

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 (Dalloz, 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 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1009). Bourges, 6 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 300).
2 Rennes, 31 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra Sucesión, número 2111).

277. La hipoteca legal garantiza los accesorios del crédito tanto como el capital. Entre los accesorios están comprendidos los intereses vencidos durante la tutela, pero con la restricción que resulta del art. 87, la que veremos al tratar de la inscripción hipotecaria. (1) Los gastos de la cuenta son á cargo del menor; no sucede lo mismo con los gastos de los incidentes que surgieren en la instancia á la rendición de cuentas y en las que el tutor sucumbe: aunque la instancia sea posterior á la tutela el menor debe obtener sin gastos lo que ha reclamado contra su tutor, puesto que la sentencia no hace más que declarar su derecho. (2) En este sentido los gastos son un accesorio del crédito principal.

278 ¿Qué se debe decidir de los intereses que corren después de la mayor edad? La Corte de Gante juzgó que la hipoteca legal no se extendía á estos intereses. (3) Esta es una aplicación del principio que hemos establecido en el título *De la Tutela* en lo relativo á los gastos de gerencia posteriores á la tutela. El principio está controvertido (t. V, núms. 117-119), pero la aplicación al régimen hipotecario no podría ser dudosa conforme á los nuevos principios que rigen la hipoteca legal. Esta se halla sometida á la inscripción, y la inscripción no se puede hacer más que por los fondos pupilares y para garantizar la responsabilidad del tutor. Y cuando termina la tutela no hay fondos pupilares ni responsabilidad del tutor, hay un nuevo crédito distinto de aquel para el que se hizo la inscripción; y la inscripción no conserva más que los créditos por los que fué hecha. (4)

1 Bourges, 28 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1058).

2 Pau, 19 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 5).

3 Gante, 3 de Febrero de 1854 (Pasicrisia, 1854, 2, 178). En sentido contrario, en cuanto á los intereses, Gante, 29 de Julio de 1852 (Pasicrisia, 1853, 2, 137).

4 Compárese Martou, t. II, p. 368, núm. 785.

§ III.—DE LOS BIENES GRAVADOS POR LA HIPOTECA.—ESPECIALIZACION.

279. La hipoteca de los menores é interdictos grava todos los bienes del tutor, presentes y futuros (núm. 257), pero debe especializarse por consejo de familia antes de inscribirse. La deliberación que especializa la hipoteca ¿tiene por efecto hacerla convencional? Sentada así la cuestión no tiene sentido. Lo que caracteriza la hipoteca legal es que sólo existe en virtud de la ley; es decir, de pleno derecho, y sin que sea necesario el consentimiento del acreedor ó del deudor, lo que excluye cualquiera idea de convención (núm. 189). Sin embargo, los autores y la misma ley, cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer, se sirven de expresiones de las que se podría inducir que consideran la hipoteca como convencional, como consecuencia de la especialización que se debe hacer. De este modo se dice que el consejo de familia *toma* hipoteca ó que ésta se *constituye* por él; la ley dice que la mujer *estipula* una hipoteca por su contrato de matrimonio (arts. 64 y 66). Todas estas expresiones son inexactas. Cuando la ley concede una hipoteca no se trata ya de *tomarla*, existe de pleno derecho; el consejo de familia no la constituye, la especializa; la mujer no *estipula* la hipoteca porque la estipulación implica una convención, y la hipoteca está establecida por la ley, sin convención ninguna. Lo que es verdad es que la hipoteca legal sólo es eficaz por la inscripción y no puede ser inscrita sino después de especializada; pero esta especialización no cambia la naturaleza de la hipoteca, queda lo que era por su esencia legal. ¿Se concibe que una hipoteca sea á la vez legal y convencional cuando la hipoteca es legal en el sentido de que existe sin convención?

280. Insistimos en la exactitud del lenguaje porque sería raro que el lenguaje inexacto no condujera á ideas inexactas.

Por esto un intérprete de la ley belga llegó hasta á decir que la hipoteca legal del menor es convencional porque el tutor la consiente, ya sea expresa ó tácitamente. (1) El error es palpable. No es cierto que el tutor consienta en la hipoteca, puesto que existe en virtud de la ley. Tampoco es cierto que consiente en la especialización. El consejo de familia es el que especializa la hipoteca del menor, la ley sólo dice que el tutor debe ser *oído ó llamado*. Que el tutor responda al llamamiento ó no, que quiera ó que no quiera, el consejo de familia especificará la hipoteca porque la ley lo obliga á ello. Aunque el tutor sea oído no consiente; lo que lo prueba es que después de haber sido oído puede hacer oposición á la deliberación (arts. 50 y 51); y apesar de su oposición el tribunal puede mantener la deliberación del consejo de familia. De este modo la hipoteca, lejos de ser convencional, no lo es siquiera como la especificación. Hay más: aunque la hipoteca fuera especificada por convención como ésta se hace para la hipoteca de la mujer, en razón de su dote y de sus convenciones matrimoniales, la hipoteca no es menos legal, porque las convenciones de las partes no pueden modificar la esencia de un derecho que es de orden público.

