

damente tomada en los bienes del tutor, ó tomarla por sí (art. 52). Es de principio que el tutor subrogado debe obrar en interés del menor cuando éstos intereses se encuentran en oposición con los del tutor (Código Civil, art. 420); y tal es, efectivamente, el caso de la inscripción de la hipoteca legal, estando interesado el tutor en que los bienes no estén gravados con inscripciones hipotecarias, mientras que el menor permanece sin garantía cuando la hipoteca no está inscrita. La ley declara responsable al subrogado tutor por la falta de inscripción; lo es para con el menor, que no tiene acción hipotecaria contra su tutor cuando su hipoteca no está inscrita, y la acción personal puede ser ineficaz; no habiendo el tutor subrogado satisfecho la obligación que le impone la ley responde del perjuicio que resulta para el menor en cuyo interés debía obrar. De esto se sigue que el menor, antes de ejercer esta acción de responsabilidad contra el tutor subrogado, debe perseguir al tutor, pues sólo es en el caso en que el tutor es insolvente cuando la falta de garantía hipotecaria causa un perjuicio al pupilo, y la insolvencia debe constar para promociones legales y embargo de sus bienes.

306. "El consejo de familia podrá especialmente comisionar á uno de sus miembros ó á otra persona para requerir la inscripción" (art. 53). ¿El que está encargado de este cuidado será responsable si no lo hace? La afirmativa no es dudosa, puesto que se trata de un mandato, y todo mandatario responde por la inejecución de lo que tenía obligación de hacer. Es necesario, naturalmente, que el mandato esté aceptado, puesto que se forma por concurso de consentimientos. Así pasa con los miembros del consejo, pues no están obligados á tomar inscripción en virtud de la ley, lo están sólo en virtud de una *comisión* que les da el consejo; es decir, en virtud de un mandato.

Martou aconseja encargar al secretario tomar la inscrip-

ción y siente que la ley no lo haya hecho; otro intérprete de la ley belga objeta que hay muchos secretarios incapaces. Se puede preguntar por qué el legislador no impuso esta obligación á los jueces de paz, como lo hizo para la hipoteca legal de la mujer (art. 70). Es, en definitiva, en este magistrado en quien descansa la ejecución de la ley en lo se refiere á la hipoteca legal del menor; sólo él conoce la ley y la importancia de la garantía hipotecaria para el menor, él es quien invoca el consejo, amenudo de oficio; él quien cuida de que la hipoteca esté regularmente especificada, pues para esto se necesitan algunos conocimientos jurídicos. ¿No quedaba designado también para tomar la inscripción? Para esto es necesario igualmente el conocimiento de la ley y la práctica de los negocios, pues es por las facturas entregadas al conservador por lo que éste redacta la inscripción de modo que la irregularidad de las facturas puede arrastrar la nulidad de la inscripción hipotecaria. ¿No es natural confiar este cuidado al magistrado que preside el consejo de familia?

307. La ley impone á los secretarios de los juzgados de paz una obligación con el fin de asegurar la ejecución de la ley: "No pueden, bajo pena de responsabilidad personal y de destitución, si hay lugar, entregar ninguna copia de las deliberaciones de los consejos de familia, con excepción de las que son relativas á los nombramientos de tutores ó subrogados tutores ó que determinan la hipoteca antes de que haya debidamente justificado que la inscripción fué tomada contra el tutor por la suma y en los inmuebles designados por el consejo de familia" (art. 54). Se pudiera creer que esta disposición traerá forzosamente la inscripción de la hipoteca, puesto que la tutela no puede funcionar si el secretario no entrega copia de las deliberaciones del consejo; en realidad esta garantía será amenudo ineficaz. Desde luego supone que hay deliberaciones de que el tutor de-

be tener una copia. Y hay muchas tutelas en el curso de las cuales el consejo de familia no está llamado á deliberar ó no toma deliberación alguna de que el tutor deba tener copia; en efecto, se trata de deliberaciones que autorizan al tutor para hacer actos que sobrepasan de la administración, y puede suceder que no se presente ninguno de estos actos. Además, el perjuicio que la falta de inscripción causa al menor puede estar consumado en el momento en que el consejo toma determinaciones; si en este momento el tutor ha hipotecado sus bienes ó si los vendió ¿de qué serviría la negativa del secretario de entregar copia? Servirá para operar una inscripción tardía é ineficaz.

La ley declara al secretario responsable; hay que aplicar á esta responsabilidad lo que hemos dicho de la del subrogado tutor (núm. 305). En cuanto á la destitución es una amenaza que se cumple raramente; sería preciso que hubiera dolo para que el Gobierno se decidiera á castigar al culpable.

