

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.

marido como cotutor á la madre, y no hay consejo de familia, no hay nombramiento de cotutor. La pretendida hipoteca, no estando especificada, no puede ser inscripta, y sin inscripción la hipoteca no tiene ningún efecto. (1) Esto es un nuevo vacío. El art 395 declara al nuevo marido solidariamente responsable de todas las consecuencias de la tutela que la madre ha conservado indebidamente; donde hay responsabilidad para una gerencia tutelar, aunque ilegal, debiera también haber una garantía hipotecaria para el menor.

265. ¿La ausencia da apertura á la tutela y, por consiguiente, á la hipoteca legal? Cuando hay tutela hay hipoteca legal, mientras que la administración que no es una tutela no está sometida á la hipoteca legal. La cuestión se reduce, pues, á saber en qué casos hay tutela en caso de ausencia. Transladamos á lo que fué dicho en el título que es el sitio de la materia (t. II, núms. 145, 148, 149, 219 y 221).

266. ¿Está sometido á la hipoteca legal el tutor oficioso? Ya hemos examinado la cuestión en el título *De la Adopción* (t. IV, núm. 240). La doctrina se pronunció por la afirmativa, salvo el disentimiento de Pont. (2) Se entiende que el tutor oficioso no tiene la administración de los bienes, ó si el menor no tiene bienes el consejo de familia decidirá que no hay lugar á tomar inscripción en los bienes del tutor.

267. En materia de substitución fideicomisaria hay un tutor que nada tiene de común con la tutela propiamente dicha, excepto el nombre. No puede, pues, tratarse de una hipoteca legal en los bienes del tutor á la substitución. Transladamos á lo dicho en el título de *De las Donaciones* (t. XIV, núm. 538).

1 Martou, Comentario, t. II, p. 361, núm. 768.

2 Pont, t. I, p. 529, núm. 495, combatido por Aubry y Rau, t. III, p. 209, nota 12, pfo. 264 bis.

268. Hay casos en los cuales se nombra un tutor para representar al menor en un negocio especial; se llaman á estos representantes tutores *ad hoc* (arts. 318 y 838). Se entiende que no están sometidos á la hipoteca legal, pues no tienen administración.

269. El tutor subrogado lleva también el nombre de *tutor* y como es responsable se podría creer que está sometido á la hipoteca legal. Tal había sido, en efecto, la decisión del Consejo de Estado, pero la disposición que se había adoptado fué quitada por proposición del Tribunado. Se lee en las observaciones de la Sección de Legislación: "Es de interés social desprender tanto como sea posible los inmuebles de las hipotecas. Y no hay necesidad de imprimir una hipoteca legal en los bienes del subrogado tutor; para la seguridad de su responsabilidad es racional conformarse con la acción que el menor puede ejercer contra él cuando hay lugar á esta responsabilidad. Habría que temer, además, que los ciudadanos hicieran cuanto pudieran para alejar de ellos las funciones de subrogado tutor si tuvieran que estar gravadas con una hipoteca tan general." (1) Esta es la opinión de todos los autores.

270. Hay personas que tienen que ser asistidas, para ciertos actos, de un curador ó de un consejo: son los menores emancipados, los pródigos y los débiles de espíritu; ¿tienen hipoteca legal en los bienes de los que los asistan? La negativa es tan evidente que ni siquiera debiera preguntarse: no hay tutela, luego no puede haber hipoteca legal. Lo mismo pasa con la administración provisional que la ley organiza en el procedimiento de interdicción (art. 457). Estando encargado de una gerencia el administrador provisional por razón de la incapacidad de la persona cuya interdicción se persigue la ley hubiera podido someterlo á la hipoteca legal; pero no lo hizo, sin duda por las razones

1 Observaciones del Tribunado, núm. 12 [Loché, t. VIII, p. 230].

que inclinaron al legislador á no extender esta garantía al subrogado tutor; no hay que multiplicar inútilmente la inscripción hipotecaria. (1) Lo mismo pasa con los que giran provisionalmente la tutela en virtud de la obligación que la ley les ha impuesto (arts. 394, 419 y 440): una gerencia de tan poca duración no exigía una garantía que por su naturaleza es permanente; la necesidad de inscribir la hipoteca y de cancelar la inscripción hubieran ocasionado gastos frustratorios que la ley hizo bien en evitar conformándose con la acción personal contra los administradores.

