

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.

das, ya sea de oficio y por promoción del juez de paz del domicilio del menor. Con el fin de advertir al juez de paz de la necesidad de convocar el consejo de familia la ley agrega que toda persona podrá denunciarle el hecho que da lugar á la apertura de la tutela. Es sobre todo cuando se trata de especificar la hipoteca legal cuando el juez de paz debe tomar la iniciativa; los terceros pueden estar interesados en que la inscripción no se haga, puesto que una hipoteca no inscrita no les puede ser opuesta, y no hay que contar con los parientes.

Se pregunta si el Procurador del Rey puede requerir la convocación del consejo. El proyecto de ley le daba este derecho, pero la disposición ha sido quitada, sin duda porque el art. 406 parecía insuficiente. Y el Procurador del Rey no está comprendido entre las personas que pueden pedir la convocación del consejo de familia (t. IV, número 453); (1) hay que confesar que los oficiales del Ministerio Público están raramente en el caso de conocer el hecho que les diera derecho á intervenir; mientras que los jueces de paz están en los lugares ó se les informa de la apertura de las tutelas que les da el derecho y les impone la obligación de obrar.

285. La ley quiere que la hipoteca esté especificada é inscrita antes de la entrada del tutor á la gerencia. Desgraciadamente no siempre se ejecuta la ley; el tutor gira sin que haya especificación ni inscripción. Se pregunta si estos actos son válidos para con los terceros. La ley no pronuncia la nulidad; el art. 49, que trata de la especificación, dice sencillamente que el consejo debe hacerlo «antes de la entrada en ejercicio de cualquiera tutela;» no dice cuál será el valor de los actos de gerencia del tutor si la hipoteca no está especificada; ni siquiera prohíbe que el tutor obre. El art. 52 contiene esta prohibición en el caso en que

1 Hay opiniones contrarias (Timmermáns, p. 28, nota 55).

el tutor no toma inscripción; lo que supone que la hipoteca ha sido especializada: «Si el tutor se inmiscua en la gerencia antes que esta formalidad haya sido cumplida el consejo de familia podrá retirarle la tutela.» Así la ley pronuncia una sanción; no es la nulidad del acto, es la destitución del tutor, y hasta es facultativa. Síguese de esto que los actos de gerencia son válidos.

Los trabajos preparatorios confirman esta interpretación, aunque dejen una leve duda. Según el proyecto sometido á la Cámara los actos hechos por el tutor eran nulos para con los terceros; la comisión especial dice que el tutor no tiene calidad mientras que no ha dado al menor las garantías legales de la fidelidad de su gerencia. Esta disposición desapareció á consecuencia de un cambio de redacción propuesto por el Ministro de Justicia. Esto parece decisivo. Hé aquí el motivo de duda: El relator de la comisión, adhiriéndose á la reforma del Ministro, declaró que estos cambios sólo eran de redacción, que la ley permanecía la misma. De esto se concluye que el sistema propuesto por la comisión debe recibir su aplicación. Esto nos parece inadmisibile. Las palabras del relator no pueden reemplazar una disposición que no existe y que en lugar de haber sido adoptada fué quitada. (1) Puede sentirse que lo haya sido; esto hubiera sido la sanción más enérgica del sistema de especificación y de publicidad introducido por la nueva ley.

*Num. 2. De la deliberación del consejo de familia.*

286. El art. 50 dice: «La deliberación del consejo de familia será motivada.» En regla general el consejo no tiene que motivar sus decisiones, aunque deban ser homologadas.

1 Martou, t. II, p. 366, núm. 799. En sentido contrario, Cloes, t. II, p. 169, núms. 1174 y 1175.

¿Por qué la ley hace excepción cuando se trata de la especificación de la hipoteca? La comisión especial contesta: «qué importa que el consejo de familia sólo determine después de madurado examen y con pleno conocimiento de causa.» Diremos más adelante que los consejos de familia están demasiado inclinados á decidir que no se tomará ninguna inscripción. Podría también suceder que un consejo se mostrase demasiado riguroso con el tutor exigiéndole una garantía excesiva. En toda hipótesis es bueno que el consejo esté obligado á motivar su deliberación; se detiene uno ante una mala decisión cuando se está obligado á motivarla; hay que agregar: cuando se sabe que una autoridad superior tiene el poder de examinarla. Y las deliberaciones acerca de la especificación están sujetas á oposición; esta es una razón más para exigir que las deliberaciones estén motivadas; el Relator de la Cámara lo hizo observar. (1)

¿La deliberación debe ser motivada bajo pena de nulidad? La afirmativa no es dudosa. Este es el caso de aplicar el principio de las nulidades virtuales. Hay nulidad virtual, en virtud de la intención del legislador, cuando una formalidad es substancial, y, en el caso, la ley quiere que la deliberación esté motivada por excepción al derecho común con el fin de asegurar la conservación de los derechos del menor, y toda disposición que tienda á este objeto debe ser considerada como substancial. Queda por saber cuál es el carácter de la nulidad. Está establecida por interés del menor, sobre todo, y también en interés del tutor; sólo ellos pueden, pues, prevalecerse de ella y deben hacerlo formando oposición contra la deliberación. Si ésta no está atacada se convierte en irrevocable y, en este caso, ya no puede tratarse de pedir su nulidad por falta de motivos. (2)

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 23). Lelièvre, informe (Parent, p. 133).