El art. 63 impone también al secretario otra obligación mucho más importante y cuya ejecución sería la mayor garantía para los menores. Volveremos á ello.

*Núm.-5. De las determinaciones que puede tomar el consejo de familia en lo relativo á la hipoteca legal del menor.*

308. ¿Puede el consejo de familia renunciar la hipoteca legal del menor? Así presentada la pregunta no tiene sentido, pues implica una herejía. La ley es la que da al menor una hipoteca en razón de su incapacidad. En este sentido la hipoteca es de orden público en el sentido propio de esta expresión, pues las leyes de orden público son las que se refieren al estado de incapacidad de las personas (t. I, núms 47-49); y es de principio que los particulares no pueden derogar las leyes de orden público. Esto decide

nuestra cuestión, si es que la hay. El consejo de familia menos que cualquiera puede renunciar á una garantía que la ley concede á los incapaces, pues su misión es la de cuidar de que esta garantía sea eficaz; él es quien especifica la hipoteca y puede encargar á uno de sus ministros de requerir su inscripción. ¿Se concibe que la autoridad que está encargada de proteger á los incapaces los despoje de una garantía que tiene obligación de hacer efectiva? Es inútil insistir, puesto que nadie pensó jamás en sostener lo contrario; si decimos algo de ello es para recordar un principio fundamental, aunque elemental, que prohíbe á los particulares derogar las leyes de orden público; diremos más adelante que las autoridades conocen cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer.

309. Otra es la cuestión zanjada por el art. 9: «El consejo de familia podrá, según las circunstancias, declarar que no se tomará ninguna inscripción en los bienes del tutor. Esta declaración tendrá efecto sólo hasta su revocación.» Hay una diferencia esencial entre la declaración de que no se tomará ninguna inscripción y la renuncia de la hipoteca. La renuncia de la hipoteca arrastra su extinción (art. 108, 2.º; Código Civil, art. 2180); mientras que la declaración de que la hipoteca no será inscrita deja subsistir esta hipoteca, la que siempre podrá inscribirse, puesto que la deliberación del consejo de familia es revocable. Sin embargo, de hecho la decisión de que ninguna inscripción será tomada equivaldrá amenudo á una sentencia; subsistiendo durante el curso de la tutela las razones, buenas ó malas, que inclinaron al consejo á no especificar la hipoteca el consejo no volverá sobre su determinación; resultará de esto que la hipoteca, aunque subsistiendo en teoría, será ineficaz, puesto que todos los efectos de la hipoteca dependen de su inscripción. La facultad que la ley da al consejo de no tomar inscripción es, pues, muy

peligrosa. ¿Por qué se la concedió? ¿Y en qué casos debe usarla?

310. El texto da al consejo el poder de renunciar á la inscripción según las circunstancias. Esto es muy vago. ¿Cuáles son estas circunstancias? La disposición fué propuesta por el Ministro de Justicia; la comisión de la Cámara la adoptó y justificó así: "Pueden existir hipotecas en que la inscripción sea inútil; por ejemplo, si el menor no posee más que inmuebles."

Por otra parte, es posible que el menor tenga un haber tan poco importante que su interés bien entendido exija que se dispense de una medida que arrastra gastos inútiles cuando el tutor presenta, por lo demás, por su posición y su moralidad, suficientes garantías. La comisión es de opinión que debe dejarse en este punto al consejo de familia cierta latitud de apreciación, tanto más que su determinación podrá siempre ser diferida al tribunal de primera instancia."

Esta explicación no nos parece del todo exacta. ¿Es verdad que el consejo de familia deba dispensar de la inscripción cuando la fortuna del menor es inmobiliar? De seguro la ley no dice esto, más bien dice lo contrario. El artículo 49 dice que el consejo fija la suma por la que debe tomarse la inscripción en relación á la naturaleza de los valores de que se compone la fortuna del menor; es decir, según que es mueble ó inmobiliar (núm. 299); debe, pues, tomarse inscripción siempre que la fortuna del menor consista en muebles ó en inmuebles, sólo que la suma será menor en la primera hipoteca porque el perjuicio posible es menor. Lo mismo pasa con la hipoteca legal de la mujer: si se casa sin contrato tendrá una hipoteca por su dote inmobiliar, como lo diremos más adelante, aunque el marido no pueda, así como el tutor, disponer de los inmuebles y que además tenga el goce de ellos; pero es irresponsable de su administración,

como el tutor; y desde que hay responsabilidad tiene que haber hipoteca. (1)

