

§ 122.—*Ejercicio y cesación de la tutela*

Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 735 y siguientes; Chironi, *Ist.*, II, §§ 423-426; Zachariae *Man.*, III, §§ 551-554, 566-580; Aubry y Rau, *Cours.*, I, §§ 109-122, 127; Planiol, *Traité*, I, números 1.847-1.864, 1.878-1.981, 2.091-2.099; Windscheid, *Pand.*, II, §§ 437-439, 441-445.

I. *Ejercicio de la tutela.*—a) *Actos preliminares.*—Los primeros actos que inician la gestión tutelar son dos providencias tendentes ambas a asegurar la integridad patrimonial del incapaz: la *caución* que el tutor debe prestar como administrador de los bienes ajenos para satisfacer las deudas que el mismo puede contraer como derivación de su responsabilidad por la gestión tutelar; el *inventario* que describe el patrimonio del tutelado y evita el peligro de la dispersión de los bienes de aquél. Una y otra providencia son igualmente esenciales, urgentes e (salvo excepcional dispensa de la caución) inderogables; deben preceder a los demás actos de gestión como se deduce del art. 292, párrafo último, que prescribe se delibere sobre la caución en la primera reunión del Consejo de familia y del art. 281, que ordena se proceda a la formación de inventario dentro de los diez días siguientes a aquel en que el tutor tuvo noticia de su nombramiento.

La *caución* que el tutor está obligado a prestar puede consistir en sumas de dinero, en otros valores, o en la constitución de prendas, hipotecas o fianzas personales. Corresponde al Consejo de familia fijar su cuantía; el tutor puede elegir entre las varias especies de garantía, y cuando no haga la elección, la garantía consistirá en una hipoteca sobre los bienes que el Consejo indique (art. 292). La hipoteca es legal y no precisa para su constitución el consentimiento del tutor (art. 1.969); es más, el propio tutor debe pedir la inscripción dentro de los veinte días siguientes a la adopción del oportuno acuerdo por el Consejo de familia (artículos 1.983 y 1.984), bajo sanción de pérdida del oficio. Pueden inscribirla, en defecto del tutor, el protutor, el Canciller y hasta el Ministerio fiscal. Tan esencial es esta garantía que si el tutor no posee bienes susceptibles de hipoteca o bienes sufi-

cientes (y no puede prestar otra garantía), el Consejo de familia puede proceder al nombramiento de un nuevo tutor.

El acto a que nos referimos es previo o preliminar, pero no debe entenderse esto en el sentido de que antes de prestarse la garantía carezca el tutor de todo poder de administración. Respecto a los terceros, se dan tales poderes, pero la tutela puede cesar si se provee a la sustitución del tutor por probarse que éste no quiere o no puede prestar la garantía.

Es esta providencia de la caución acto necesario e inderogable, pero no de un modo absoluto, puesto que la dispensa es admitida por vía excepcional. Se otorga al tutor una dispensa *de derecho* cuando sea abuelo paterno o materno del pupilo, pues en tal caso parece bastante garantía de probidad el estrecho vínculo de parentesco que une al tutor con el tutelado y poco conforme a la dignidad de la posición parental de aquél el constreñirlo a dar caución (art. 292). Una dispensa *facultativa* se otorga en los demás casos en que el Consejo de familia estime oportuna su concesión siempre bajo el control de la superior autoridad tutelar, pues la decisión por la que se otorga la dispensa ha de ser autorizada por el Tribunal (art. 292, párrafo 1.º).

La institución de la dispensa es de un carácter tan excepcional, que sólo el Consejo puede otorgarla (el padre en la tutela testamentaria no puede dispensar); luego de haber otorgado la dispensa puede ésta ser revocada (art. 293).

El inventario debe comenzarse por el tutor en los diez días siguientes al en que tuviere noticia de su nombramiento y terminarse en el período de un mes (art. 281). Esta obligación es tan trascendental—el inventario es necesario para juzgar de la gestión tutelar una vez terminada—que no es dispensable (art. 281) ni siquiera por decisión del Consejo de familia; tan esencial, que su omisión, lo mismo que toda infidelidad en su formación, puede implicar la remoción del tutor y siempre la responsabilidad por los perjuicios que deriven (art. 288). Para garantizar la formación del inventario y su fidelidad se ordena la intervención del protutor, siendo tal intervención una de las actuaciones más relevantes de este último cargo (art. 282). En el inventario se

deben indicar bienes muebles y los inmuebles, los créditos y las deudas, y describir las escrituras, papeles, notas relativas al activo o el pasivo del patrimonio, estimar o valorar los bienes muebles y describir, según las formas usuales del comercio, los elementos todos que constituyan las haciendas industriales o comerciales que correspondan al administrado (artículos 283 y 284). También las acciones, créditos y deudas del tutor respecto al tutelado deben indicarse; estas últimas con rigurosa precisión, ya que pueden ser causa de conflicto o de oposición de intereses entre el tutor y el tutelado, provocando la intervención del protutor a quien se transferiría (limitada a estas relaciones) la representación del incapaz. La sanción a la inobservancia de este deber es la pérdida para el tutor de todos sus derechos cuando omita el hacer constar en el inventario sus créditos; la remoción, si omite hacer constar sus deudas (artículos 285 y 286).

En la formación del inventario autorizado en vía normal por un Notario (art. 282) deben estar presentes—además del protutor—dos testigos elegidos de entre dos parientes o amigos de la familia, porque éstos, mejor que los extraños, pueden ilustrar sobre la cuantía del patrimonio (art. 282). El inventario es luego depositado en la pretura del territorio en donde se hubiere constituido la tutela, y al depositarlo el tutor y el protutor deben, con juramento, asegurar su fidelidad (art. 282, párrafos 2.º y 3.º). Implica una notable limitación a los poderes ordinarios del tutor esta obligación de formar inventario; en tanto dicha obligación no se cumpla, los poderes de administración son otorgados al tutor solamente en orden a aquellos negocios que no admitan dilación (art. 289).

b) *Actos de administración.*—Además de las estudiadas garantías preliminares, contiene nuestro Código otras normas encaminadas a delimitar de modo preciso los poderes tutelares de administración. Si en el patrimonio del tutelado figuran valores, títulos al portador, objetos preciosos, deberán éstos depositarse en un establecimiento público para que estén custodiados en éste hasta que el Consejo resuelva sobre su uso o empleo (artículo 287). Dentro de los dos meses siguientes a la formación

del inventario, los muebles deben ser vendidos en pública subasta (salvo acuerdo contrario del Consejo de familia) (art. 290), colocando su precio convenientemente. El Consejo debe fijar los gastos anuales necesarios para la manutención del administrado, para su educación e instrucción, para la gestión patrimonial, teniendo también la obligación de colocar convenientemente el exceso de las rentas (art. 291). Corresponde también al Consejo el autorizar las remuneraciones debidas a quienes auxilian al tutor en sus funciones cuando la complejidad de la gestión exija la intervención de varias personas (art. 295). El Consejo puede fijar especiales garantías que aseguren la honrada percepción y conveniente empleo de las rentas (art. 294). Si en el patrimonio del administrado figuran títulos al portador, éstos deben convertirse en nominativos a no ser que el Consejo decida distinta inversión (artículo 298). Si figuran haciendas comerciales e industriales, éstas se enajenarán, a no ser que el Consejo acuerde su prosecución fundada en la evidente utilidad del menor (art. 299). No son posibles la compraventa, la cesión de bienes o derechos del incapaz en favor del tutor o del protutor y tampoco los simples arrendamientos; éstos pueden ser autorizados, sin embargo, por el Consejo (art. 300).

