

dido en el texto, y el espíritu de la ley no deja ninguna duda. En nuestra opinión la intervención activa del juez de paz es la garantía más fuerte del menor y muy ameuado la única; no deben, pues, restringirse sus poderes. Esta consideración prevalece á la que hemos hecho valer en el título *De la Tutela*, según los autores franceses. El juez de paz debe, sin duda, permanecer extraño á las personas que mueven al consejo de familia, pero cuando la mayoría no resguarda los derechos de un menor no debe titubear en tomar partido por éste. Tal es también la interpretación que M. d'Anethán, el relator de la comisión del Senado, ha dado de la ley; (1) la doctrina y la jurisprudencia la han consagrado. (2)

294. La oposición debe formarse en los ocho días (artículo 51). Es un plazo muy corto; la ley quiere que la garantía del menor esté fijada lo más pronto posible; esto es sobre todo necesario si ésta es insuficiente, y si es excesiva importa al tutor que la reducción se haga en seguida, pues su crédito sufre con la inscripción que se toma en sus bienes en virtud de la deliberación del consejo. La oposición, según el art. 51, no es suspensiva; la ley no podía admitir la suspensión, puesto que hubiera resultado de ella que el tutor no hubiera podido ejercer la tutela, siéndole toda gerencia prohibida mientras que la hipoteca no está inscripta (art. 52).

El plazo de ocho días corre á partir de la deliberación. Se cuenta como todos los plazos; es decir, que los ocho días deben ser completos; no se cuenta, pues, en el plazo el día en que fué tomada la deliberación; esto es el derecho común: el *dies a quo* no está comprendido en el plazo, y el *dies ad quem*, ó el último día del plazo, pertenece por en-

1 Parent, p. 505.

2 Martou, t. II, núm. 808, p. 384. Compárense las sentencias citadas por Timmermans, p. 25, nota 47.

tero á la parte interesada para proceder al acto que debe hacerse en un plazo determinado. Tendremos oportunidad de volver á este principio al tratar de la renovación de la inscripción hipotecaria.

Se pregunta si el plazo de ocho días es aplicable al tutor debidamente llamado que no asistió á la deliberación. El silencio de la ley decide la cuestión: el art. 51, que determina la duración del plazo, menciona al tutor y lo pone en la misma línea que al subrogado tutor y los miembros del consejo de familia. No había ninguna razón para hacer alguna excepción en su favor; fué llamado y si no asistió á la convocación la prudencia le aconseja informarse de la decisión que se hubiera tomado; es en este sentido en el que se ha explicado la ley, cuando la discusión, por el relator y el Ministro de Justicia. El tutor, dice M. Lelièvre, que se ha llamado se reputa como teniendo conocimiento de la deliberación del consejo de familia; desde luego el plazo corre contra él. El interés de los menores exige, necesariamente, esta medida. Por otra parte, la ley lo informa de que sólo tiene un plazo de ocho días para hacer oposición; por tanto, no había razón para prolongar este plazo. (1)

295. El art. 51, § 3.º, dice: «El tribunal estatuirá como en *materia urgente*» Esta última expresión, dice M. Lelièvre en su informe á la Cámara, indica claramente que se trata de un negocio sumario. Es la aplicación del art. 884 del Código de Procedimientos, en cuyos términos la oposición á las deliberaciones del consejo de familia se juzga sumariamente. Las materias sumarias, dice el art. 405, se juzgan en audiencia, después de vencidos los plazos y las citas, en una simple acta, sin más procedimientos ni formalidades. No entramos en detalles por no ser de nuestro estudio.

1 Sesión de la Cámara de 26 de Febrero de 1851 (Parent, p. 386). Martou, t. II, p. 335, núm. 812. En sentido contrario, Beckers, De las hipotecas legales, p. 65, núm. 46.

296. El art. 51 agrega que el tribunal estatuye «después de haber oído al Procurador del Rey y en contradicción con él.» El Ministerio Público debe ser oído en materia de tutela, pero conforme al derecho común no es parte en los negocios civiles; el art. 51 deroga este principio disponiendo que el tribunal estatuirá en *contradicción* con el Procurador del Rey; es decir, que es parte principal tanto como el oponente y aquel contra el que se hace la oposición. (1) Lo cual prueba la importancia que la ley da á la especificación de la hipoteca legal; no sólo interesa al menor y al tutor, el interés público está comprometido en el debate porque es en dicho interés en el que la ley somete la hipoteca legal á los principios de especialidad y de publicidad; pero también quiso resguardar los derechos de los menores; se trataba, pues, de conciliar los distintos intereses y muy a menudo opuestos; hé aquí por qué el Ministerio Público, que es el órgano de la sociedad, es parte en el debate.

