

Si el depósito del capital del menor en la caja de la oficina de depósito se ha hecho con arreglo á los arts. 55 y 56. y que después llegue á tener inmuebles el tutor en los que se haga inscripción suficiente el depósito no tiene ya razón de ser, puesto que sólo fué ordenado para suplir la hipoteca. En el espíritu de la ley la hipoteca reemplaza la garantía y hace, por consiguiente, inútiles las garantías subsidiarias que la ley prescribe cuando llega á ser imposible la inscripción hipotecaria juzgada suficiente por el consejo. Todos se hallan de acuerdo acerca de este punto. Sólo que para regularizar la posición del tutor la ley habría debido exigir una deliberación del consejo que la autorizara para retirar el capital. En el silencio de la ley los autores recomendaban al consejo que especificara la hipoteca de revocar la decisión que tomó relativa al depósito en la caja de depósitos. (1)

315. La inscripción puede también llegar á ser excesiva: «si las garantías ministradas por el tutor se hicieran evidentemente excesivas durante el curso de la tutela el consejo de familia podría, después de haber oído al subrogado tutor, restringir por una deliberación motivada las seguridades primitivamente exigidas» (art. 60). La inscripción es excesiva cuando sobrepasa la garantía real á la que el menor tiene derecho; el excedente puede recaer en la suma por la que se hizo la inscripción, ya de los inmuebles gravados de la inscripción en virtud de la decisión del consejo. Hay excedente en cuanto á la suma si la fortuna del menor, desconocida cuando la especificación, es menor que lo que se había creído, hallándose la sucesión á la que fué llamado cargada de deudas que no se esperaban. Aun hay exceso cuando la fortuna mobiliaria del menor se convierte en inmuebles y que la suma por la que se ha hecho la inscripción se ha fijado en razón de la naturaleza de los

1 Martou, t. II, p. 413, núm. 853. Cloes, t. II, p. 211, núm. 1255.

valores. En fin, la naturaleza del menor puede disminuir por accidentes, un siniestro, una quiebra. En cuanto al crédito eventual del menor disminuye también y há lugar á reducir la inscripción en cuanto á los bienes si se ha hecho sobre varios inmuebles; podrá reducirse de manera de dejar libres los inmuebles que sea inútil gravarlos. El crédito del tutor se aumentará sin perjuicio para el menor.

La ley prescribe las condiciones bajo las que se debe hacer la reducción. Hay más dificultad cuando se trata de reducir las garantías que cuando se trata de aumentarlas. Reduciendo la inscripción se quita al menor una garantía en la que había adquirido un derecho; lo cual sólo se debe hacer cuando está probado que la reducción no ocasiona ningún perjuicio al menor; en este caso constituye un derecho al tutor, porque no debe á su pupilo una garantía excesiva; es para proporcionar la hipoteca sin la garantía que es necesaria al menor por lo que la ley quiere que sea especificada. Desde luego se necesita que la garantía sea evidentemente excesiva, lo que implica que el exceso sea de alguna importancia; una ligera disminución de fortuna no bastaría para reducir la reducción, porque por una parte no aumentaría en nada el crédito del tutor y por otra sería perjudicial al menor en el caso en que los bienes hipotecados perdieran su valor. En segundo lugar, se necesita que el subrogado tutor sea oído; esto es de derecho común, porque tendiendo la demanda del tutor á la reducción de la inscripción levanta un conflicto entre él y su pupilo; y desde que hay oposición de intereses el subrogado tutor debe intervenir para garantizar al menor contra el tutor que, puesto entre su deber y su conveniencia, podría olvidar su deber. En tercer lugar, la deliberación debe ser motivada; toda deliberación relativa á la hipoteca legal del menor debe estar motivada (núm. 286); con mayor razón la que tiende á disminuir la garantía de que gozaba.



316. Tales son las condiciones requeridas para la validez de la deliberación del consejo de familia. El art. 60 agrega que debe estar sometida á la homologación del tribunal. Esta es una excepción al derecho común; está fundada en la gravedad de la decisión. La ley tiene razón de no fiarse en los consejos de familia que muy amenudo obran por consideraciones personales; cuando el legislador tiende á la imparcialidad debe dirigirse á la autoridad judicial. Los jueces también podrían ser engañados si no oyeran más que á los defensores del consejo de familia; para ilustrarlos la ley quiere que el Ministerio Público dé su opinión y además el Procurador del Rey sea parte en causa, porque la ley dice que el tribunal estatuirá contradictoriamente con él. Se debe, pues, aplicar lo que hemos dicho antes de la oposición (núm. 296).