Como se ve, mediante estas disposiciones, que pueden parecer quizás demasiado minuciosas, la autoridad del tutor resulta limitada y rodeada de garantías, controlada desde su iniciación. En cuanto al curso de la gestión tutelar, los poderes del tutor se hallan determinados en la ley de modo concreto, basando tal determinación en una distinción de actos que puede reducirse a lo usual de actos de administración y de disposición aplicado en otros campos del derecho privado. El Código no alude a tal distinción de modo expreso porque, siguiendo un sistema un tanto empírico, se refiere a los actos que el tutor no puede realizar por sí solo; de lo que por exclusión se deducen los que puede realizar por sí. Del ordenamiento legislativo de la materia se deduce que la base no es una simple distinción de dos grupos o si no una clasificación de todos los actos agrupados en tres categorías: a), actos que el tutor puede realizar por sí solo en virtud de sus

podereos o facultades como representante del incapaz y como administrador; *b*), actos que el tutor no puede realizar más que con autorización del Consejo de familia; *c*), actos para cuya válida realización ni siquiera la expresada autorización es suficiente, siendo necesaria además la aprobación del Tribunal. Si examinamos analíticamente los apartados *b* y *c* a los cuales se refiere la ley en los artículos 296 y 301 (pues el apartado *a*) está implícito en los otros dos) será posible afirmar que en el primer apartado *a*) deben figurar los actos de simple administración; en el segundo los de administración extraordinaria, y en el tercero los de emancipación y disposición (1). Con esta fórmula, deducida de los preceptos especiales del Código, pueden completarse las normas del mismo y resolverse los casos dudosos, debiendo utilizarse también a tal fin la comparación entre los límites fijados al poder tutelar (artículos 296 y 391) y los mucho menos rigurosos establecidos por el art. 224 al padre que ejerce la patria potestad. En concreto:

1) Son actos permitidos al tutor, sin necesidad de autorización, por cuanto representan una actividad de *simple administración*, la percepción de rentas, frutos e intereses, la enajena-

(1) Esta distinción no es en verdad la normal a que recurre el Código cuando determina por ejemplo la esfera de capacidad negocial de una persona parcialmente incapaz o la de los poderes de un representante. La distinción corriente es la de actos de administración y actos que exceden de la administración o como suelen también designarse: actos de administración *ordinaria* y de administración *extraordinaria* (por ejemplo, en orden a los que han sido puestos en posesión de los bienes del ausente, art. 29; respecto al padre que ejerce la patria potestad, artículo 224; íd. al inhabilitado, art. 339). Con este sistema de clasificación, los actos de enajenación y de disposición serán naturalmente de administración extraordinaria; con esto resultan incluidos en un mismo grupo, los actos de enajenación y los de administración y gestión; lo que sí prácticamente puede ser útil para limitar los poderes de determinada persona, no responde, en cambio, a una correcta concepción científica. Precisamente, en materia tutelar, es donde aflora la subdistinción de los actos que exceden de la simple administración en dos categorías; el Código no alude a ella de modo expreso, pero puede deducirse del precepto del artículo 301. Lo difícil es delimitar el campo de los tres grupos; la dificultad no impide, sin embargo, que la distinción pueda y deba hacerse.

ción de frutos y de muebles fácilmente deteriorables, el pago de las cargas que gravan los inmuebles, la extinción de deudas, la colocación del sobrante de las rentas, la adquisición de las cosas necesarias a la economía doméstica o a la administración del patrimonio, los arrendamientos y aparcerías de predios, las reparaciones ordinarias de éstos y otros y en general todo acto conservativo del patrimonio y los que tengan por objeto acrecentar sin riesgo la cuantía de éste.

2) Son actos que exigen autorización del Consejo de familia, en cuanto que implican *administración extraordinaria* (artículo 296): la percepción y colocación de capitales, el empleo de los mismos [el contraer mutuos pasivos, el constituir prendas e hipotecas, la enajenación de bienes inmuebles o muebles (excepto frutos y muebles fácilmente deteriorables)], la cesión de créditos, la transmisión de títulos de crédito, la adquisición de bienes muebles e inmuebles (excepto los muebles necesarios a la economía doméstica y a la administración del patrimonio), los arrendamientos por más de nueve años, la aceptación o repudiación de una herencia, la aceptación de donaciones o de legados sujetos a cargas o condiciones [proceder a divisiones o provocarlas judicialmente], el entablar acciones judiciales (excepto si se trata de acciones posesorias o de acciones para demandar el pago de rentas, o de acciones de cualquiera clase, cuando haya peligro en el retardo en su ejercicio) [comprometer y transigir]. Este es el elenco contenido en el Código en el artículo citado (1); el elenco no es completo, pues pueden haber muchos otros actos que no son de enajenación y que, sin embargo, implican una administración extraordinaria. Por eso discuten los civilistas, si el elenco debe estimarse taxativo o si debe el intérprete por analogía reputar necesaria la autorización del Consejo en orden a otros actos de la misma naturaleza (2).

(1) Al reproducirlo he encerrado entre paréntesis cuadrado los actos para los cuales el art. 301 exige que las decisiones del Consejo de familia sean aprobadas; es evidente, en efecto, que tales actos no entran en esta categoría, sino a la tercera; es decir, no son actos de administración extraordinaria, sino de disposición o de enajenación.

(2) A mi juicio, la enumeración es taxativa: si se atiende al espíritu

Los actos que exigen, además de la autorización del Consejo, la aprobación del Tribunal, por implicar *enajenación* o *disposición* (art. 301), son: las enajenaciones de inmuebles o de muebles y los negocios constitutivos de derechos sobre los mismos (servidumbres, usufructos, etc.), las constituciones de prendas e hipotecas, los mutuos pasivos, el proceder a divisiones amistosas o judiciales, el transigir o comprometer, el proseguir el ejercicio del comercio o de la industria (artículos 299 del Código civil y 12 del Código de Comercio). También hay elenco en el Código respecto a éstos, pero deben reputarse comprendidos en él los actos que, como los indicados, impliquen una disposición patrimonial; y esta extensión es posible sin recurrir a la analogía por el amplio significado de la frase «actos de enajenación» con que el art. 301 comienza.

La sanción a la inobservancia de estas normas es: de una parte, la responsabilidad del tutor; de otra, la anulabilidad del acto. Incurre en responsabilidad el tutor que no administre con la diligencia de un buen padre de familia o que no solicite la autorización del Consejo y aprobación del Tribunal en los actos que requieran éstas.

Es anulable el acto realizado por el tutor sin la autorización del Consejo y sin la aprobación del Tribunal, especialmente y con mayor razón si fué el menor o el incapaz quien realizó el acto (art. 1.303, números 1 y 3): pero la acción de anulación es concedida al menor o al interdictado, a sus herederos, al tutor, nunca a la otra parte con quien se contrató, porque la persona capaz de obligarse no puede hacer valer nunca la incapacidad

de la ley, que es el de limitar lo más posible los poderes del tutor y conferir al Consejo de familia la dirección de toda la gestión, resulta claro que siempre que se trate de un acto que exceda de la simple administración ordinaria, el tutor no puede realizarlo por sí solo; el que la ley contenga un elenco de actos, no quiere decir que se excluyan los demás, porque aquél prueba tan sólo el cuidado del legislador en expresar con larga ejemplificación, lo que la fórmula genérica (actos que exceden de la simple administración), no hubiere expresado de modo cierto e incontrovertible. En tal sentido Boggio, *Personae incap.*, II, núm. 60; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 818, ns. g. g.

del otro contrayente ni la falta de formas prescritas para proteger a este último (art. 1.107).

Finalmente, para que la gestión tutelar pueda ser metódicamente seguida y controlada, el tutor (excepción hecha del abuelo paterno y del materno) debe presentar anualmente al Consejo de familia las cuentas de su administración, y el Consejo, antes de adoptar decisión respecto a ellas, las someterá al examen de uno de sus miembros. Tales cuentas son rendidas sin formalidad judicial alguna; luego que recaiga decisión del Consejo, se depositan en la pretura (art. 303). Esta obligación no es dispensable (art. 304).

Hemos expuesto las normas concernientes a la tutela sin distinguir entre la del menor y la del interdictado; la ley extiende, en efecto, a la tutela del interdictado las reglas propias de la de los menores (art. 329). Sin embargo, difieren entre sí en algunos puntos especiales. Así, por lo que respecta a las cuentas anuales en la tutela de menores, no se admite la dispensa de esta obligación, excepto si el tutor es el abuelo paterno o el materno, los cuales están dispensados de derecho (art. 304). En cambio, si el cónyuge, el padre o la madre, son los tutores del interdicto, éstos podrán ser dispensados de dicha obligación por el Consejo de familia o de tutela (art. 331). Del mismo modo en la tutela de los menores el tutor debe vender los bienes muebles del menor; en cambio sobre el tutor del interdicto y en orden a los muebles que se destinan a la habitación de la familia, no pesa tal obligación (art. 332). La tutela del menor dura mientras el tutelado no salga de la menor edad o no sea emancipado; por tanto, se extiende desde el nacimiento hasta que ocurren tales hechos (mayor edad o emancipación); el cargo, aunque gravoso, es indeclinable; la tutela del interdicto puede durar toda la vida del incapaz, pero sólo el cónyuge, los ascendientes y los descendientes tienen obligación de ejercerla ilimitadamente en el tiempo; los demás no están obligados a conservarla por tiempo que exceda de diez años (art. 333). Por último, cuando el interdicto tenga hijos proveerá el Consejo de familia o de tutela a regular lo relativo a la dote y capitulaciones matrimoniales de estos hijos (art. 334).