271. Hay una administración tan larga y tan importante como la tutela: es la del padre durante el matrimonio. ¿Está sometida á la hipoteca legal? La cuestión está controvertida. (2) Nunca debiera haber sido dudosa. Basta para decidirlo negativamente que el padre administrador no sea tutor; ¿y puede haber hipoteca legal por tutela cuando no hay tutela? Se dice en vano que hay igual razón para decidir, puesto que la administración legal es idéntica á la gerencia tutelar. Aunque hubiera analogía no podría tenerse en cuenta, pues no basta la analogía para extender una hipoteca legal. Los trabajos preparatorios de nuestra Ley Hipotecaria ministran un nuevo argumento en apoyo de esta opinión. Se había propuesto someter al padre administrador á la hipoteca legal. El informe de la comisión del Senado discute la cuestión bajo todas sus faces y concluye desechando la proposición por motivo de que la hipoteca que se daría á un hijo contra su padre atacaría la autoridad de éste ó, cuando menos, la consideración de padre; que la intervención de los parientes llamados á especificar la hipoteca y á inscribirla podría suscitar divisiones en la

1 Aubry y Rau, t. III, p. 207, y nota 7, pfo. 264 bis.

2 Véanse las citaciones en Pont, t. I, p. 527 y las notas. Deba agregarse, en sentido contrario, Bruselas, 22 de Mayo de 1819; Lieja, 3 de Marzo de 1821 y 28 de Marzo de 1822 (Pasieris, 1819, p. 385; 1821, p. 322; 1822, pág. 97).

familia y que, en fin, la experiencia no reclamaba este cambio. (1) Este último motivo nos parece terminante.

Puede suceder, sin embargo, que el menor tenga una hipoteca en los bienes de su padre administrador. Un testador hace un legado en favor de un hijo menor de edad que aun tiene á sus padres, y agrega como condición que debe administrar hipoteca por la garantía de su gestión. No se puede contestar la validez de la condición, puesto que la administración legal y la hipoteca legal son de orden público. Suponiendo que la condición sea válida el padre tendrá que constituir una hipoteca en sus bienes, pero esta hipoteca no es legal, es convencional. (2)

Se ha presentado un caso en el que el hijo tenía una hipoteca legal en los bienes de su padre, no directamente sino como heredero de otro hijo del mismo padre que, nacido de otra madre, se había encontrado á la muerte de ésta bajo la tutela legal de su padre. Teniendo éste una hipoteca legal por todos los derechos que tenía contra su padre tutor transmite estos derechos, con la hipoteca ligada á ellos, al hijo colocado bajo la administración legal del padre común. (3)

§ II.—DE LOS CREDITOS GARANTIZADOS POR LA HIPOTECA.

272. El art. 47, que enumera las hipotecas legales, dice que los *derechos* y *créditos* á lo que la hipoteca legal está atribuida son *los* de los menores é interdictos en los bienes de su tutor. Siguese de esto que todos los *derechos* y *créditos* que un *menor* puede tener contra su *tutor* están garantizados por la hipoteca legal; la naturaleza de los créditos está determinada y limitada por las palabras *menor* y *tutor*;

1 D'Anethán, 2.º informe (Parent, ps. 480 y siguientes).

2 Denegada, 30 de Abril de 1833 (Sirey, 1833, 1, 466). Aubry y Rau, t. III, p. 206, pfo. 264 bis, nota 4.

3 Burdeos, 19 de Marzo de 1875 (Daloz, 1877, 2, 25).

es necesario que el menor sea acreedor á título de pupilo y que el tutor sea deudor por razón de la tutela que ha girado. ¿Cuáles son los derechos que un menor puede tener contra su tutor? La Ley Hipotecaria quiere que los créditos del menor estén especificados; como base de esta especificación indica las causas de donde proceden los derechos del menor contra el tutor; constituye el capítulo de las entradas en la cuenta que el tutor debe entregar. El tutor recibe los bienes que tiene encargo de administrar, recibe los productos y los capitales que son reembolsados; éstos son las entradas. Lleva en cuenta sus gastos y es deudor del saldo. Tal es el crédito ordinario del pupilo contra su tutor; si éste descuidó de dar entrada á sumas que recibió el menor tiene una acción y una hipoteca para la garantía de los derechos que se ve obligado á reclamar en justicia. Este crédito procede directamente de la obligación que incumbe al tutor de dar cuenta de los bienes del menor y de los que tuvo la gerencia.

El art. 49 quiere también que el consejo de familia tenga en cuenta las eventualidades de la responsabilidad del tutor. Según el art. 450 del Código Napoleón el tutor debe administrar los bienes del menor como un buen padre de familia y responde por los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala gestión. Esta responsabilidad se aplica desde luego á los actos que el tutor tiene el derecho de hacer solo, sin el consentimiento del consejo de familia: dar ó tomar en arrendamiento, emplear capitales y frutos, perseguir el cobro de créditos. Estos son actos ordinarios de gerencia; el tutor es responsable si causa un perjuicio al menor girando mal; por ejemplo: descuida de arrendar los bienes del pupilo ó los arrienda con condiciones desventajosas; no emplea las rentas en los casos en que debe hacerlo ó hace un empleo perjudicial al menor; no demanda á los deudores y éstos se convierten más tarde en insolventes ó el crédito del

menor se extingue por prescripción por no haberla interrumpido el tutor. El tutor no deja de ser responsable aunque obre con autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal; desde que se le puede imputar una culpa de que es responsable el menor tiene acción, y toda acción que nace de una culpa cometida por el tutor está garantizada por la hipoteca legal. Con más razón el tutor es responsable cuando obró irregularmente y sin hacerse autorizar en el caso en que la autorización está requerida ó sin pedir la homologación del tribunal cuando ésta es necesaria. El menor tiene en ambos casos dos acciones: puede promover la nulidad y puede reclamar daños y perjuicios contra su tutor. Tiene elección; de que puede promover la nulidad no puede inducirse que no tiene la acción por daños y perjuicios garantizada por su hipoteca legal; el menor puede, pues, mantener la venta que hubiere hecho su tutor sin estar autorizado para ello y promover contra él por daños y perjuicios. (1) La acción de nulidad se entabla contra los terceros; si apesar de la nulificación el menor sufriera un perjuicio tendría una acción contra el tutor garantizada por la hipoteca legal, pues el perjuicio resulta de una culpa que el tutor cometió en su gerencia.