281. El autor que nos permitimos criticar compara el consejo de familia á un notario que recibe un contrato de hipoteca. (2) Esta es una consecuencia del primer error y de un error nuevo. El notario interviene por dar autenticidad á la convención que constituye la hipoteca, mientras que el consejo de familia interviene para especificar, llenando una misión que la ley le confía. No se puede asimilar la hipoteca legal especificada por el consejo á una hipoteca convencional que para existir debe recibirse en la firma auténtica. Cuando un derecho existe en virtud de la ley

1 Oles, Comentario, t. II, p. 173 y notas, p. 186 y *passim*.

2 Oles, Comentario, t. II, p. 293 y *passim*.

no se trata ya de formas; la hipoteca legal no es una acta solemne, esto es contradictorio en los términos: la solemnidad de la hipoteca tiende á la manifestación auténtica del consentimiento y la hipoteca legal existe sin consentimiento. No hay ninguna analogía entre el papel de notario y el de consejo de familia. El notario no está llamado á especificar, redacta las convenciones de las partes; éstas son las que deben indicar el monto del crédito para cuya seguridad se constituye la hipoteca y determinar los bienes que grava la hipoteca. La misión del consejo de familia es otra: obra como autoridad investida de su poder, poder que también es un cargo como lo son todos los poderes que se ejercen en interés público. En efecto, el consejo de familia no solamente interviene en interés del menor para dar eficacia á su hipoteca sino también en interés del tercero y, por tanto, en un interés social, pues es en interés de la sociedad por lo que la ley establece los principios de especialidad y de publicidad, y también es interés social por el que las hipotecas legales deben ser especificadas y publicadas.

Estas nociones son de teoría, pero la teoría gobierna la práctica y es casi seguro que un error en los principios más elementales conduzca á un error en la aplicación de la ley. Ya hemos dado muchos ejemplos en el curso de nuestros trabajos.

Núm. 1. ¿Por quién y cuándo se especifica la hipoteca legal?

282. Es el consejo de familia el que está llamado á especificar la hipoteca legal del menor, del interdicto y, por consiguiente, del enajenado. En el sistema del Código Napoleón el consejo de familia estaba encargado de vigilar los intereses del menor, y como la especificación se hace en su interés pareció natural encargar al consejo el cuidado de

resguardar los derechos de los menores. El tribunal igualmente interviene, ya por oposición formada contra las deliberaciones del consejo de familia (art. 51), ya para homologarlas (art. 60), ejerciendo una sobrevigilancia en la acción de los consejos de familia y de jueces de paz que los presiden. Esta intervención de la justicia para la conservación de los derechos que pertenecen á los menores es un elemento esencial de nuestro sistema hipotecario. En nuestro concepto es la única garantía real que asegura la eficacia de la hipoteca que la ley da á los incapaces. No se debe contar sobre los consejos de familia: la ignorancia por una parte y por otra una culpable indiferencia que paraliza su acción. A la verdad están presididos por un magistrado, pero es de temer que los jueces de paz no tengan en el ejercicio de sus funciones el celo indispensable para ilustrar á las familias y estimularlas á la actividad. El legislador obró sabiamente poniendo á los jueces de paz y á los consejos bajo la dirección de los tribunales. Toca al Gobierno cuidar de que dicha sobrevigilancia se haga real. La publicidad sería un medio poderoso para alcanzar este fin. Se da anualmente un informe acerca de la ejecución de la ley: que se la haga pública que señale á los tribunales los que no cumplen con sus deberes y que, en caso de necesidad, se recurra al poder correccional de las cortes de apelación.

283. La hipoteca legal de los menores no produce efecto sino cuando está inscrita; es la inscripción la que determina su rango. Interesa, pues, que la inscripción se haga antes que el tutor entre en la gerencia, porque desde que entra puede comprometer los intereses del tutelado, y, por consiguiente, éste debe tener una garantía desde el instante en que la gerencia tutelar empieza. Tal es el sistema de la ley; quiere que la hipoteca sea especificada cuando el nombramiento del tutor ó antes de que entre al ejercicio de ella (art. 49); prohíbe al tutor ingerirse en la gerencia antes que

se haga la inscripción (art. 52). Más adelante hablaremos de la inscripción; por ahora sólo se trata de la especificación; es necesaria para que pueda hacerse la inscripción; se necesita, pues, que la hipoteca esté especificada lo más pronto posible. Si la tutela es dativa el consejo debe especificar la hipoteca en la misma sesión en que procede al nombramiento del tutor. Tal es la disposición expresa de la ley; pero puede suceder que la ejecución sea imposible. Si el tutor no está en el lugar ó propone excusa el consejo se hallará en la imposibilidad de proceder á la especificación porque el tutor debe ser oído (art. 50), bajo pena de nulidad. En este caso se necesita una nueva reunión del consejo de familia; el juez de paz vigilará que la asamblea fije su sesión á un plazo más corto.

Amenudo la tutela será legítima, ya sea la del supérstite del padre ó de la madre, ya sea la de los ascendientes; la tutela también puede diferirse por el último que muera de los padres. En este caso la ley quiere que el consejo de familia especifique la hipoteca del menor antes de entrar á ejercer el tutor. Se necesita, pues, convocarlo á este efecto. En los términos del art. 421 del Código Napoleón el tutor legítimo ó testamentario debe, antes de entrar á sus funciones, hacer convocar un concurso de familia para el nombramiento de un subrogado tutor. Este mismo consejo deberá proceder á la especificación de la hipoteca.

284. La eficacia de la hipoteca del menor depende de la especificación; importa, pues, asegurar la convocatoria del consejo de familia antes de la toma de gerencia del tutor. ¿Quién convocará el consejo? La Ley Hipotecaria guarda silencio acerca de este punto; se atiende por esto mismo al derecho común. En los términos del art. 406 el consejo de familia se convoca por requisición y á instancia de los padres del menor, de sus acreedores ó demás partes interesadas.