II. *Cesación de la tutela.*—Cuando se habla de fin de la tutela, puede entenderse ésta de dos modos. objetivamente en cuanto no haya ya un incapaz y no sea necesario ni posible un poder tutelar; subjetivamente, en cuanto sin cesar la tutela se extinguen los poderes del tutor que debe ser sustituido.

Las causas de la primera especie afectan a la condición personal del incapaz, y son (además de la muerte de éste): su emancipación (artículos 241 y 314); en la tutela de los interdictos por enfermedad mental, la cesación de tal enfermedad (con tal que esta cesación resulte declarada en sentencia revocatoria de la interdicción) (art. 338); en la tutela de los condenados, la extinción de la pena (art. 33 del Código penal). Las causas de la segunda especie se refieren a la condición personal del tutor, y son (además de la muerte de éste) todas aquellas causas que inicial o sucesivamente a la asunción de la tutela le hagan incapaz para ejercer el oficio (condena penal, interdicción judicial, quiebra) o le otorguen el derecho a ser exonerado; esta exoneración tendrá lugar por remoción o dispensa.

Es evidente que a estas dos especies de causas deben corresponder reglas diversas, sobre todo en lo que se refiere a la obligación de rendir cuentas y al ejercicio de las acciones derivadas de la tutela.

La obligación fundamental del tutor al cesar en su cargo es la de rendir cuentas (art. 302). Rendir cuentas significa dar razón, con documentos, con un estado de ingresos y salidas, del movimiento de capitales, rentas y valores, débitos y créditos que se produce en el patrimonio del administrado, de modo que se pueda acreditar el resultado de la gestión tutelar y si ésta se cierra con saldo a favor o en contra del tutor; la cuenta da razón, justifica los actos de administración y de disposición, los negocios jurídicos celebrados para el administrado, los litigios sostenidos, las transformaciones hechas, etc., de modo que sea posible al administrado (o al nuevo tutor de éste) fiscalizar la actuación tutelar y ejercer contra el tutor las acciones que correspondan cuando haya responsabilidad de éste; y viceversa, hacer posible al tutor el ejercicio de las oportunas acciones contra el

administrado por anticipos o desembolsos hechos por aquél en interés de éste, con la limitación, sin embargo, de que en lo referente a los gastos y demás desembolsos no basta justificarlos, sino que precisa además probar que han sido útiles al tutelado (artículo 305, párr. 2.º). No se admite la dispensa de la obligación de rendir cuentas (art. 304) generales, y el propio abuelo tutor, que está dispensado de presentar las anuales, debe presentar generales (art. 303). Y tan esencial y rigurosa es esta obligación, que antes de la rendición y aprobación de cuentas no se permite convenio alguno entre el tutor y el administrado (artículo 307) y no sólo los que se refieran a la rendición de cuentas, sino también las que en nada se refieran a tal obligación (1); son ineficaces también las disposiciones testamentarias del administrado en favor del tutor, aunque la sucesión se abra después de aprobadas las cuentas, a no ser que el tutor fuese ascendiente o descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador (artículo 769). Las cuentas de la tutela se rinden directamente al tutelado cuando la tutela se extingue por causa objetiva: se rinden, pues, al mayor, al menor emancipado, a quien estuvo enfermo o fué condenado personalmente, con la asistencia del curador en el caso del emancipado; si el pupilo murió, deberán rendirse las cuentas a sus herederos. Sin embargo, la ley en este estadio de las relaciones tutelares quiere que el administrado sea asistido en el examen de las cuentas por el protutor o por la persona que en defecto de éste designe el pretor; infringiéndose tal norma, el tutor no quedará eficazmente liberado (art. 307). Cuando la tutela se extinga por causas subjetivas, es decir, personales del tutor,

(1) Dicen algunos, por ejemplo, Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, VII, pág. 772; Dusi, *Ist.*, I, pág. 304, y otros autores nacionales y franceses citados por el primero, que tal prohibición se refiere solamente a las convenciones relacionadas con la obligación de rendir cuentas y que conciernan directa o indirectamente a las obligaciones y responsabilidad del tutor. Creo con Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 829. ns. u. u., y otros autores, que ésta es errónea, pues restringe el sentido amplio que tiene el art. 307. No podrá tener lugar convención *alguna* entre el tutor y el pupilo, llegado a la mayor edad antes de haber sido aprobadas las cuentas de la tutela. No sólo no hay motivos para una interpretación restrictiva, sino que el espíritu de la ley se opone abiertamente a tal interpretación.

las cuentas deben rendirse a quien suceda a éste en dicho cargo con intervención también del protutor; estas cuentas no serán, sin embargo, definitivas ni relevarán al tutor de su obligación sino en el caso de ser aprobadas por el Consejo de familia o de tutela (art. 306). Aprobadas las cuentas, cesan las prohibiciones de estipular convenciones y de hacer liberalidades testamentarias; cesa la suspensión de la prescripción, y en general las normas restrictivas afectantes a las relaciones entre administrado y tutor no tienen ya razón de ser.

No por eso se extinguen los créditos y responsabilidades que las cuentas arrojen y que se dan recíprocamente entre ambos interesados; al contrario, es este precisamente el momento de hacerlos valer. Proveen a ésta a semejanza de lo que ocurría en Derecho romano con la *actio tutelae directa* y *contraria*; las acciones conferidas al administrado contra el tutor (eventualmente también contra el protutor) y al propio tutor contra el administrado. Por la primera, el incapaz obtiene el pago del saldo deudor del tutor que la cuenta arroja; esta cantidad devenga intereses desde el día de la ultimación de la cuenta, sin que precise demanda (art. 308); deberá abonar también el resarcimiento del daño causado al pupilo por dolo o culpa en que haya incurrido el tutor en la gestión patrimonial. Estos créditos están garantizados por la hipoteca legal a que están sujetos los inmuebles de tutor (art. 1.969, núm. 3) y por las diversas garantías constituidas en sustitución o como adición a aquélla; por tanto, ni los bienes ni los fiadores pueden quedar liberados si no consta la extinción de la deuda del tutor. Por la segunda, el tutor obtiene el pago de todo desembolso y anticipo hecho en interés del incapaz, pero las sumas debidas por tal concepto no producen intereses sino desde el día de la demanda judicial deducida después de la ultimación de la cuenta.

Estas acciones no están todas sujetas a la misma prescripción. A tenor del art. 309, mientras las acciones que tienden a obtener el pago del saldo resultante de la rendición de cuentas definitivas (ya sea contra el tutor, ya contra el administrado), están sujetas a la prescripción de treinta años, las acciones refe-

rentes a la tutela, sean directas o contrarias, se extinguen por la prescripción de diez años, a contar desde el día de la mayoría de edad del menor o desde el de la muerte del administrado, en todo caso. Ahora bien, como el artículo citado excluye expresamente de la prescripción más breve los créditos que deriven de la rendición de cuentas por «acciones referentes a la tutela», habrá que entender todas las demás, como son la del administrado, para exigir la rendición de cuentas, para hacer efectivas las responsabilidades y para conseguir el resarcimiento, y, las del tutor contra el administrado, para obligar a éste a que reciba las cuentas, a aprobarlas, a liberar los inmuebles de la hipoteca, etcétera (1).

NOTA DEL TRADUCTOR.—I. *Ejercicio de la tutela*.—Constituído el Consejo de familia, designados el tutor y el protutor, son requisitos imprescindibles la formación del inventario de los bienes del tutelado (artículo 264), la fijación de los alimentos de éste (art. 268) y de la retribución del tutor (art. 276), el afianzamiento de la tutela (art. 252) y su inscripción en el Registro de tutelas que se lleva en los Juzgados de 1.^a instancia (art. 205).

El inventario—aun cuando el Código trate de él como obligación del tutor en el ejercicio de la tutela—, ha de formarse antes de comenzar a funcionar con intervención del protutor, de los testigos que el Consejo de familia designe y de Notario, si dicho organismo lo cree preciso. Se ordenará el depósito de las alhajas, muebles y efectos públicos que no deba de conservar el tutor, se tasarán los muebles y semovientes y se requerirá al tutor para que manifieste los créditos que tenga contra el menor, entendiéndose renunciados los que no incluya en el inventario.