El único caso en el que el consejo de familia deba usar de la facultad que le da el art. 49 es cuando la fortuna del menor es muy módica y que, además, el tutor presenta garantías personales que hacen inútil la garantía hipotecaria. Pero así limitada la facultad de dispensar de la inscripción es peligrosa. Los consejos de familia han abusado de ella; en los primeros años que siguieron á la publicación de la ley la cláusula de renuncia era casi de estilo, y así interpretada la ley merecería que se la criticase, como lo ha sido por un magistrado alemán. (2) El legislador no es responsable de la mala aplicación que los consejos de familia hacen de una inscripción muy racional; la garantía puede ser inútil; desde luego la inscripción se hace frustratoria. Pero es sobrepasar la ley y violarla el decidir, como se ha hecho, que no hay lugar á inscripción porque la fortuna del menor es inmobiliar y que su tutor presenta garantías suficientes por su posición. Cuando un consejo toma semejante determinación el deber del juez de paz es formar oposición y el deber de los tribunales es ejecutar la ley.

311. Mucho menos aún puede el consejo de familia dispensar al tutor de ministrar hipoteca por motivo de "que el tutor inspira confianza." Los consejos de familia piensan que la hipoteca es una medida de desconfianza y que el temor que la motiva no tiene razón de ser cuando por su honorabilidad y su fortuna el tutor inspira entera confianza. La ley no se conforma con las garantías morales, que podrán dar lugar á amargas decepciones; quiere una seguridad real, inmobiliar, desde que el menor tiene intereses que cuidar. En el caso en que esta determinación se to-

1 Compárese Martou, t. II, p. 372, núm. 783.

2 Véanse los detalles en Thümmelmanns, ps. 113 y siguientes. Cloes, t. II, página 175, núm. 1183.



mara los menores tendrían una fortuna relativamente considerable y la solvencia de la madre tutora estaría expuesta á todas las eventualidades del comercio. La deliberación fué anulada. (1) ¡Cosa singular! La circunstancia de que el tutor era comerciante fué invocada por otro miembro de la familia para decidir que no había lugar á tomar inscripción en sus bienes. «Visto que el tutor debe inspirar una confianza absoluta y que una inscripción hipotecaria podría perjudicar el interés de sus hijos atacando su crédito.» Sin duda que la hipoteca legal disminuye el crédito del tutor. Esto no impidió que el legislador la decretara; trató de conciliar los intereses del tutor con los del menor, ordenando la especificación; ir más allá es sobrepasar la ley y violarla. La determinación fué igualmente anulada. (2)

Preferimos estas decisiones, aunque menos severas, á una sentencia de la Corte de Lieja. Un consejo de familia dispensó al padre tutor de toda garantía, fundándose en su solvencia y en su honorabilidad bien reconocidas. Por oposición del juez de paz el tribunal mantuvo la decisión. Apelación del juez de paz, á la que se adhirió el Procurador del Rey. La Corte de Lieja reconoce que la decisión del consejo de familia no estaba suficiente motivada. Debía decirse más: tal cual estaba motivada constituía una violación de la ley, pues si el motivo banal invocado por el consejo bastaba para renunciar la inscripción ya no había hipoteca legal. Para ilustrarse la Corte oyó al tutor en cámara de consejo; la sentencia dice que las explicaciones del tutor ministran la prueba de la necesidad de la declaración hecha por el consejo. ¿Y qué importa? ¿Acaso sólo establece la ley una garantía real para la falta de garantía personal? Es, al contrario, porque no tiene en cuenta estas garantías

1 Sentencia del Tribunal de Namur de 21 de Diciembre de 1871 (Pasicrisia, 1872, 3, 165).

2 Sentencia del Tribunal de Namur de 19 de Julio de 1876 (Pasicrisia, 1876, 3, 346).

personales, por lo que quiere una garantía real. La Corte agrega que resultaba de las mismas explicaciones que el tutor tenía seriamente el *projecto* de adquirir, en nombre del pupilo, valores inmobiliarios y emplear á este objeto las sumas propias de la menor hasta concurrencia de unos 500,000 ó 600,000 francos. Si la Corte entiende decidir que no hay lugar á tomar inscripción cuando la fortuna mobiliar se emplea en inmuebles se equivoca (núm. 310); la ley dice implícitamente lo contrario. (1) Y en el caso sólo existía un *projecto* de adquisición. La fortuna de la menor era, pues, mobiliar cuando la deliberación; por tanto, el consejo debía, bajo todos conceptos, tomar inscripción; el juez de paz había apreciado bien la situación formando oposición é interponiendo apelación y la Corte hubiera debido mantener la fuerza de la ley.

