el sentido de que la inscripción sólo recae en los inmuebles necesarios para dar una garantía suficiente á los menores y á las mujeres casadas. Inscripción se puede tomar en todos los bienes del tutor y del marido si esto es necesario para garantizar los intereses de los incapaces, pero si no es necesario sólo se inscribirá en los inmuebles que el acta de especialización afecta á la garantía de los acreedores, y la inscripción podrá reducirse según la necesidad.

Lo que dijimos de los menores se aplica á los interdictos, como lo prueba el título del § I que trata de la especialidad de la hipoteca de los menores. Además las leyes sobre la tutela de los menores se aplican á la tutela de los interdictos (art. 509). En cuanto á los enajenados de los hospicios, casas de salud, la ley no habla de ellos. Como el administrador provisional reemplaza al tutor para los enajenados no interdictos se debe aplicar por analogía á la hipoteca de los enajenados lo que dice la ley de la hipoteca de los interdictos, la que se identifica con la de los menores.

258. Queda la hipoteca legal del Estado, de las provincias, municipios y establecimientos públicos. La ley no exige que sea especializada por una acta que preceda á la inscripción, como lo prescribe para la hipoteca del menor y de la mujer casada. Esto no quiere decir que el Estado pueda hacer una inscripción general sobre todos los bienes presentes y futuros del director, toda inscripción hipotecaria debe ser especial; el art. 89 (Código Civil, art. 2153) lo dice terminantemente de la hipoteca del Estado: se inscribe la presentación de dos *bordereaux* que deben contener, entre otras cosas, la naturaleza de los derechos por conservar y el *monto* de su valor determinado ó eventual, así como la indicación *especial* de la naturaleza y situación de *cada uno de los inmuebles*. Pero si la inscripción debe ser especial

puede, no obstante, recaer en todos los inmuebles del deudor, cualquiera que sea su valor, aunque sobrepase en mucho al monto del crédito tal como se encuentra especializado en la inscripción. La inscripción puede, pues, exceder á la garantía que el Estado necesita para el pago de su crédito, sin que el que tiene que dar cuenta pueda pedir la reducción. En definitiva el Estado tiene una hipoteca general en los bienes presentes y futuros del que tiene que dar cuenta, salvo que tenga que hacer una inscripción especial en cada inmueble, mientras que la hipoteca de los menores y de las mujeres casadas es especial en el sentido de que el acreedor no puede inscribir más que en los inmuebles determinados en el acta de especialización, y el deudor siempre puede pedir la reducción, salvo en el caso en que esté formada por convención. ¿Cuál es la razón de esta diferencia entre la hipoteca legal del Estado y las demás hipotecas legales? La especialización de la hipoteca puede comprometer el interés del acreedor en el caso en que la inscripción, suficiente en el momento de hacerse, se vuelve insuficiente en el momento de la venta del inmueble á consecuencia de la disminución del valor de los bienes. Y la insuficiencia de la garantía hipotecaria comprometería el interés del fisco, que es un interés general y el más legítimo de los intereses, puesto que en un Estado fundado en la soberanía del pueblo el derecho del Estado es el de todos los ciudadanos; de modo que si el fisco pierde pierden los demás. Valdría más que la inscripción del Estado fuese excesiva y no insuficiente. Lo cual quiere decir que la hipoteca del Estado debe ser siempre y necesariamente excesiva; puede hacer la inscripción sobre cada uno de los bienes del que tiene que dar cuenta, ya presentes, ya futuros, pero de hecho inscribirá sólo en los bienes que parecieron necesarios para resguardar plenamente los derechos del fisco. Lo que acabamos de decir del Estado se aplica á las provincias, á los municipios y los esta-

blecimientos públicos. En todos estos casos se trata de intereses generales que resguardar; podrán inscribirse todos los bienes del que tiene dar cuenta, sin que éstos tengan el derecho de pedir reducción.