La fianza, salvo que el tutor esté exento de constituirla (art. 260), se hará efectiva en bienes del tutor, bastantes para garantizar el importe de los bienes muebles que se le entreguen, la venta de los bienes del tutelado y las utilidades de las empresas industriales o mercantiles, en las que el menor sea partícipe (art. 254). Los inmuebles quedan asegurados por inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre del pupilo. La fianza podrá ser hipotecaria, pignoratícia o personal, inscribiéndose la primera o depositándose la segunda a requerimiento de cualquiera de los que integran el organismo tutelar (artículos 257 y 258).

Durante el ejercicio de la tutela el tutor ha de atender al cuidado de la persona y bienes del pupilo. Las funciones en cuanto a la persona, se han indicado en la nota al párrafo anterior. Respecto de los bienes tiene todas las atribuciones del administrador (art. 264), debiendo rendir cuenta anual, salvo que estuviese exento (art. 279) y como su actuación ha de estar controlada por el protutor, ha de requerir su intervención cuando fuese necesaria (artículos 264 y 275). En aquellos actos que exceden de la simple administración y pueden comprometer el patrimonio del menor, taxativamente enumerados en el art. 269, números 4 al 13, ha de obtener autorización del Consejo de familia, quien puede asesorarse de peritos o Letrados (artículos 271 y 274).

II. *Cesación de la tutela*.—La tutela se extingue: 1.^o, por llegar el me-

§ 123.—*La curatela*

Brugi, *Ist.*, § 89; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 780 y siguientes, 858 y siguientes; Chironi, *Ist.*, II, §§ 426, 431; Zachariae, *Man.*, III, §§ 585, 591-594, 596, 577; Aubry y Rau, *Cours.*, I, §§ 123-137; Planiol, *Traité*, I, números 1.876, 2.009 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, § 447.

I. *Definición y caracteres.*—La definición de la curatela es más difícil que la de la tutela. Esta mayor dificultad estriba en la circunstancia—que no se ofrece en materia tutelar—de no presentarse la curatela con el carácter de una institución única, sino más bien con el carácter de un conjunto de instituciones diversas que se aplica a situaciones profundamente diferentes y a fines variables.

Cuando fijamos anteriormente el concepto general de la curatela lo contrapusimos al de la tutela, sobre todo, respectivamente, a sus peculiares funciones, poniendo de relieve que el poder de representación era la nota característica, la esencia propia de la tutela, y diciendo que este poder no se hallaba en la curatela. Pero esto debe entenderse discretamente con las necesarias limitaciones. Hay casos en que al curador se otorga un poder de representación, así, por ejemplo, al curador de los nacederos. La contraposición es exacta si se limita a ciertos casos,

por la edad de veintitrés años, por habilitación de edad y por adopción, y 2.º, por haber cesado la causa que la motivó cuando se trata de incapaces, sujetos a interdicción o pródigos (art. 228).

Al terminar su gestión el tutor o sus herederos, han de rendir cuenta de ella al menor o incapaz que estuvo sujeto a guarda acompañando a las cuentas los justificantes y siendo aquellas censuradas por el Consejo de familia (artículos 281 y siguiente), debiendo responder del saldo que tenga a su favor el menor (art. 286) y de todos los actos de gestión realizados durante el ejercicio de su función, más las acciones que de ella deriven, tanto las en beneficio del menor, como las que en contra de éste tenga el tutor, prescribirán en el término de cinco años (art. 287).

Al cesar la tutela, se disuelve el Consejo de familia, entregándose al tutelado las actas de los acuerdos que aquél hubiere tomado, siendo los vocales responsables de lo acordado, salvo los que se abstuvieran en el acuerdo que originó el perjuicio (artículos 311 y 312). También el protutor será responsable de los daños y perjuicios que sobreviniesen al pupilo por omisión o negligencia en el cumplimiento de sus deberes (artículo 236, § 2.º).

a aquellos en que el curador se nombra para una persona parcialmente incapaz, la cual es asistida por aquél y coopera con aquél en la constitución de la relación jurídica; dicha contraposición sería errónea si se refiriese a toda especie de curatela. Del mismo modo, mientras hay casos en los que la función del curador se desenvuelve en la asistencia a la persona del incapaz, integrando la voluntad imperfecta de éste, hay otros en que falta un incapaz a quien asistir, consistiendo la función del curador en custodiar, conservar o administrar un patrimonio. Además, como en la tutela, así también en la curatela puede haber un poder con carácter permanente, que dure cuanto dure la incapacidad de una persona. Al lado de estos hay otros casos de curatela en los que el poder se confiere para determinados actos, para un singular conflicto de intereses; así que la función del curador es temporal y se agota con la ejecución de un acto único de consentimiento.

Reducir a unidad y resumir en una definición casos tan distintos, es empresa, más que ardua, imposible.

Bien diferente de las curatelas del menor emancipado, del pródigo, del inhabilitado, que tiene caracteres de permanencia y generalidad de funciones, es la curatela ordenada, por ejemplo, cuando el padre de un menor instituido heredero por un tercero extraño no quiere aceptar la herencia; hay una escasa relación entre el curador del sordomudo o el del ciego de nacimiento y el curador destinado a un patrimonio como la herencia yacente o el del vientre para proteger los intereses del nacedero. En muchas ocasiones, sólo el nombre tienen de común estas instituciones, que reconocen supuestos, finalidades, objeto completamente diferentes.

Con criterio un poco empírico, pero prácticamente útil, se suelen agrupar los distintos casos de curatela en dos categorías: curatelas *generales* de carácter permanente, con poderes amplios en el curador que abarcan toda la actividad jurídica del incapaz, y que duran mientras subsiste la causa de la incapacidad; las curatelas *especiales*, en las que el curador tiene funciones limitadas de asistencia al incapaz en un determinado acto o de repre-

sentación de un patrimonio. Más orgánica y menos arbitraria puede estimarse la clasificación, basada en otro criterio, según que el poder se ejerza, respectivamente, a una persona, cuya incompleta capacidad suple el curador con su consentimiento, o respectivamente, a un patrimonio, cuya custodia, conservación o administración corresponde al curador. Ya se adopte uno u otro criterio o se recurra a otros elementos para agrupar los diversos casos de curatela, siempre sucederá que las especies o categorías no son homogéneas.

Si se quiere definir la curatela e indicar sus caracteres, precisa limitarla a aquellas especies correspondientes por analogía a las de la tutela, es decir, a la curatela general y permanente del menor emancipado y a la del inhabilitado (enfermos mentales, pródigos, sordomudos y ciegos de nacimiento).

La curatela se ofrece aquí como un poder de asistencia a la persona incapaz, completando su voluntad menos plena con el asentimiento prestado por el curador en el acto querido por el incapaz, haciéndolo de este modo perfecto e inatacable. La función del curador es la de suplir con su consentimiento lo que falta o se presume que falta en la determinación de voluntad del incapaz: la completa consciencia de la utilidad del acto que sólo una larga experiencia puede dar, la ponderación de las personas maduras que no padecen defecto psíquico alguno. Prevalece en esta función el aspecto patrimonial: el curador protege especialmente los bienes del incapaz controlando los actos dispositivos y de enajenación, prohibiéndolos, rehusando prestar su consentimiento cuando resulten perjudiciales, vigilando, dirigiendo la actividad jurídica de la persona que le ha sido confiada. La personalidad jurídica de ésta no queda absorbida por la del curador, como ocurre en el caso del menor y en el del interdicto: iniciativas, determinaciones, resoluciones, son por completo del incapaz, si bien controladas, vigiladas y limitadas por el curador. Sus características son poco más o menos las mismas que las de la tutela:

α) También la curatela tiene el carácter de oficio público, la ley lo incluye en el número de los oficios tutelares y somete

al curador a la vigilancia y al control de la Autoridad judicial.

β) También ella, como la tutela, es oficio gratuito; se equivocan quienes admiten la procedencia de honorarios; la pureza de la relación y la función protectora de ella no consiente la retribución de este oficio.

γ) Es también un oficio obligatorio que no puede renunciarse si no median determinadas causas, previstas en la ley y comprobadas por la Autoridad; quizás aquí la obligatoriedad es mayor, si se tiene en cuenta que a la curatela no se aplican las causas de dispensa de la tutela (artículos 272-274).

ς) Una de sus características es también la indivisibilidad y unidad de poder, ya que no pueden nombrarse varios curadores a una misma persona y para un mismo patrimonio. Esta característica no se ofrece aquí, sin embargo, como se ofrece en la tutela (art. 246); la curatela es siempre individual, y si hay, por ejemplo, varios hijos emancipados, no habrá un solo curador para todos ellos (salvo el caso que sea curador el propio padre emancipante), sino un curador para cada uno.