Se ha pretendido que las palabras *y contradictoriamente con él* aun tenían otra consecuencia; esto es, que el tribunal debe pronunciar su sentencia en audiencia pública. El Tribunal de Bruselas ha desechado esta interpretación en una sentencia muy bien motivada. (1) Es de principio que las sentencias de homologación se hacen en cámara de consejo; y la ley de 1851 guarda silencio en el procedimiento; se traslada por esto mismo al derecho común. Si dice que el tribunal debe estatuir contradictoriamente al Ministerio Público es para marcar que el Ministerio Público es parte en el proceso; esto no tiene nada de común con la publicidad.

317. ¿Puede el consejo de familia decidir que la inscripción se cancele totalmente? Se supone que toda la fortuna del menor llegará á perecer: la inscripción será, en este caso, reducida ó cancelada. En teoría la solución no es dudosa; el menor no tiene derecho á ninguna garantía cuando no

1 Sentencia de 24 de Febrero de 1855, informe por Martou (t. II, p. 418, número 860), y por Cloes (t. II, p. 219, núm. 1271).

puede tener crédito contra su tutor; luego si el crédito eventual que tenía se desvanece la inscripción no tiene razón de ser; por tanto, el tutor tiene el derecho de pedir la cancelación. Queda por saber si la ley deroga estos principios. Se opone el art. 49, en cuyos términos el consejo de familia puede declarar que no se hará ninguna inscripción en los bienes del tutor, pero ningún texto autoriza al consejo á hacer la cancelación de la inscripción que se ha tomado; el art. 60 implica, al contrario, que no tiene este derecho, puesto que sólo permite reducir la inscripción. El argumento nos parece débil. Desde luego hay que separar el art. 60, que prevee el caso en que la inscripción es excesiva, mientras que nosotros suponemos que no tiene razón de ser. El art. 49 da una razón de analogía en favor de nuestra opinión; si el consejo puede decidir que no se hará ninguna inscripción aunque el menor tuviere alguna fortuna, con mayor razón puede y debe hacer cancelar la inscripción cuando no hay derechos que garantizar. En realidad la ley no prevee la cuestión; debe decidirse conforme á los principios; y conforme al art. 95 (Código Civil, art. 2160) el tribunal debe ordenar la cancelación cuando la cancelación no está fundada en ningún título ó, como dice la ley, cuando el título se extingue. ¿Y cuál es en el caso el título en virtud del cual se ha hecho la inscripción? La ley obliga al consejo á especificar la hipoteca que concede al menor para sus *derechos y créditos*, lo que supone que tiene derechos y créditos que garantizar. Si no hay obligación principal á cargo del tutor ¿puede haber una garantía accesoria? (1)

318. ¿Cuál será el efecto de la reducción ó, si há lugar, de

1 Martou, t. II, p. 416, núm. 855 bis. Cloes, t. II, p. 226, núms. 1281 á 1283. En sentido contrario, Beckers, núms. 80 y 156; Timmermans, p. 161, número 111.



la cancelación consentida por el consejo de familia y homologada por el tribunal. Es el efecto de toda reducción ó cancelación de una inscripción hipotecaria. La inscripción cancelada no produce ya ningún efecto, de manera que la hipoteca se hace ineficaz; la inscripción reducida no tiene efecto más que en los límites de la reducción; la hipoteca es, pues, parcialmente ineficaz. En uno y otro caso la hipoteca subsiste, á menos que la radiación esté fundada en la extinción de la hipoteca. Y la hipoteca del menor no puede extenderse, puesto que es legal; subsiste por tanto tiempo como dura la causa por la cual la ley la estableció; en tanto que hay tutela hay necesariamente una hipoteca legal en provecho del menor. Esta hipoteca puede perder su eficacia en todo ó en parte si la inscripción está cancelada ó reducida, pero no deja de subsistir y puede perder su fuerza en virtud de una nueva deliberación del consejo de familia, como vamos á decirlo.