312. El art. 49 dice que la declaración del consejo que dice que no hay lugar á inscripción es siempre revocable. Así es con toda deliberación acerca de la hipoteca legal del menor. Por una parte el monto de la suma por la que la inscripción se tomará depende de la fortuna del menor y de la naturaleza de los valores de que se compone; y la fortuna del menor puede aumentar y algunas veces también disminuir; y la naturaleza de los bienes puede igualmente cambiar: de mobiliar que era la fortuna puede convertirse en inmobiliario; y cuando los elementos por los que se determina la extensión de la garantía hipotecaria llegan á modificarse la hipoteca tiene también que ser modificada. La ley pone dos hipótesis: la en que las garantías se vuelven insuficientes y la en que se convierten en excesivas. En uno y otro caso hay lugar á revocar la primitiva deliberación, pero las condiciones difieren.

313. «En el caso en que las garantías dadas al menor se hicieran insuficientes el consejo de familia podrá exigir un

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

aumento en la suma que debía garantizar la hipoteca, ó la extensión de esta hipoteca á otros inmuebles" (art. 58). Si la ley dice que el consejo *podrá* exigir un suplemento de hipoteca esto no quiere decir que sea una facultad para esto: es una obligación, á no ser que se encuentre en las circunstancias que permiten renunciar á una inscripción suplementaria (núm. 310); el consejo tuvo un cargo: el de cuidar los intereses del menor. El suplemento de hipoteca puede consistir en un aumento de la suma por la que se tomó inscripción; esto bastará si el inmueble no está gravado por todo su valor. Si las inscripciones absorbieran el valor de los inmuebles el consejo tendría que tomar inscripción nueva en otros inmuebles del tutor.

La ley supone que la inscripción primitiva se convierte en insuficiente á consecuencia del aumento de fortuna del menor. La insuficiencia puede proceder también de la pérdida ó deterioro de los inmuebles en los que se tomó la inscripción. En este caso la suma queda la misma, pero hay lugar á tomar inscripción en otros inmuebles del tutor. Es en vista de esta eventualidad por lo que el art. 58 admite una alternativa; en una de la hipótesis hay que aumentar la suma mientras que en la otra hay que tomar inscripción en nuevos inmuebles.

Aun hay una causa de insuficiencia que la ley no prevee y que se debe presentar muy amenudo. El consejo de familia especifica la hipoteca en un momento en que no tiene conocimiento exacto de la fortuna del menor; la apreciación que hiciera sería necesariamente conjetural; habrá, por consiguiente, insuficiencia ó exceso de la garantía que estipuló y, por lo mismo, la inscripción se deberá modificar (número 298).

Cuando há lugar á extender la inscripción á otros inmuebles el consejo puede ser estorbado por una imposibilidad. Si el tutor no posee otros inmuebles, ó si los posee,

pero de un valor insuficiente, será imposible hacer una inscripción suplementaria. Esta garantía se reemplazará por el depósito de los capitales del menor en la caja de la oficina de depósito. Dijimos en el título *De la Tutela* que así es el derecho común, con arreglo á la nueva ley, en el caso en que el tutor no posea inmuebles ó que los que posea sean insuficientes para responder por la totalidad de la gerencia (arts. 55-57).

314. Hay todavía una hipótesis en la cual la inscripción es insuficiente desde el principio cuando el tutor no poseyera inmuebles suficientes; y cuando no poseyera ningunos el consejo no podría especificar la hipoteca. Si en este caso llega á tener inmuebles el tutor durante el curso de la tutela la ley quiere que se proceda como se dice en los artículos 49 y siguientes; es decir, que el consejo de familia será convocado para especificar la hipoteca y para vigilar que se haga inscripción de los bienes del tutor, ya sea primera inscripción, ya suplementaria.

En el espíritu de la ley el menor debe tener una garantía real; desde que sea posible realizarlo el consejo de familia debe ser convocado para proceder á la especificación. Toca naturalmente al tutor convocar al consejo, pero está colocado entre su conveniencia y su deber. En esta situación el subrogado tutor debe obrar, puesto que la ley le impone el deber de intervenir en el caso en que haya conflicto entre el tutor y su tutelado (art. 420). Se dijo cuando la discusión que se debe aplicar la ley en este sentido. (1) Estas declaraciones, aunque emanadas del Ministro y del relator de la comisión, desgraciadamente no tienen ninguna autoridad legal, y cuando se trata de imponer una obligación se necesita una ley. En la especie se puede invocar la disposición general del art. 420.

1 Sesión de la Cámara de 7 de Febrero de 1851 (Parent, p. 327). Compárese Cloes, t. II, p. 413, núm. 1257; y Martou, t. II, p. 411, núm. 850.