II. *Especies*.—Prescindiendo por ahora de los casos especiales, dos son las especies fundamentales de curatela para las personas: la que se refiere a los menores cuando habiendo cesado la patria potestad o la tutela son emancipados, y la que se refiere a los mayores, enfermos mentales o pródigos, inhabilitados mediante sentencia, o a los ciegos o sordomudos de nacimiento que se hallan inhabilitados de pleno derecho.

a) *Curatela de los menores emancipados*.—La ley, al autorizar la posibilidad de que el hijo quede relevado de la patria potestad o de la tutela, ya por concesión de quien ejerce uno u otro poder (emancipación voluntaria), ya por efecto del contrato de matrimonio (emancipación legal), no podía otorgar a dichos hijos la capacidad plena de los mayores de edad porque el supuesto indispensable para alcanzar dicha capacidad es haber cumplido los veintiún años. Con esta especie de curatela la ley crea un poder que suple el imperfecto desenvolvimiento de las facultades intelectuales del menor, y, sobre todo, la inexperiencia de éste, que consiste en la asistencia del curador al mismo en los actos

más importantes que impliquen disposición del patrimonio o comprometan la integridad del mismo.

El estado del menor emancipado, es, en efecto, un estado intermedio entre el del menor y el del mayor de edad. En las relaciones concernientes a los derechos personales, puede decirse que la capacidad del emancipado es plena: puede a su arbitrio elegir oficio o profesión, domicilio o residencia, nacionalidad; sin embargo, para contraer matrimonio, precisa del asentimiento de sus ascendientes. En cuanto a las relaciones patrimoniales, la ley, para fijar el límite de la capacidad del emancipado, recurre al concepto de acto de simple administración; así, mientras el emancipado es capaz de realizar por sí los actos que no excedan de la simple administración (art. 317), es, en cambio, incapaz para los que excedan de ésta, ya sean de administración extraordinaria, ya de enajenación; en éstos interviene la autoridad del curador, que presta su consentimiento y completa la voluntad del emancipado. En esta segunda especie de actos la ley introduce otra distinción; mientras para algunos actos importantes, aunque de menor relieve, tales como recibir las cuentas de la tutela (artículo 316), percibir capitales a condición de emplearlos convenientemente, comparecer en juicio como actor o como demandado, cualquiera que sea la naturaleza del acto que origine el litigio (art. 318) es suficiente el consentimiento del curador, para los demás actos que exceden de la simple administración se requiere, además del consentimiento de aquél, una autorización del Consejo de familia o de tutela (art. 319, párr. 1.º); es más, respecto a una parte de estos últimos, que tienen un carácter de enajenación más marcado y pueden afectar a la integridad del patrimonio del menor (enajenaciones, constituciones de prenda o de hipoteca, mutuos pasivos, transacciones, compromisos, divisiones, art. 301), se exige además que la decisión del Consejo de familia o de tutela sea sometida a la aprobación del Tribunal (artículo 315, párr. 1.º).

El consentimiento del curador es preciso cuando el acto es intrínsecamente necesario o útil al patrimonio del incapaz; en el caso de negativa del consentimiento, el menor puede recurrir al

Consejo de familia (art. 320), el cual decidirá prestando su asenso o confirmando la negativa del curador.

Las causas de delación de la curatela son dos solamente (a diferencia de las de la tutela, que son tres): la ley y el nombramiento por el Consejo de familia. Puede haber, pues, una curatela legítima y dativa; no puede haber, en cambio, curatela testamentaria.

La curatela es *legítima* si hay personas a quien el poder es conferido por la ley directamente: y estas son:

α) En la emancipación hecha por el padre o por la madre, el padre o madre emancipante (art. 314), entendiéndose que no puede ser curadora la madre si vive el padre, porque sólo éste podía emancipar; la madre, en cambio, será curadora si fué ella quien emancipó (habiendo muerto el padre o perdido sus derechos) o si habiendo emancipado el padre hubiere éste luego muerto o perdido sus derechos.

β) En la emancipación que tiene lugar por efecto del matrimonio será curador el padre, y, en su defecto, la madre, si se trata del hijo varón (art. 315).

γ) Si se trata de hija, el marido de ésta, el curador del marido, si éste es menor o inhabilitado, o el tutor del marido, si éste estuviese interdictado (art. 315, párr. 2.º).

δ) Finalmente, si la hija fuese viuda o estuviese separada de cuerpo o de bienes, será curador el padre o la madre de ella (artículo 315, párr. 3.º) (1).

Se recurre a la curatela *dativa* sólo por vía subsidiaria cuando no sea posible por falta o incapacidad la delación de la curatela a las personas designadas por la ley. Si la emancipación es concedida por el Consejo de familia o de tutela, será este Consejo el que nombrará curador (art. 315). Si la emancipación tiene lugar por matrimonio y faltan o son incapaces los dos padres,

(1) Resulta de esta disposición, que en la emancipación la mujer que sea mayor, no es nunca curadora del marido, ni podría ser tampoco curadora dativa; el principio de la unidad familiar, concentrada en el marido, se opondría y constituye una excepción singular que no es lícito extender la del art. 340, que hace posible a la mujer el ser tutora del marido interdictado.

el nombramiento de curador lo hará también el Consejo de familia o de tutela (art. 315, párr. 1.º); del mismo modo en orden a la hija viuda o separada del marido, cuando no tenga padre ni madre (art. 315, párr. 3.º).

La curatela cesa por las mismas causas por las que puede cesar la emancipación, es decir, por la mayor edad, por la interdicción y por la revocación; naturalmente, según los casos habrá liberación definitiva de todo vínculo (mayor edad) o nueva sujeción al primitivo poder (patria potestad, tutela) o sujeción a un poder nuevo (la tutela que procede cuando el emancipado sea interdictado). No cesa la curatela, sino que cambia la persona investida con tal cargo; si el curador muere, se incapacita o es removido.

b) *Curatela de los mayores (inhabilitación)*.—Cuando la enfermedad mental no sea tan grave que prive de la conciencia de los propios actos ni justifique la pérdida total de la capacidad con la providencia de la interdicción, tiene lugar la inhabilitación. El discernir si la enfermedad psíquica determina una absoluta inconsciencia en el sujeto o turba y obscurece la razón, sin suprimirla, es una cuestión de hecho a resolver con el auxilio de la técnica sanitaria y de la pericia médica en cada caso. La ley (artículo 339) no establece criterios fijos sobre cuya base pueda adoptarse una u otra providencia; se limita a declarar en forma negativa que la inhabilitación procede cuando la enfermedad mental no es tan grave que justifique la interdicción de la persona. Será, pues, enfermedad diversa o la misma enfermedad en grado e intensidad menores; pero siempre habrán manifestaciones patológicas habituales y de cierta permanencia, porque no es justo privar de toda la capacidad a quien por modo pasajero y tan sólo esporádicamente haya dado señales de perturbación psíquica; no se debe reputar negado el requisito de la habitualidad por el hecho de que la ley no lo repita en el art. 339; basta con haberlo exigido para la interdicción en el art. 324, al que se recurre en la inhabilitación.

Al enfermo mental se equipara el *pródigo* (art. 339); la prodigalidad no es en esencia otra cosa que la manifestación de un

desequilibrio interno, que consiste en la disipación y destrucción de los bienes. Si se estudia como figura independiente en sí, ello se debe a la tradición histórica, que ha estudiado siempre como un caso especial el del pródigo.

Los otros dos casos de inhabilitación del *sordomudo* y del *ciego de nacimiento*, inhabilitación que se produce apenas alcanzan la mayor edad (art. 340), son bien distintos del anterior; en ellos la causa no es una sobrevenida enfermedad mental y sí un defecto físico congénito que puede influir en el desarrollo de las facultades intelectuales, deteniendo su desenvolvimiento o impidiendo la adquisición de la experiencia vital, cuya posesión es supuesto indispensable del ejercicio pleno de sus derechos. De aquí la diferencia que media entre ambos grupos de casos respecto a las medidas protectoras: mientras en orden al enfermo mental y al pródigo se requiere un juicio y la inhabilitación se declara mediante sentencia respecto al sordomudo y al ciego de nacimiento, la inhabilitación es derecho, y si ocurre declaración judicial es para el fin opuesto, o sea para suprimir la incapacidad derivada de la ley, o sea para declararlos hábiles para proveer a las cosas propias (art. 340).