De aquí se sigue que el Ministerio Público, lo mismo que las otras partes, interpone apelación (Código de Procedimientos, art. 889) y recurre á la casación. Hay una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica en este sentido, y la cuestión no es dudosa. Cuando la causa es simplemente comunicable el Ministerio Público llena su misión tomando la palabra para contradecir las conclusiones de las partes ó para apoyarlas; mientras que en el caso en que es parte en la causa puede obrar de oficio é introducir, como parte principal y contradictor legal del tutor, las demandas que juzgare útiles en interés de los incapaces. La consecuencia de este principio es evidente en lo relativo al derecho de apelación; y en cuanto al recurso de casación el Ministerio Público tiene el derecho de formar no sólo en interés de la ley, lo que es de derecho común, sino también

1 Martou, t. II, p. 388, núm. 815. Cloes, t. II, p. 190, núm. 1208.

en interés del menor, del que es representante y protector legal. (1)

Núm. 3 Especificación de la hipoteca legal.

297. La hipoteca legal del menor debe ser especificada. Se debe, pues, aplicar el principio de especialidad tal como la ley lo establece para la hipoteca convencional. En los términos del art. 78 (Código Civil, art. 2129) no hay más hipoteca válida que la que declara *especialmente* la naturaleza y la situación de cada uno de los inmuebles que el deudor consiente en hipotecar en garantía del crédito; y el art. 80 (Código Civil, art. 2132) dice que la hipoteca convencional no es válida sino en tanto que la suma por la que se consintió está determinada en el acta. La hipoteca debe, pues, ser especial en cuanto al crédito y en cuanto á los bienes que están afectados á su pago. Es muy fácil especializar la hipoteca convencional, puesto que el crédito generalmente es líquido, y cuando no lo es la liquidación se puede hacer conforme á bases ciertas. No sucede lo mismo con la hipoteca legal del menor. Debe especificarse antes de que el tutor entre á la gerencia, en una época en que no conocía ni la cifra exacta de la fortuna del menor ni el crédito que podría tener por este punto en razón de la gerencia tutelar contra su tutor. ¿Cómo en estas circunstancias se podría determinar la suma por la que se debe hacer la inscripción? Y si esta suma es indeterminable, por esto mismo se hace imposible determinar los inmuebles. Vamos á ver cómo la ley belga resolvió la dificultad.

298. El art. 49 dice que el consejo de familia fijará la suma por la que se deba hacer la inscripción con relación á la fortuna de los menores. Es cierto que la garantía hipotecaria debe ser proporcional á la fortuna del incapaz

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

que se trata de resguardar. Pero ¿cómo conocerá esta cifra el consejo de familia? Delibera en un momento en que el tutor aun no entra á sus funciones; no hay inventario; el consejo deberá, pues, atenerse al conocimiento más ó menos imperfecto que sus miembros y el tutor tengan de los bienes del menor. Esto es de una vaguedad extremada, y, por consecuencia, la fijación de la suma por la que se haga la inscripción será necesariamente inexacta. Si el error es poco considerable el consejo, cuando estuviere mejor informado, deberá tener una nueva deliberación con el fin de aumentar ó disminuir la suma.

299. El art. 49 dice en segundo lugar que el consejo de familia tendrá presentes los valores de que se compone la fortuna del menor; es decir, que la suma que el consejo fijare variará según que la fortuna del menor sea mobiliario ó inmobiliario. La razón es que el tutor no puede disponer de los bienes inmuebles de su pupilo sino con autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal; si no observa estas formalidades los actos que haga serán nulos; la acción en nulidad será ya una garantía para el menor. Otra cosa sucede con los efectos mobiliarios; en la opinión generalmente seguida el tutor puede disponer de ellos, y aunque se admitiera, como lo hemos enseñado, que el tutor no tiene el derecho de disposición los terceros poseedores de buena fe estarían al abrigo de la acción en reivindicación, al menos para los muebles corporales. Nos trasladamos en lo relativo á la dificultad del principio al título *De la Tutela*. Cualquiera que sea la opinión que se siga es cierto que el tutor, si se le supone de mala fe, puede fácilmente sustraer y dilapidar la fortuna mobiliario de su tutelado; mientras que si dicha fortuna es inmobiliaria no puede perjudicarlo por una mala administración. De aquí se sigue que la garantía inmobiliaria debe ser mayor cuando la fortuna del menor es mobiliario que cuando es inmobiliaria.