El art. 108, 3.º, se expresa, pues, inexactamente al decir que las hipotecas se *extinguen* por los efectos de las *sentencias* en los casos previstos por los párrafos 1 y 2 de la 1.ª sección del capítulo III; es decir, en los casos de los arts. 60 y 72. No es cierto decir que la *hipoteca* del menor se extingue por efecto de las sentencias que restringen ó desvanecen la inscripción hipotecaria. El legislador se ha colocado en el punto de vista práctico considerando como extinguida una hipoteca que no produce ningún efecto. Pero si no lo produce para el menor puede llegar á ser eficaz por una nueva deliberación del consejo. Toda deliberación del consejo relativa á las garantías hipotecarias del menor es esencialmente revocable (núm. 312). Sucede lo mismo cuando el tribunal la ha homologado: la homologación es un acto de jurisdicción gratuita; el juez aprueba lo que el consejo ha hecho, pero su aprobación no liga al consejo y no tiene la autoridad de cosa juzgada. El consejo puede, pues, te-

ner una deliberación nueva por la que requerirá inscripción de los bienes del tutor.

Esto no se ha contestado. Pero parece á primera vista que para revocar la decisión que ha reducido ó quitado la inscripción se necesita que haya un cambio en el estado de fortuna del menor. Generalmente pasará así, pero se debe tener cuidado de poner una condición. Esto es lo que la Corte de Gante había hecho. La sentencia fué casada, y debía serlo, porque sometía la deliberación del consejo á una condición que la ley no exige. La ley dice, en verdad, que los miembros del consejo pueden hacer oposición á la deliberación y fija el plazo en el que deben hacerlo; pero el derecho de oposición nada tiene de común con el derecho del consejo de determinar en el curso de la duración de la tutela las garantías hipotecarias del menor con una completa libertad. Esto también está fundado en razón. El consejo se puede engañar y su deliberación puede inducir al tribunal al error; interesa, pues, con relación al menor, que el consejo pueda revocar sus deliberaciones, aunque en nada hubiere cambiado la situación del menor. (1)

319. Se pregunta si el último que muere de los padres y madres que nombran un tutor por testamento puede restringir la hipoteca legal del menor. Esta es una cuestión que no debía sentarse; está decidida negativamente por el texto y por el espíritu de la ley. La ley establece la hipoteca, y es la que determina para quién no la hipoteca sino la inscripción se especifica y reduce si há lugar. Y la hipoteca legal es de orden público. ¿Con qué derecho, pues, el padre la restringiría? Tiene el mismo afecto, al menos, se dice, por su hijo que un consejo de familia. Sin duda, ¿pero el derecho es una cuestión de afecto? Se agrega que con arreglo á la nueva ley el testador puede constituir una hi-

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





poteca. (1) La razón también es mala porque el art. 44 no da ese poder al testador sino para los legados que hace. Y la hipoteca testamentaria depende de la voluntad del testador. ¿Acaso la hipoteca legal depende, sobre lo que sea, de la voluntad de las partes interesadas? No insistimos más; si hemos hablado de la cuestión es para enseñar á lo que conduce el lenguaje inexacto en esta materia. Se empieza por asimilar la hipoteca legal á la hipoteca convencional, después se da al testador un poder que le niegan la ley y los principios, confundiendo la hipoteca legal con las hipotecas que dependen de la voluntad del deudor (núm. 320).

320. ¿Puede reemplazarse la hipoteca legal por otras garantías? Se asombra uno de ver sentadas tales cuestiones y más aún el ver que las resuelven afirmativamente. En la especie se trataba de la tutela de un interdicto. El tutor había empleado una gran parte de la fortuna del interdicto en compras de inmuebles y en rentas del Estado. En cuanto al excedente de las rentas, dice el tribunal, está bastante protegido por la posición social del tutor, extraño á las operaciones comerciales, por las medidas del empleo y entrega de estados anuales prescriptos para el tutor, agregándose á la oferta subsidiaria de éste de consignarles los créditos ó valores de la Bolsa hasta concurrencia de 2000 francos en garantía de su gerencia. El tribunal acepta dicha oferta y decide que en la especie una inscripción hipotecaria sería una medida negatoria. ¿Cómo motivan los jueces esta decisión? La inscripción hipotecaria forma el principio, pero el tribunal aprecia las circunstancias particulares que puedan dispensar la hipoteca legal. (2) Aquí hay una confusión de ideas. La facultad de dispensar supone que el menor no tiene necesidad de una garantía; y en la especie