En la inhabilitación del enfermo mental y del pródigo precisa un juicio regular con garantías, con pruebas bastantes que acrediten el desequilibrio mental, con interrogatorio personal del inhabilitado y nombramiento eventual de un curador provisional; en una palabra, con las mismas modalidades que las que se requieren para el juicio de interdicción. Podrán promover este juicio las personas que pueden promover el de interdicción (artículo 339, párr. 1.º). En la práctica ocurre con frecuencia que la instancia tienda alternativamente a conseguir la inhabilitación o la interdicción, confiriendo al Juez la facultad de declarar una u otra según el dictamen pericial y el resultado de las demás pruebas.

La incapacidad que deriva de la sentencia de inhabilitación o de la inhabilitación legal es semejante a la del menor emancipado. Como éste, el inhabilitado es capaz de realizar una serie de negocios relativos a los derechos personales y familiares (como

contraer matrimonio o reconocer un hijo natural) o a los patrimoniales que no excedan de la simple administración; puede también hacer testamento. En orden a los demás actos—comparecer en juicio, transigir, contraer mutuos pasivos, percibir capitales, liberar, enajenar e hipotecar los bienes, y, en general, los actos excedentes de la simple administración—, necesitará el consentimiento del curador. Aquí no se distingue (como ocurre en el caso del emancipado) entre actos que requieren solamente la asistencia del curador y actos que requieren, además, una autorización del Consejo de familia o de tutela o también una aprobación del Tribunal; es siempre suficiente el consentimiento del curador, porque la ley no exige en orden a ningún acto, por mucha que sea su importancia patrimonial, autorizaciones ni aprobaciones.

Conviene tener en cuenta que en materia de inhabilitación no se ha repetido en la ley la distinción adoptada para la interdicción entre actos realizados con anterioridad a la sentencia y actos realizados con posterioridad a la misma (artículos 335-337). De aquí que muchos deduzcan que mientras los actos posteriores a la sentencia de inhabilitación si se celebran sin el consentimiento del curador son nulos (siendo relativa la nulidad sólo podrá ser invocada por el inhabilitado), los anteriores a la misma son siempre válidos, sin que se admita la prueba de la enfermedad mental al tiempo de su realización.

Esta segunda especie de curatela, a diferencia de la anterior, reconoce una sola causa de delación, es siempre dativa. El nombramiento de curador es de la competencia del Consejo de familia o de tutela, los cuales se constituirán en el momento de promoverse el juicio de inhabilitación (art. 339), y si se trata de sordomudos o de ciegos de nacimiento, cuando éstos hubieren cumplido la mayor edad. No hay curadores legítimos ni testamentarios.

Como la interdicción, la inhabilitación puede cesar revocándose la sentencia en que se hubiere declarado por otra nueva, cuando hubiere cesado la causa que dió lugar a la inhabilitación (artículo 342). Con la revocación de la providencia cesa la cura-

tela, readquiriendo la persona el pleno ejercicio de sus derechos o sometiéndola a tutela, si la revocación de la inhabilitación ocurre porque, habiéndose agravado la enfermedad, se estima conveniente proceder a la interdicción.

III. *Organos de la curatela.*

Los órganos a que se confía el ejercicio del poder de protección en la curatela son: el curador y el Consejo de familia o de tutela. No hay un tercer órgano que corresponda al protutor de la tutela. Pero hay también, como en la tutela, una intervención directa de la autoridad judicial más o menos intensa; dicha autoridad participa en el Consejo, aprueba las decisiones de éste, resuelve conflictos, vigila o toma iniciativas (Ministerio fiscal), coopera a la protección de la persona incapaz y defiende de malversaciones y prodigalidades el patrimonio de éste.

El órgano ejecutivo es el *curador*. De su función específica hemos hablado ya; por regla general, no representa, sino que asiste al incapaz. Si aprueba el acto, presta su consentimiento y hace eficaz e inatacable la voluntad de la persona sujeta a curatela; si no lo aprueba, rehusa el consentimiento, y (salvo el recurso al Consejo) impide que el acto se realice, o que, realizado por el incapaz, produzca sus efectos. Si aprueba y consiente el curador debe participar directamente en el acto, interviniendo en él; no se trata, en efecto, de una segunda e independiente manifestación de voluntad que adopte la forma de aprobación o confirmación sucesiva que ratifique lo querido por el inhabilitado y sí de una voluntad que se une y casi si identifica con la del incapaz, ya que deben concurrir ambas voluntades para que se produzca el negocio jurídico querido. Ello no impide que tenga eficacia la posterior declaración del curador que apruebe el acto realizado por su protegido sin la debida asistencia; pero dicho acto no será perfecto e inatacable por haberlo realizado el incapaz por sí solo.

Como órgano colegiado y por encima del curador está el *Consejo de familia* (para los hijos legítimos) y el de *tutela* (para los ilegítimos). Su composición es semejante a la de dichos Consejos en la tutela, con la sola diferencia de que, en vez del tutor

y del protutor, en éste actúa el curador. Pero no hay que creer que se trate de un mismo organismo: el de la curatela es un Consejo distinto del de la tutela, si bien la composición de uno y otro son semejantes. Si, por ejemplo, un pupilo es emancipado por decisión del Consejo de tutela o por efecto del matrimonio, no es el Consejo constituido ya el que funcionará como Consejo de familia para el emancipado; habrá que proceder a la constitución de uno nuevo, pues el primero, al disolverse, agotó su función. Respecto a las demás funciones, lo mismo que en la tutela, consisten en la curatela, en decidir, autorizar, en resolver conflictos; en la curatela dativa nombrar curador; en los casos de abuso o negligencia de éste, en removerlo de oficio. La mayor parte de las normas dictadas por la ley a propósito de la tutela determinan la composición y funcionamiento del Consejo en materia de curatela.

Finalmente, en cuanto a las causas de incapacidad de exclusión y de remoción del curador son las mismas que en la tutela, como se deduce de los artículos 268-271, en los que la ley, tratando de la capacidad para asumir los oficios tutelares, equipara a tutor, protutor, curador y miembros del Consejo de familia. No se pueden, en cambio, extender las causas de dispensa de la tutela a la curatela, porque en las disposiciones correspondientes propias de la tutela no se menciona para nada al curador; sólo es extensiva a la curatela (por expresa disposición del art. 276) la dispensa otorgada por el Consejo de familia cuando renuncie al oficio el investido (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Nuestro actual Derecho, que se separó de su precedente inmediato, las Partidas, no ha conservado entre sus instituciones la curatela.

Al prescindir de ella ha determinado la necesidad de montar todo el organismo tutelar para casos que, en nuestro antiguo Derecho como en el italiano estaban resueltos dentro de la curatela; teniéndose que recurrir en otros, a designaciones de idéntica finalidad que aparecen desperdigados en el Código y sin la unidad que les hubiera dado la institución curatelar; por ello ha sido objeto el Código civil patrio de duras críticas y entre las más significadas la de D. Augusto Comas, en su obra *La revisión del Código civil español*.

Los casos de emancipación por matrimonio o por concesión del padre, pueden determinar la necesidad de asistencia del tutor, artículos 59 y 317, antes eran casos de curatela y en orden a las incapacidades que en el Derecho italiano obligan la intervención del curador, ha de indicar-

§ 124.—*Las curatelas especiales*

Brugi, *Ist.*, § 89; Chironi, *Ist.*, II, § 412; Aubry y Rau, *Cours.*, I, §§ 136, 137; Planiol, *Traité.*, I, números 2.014, 1.876; III, núm. 2.127.

Además de las formas ya examinadas de curatela, la ley —para proveer a exigencias particulares en una variada serie de casos— dispone que el curador se destine a una persona o a un patrimonio con funciones frecuentemente limitadas a uno o más actos singulares y, por tanto, casi siempre con un acentuado carácter temporal en la función. Esta función resulta a veces determinada expresamente por la ley misma o deriva de la especial finalidad, de la naturaleza de la relación o de la institución en que la curatela actúa. Recordaremos a continuación las más señaladas especies:

I. *Curador de los hijos del ausente.*—Si el padre está ausente (en sentido técnico, no corriente) y la madre no vive o muere antes de que la ausencia sea declarada o ésta imposibilitada para ejercitar la patria potestad, se constituye una curatela para los hijos menores, la cual es conferida por el Consejo de familia al ascendiente paterno, y en defecto de éste al materno (art. 244); si ni aun éste hubiere, se procederá al nombramiento de un tutor temporal (art. 47).