2 Martou, t. II, p. 379, núms. 797 y 798. Cloes, t. II, p. 183, núm. 1195.

¿Basta que el consejo dé motivos cualesquiera para que la deliberación sea válida? Nó, seguramente; si la ley quiere que la decisión esté motivada es precisamente para que el consejo sólo decida por razones serias. El tribunal, en caso de oposición, podrá, pues, anular la deliberación si no está suficientemente motivada. (1)

287. El art. 883 del Código de Procedimientos dice: «Todas las veces que las deliberaciones del consejo de familia no sean unánimes la opinión de cada uno de los miembros que la componen será mencionada en el acta.» ¿Es aplicable esta disposición á la deliberación que especifica la hipoteca legal del menor? La afirmativa está enseñada por los intérpretes de la Ley Hipotecaria (2) y no nos parece dudosa. El art. 883, concebido en los más generales términos, se aplica á toda deliberación del consejo de familia; el art. 50 de la Ley Hipotecaria no lo deroga, pues prescribir que el consejo motive su decisión es decir que la decisión de la mayoría está motivada; esto no impide dar los motivos de cada uno de los miembros; es una garantía más para el menor en el negocio más importante de que tenga que ocuparse el consejo; las razones dadas por cada miembro servirán para ilustrar al tribunal en caso de oposición.

288. El art. 50 prescribe una segunda condición para la validez de la deliberación relativa á la hipoteca legal; el tutor debe ser llamado y oído. Su presencia es necesaria porque es parte en causa. La ley quiere que la hipoteca esté especificada con el fin de proteger el crédito del deudor; es, pues, necesario que éste pueda discutir los elementos de la especificación; probar, si hay lugar, que el consejo fija una suma demasiado crecida para el recurso que el menor podrá tener contra él, ó que el consejo quiere tomar inscripción en más inmuebles de lo necesario para asegurar una

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

2 Martou, t. II, p. 380, núm. 800. Cloes, t. II, p. 182, núm. 1192.

garantía plena al menor. El tutor debe también ser oído en interés del pupilo; aquél es ordinariamente el pariente más cercano; podrá dar á conocer al consejo la fortuna del menor y sólo él puede dar informes seguros acerca de los inmuebles que deberán ser inscritos. (1)

La ley no exige, sin embargo, que el tutor sea siempre oído, restringe esta condición al caso previsto por el § 1.º del art. 49; el § 2 de este artículo permite al consejo declarar que no se tomará ninguna inscripción en los bienes del tutor. En este caso la presencia del tutor es inútil. Aunque el consejo decida que una inscripción será tomada la ley se contenta con llamar al tutor; éste no está obligado á contestar á este llamamiento en el sentido de que no se le puede obligar á asistir á la deliberación del consejo, pero también su negativa no puede impedir que el consejo proceda á la especificación de la hipoteca. Todo cuanto resultará de la ausencia del tutor es que el consejo, no ilustrado por sus observaciones, podrá tomar una decisión que le sea perjudicial; el tutor tiene en este caso el derecho de oposición.

Se pregunta si la deliberación es nula en el caso en que el tutor no hubiera sido llamado. Su presencia está, sobre todo, requerida en su interés y en este sentido la formalidad es substancial; el tutor podrá, pues, perder la nulidad de la deliberación probando que el consejo de familia ha lesionado sus derechos exagerando la garantía hipotecaria, ya sea en cuanto al monto del crédito eventual del menor, ya en cuanto á los inmuebles en los que ordenó tomar inscripción. Si el tutor no sufrió ningún perjuicio por no haber sido oído se entiende que no podrá pedir la nulidad; este es el caso de decir con el antiguo adagio: no hay nulidad sin perjuicio. (2)

1 D'Anethán, informe [Parent, p. 415].

2 Martou, t. II, p. 382, núm. 803.

289. La deliberación del consejo que especifica la hipoteca ¿debe ser homologada? No, el Código no lo exige, y es de principio que las deliberaciones de los consejos de familia no tienen que ser homologadas sino en los casos que la ley determina. La ley prescribe la homologación cuando se trata de reducir las garantías por causa de exceso (número 60), no somete á la homologación la deliberación que especifica la hipoteca. El legislador pensó que el derecho de oposición basta para resguardar los intereses del menor y que, por consiguiente, la homologación hubiera ocasionado gastos inútiles; hay que evitar que los intereses del menor se perjudiquen en fuerza de quererlos garantizar. (1)