273. Tal es el principio. Daremos algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia. El tutor era deudor de su pupilo antes de entrar en la gerencia ó llegó á serlo en el curso de la tutela por causas independientes á su gerencia. ¿Se pregunta si la acción que tiene el menor en este punto contra el tutor está garantizada por la hipoteca legal? Sí si la deuda se vence en el curso de la tutela; en efecto, el tutor ha debido en este caso exigirla él mismo; si no lo hace es responsable tanto como si descuidara perseguir á un terce-

1 Bourges, 28 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1058). Grenoble, 19 de Julio de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 10).

ro deudor de su tutoreado. Pero si la deuda vence hasta después de terminar la tutela el tutoreado sólo tiene una acción personal; en este caso la gerencia del tutor está fuera de causa, no hay ninguna culpa que imputarle; por otra parte, el tutor no estaba obligado á tener en cuenta más que la acción del menor; y esta acción el menor la conserva, acción puramente personal como la que tendría contra todo tercer deudor. La doctrina y la jurisprudencia están en el mismo sentido. (1)

274. Se ha juzgado por aplicación de estos principios que el tutor responde en sus bienes de la prescripción que los terceros han adquirido durante el curso de la tutela. (2) El primer deber del tutor es el de conservar los bienes del menor; debe, pues, interrumpir la prescripción que corre en su perjuicio; si no lo hace es responsable y cualquiera acción de responsabilidad está garantizada por hipoteca legal. Sucede lo mismo en el caso en que el tutor descuide aceptar una donación hecha al menor ó hacerla transcribir; el art. 942 dice que los menores tienen un recurso contra el tutor si no lo hace. La Corte de Casación confirmó una sentencia que admitió el ejercicio de la hipoteca legal en este punto, aunque la donación fué hecha por el tutor mismo; ya dijimos las dificultades que se presentan en este caso acerca del punto de saber si el tutor es responsable (tomo XII, núms. 261 y 263); desde que se admite la responsabilidad la hipoteca legal es la consecuencia necesaria.

275. La hipoteca existe en los bienes del padre tutor; esto es de evidencia. Pero el padre no sólo es administrador, es también usufructuario; el derecho de goce que la ley concede ¿modifica la responsabilidad que le incumbe y, por consecuencia, el ejercicio de la hipoteca legal? La negativa

1 Aubry y Rau, t. III, p. 212, nota 20, pfo. 264 bis.
2 Pau, 19 de Agosto 1850 (Daloz, 1851, 2, 9).

es de jurisprudencia (1) y no nos parece contestable. El derecho de goce como usufructuario no impide la obligación que el padre tiene de administrar como buen padre de familia; luego desde que causa un perjuicio á sus hijos por una mala gerencia es responsable en sus bienes, sin que pueda oponer que tiene el derecho de gozar; su derecho de gozar es limitado, puesto que todo usufructuario debe gozar como buen padre de familia; y en la especie su derecho aun está restringido por la obligación que tiene impuesta de administrar bajo pena de ser responsable de mala gerencia. En cuanto al punto de saber si hay mala gerencia y de qué falta el tutor es responsable nos trasladamos al título *De la Tutela* y á lo dicho en el título *De las Obligaciones* sobre la teoría de las culpas.

276. La cuestión de saber si los fondos son pupilarios ha dado lugar á una dificultad de derecho. Los inmuebles de la comunidad que existía entre el padre y la madre eran indivisos entre el padre supérstite y su hijo; la indivisión no cesa más que por una licitación formada después de la mayor edad del hijo. ¿Tenía éste una hipoteca legal en garantía del precio de licitación? Nó, pues su parte en el precio no constituía un crédito pupilar, habiendo nacido el derecho del hijo después de su mayor edad. En interés del hijo se decía que la licitación valía por partición y que la partición retrotraía al día en que había comenzado la indivisión. La Corte de Rennes contestó que esto era hacer una mala aplicación del art. 883; si la partición era declarativa de propiedad no resultaba que el precio de licitación se debiera en una época en que subsistía la indivisión: no puede haber crédito de precio cuando no hay venta, y el padre no puede tener en cuenta á su hijo un precio que no se le debe. (2)

1 Bruselas, 10 de Mayo de 1809 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1009). Bourges, 6 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 2, 300).
2 Rennes, 31 de Marzo de 1841 (Daloz, en la palabra Sucesión, número 2111).