El uso indistinto que la ley hace de los términos «curatela» y «tutela» en este art. 47 sugiere justificadamente la duda de si se trata de uno u otro poder, no habiendo motivo alguno que explique el que se llame «curador» al ascendiente y «tutor» al extraño, ni razón que justifique el que se recurra a institución diversa. Debe estimarse que se trata de curatela y que con la imprecisa expresión de «tutor temporal» el Código quiere significar un

se, que en nuestro Derecho, la ceguera no es causa limitativa de la capacidad (salvo en ciertas garantías en orden a la testamentifacción) que en él no se distingan grados en orden a la incapacidad por enfermedad mental, y por último, que están sometidos a tutela, igual el loco o imbecil, que el sordomudo y el pródigo si bien para éstos la extensión de la tutela está determinada en la sentencia, declarando la incapacidad a la prodigalidad (artículos 218 y 221).

curador; la patria potestad (dados el concepto y sistema legal de la ausencia) no cesa, se halla solamente *in suspensio* y por ello no puede sustituirse por la tutela. Ciertamente que a este curador corresponden funciones protectoras de la persona y de los bienes y ejerce un poder de verdadera y propia representación de menores.

2. *Curador del vientre*.—Esta especie de curatela que deriva su nombre de la correspondiente institución romana: *curator ventris*, es una de las formas de protección del concebido, ya que, como dice Ulpiano, comentando el edicto pretorio sobre el *venter*, debe ser protegido no ya sólo el nacido *sed etiam is qui nonnūm natus sit, propter spem nascendi* (fr. I. pr. D. 37. 9.). Si, pues, al morir el marido la mujer se halla encinta, el Tribunal, a instancia de un interesado, puede nombrar un curador del vientre que cuidará de impedir la sustitución, suposición o supresión de parto, y podrá adoptar las medidas conducentes a asegurar los derechos del nacedero.

3. *Curador del no concebido*.—La posición de los nacederos de determinada persona puede ser doble. O son concebidos y no nacidos aún, o no concebidos. La protección del concebido se actúa por el principio *conceptus pro iam nato habetur* y por la función encomendada al curador del vientre; si el nacedero es llamado a una sucesión, la administración de los bienes que le sean dejados se otorgará al padre; en defecto de éste a la madre (artículo 860): pero esto no es curatela y sí derecho normal de la patria potestad cuyos poderes de representación se extienden al hijo *in spe*. También el no concebido es digno de protección, pues la ley permite instituir heredero o legatario al *concepturus* siempre que éste sea hijo inmediato de determinada persona y de que ésta viva al tiempo de morir el testador (art. 764). La protección del *concepturus* se verifica merced al nombramiento de un administrador de la herencia o del legado (art. 860), el cual no es otra cosa que un curador especial de los bienes con poderes de representación. Tal poder de representación no se concedía al curador por la doctrina y jurisprudencia antigua; se estimaba universalmente que por virtud del art. 224 dicho poder

residía en el padre (o en la madre), incumbiendo al curador tan sólo la facultad de administrar los bienes. Estudios recientes han llegado a la consecuencia de que en el poder de administración está implícito un poder de representación; sólo puede haber duda de si dicho poder de representación excluye el que corresponde al padre o a la madre o deja subsistente este último en lo que afecta a los demás intereses del nacedero (1). La figura que estudiamos puede ser comprendida en la herencia yacente, pues ésta, como veremos (2), no abarca solamente los dos casos del artículo 980, sino también otros.

4. *Curador de la herencia yacente.*—Cuando una herencia está yacente por no ser conocido el heredero o por haber renunciado a ella los herederos testamentarios o legítimos, se nombra a los bienes un curador cuya misión es administrarlos y conservarlos (art. 980). El curador es nombrado por el pretor del distrito en donde se haya abierto la sucesión, a instancia de cualquier interesado o también de oficio (art. 981). Dicho curador asume la representación del patrimonio hereditario y debe administrarlo, comparecer en juicio para ejercitar y promover las acciones pertinentes contra los deudores y los detentadores de los bienes que pertenezcan a la herencia [contra el curador habrán de dirigirse las acciones de los acreedores y de los que tengan derechos sobre la herencia]; está obligado a formalizar inventario, a ingresar en la Caja de Depósitos judiciales el dinero hallado en la herencia o el procedente de rentas o la venta de bienes inmuebles o muebles; terminada su gestión, debe rendir cuentas a quien corresponda (art. 982).

En esta especie figura—según el más amplio concepto de la yacencia, que más adelante exponaremos (§ 127)—el caso en que el heredero haya sido instituido bajo condición suspensiva: mientras la condición pende (en tanto no se haya verificado aún o en tanto no se pueda estimar incumplida), la herencia es custodiada y administrada por un curador, que tutela los derechos de los

(1) Véase la monografía de Stolfi, *La successione dei non concepti* (*Riv. dir. civ.*, 1924, páginas 417 y siguientes).

(2) Véase § 127.

llamados sucesivamente (art. 857). Tal función puede ser encomendada a estos últimos. Cuando sean llamados en testamento conjuntamente al heredero condicional y entre éste y aquéllos se dé el derecho de acrecer, la ley confiere la administración a tales herederos sucesivos como más directamente interesados (artículo 858); en otro caso se confiere al presunto heredero legítimo o a un tercero extraño, si la autoridad judicial estima, mediando motivos legítimos, conveniente el excluir al heredero legítimo (artículo 859).

No figura, en cambio, aunque sea muy análogo, el caso en que la institución de heredero o de legado haya sido hecha con la obligación de no hacer o de no dar (condición potestativa negativa) o el de que se haya fijado al legado un término inicial (artículos 855 y 856) y el heredero o legatario obligados a dar caución no la hayan prestado; también en esta hipótesis procede el nombramiento de un curador para los bienes con el fin de salvaguardar los intereses de aquellos a los que la herencia o legado serían entregados en caso de incumplimiento de la condición o del interés del legatario en el caso del legado sujeto a término o a condición (art. 857, párrafo 1.º).

5. *Curador en el caso de conflicto de intereses.*—Cuando el investido con un poder de representación o de asistencia tenga un interés (aunque sea indirecto) en el asunto de la persona protegida, la ley ordena la suspensión del ejercicio de dicho poder y que se transfiera éste a un tercero, pues se presume que el conflicto de intereses impida al investido con aquel poder el juzgar y decidir con serena objetividad. Hay una presunción de incompatibilidad entre el ejercicio de la función protectora y el interés personal, y es una presunción absoluta que no puede ser destruída ni aun probando que el investido con aquel poder está dispuesto a sacrificar el propio interés por el ajeno. La misma incompatibilidad se produce cuando los opuestos intereses son de dos incapaces sujetos al mismo poder de una misma persona; por ejemplo, de dos hijos menores sujetos a la patria potestad del padre común o de dos pupilos sujetos a la misma tutela, ya que también aquí hay el peligro de que el padre o el tutor se

deje guiar por predilección u otro sentimiento y no aprecie recta y serenamente el acto que se ha de realizar. Si, pues, hay conflicto de intereses entre el padre y el hijo menor sujeto a su potestad (art. 224), o entre los hijos menores sujetos a la misma patria potestad (art. 224), o entre pupilos sujetos a la misma tutela (art. 246), la representación que constituye la entraña de tales poderes deberá ser suspendida y confiada a un extraño; al hijo o hijos menores les será nombrado un curador por la autoridad judicial que conozca del litigio, y cuando no penda litigio alguno, lo nombrará el Tribunal civil (art. 224). La ley no prevé expresamente el caso de conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo, porque en otras disposiciones ha aludido a las declaraciones que el tutor debe hacer al asumir la tutela cuando tenga créditos o deudas con relación al tutelado y ordenado según los casos la remoción o la caducidad (artículos 285 y 286); tampoco prevé el conflicto en caso de curatela. Pero un conflicto entre tutor y tutelado puede también tener lugar. Puede entre tutor y tutelado surgir un conflicto sin que proceda la remoción o se produzca la caducidad de los poderes tutelares; en este caso funciona el protutor de quien constituye ésta una de las misiones principales. Y en cuanto al conflicto entre curador y asistido, debe estimarse que la curatela cesa en quien la ejerce, procediéndose a la sustitución del curador por otro, pues sería improcedente la coexistencia de dos curatelas.