1 Cloes, t. II, p. 229, núm. 1285, según Pont, t. I, p. 593, núm. 545.

2 Sentencia del Tribunal de Namur de 5 de Julio de 1875 (Pasicrisis, 1876, 3, 49).

el tribunal prescribía garantías; las juzgaba, pues necesarias; queda por saber si le toca á él contentarse con otras garantías que las que la ley da á los menores é interdictos. Sentar la cuestión es resolverla. La hipoteca legal es esencialmente de orden público, puesto que está establecida en garantía del interés de los incapaces (núms. 187-243). Y sólo el legislador puede establecer las garantías que juzgue necesarias á las personas que en razón de su incapacidad no puedan por sí vigilar sus intereses. El texto mismo de la Ley Hipotecaria lo prueba. Cuando el tutor no tiene inmuebles ó los que tenga sean insuficientes no puede haber hipoteca legal ó la hay insuficiente; en este caso no se trasporta la ley á los tribunales para determinar las seguridades que deba ministrar el tutor? Nó, el legislador mismo las ha organizado. El sistema de la ley, es pues, éste. Há lugar á inscribir los bienes del tutor; el consejo de familia debe hacerlo, no puede aceptar ninguna otra garantía. La inscripción hipotecaria es inútil, no há lugar á exigir otras seguridades. Es insuficiente; la ley ordena lo que debe hacerse.

§ IV.—DEL ESTADO DE LAS TUTELAS Y DE LA VIGILANCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

*Núm. 1. Del estado de las tutelas.*

321. El art. 63 hace intervenir la autoridad judicial para asegurar la ejecución de las medidas que prescribe para la especificación de la inscripción de la hipoteca del menor. Esto es una disposición de la más alta importancia. No se puede contar con los consejos de familia; la indiferencia de los parientes iguala su ignorancia. Al imponer los deberes múltiples en materia de tutela el legislador, por su parte, contrae la obligación de cuidar de que los hombres estén interesados en sus deberes y que sus sentimientos morales



estén desarrollados á la vez que su inteligencia. ¿Por qué debe agregarse que nuestros legisladores han descuidado enteramente la necesidad de la instrucción y de la educación nacionales? En Bélgica la han abandonado á la Iglesia; es decir, al clero, interesado en mantener la ignorancia, fundamento de su dominio; y en cuanto á la educación estos singulares maestros no tienen más cuidado que crear hombres que sean ciegos instrumentos de su poder. ¡Después de esto se tiene gracia en apelar á la conciencia y abnegación de las familias! Es porque estas conciencias no están ilustradas por lo que los consejos de familia sacrifican tan fácilmente los intereses de los incapaces á consideraciones personales.

Debe tenerse esta teoría en consideración. Los autores de la Ley Hipotecaria han hecho más bien en someter á los consejos de familia y aún á los jueces de paz al registro de la autoridad judicial. Este es el único medio de dar á los menores garantías serias.

322. «En la secretaría de cada juzgado de paz se llevará un estado, bajo la vigilancia y responsabilidad personal del secretario, para todas las tutelas abiertas en el cantón» (núm. 63). La ley declara responsable al secretario. ¿Para con quién? Sólo puede ser para con el menor. Si el secretario descuida de cumplir los deberes que la ley le impone la vigilancia y la acción de la autoridad judicial no podrán ejercerse útilmente en favor de los menores; éstos no gozarán, por tanto, de las garantías hipotecarias que la ley quiso asegurarles. De ahí una acción en responsabilidad. La ley no declara responsable al juez de paz; sin embargo, en caso de negligencia el magistrado es el verdadero culpable, pues debe conocer las leyes y se le enseña respetarlas, mientras que los secretarios la ignoran amenudo. Si los jueces de paz no incurren en responsabilidad civil son moralmente responsables; es necesario que los tribunales los llamen

á la orden si se descuidan. Volveremos á este punto, uno de los más delicados en la aplicación de la ley.

323. «Este estado contendrá la fecha de la apertura de las tutelas, los nombres, apellidos y domicilios de los menores, interdictos y tutores y subrogados tutores.» La ley no habla de los dementes colocados en un hospicio ó en una casa de salud; como el administrador que se les nombre reemplaza al tutor está comprendido en todas las disposiciones de la ley relativas á los interdictos y menores. Hubiera sido bueno haberlo dicho. El Gobierno puede llenar el vacío, puesto que tiene el derecho de promulgar decretos por la ejecución de la ley.