300. ¿Debe el consejo de familia tener en cuenta las sucesiones por las que el menor está llamado como heredero presunto? No, en nuestro concepto, porque estas sucesiones no son más que una esperanza; y la ley habla de la fortuna del menor; es decir, de los bienes que tiene cuando se hace la especificación de la hipoteca. El mismo texto de la ley es inaplicable á los bienes futuros porque el art. 49 quiere á la vez que el consejo tenga presente la fortuna y la naturaleza de los valores de que está compuesta; y ¿cómo puede prever el consejo si el menor recogerá los muebles ó inmuebles en las sucesiones á que sea llamado? La ley prevee implícitamente la hipótesis permitiendo al consejo exigir una inscripción suplementaria en el caso en que las garantías dadas al menor por la primera deliberación lleguen á ser insuficientes (art. 58). Hay sin duda un peligro para el menor en la necesidad de dichas deliberaciones repetidas, constandingo por experiencia que se tuvo mucho trabajo para la primera deliberación; pero la ley no podría evitar este peligro sino prescribiendo garantías para resguardar una fortuna que el menor no tiene aún. Esto habría conducido á gravar los bienes del tutor con inscripciones para seguridad de créditos que no existían; lo cual sería contrario á los principios. Vamos á ver cómo la ley permite inscribir por eventualidades de la gerencia de la tutela eventualidades que tal vez no se realizarán nunca. Esto es una derogación de los principios y, por esto mismo, no se la puede extender por vía de analogía. (1)

301. El art. 49 quiere en tercer lugar que el consejo de familia tenga presente estas eventualidades de la responsabilidad del tutor. Conforme al art. 450 el tutor es responsable de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una

1 Compárese Martou, t. II, p. 375, núm. 790. El autor dice que sería inoportuno estipular garantías por las sucesiones futuras. En nuestro concepto no tiene derecho á ello.

mala gerencia. Dijimos antes (núms. 272-274) cuáles son las causas de responsabilidad que dan al menor un crédito garantizado por la hipoteca legal. Esto es un derecho eventual; se debe decir más: las acciones contra el tutor por mala gerencia son excepciones. La ley permite, pues, gravar los bienes del tutor de inscripciones para asegurar el pago de los créditos que tal vez el menor no tendrá. Esto es un mal, puesto que estas inscripciones comprometen el crédito del tutor; pero es un mal inevitable. En efecto, la inscripción, para ser eficaz, debe ser anterior á toda gerencia, puesto que la responsabilidad eventual comienza con la entrada á funcionar del tutor; sería absolutamente imposible hacer una inscripción á medida de la responsabilidad en que el tutor incurriera por actos de mala administración; se necesitaba, pues, que la inscripción precediera al crédito para garantizar con alguna eficacia los derechos del menor.

La aplicación de la ley debe hacerse con gran circunspección. No es preciso que el consejo de familia prevea todos los casos posibles de mala gerencia; semejante procedimiento conduciría á gravar al tutor con inscripciones hasta concurrencia de toda la fortuna del menor, si es mobiliario, y de una gran parte de los bienes inmobiliarios. No es esto lo que quiere la ley. En efecto, si en la intención del legislador la inscripción debía necesariamente asegurar toda la fortuna del menor sería inútil hablar de las eventualidades de la gerencia tutelar; al exigir que el consejo tenga en vista esas eventualidades la ley decide implícitamente que la inscripción no debe hacerse más que por una fracción de la fortuna del tutelado. Fue para determinar esta cantidad por lo que la ley indicó las bases del cálculo al que se debía atener el consejo. En definitiva, se trata de un cálculo de probabilidades; esto es muy conjetural, pero la certidumbre en esta materia es imposible.

302. Después de haber fijado la suma por la que se deba

hacer la inscripción el consejo debe designar los inmuebles sobre los que se requiere la inscripción (art. 49). En el espíritu de la ley el consejo no debe inscribir más que cuando los inmuebles presentan una garantía suficiente para los derechos del menor, tales como se les hubiere fijado; se necesita, pues, que el valor de los inmuebles responda por el monto del crédito eventual del menor, teniendo en cuenta, además, las probabilidades de disminución de valor, si las hay, y de los gastos de expropiación. Si la garantía, bajo el punto de vista de la especialidad de los inmuebles, era insuficiente ó excesiva las partes interesadas podrían oponerse (núm. 290).