6. *Curador del hijo menor a quien se hace objeto de liberalidades.*—Si se dispone de una herencia o se hace un legado en favor del menor, el padre que ejerce la patria potestad puede aceptarlos (art. 226). Del mismo modo si el hijo está sujeto a tutela (o se trata de un mayor sujeto a tutela), la aceptación es hecha en su nombre por el tutor, quien debe previamente obtener la autorización del Consejo de familia (art. 296). Lo mismo ocurre si se trata de liberalidades hechas por actos *intervivos*, es decir, de una donación; en tal caso aceptarán el padre o el tutor (artículo 1.059). Pero puede suceder que el padre no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado; en tal caso la negativa o la imposibilidad de la aceptación por el padre se supera solici-

tando (el hijo, los parientes o el Ministerio fiscal de oficio) el nombramiento de un curador a quien el Tribunal civil podrá autorizar a que acepte, oído que haya al padre sobre los motivos de su negativa (art. 226). Distinto es el sistema adoptado para el caso de que no se acepte una donación; en esta hipótesis la ley faculta para aceptar a la madre o a los demás ascendientes, aun cuando vivan ambos padres, pero las personas a quienes se faculta deberán obtener la autorización del Tribunal (artículo 1.059). Solamente cuando la donación sea hecha al menor por el padre o por el tutor, aun subsistiendo en la madre y en los demás ascendientes la facultad de aceptar, podrá el Tribunal acordar el nombramiento de un curador especial (artículo 1.059, párr. 2.º). No hay necesidad de curador cuando la donación o la herencia sea hecha o deferida a un menor o a un mayor sujetos a tutela por persona distinta del tutor, porque en estos casos será el Consejo de familia quien deberá autorizar al tutor a la aceptación (art. 296).

Puede nombrar curador especial el testador que haya instituido heredero al hijo menor ajeno; esta facultad del extraño de excluir el ejercicio del atributo natural de la patria potestad a que está sujeto el agraciado con la disposición testamentaria, se justifica por la ventaja que deriva al menor, a quien el extraño quizás nada dejaría si la administración recayese en el padre o en la madre que ejerce la patria potestad. De todos modos el poder del curador se limitará en tal caso a la administración de los bienes que el testador transmitió al menor (art. 247).

7. *Curador del interdictando e inhabilitando.*—Se ha visto ya que desde que se inicia el juicio de interdicción e inhabilitación, el Tribunal puede luego del interrogatorio de la persona enferma de muerte nombrar a ésta un curador provisional o temporal para la protección preventiva del enfermo; cuando se dicte la sentencia, si declara existente la enfermedad, el efecto es que el curador (nada impide que sea la misma persona) habrá de ser sustituido por un tutor si se declara la interdicción, o que el curador provisional habrá de transformarse en definitivo si se pronuncia la inhabilitación. Este curador temporal (así le llama

el art. 839 del Código de procedimiento civil) o administrador provisional (así se designa en el art. 335 del Código civil) cuidará de la persona y de los bienes del sujeto a interdicción o inhabilitación.

8. *Curador para el matrimonio del inhabilitado.*—El inhabilitado, como sabemos, puede contraer matrimonio, porque sólo éste se prohíbe por la ley al interdictado por enfermedad (artículo 61). Pero capitulaciones matrimoniales no puede otorgar por sí solo, sino que deberá intervenir para consentirlas un curador especial. Lo mismo es aplicable al sujeto a juicio de inhabilitación, o sea al todavía no inhabilitado. Por el precepto del artículo 1.387, que habla de un curador que «será nombrado a tal efecto», no se debe admitir que pueda consentirlas el curador ordinario ya nombrado al inhabilitado o el curador temporal nombrado al inhabilitando, y se debe estimar, en cambio, que procede el nombramiento de uno especial para las convenciones matrimoniales. El sistema no es lógico y representa una exigencia inútil.

9. *Curador en el abuso de la patria potestad.*—Cuando el padre que ejerce la patria potestad (o la tutela legal si se trata de hijo natural) abusa de su poder o lo ejerce de modo perjudicial a los intereses morales o materiales del hijo, la patria potestad (o la tutela legal) puede ser total o parcialmente suspendida, pues la autoridad judicial puede en tales casos proveer al nombramiento de un tutor o de un curador (artículos 233 y 184).

Es ésta precisamente una figura nueva de curatela especial, y propiamente de curatela de bienes: si el incumplimiento de los deberes paternos consiste tan sólo en administrar mal los bienes del hijo, la providencia que procederá adoptar será el nombramiento de un curador para los bienes, no el nombramiento de un tutor.

10. *Curador en el juicio de desconocimiento de la paternidad.*—Cuando el padre deduce acción para desconocer la paternidad, su contradictor será el hijo si éste es mayor de edad, pero si es menor o interdicto, habrá que organizar la representación del hijo, la cual no podrá ser asumida por la madre (en el caso

del menor) y deberá ser conferida a un tercero extraño. El Tribunal proveerá, pues, al nombramiento de un curador especial (artículo 168), quien, representando en juicio al hijo, defenderá su legitimidad y sostendrá sus derechos.

11. *Curador del emancipado para la rendición de cuentas.* Puede suceder que el hijo menor, al salir de la tutela por emancipación, tenga como curador a la misma persona que hasta entonces habrá obrado como tutor. La rendición de cuentas debida al emancipado y que debe hacerse con la asistencia del curador de éste, no podría verificarse en este caso con esta garantía, ya que sería absurdo que el curador aprobase una cuenta que formalizó y rindió él mismo. Precisaré, por tanto, nombrar un curador especial, nombramiento que incumbe al Consejo de familia o de tutela (art. 316).

Este caso, en definitiva, no es más que una aplicación particular de la curatela para los conflictos de intereses y debe considerarse comprendido en el caso del número 5.

12. *Curador para los hijos del primer matrimonio.*—Si la mujer viuda que tiene hijos menores contrae segundo matrimonio, el Consejo de familia provee a determinar las condiciones en que debe ejercerse la administración de los bienes y de la educación de los hijos. Si descuida (la viuda) el convocar el Consejo de familia, le alcanza una grave sanción; pierde de pleno derecho la administración de los bienes, y el Consejo de familia provee a nombrar un curador especial que asuma dicha administración (artículo 238).

13. *Curador del demandado.*—Si un incapaz es demandado en juicio, son posibles tres hipótesis: o que tenga ya su asistencia y representación legal, o que no la tenga, o que, teniéndola, haya oposición de intereses entre el incapaz y su representante o asistente. Ahora bien, en las dos últimas hipótesis, o hay persona que puede suplir al representante o asistente que falta o que aun no faltando tiene un interés opuesto (si, por ejemplo, hay un protutor), y en el juicio intervendrá dicha persona, o no hay quien pueda suplirla, y la autoridad judicial que conoce del

litigio nombrará, a instancia del actor, un curador especial al demandado (art. 136 del Código de procedimiento civil).

14. *Curador de la herencia beneficiada.*—La posición del heredero que, llamado a la sucesión, quiera invocar el beneficio de inventario, es una posición intermedia; si no ha aceptado aún, no es heredero, y durante los términos que le son concedidos para formalizar el inventario y para deliberar no tiene tampoco tal cualidad, sin embargo, tiene derechos y obligaciones y entre éstas la de custodiar y administrar los bienes hereditarios. La ley (art. 964) lo considera como un curador de derecho de la herencia y declara que a título de tal puede ser demandado en juicio para representarlo y responder frente a las acciones deducidas contra la herencia. En el caso de que no comparezca en juicio, la autoridad judicial nombra un curador especial a la herencia para que represente a ésta en juicio.

15. *Curador a la memoria del difunto.*—Una figura especial de curatela se produce, finalmente, en el juicio penal. Si se sujeta a revisión una sentencia condenatoria por delito y el condenado hubiere muerto, la Corte de Casación, al ordenar la revisión, nombra un curador especial que en el proceso de revisión ejercerá los derechos todos del difunto y sostendrá la instancia para obtener la rehabilitación de su memoria; cuando la instancia tuviere lugar en vida del condenado por un pariente de éste, será tal pariente curador de derecho (art. 546 del Código de procedimiento penal) (1).

NOTA DEL TRADUCTOR.—No existiendo, en la actual organización de la guardaduría la curatela, mal puede hablarse de curatelas especiales en nuestra legislación; mas como ya dejamos dicho en la nota al párrafo precedente, la omisión de la curatela ha determinado la necesidad de llamamientos a tutores, administradores o defensores, que vienen a suplir deficientemente a la institución desaparecida.

Así, en el llamamiento al tutor de los artículos 59 y 317, el administrador del ausente declarado del art. 187, el defensor del menor en el artículo 165, y otros muchos casos que acertadamente recoge el Sr. Comas, en la obra ya citada.