259. Hay privilegios ó hipotecas legales anteriores á la Ley Hipotecaria que están dispensadas de la inscripción. La ley de 26 de Diciembre de 1817 confiere al fisco un privilegio ó una hipoteca sobre los inmuebles de la sucesión para la percepción del impuesto que establece. Esta hipoteca es oculta. Se ha sostenido que la ley de 1817 estaba abrogada, en este punto, por la ley de 16 de Diciembre de 1851 que somete todas las hipotecas á la publicidad. La Corte de Bruselas no admitió esta interpretación, y con razón. Resulta del texto y del espíritu de la ley que no entendió regir los derechos del tesoro público. El art. 15 mantuvo expresamente las leyes antiguas. Esta disposición no hizo más que aplicar una regla general de interpretación. Las leyes generales no derogan las especiales, y las leyes relativas á los derechos del fisco son esencialmente especiales nada tienen de común con la legislación general del Código Civil y de la Ley Hipotecaria que reemplaza al título *De las Hipotecas*. El informe de la comisión está en este sentido. (1)

*ARTICULO 2.—De la hipoteca legal de los menores, interdictos y enajenados. (2)*

260. El § 1.º de la sec. I se intitula así: «De las garantías que deben ministrar los tutores en interés de los menores y de los interdictos.» ¿Por qué la ley habla de garantías en vez de mencionar la *hipoteca legal*? Es porque contiene disposiciones destinadas á garantizar los intereses

1 Bruselas, 21 de Junio de 1877 (Belgica Judicial, 1877, p. 1073).

2 Timmermans, De la obligación tutelar y del derecho de revisión de los tribunales (Bruselas, 1874).

de los incapaces en el caso en que el tutor no tuviera inmuebles y en el caso en que fueran insuficientes (artículos 55-57). La ley llena un vacío del Código Civil. Cuando el tutor no tuviere inmuebles la garantía real del menor era nula; era insuficiente cuando la fortuna inmobiliar del tutor no estaba en relación con los derechos eventuales del menor; y el Código no le daba otro. Hemos dicho al tratar de la tutela cuáles son las nuevas disposiciones que la ley belga hizo en favor de los menores. La ley da todavía una garantía á los menores en lo referente al reembolso de los capitales no exigibles ó de créditos á plazo que no deben vencer sino hasta la mayor edad del tutoreado (art. 61); hicimos conocer la innovación en el título *De la Tutela* (t. V, núms. 53, 59 y 61).

El art. 62 de la Ley Hipotecaria dispuso que el art. 55 no ataca los derechos que los arts. 384, 387 y 453 aseguraban al padre y á la madre. Se trataba del usufructo legal. Teniendo los padres el goce de los bienes pertenecientes á los hijos el consejo de familia no puede estorbar este goce ordenando al padre ó la madre tutores que entreguen el excedente de los productos y los gastos en la caja de depósitos y consignaciones. ¿Podrá ordenar el depósito de los capitales? Esto nos parece dudoso, pues sería reducir á los padres á los intereses mínimos que paga la caja de depósitos y consignaciones. (1)

261. El párrafo primero no habla de los dementes no interdictos que están colocados en un hospicio ó en una casa de salud. Como el administrador nombrado para girar sus bienes ejerce las funciones de tutor se debe aplicar por analogía á la hipoteca legal de los dementes lo que la ley dice de la hipoteca legal de los interdictos y de los menores.

1 Compárese Martou, Comentario, t. II, p. 429, núm. 878.

§ I.—DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A LA HIPOTECA LEGAL.

262. Los menores ó interdictos tienen una hipoteca en los bienes de su tutor. Todo tutor está, pues, sometido á la hipoteca, pero no todo administrador, aunque la administración interesara á menores ó interdictos: es necesario que la administración sea una tutela para que haya lugar á la hipoteca legal. Tal es el principio; sirve para decidir las dificultades numerosas que han surgido en el punto de saber cuáles son las personas sometidas á la hipoteca de los menores. Siendo la hipoteca legal de estricta interpretación la solución es muy sencilla; no puede haber hipoteca legal sin tutela, y en toda tutela hay hipoteca legal. Si los intérpretes se hubieran atendido al texto y al principio que de él deriva nunca hubiera habido controversia en esta materia.