Los inmuebles deben ser designados conforme á las disposiciones del art. 78 (Código Civil, art. 2129). La elección de los inmuebles, así como la especificación, suponen que el consejo conocía exactamente la situación inmobiliar del tutor. Ya no puede obtener este conocimiento sino por el tutor; si éste tiene para ello mala voluntad la ejecución de la ley será estorbada. Tal vez fuera mejor encargar á los directores de registros y á los conservadores de hipotecas transmitir las noticias que tengan de la fortuna del tutor en el caso en que el consejo se las pida.

Núm. 4. De la inscripción.

303. La especificación de la hipoteca legal es el preliminar necesario de la inscripción, puesto que el conservador de hipotecas no puede inscribir más que las hipotecas especializadas por presentación de la expedición de la deliberación tomada en virtud del art. 49. Esta deliberación reemplaza el acta que da nacimiento á la hipoteca (artículo 83; Código Civil, art. 2148). Para las hipotecas legales de los incapaces no hay actas, puesto que existen de pleno derecho; pero hay una deliberación respecto de los menores,

interdictos y enajenados; sin esta deliberación ninguna inscripción puede hacerse y es necesaria una deliberación conforme á la ley; es decir, especificando el crédito y los inmuebles. No bastaría, pues, que la especificación se hiciera en las facturas y en las inscripciones; la inscripción sólo es la manifestación del derecho: esto es el derecho hecho público; es necesario, antes que todo, que el derecho exista. Y el derecho de inscribir no existe sino en virtud de la deliberación hecha en consejo de familia; igualmente que para las hipotecas convencionales el derecho de inscripción no existe sino cuando el acta ha especificado la hipoteca conforme á la ley. Los terceros interesados pueden pedir la nulidad de la inscripción y su cancelación cuando el título en virtud del cual se hizo es nulo; y en materia de hipotecas legales el título es el acta que especifica la hipoteca, puesto que la especificación sola la hace eficaz. En contra no basta que la hipoteca sea especificada, se necesita que esté inscrita; todos los efectos de la hipoteca dependen de la inscripción. Esta es una de las grandes dificultades que el legislador belga tenía que resolver sometiendo la hipoteca legal del menor al principio de publicidad. El acreedor es incapaz para vigilar sus derechos; es verdad que los incapaces pueden hacer actos conservatorios; la ley dice que la mujer casada puede requerir la inscripción de su hipoteca legal (art. 64), y debe decirse otro tanto de los menores, interdictos y enajenados. Pero no es esto una garantía; los que no estipulan hipoteca por razón de su incapacidad no requerirán la inscripción de la hipoteca legal. Se debe, pues, apartar á los incapaces: esto es lo que hizo el legislador al determinar las personas que deben ó pueden requerir inscripción.

304. «La inscripción la hará el tutor en virtud de la deliberación del consejo de familia» (art. 52). Puede parecer singular que el deudor esté obligado á tomar inscripción

contra él mismo en provecho del acreedor; y el tutor tiene por misión resguardar todos los derechos del menor, aun cuando estos derechos deban ejercerse contra él. Así es como está obligado á exigirse él mismo lo que debe á su tutelado, y por la misma razón debe inscribir la hipoteca legal, tal como haya sido especificada en el consejo de familia.

Sin embargo, la obligación, por muy imperiosa que sea, no sería una garantía contra el tutor negligente ó de mala fe. La ley lo sanciona con una pena: «Si el tutor se inmiscuye en la gerencia antes que haya llenado esta formalidad el consejo de familia convocado, ya sea para la requisición de los padres ó demás partes interesadas, ya de oficio por el juez de paz, podrá retirarle la tutela.» La pena es facultativa; el consejo puede, pues, no pronunciar la destitución, apreciará las circunstancias. ¿Se necesita que haya dolo, como lo exige el art. 421, en un caso análogo ó basta que haya negligencia? La ley da un poder discrecional al consejo de familia. No se debe esperar á que haya un perjuicio causado al menor por falta de inscripción porque, en este caso, la destitución sería una medida tardía. La ley tiene por objeto no sólo castigar al tutor sino también resguardar los intereses del menor reemplazando á un tutor negligente por un tutor capaz y diligente. (1) Pero una cosa es singular: es que los que dictan la destitución del tutor son tan culpables como el tutor mismo porque dependía de los miembros del consejo y del juez de paz convocar el consejo, especificar la hipoteca legal del menor y hacerla inscribir sin la intervención del tutor. Luego no se debía contar mucho en la sanción de la ley.

305. «El subrogado tutor está obligado, bajo su responsabilidad personal, á cuidar de que la inscripción sea válida»

1 Véanse, en sentido diverso, Martou, t. II, p. 391, núm. 822; Cloes, t. II, p. 195, núm. 1218, y Beckers, p. 73, núm. 55.