El estado de las tutelas debe indicar «la fecha y el resumen de las deliberaciones de los consejos de familia relativos á la hipoteca legal de los menores é interdictos, la fecha de las inscripciones que se habían tomado ó la mención de las causas por las que no se hubieren tomado.» Cuando la discusión de la ley se hizo observar que los secretarios no pueden saber si fué tomada la inscripción, á no ser de ir á verlo á la oficina de conservación de hipotecas; lo que hubiera complicado la ejecución de la ley. Una circular de 11 de Marzo de 1852 rectificó la objeción ordenando á los secretarios comunicar en el corriente del último mes de cada trimestre el estado de las tutelas al conservador de hipotecas de la jurisdicción en que están situados los inmuebles gravados con la garantía de los menores. Los conservadores indicarán en ellos las fechas de las inscripciones tomadas.

Falta un pormenor que se puede fácilmente obtener por la comunicación del estado de tutelas de los secretarios de los tribunales de primera instancia: es la mención de las oposiciones hechas contra las determinaciones de los consejos de familia y las decisiones pronunciadas por los tribunales. Como se reconoce á los jueces de paz el derecho de formar oposición es bueno comprobar, si hacen uso de él,



la causa de su oposición y las decisiones que recibiera. Esto sería una comprobación de la acción de los jueces de paz y, lo repetimos, es sólo con los tribunales con los que se puede contar.

324. Cada año, en el corriente de Diciembre, el secretario dirigirá, bajo su responsabilidad, al Procurador del Rey de su jurisdicción copia entera del estado de las tutelas abiertas en el año, y para los demás la simple indicación de los cambios sobrevenidos en el año corriente relativos á la hipoteca legal, á su inscripción ó á los depósitos que la falta ó insuficiencia de inmuebles hubiera necesitado.»

Nos parece que mejor hubiera sido enviar estos informes en el mes de Enero para el año venidero; según la ley pudiera suceder que se abrieran tutelas después de mandado el estado; de modo que no se harán menciones de éstos ni en el año ni en el siguiente.

325. «Los secretarios de los juzgados paz que no cumplan con el presente artículo, independientemente de las penas disciplinarias, serán castigados con una multa que no excederá de 100 francos. Podrá doblarse en caso de reincidencia. Estas penas se aplicarán por los tribunales civiles.»

326. Es el Procurador del Rey quien requiere la aplicación de las penas. ¿Pero esta demanda debe hacer constar la contravención y exigir el estado de tutelas? ¿Y si el Procurador General descuida recordarle su deber? Estas suposiciones están permitidas, puesto que llegamos á saber por la tesis de un joven magistrado que en la jurisdicción de tal tribunal no hay casi ningunas inscripciones hipotecarias en favor de los menores. (1) En una circular de 30 de Diciembre de 1856 el Ministro de Justicia ha pedido que se le mande un cuadro con informes acerca de la aplicación de

1 Timmermáns, p. 18, nota 30. Cloes y Bonjeán, Jurisprudencia de los tribunales, t. XXV, p. 910.

los arts. 49 y siguientes de la Ley Hipotecaria. ¿Le fueron enviados estos cuadros? ¿Por qué no se publicaron? ¿Se exige el envío anual de estos informes? Deberá hacerse esta información permanente y regularmente, y para que fuera eficaz debiera publicarse sin ninguna reserva; no se debe tener consideración para los que descuidan sus deberes, y se trata de deberes que interesan á la sociedad, puesto que el objeto del art. 63 es dar una garantía seria á los incapaces.

*Núm. 2. De la comprobación de la autoridad judicial.*

327. El art. 63, después de haber dicho que los secretarios deben enviar una copia del estado de tutelas al Procurador del Rey en el corriente de Diciembre, agrega: «En el mes de Enero siguiente el Procurador del Rey someterá este estado al tribunal que, por informe de uno de sus miembros en Sala de Consejo, estatuirá lo que sea de derecho, tanto de oficio como de requisición del Ministerio Público.» Esta disposición suscita muchas dificultades. Hay desde luego una cuestión preliminar: ¿es todo el tribunal ó sólo la Sala Civil la que está llamada á examinar los estados de tutelas y á estatuir? La ley está interpretada en diversos sentidos por varios tribunales. Es de desear que el tribunal pronunciara en salas reunidas; la comprobación tendría así una autorización mayor. Pero la ley no lo exige; desde luego hay que tomar la palabra *tribunal* en su sentido habitual; es decir, como sinónimo de sala civil. (1)

328. Hay una dificultad más grave: el art. 60 dice que el tribunal *estatuirá lo que sea de derecho*. ¿Qué sentido tiene esta disposición? ¿Qué poder da al tribunal? ¿Estatuye el tribunal por vía de disposición general y reglamentaria aplicable á todos los jueces de paz y obligatoria aun en el

1 Timmermáns, p. 89, núm. 151.