290. El art. 51 permite á las partes interesadas formar oposición contra la deliberación del consejo de familia que especifica la hipoteca legal del menor. Este es el derecho común; es de principio que toda deliberación del consejo puede ser atacada por vía de oposición (Código de Procedimientos, art. 883). La oposición debía admitirse siempre en una materia en que es de temer, como lo decía el Ministro de Justicia, que el consejo sacrifique los intereses del menor al temor de molestar al tutor; pudiera suceder también que el consejo diera en el exceso contrario, por espíritu de hostilidad contra el tutor; era, pues, menester en todo caso el registro de una autoridad superior imparcial en su esencia. (2) Es por vía de oposición como se ejerce el recurso y no por vía de apelación, porque las decisiones del consejo de familia no son sentencias. Esta vía de procedimiento permite un nuevo recurso: la apelación contra la sentencia que se pronuncia en la oposición.

El art. 51 indica los motivos por los que se puede formar oposición: son la insuficiencia de garantías ó el exceso; en el

1 Sentencia del Tribunal de Bruselas de 2 de Junio de 1855 (Bélgica Judicial, t. XIII, p. 932). Martou, t. II, p. 383, núm. 802 bis.

2 Sesión de 7 Febrero de 1851 [Parent, ps. 319 y siguientes].

primer caso la oposición tiene por objeto aumentarlas y en el otro reducirlas. Puede suceder también que el consejo de familia, usando de la facultad que le da el art. 49, decida que no hay lugar á tomar inscripción en los bienes del tutor; se entiende que puede formarse oposición á esta deliberación; la oposición es de derecho común y no hay decisión tan peligrosa para el menor como la que le quita toda garantía; y, como lo diremos más adelante, es precisamente esta resolución la que los consejos de familia están más dispuestos en tomar.

291. ¿Quién puede formar oposición? El art. 51 enumera las personas interesadas que tienen el derecho de formar oposición contra la deliberación del consejo que especificó la hipoteca. Es desde luego el tutor: tiene interés y derecho en atacar la decisión si dió al menor una garantía excesiva; semejante decisión viola el espíritu de la ley, pues al ordenar especificar la hipoteca la ley tuvo por objeto proporcionar la garantía hipotecaria al real interés del menor. Tendiendo la oposición del tutor á reducir las garantías determinadas por el consejo de familia la demanda debe, pues, ser formada contra el subrogado tutor; esta es la aplicación del principio establecido por el art. 420 del Código Napoleónico, según el cual las funciones del subrogado tutor consisten en obrar por interés del menor cuando están en oposición con las del tutor.

¿El tutor podrá oponerse si cuando la deliberación se adhirió á la decisión tomada? Se enseña, con razón, la negativa. No es porque la especificación sea un contrato y que se necesite del consentimiento del tutor para proceder á ella, la ley dice que el consejo especifica y el tutor será oído.

El tutor debe, pues, protestar si tiene en ello interés; si aprueba ya no puede reclamar por su hecho. Su adhesión hasta podría ser tácita; así pasa con toda manifestación

de voluntad. (1) ¿Cuándo habrá aquiescencia tácita? Esto es una dificultad de hecho que los jueces deciden según las circunstancias de la causa.

292. El art. 51 da también el derecho de formar oposición al subrogado tutor, así como á cualquier miembro del consejo de familia. Su oposición tiene naturalmente por objeto aumentar las garantías que el consejo ha determinado en favor del menor si le parecen insuficientes; con más razón podrán atacar la deliberación por la que el consejo declaró que no se tomaría ninguna inscripción en los bienes del tutor. La oposición está formada contra el tutor; él es la parte interesada, puesto que la demanda tiende á agravar su situación hipotecaria.

¿Debe aplicarse al subrogado tutor y á los miembros del consejo lo que hemos dicho del tutor que aceptó la deliberación? (núm. 291). Es de jurisprudencia que los miembros del consejo no están ligados por la opinión que han dado en la deliberación; (2) no obran en su nombre ni en su interés, como el tutor, que es parte en la causa; su deber es garantizar los derechos del menor; si se han equivocado y si más ilustrados quieren deshacer su error, que sería perjudicial al menor, la ley les debe dar el medio; por esto dice en términos absolutos que todos los miembros del consejo pueden formar oposición.

293. ¿Puede el juez de paz formar oposición? En el título *De la Tutela* hemos decidido la cuestión negativamente en términos generales. Para las deliberaciones del consejo de familia acerca de la especificación de la hipoteca legal hay un texto especial. El art. 51 da á todo miembro del consejo el derecho de formar oposición. Y el juez de paz es miembro en virtud de la ley; está, pues, compren-

1 Martou, t. II, p. 383, núm. 806.

2 Véase la jurisprudencia en Martou, t. II, p. 384, núm. 808.