263. ¿Cuándo hay tutela? El título *De la Menor Edad* contesta á la pregunta. Hay una tutela mientras que viven los padres, una tutela deferida por el padre, una tutela de los ascendientes y una tutela deferida por el consejo de familia. La tutela del interdicto es en general dativa y la administración de los bienes de dementes lo es siempre. En todos estos casos hay lugar á la hipoteca legal. Puede suceder que el tutor sea el mismo menor (art. 442, 1.º); esto no impide que esté sometido á la hipoteca legal. Esta hipoteca existe sin consentimiento; no puede, pues, decirse de la hipoteca legal lo que el art. 73 (Código Civil, art. 2124), dice de la hipoteca convencional; el tutor no tiene que tener la capacidad para enajenar porque no es él quien consiente la hipoteca; ésta existe en virtud de la ley solamente. (1)

264. Cuando la madre superviviente se vuelve á casar y que el consejo de familia le conserva la tutela le da ne-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 362, núm. 769.

cesariamente un *cotutor* en el segundo marido (art. 396). El *cotutor* es un tutor; él es quien de hecho y de derecho gira la tutela y es solidariamente responsable de la gerencia; luego está sometido á la hipoteca legal. (1)

La madre tutora que quiere volverse á casar debe convocar al consejo de familia, el que decide si la tutela debe serle conservada. A falta de esta convocación pierde la tutela de plano (art. 395). ¿Si continúa á girar de hecho quedará sometida á la hipoteca legal? La afirmativa está generalmente admitida, salvo el disentimiento de Durantón. (2) En la opinión que hemos enseñado acerca de la tutela de hecho (t. IV, núm. 390) no puede tratarse de hipoteca legal en los bienes del tutor de hecho, puesto que no hay tutela en el sentido legal de la palabra; no hay texto que la establezca en los bienes de una persona que gira ilegalmente la tutela. Y en el caso no hay legalmente tutor; la madre tutora deja de serlo, pues pierde de plano su derecho de tutela; luego está ésta vacante y debería procederse al nombramiento de un tutor por el consejo de familia. La madre usurpa una gerencia que no le pertenece. ¿Hay un texto que grave con hipoteca los bienes de aquel que ejerce ilegalmente la tutela? Nó. Esto es decisivo, pues sin ley no puede haber hipoteca legal. Se objeta que el art. 395 califica de tutela la administración que la madre continúa; la objeción no es seria; es imposible que la ley considere á la madre como tutora cuando acaba de decir que pierde su tutela; es, pues, una tutela ilegal la que gira, y la ley no establece una hipoteca más que en la tutela legal. Hay un vacío en la ley, esto es seguro; si el menor tiene una garantía contra el tutor legal con más razón debiera tenerla cuando el tutor gira ilegalmente la tutela. La doctrina y la ju-

1 Pont, t. I, p. 533, núm. 449.

2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 209, nota 13, pfo. 264 bis. Debe agregarse Bruselas, 3 de Febrero de 1830 (Pasicrisia, 1830, p. 32).

risprudencia han llenado este vacío sin derecho, pues sólo pertenece al legislador establecer una hipoteca legal. Lo que prueba que hay un vacío es que sería legalmente imposible tomar una nueva inscripción en los bienes de la madre en el caso en que la inscripción se hiciera necesaria á consecuencia de un aumento de fortuna advenida al menor; el consejo de familia no podría deliberar porque legalmente ya no hay tutela.

Debemos agregar que la comisión de la Cámara de Diputados ha resuelto la cuestión en sentido contrario. Se lee en el informe de M. Lelièvre: «La madre tutora que contrae segundas nupcias pierde su calidad de tutora, pero se entiende que los efectos de la inscripción tomada á su cargo desde la apertura de la tutela continúan en subsistir.» ¡Se entiende! (1) En teoría sí, bajo el punto de vista de los textos nó. La comisión hubiera hecho bien, en este caso, como en muchos otros, de dar su opinión en artículo de ley, pues las opiniones de las comisiones no tienen fuerza legal.

Se pregunta si el nuevo marido estará sometido á la hipoteca legal cuando la madre pierde la tutela por no haber convocado el consejo de familia. La cuestión está controvertida. (2) En nuestro concepto no hay tutela ni hipoteca. El texto de la ley lo dice; según el art. 596 es el consejo de familia quien *da* el segundo marido como *cotutor* de la madre que conserva la tutela. Para que haya *cotutela* es, pues, necesario que el consejo de familia conserve la tutela á la madre y le *dé* en seguida el nuevo marido por *cotutor*, sin la intervención del consejo de familia, no hay *cotutor*, porque en el sistema de la ley belga la hipoteca, aunque se admitiese, sería puramente nominal. En efecto, tiene que ser especificada por el consejo de familia que da el segundo

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 375).

2 Véase, en sentido diverso, Pont, t. I, p. 536, núm. 500, y las autoridades que cita.