

Fecha

7286

#0007



PRINCIPIOS Y EFICACIA JURIDICA DE LA
PRUEBA EN EL DERECHO PENAL

ENUIT ELIET ROSADO NAVARRO

MARIA ANGELA VILLALOBOS BARANDICA

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

Barranquilla, Noviembre 2 de 1993

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano
- Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
Ciudad

Después de haber revisado el trabajo de Investigación presentado por los egresados ENUIT ELIET ROSADO NAVARRO y MARIA ANGELA VILLALOBOS BARANDICA, titulado: PRINCIPIOS Y EFICACIA JURIDICA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL.

FERMIN UTRIA MENDOZA
Director

1. GENERALIDADES

1.1. CONCEPTOS - NATURALEZA JURIDICA - CARACTERES

Las guardas (tutelas y curatelas) con un régimen de representación y asistencia a favor de los incapaces no sometidos a la potestad parental de sus padres. El art. 428 del C.C., concebía las guardas para los incapaces - que no se hallan bajo potestad del padre o del marido. Dicha concepción ha sufrido modificaciones desde dos puntos de vista. En primer término, hoy día la potestad del padre se ha extendido a la madre; se necesita - que ambos falten para que tenga lugar la guarda. En segundo término, las mujeres casadas cesaron de ser incapaces a partir de la expedición de la ley 28 de 1932.

Conforme a lo expuesto una guarda solo puede ordenarse en estos supuestos: a) respecto de menores de 18 años cuyos padres hayan muerto o se hayan hecho incapaces de ejercer las funciones de la potestad parental; b) respecto de los mayores de 18 años que hayan caído en incapacidad por enfermedad mental, sordomudez o disipación.

Las reglas relativas a las guardas deben exponer se dentro del derecho de familia, pues dichas instituciones son un sustituto de esta última. De ordinario, los incapaces encuentran protección en la familia legítima o en la extramatrimonial, y excepcionalmente en la familia adoptiva; más si no logran hallar protección en una de esas formas de familia, se hace necesario colocarlos bajo tutela o curatela, y así estas instituciones, en el fondo, vienen a cumplir la función - que se asigna a la familia⁶.

No es correcto hacer el estudio de esta institución dentro del derecho de las personas, como lo hace nuestro Código Civil, porque la arcaica concepción de que la familia es una simple prolongación de la personalidad, ha sido totalmente superada en derecho moderno en razón de que las normas jurídicas de la familia y del derecho de guardas actúan en un plano social e institucional que sobrepasa lo individual. Tampoco es correcto estudiar las arrimadas a las obligaciones, no obstante las mutuas relaciones obligatorias - que surgen entre tutor y pupilo, porque los aspectos familiares tienen más importancia en este caso⁷.

El Código emplea las palabras tutelas y curatelas (o curadurías) para designar las guardas. El art. 431 estatu

⁶KIPP Y WOLFF (Trad. esp. Derecho de Familia de Pérez González y Castán Tobeñas, Barcelona, 1941). p. 43.

⁷Los pandecistas solían estudiar las tutelas al explicar las normas sobre las obligaciones (WINDSCHEID), pero esta tendencia fue superada por el Código de 1900, como puede verse en Kipp y Wolff.

ye que están sujetos a tutelas los impúberes (mujeres menores de 12 años y varones menores de 14); y el 432 agrega que están sujetos a curatela los púberes (mujeres mayores de 12 años y varones mayores de 14) que no han cumplido la mayor edad y los mayores de 18 años incapaces por disipación o demencia que han sido en interdicción y los sordomudos que no puede darse a entender por escrito.

En el más primitivo derecho romano se organizó la tutela como régimen general del cuidado y representación de los impúberes; más tarde se estableció la curatela como régimen de representación del patrimonio de los púberes enfermos mentales. Posteriormente se organizó una curatela para los locos, viejos, sordos, ausentes, la herencia yacente, para la del hijo póstumo, etc.⁸.

De esta manera se contraponían la tutela como régimen del cuidado personal de los impúberes y la cura (o curatela) como régimen de administración del patrimonio; de donde se deducían estas definiciones:

⁸ BONFANTE, Pietro. Instituciones de derecho romano, ed. Cit. p. 70; V. Arango Ruiz, p. 570.

tutor dati personae, curator rei.

Más tarde se extendió la tutela a la defensa de la persona y el patrimonio del impúber; la curatela se la trató de especializar a la gestión de un patrimonio.

En consideración a estos antecedentes, algunos ordenamientos jurídicos modernos prescinden de la curatela para emplear únicamente la palabra tutela como régimen general de representación y asistencia de un incapaz, como acaece con el Código Civil español, cuyo art. 200 advierte que la tutela se da a los menores y a los demás incapaces; en el mismo sentido el Código Civil francés (arts. 450, 590). El Código argentino emplea la palabra tutela para el cuidado y gestión del patrimonio de los menores (impúberes y púberes) y la de curatela para los incapaces mayores.

Nuestro Código Civil ordena emplear la palabra tutela para el cuidado y representación de los impúberes (art. 431) y la palabra curatela para el cuidado y representación de los demás grupos de incapaces: púberes, enfermos mentales, disipadores interdictos, sordomudos que ni pueden darse a entender por escrito (art. 432). Pero debe precisarse que estas tutelas o curatelas se extienden no solo a los bienes sino también al cuidado de la persona

de los incapaces (art. 430). Al lado de dichas tutelas y curatelas contempla el Código las que recen únicamente sobre los bienes, de las que se contemplan las de los bienes del ausente, los que forman la herencia yaacente y los que han de corresponder al hijo que está por nacer (art. 433). También se mencionan las curatelas adjuntas para el ejercicio de una administración separada de quienes están sometidos al régimen de la potestad parental o de una tutela o curatela generales (art. 434).

Quien ejerce una tutela se denomina tutor y quien ejerce la curatela curador. Pero tanto tutor como curador reciben la denominación genética de guardador (C.C., art. 428, párr. 2^a); y las tutelas y curatelas generales se recogen dentro de la denominación de guardas o curadurías. Los incapaces sometidos a guarda (tutela o curatela) reciben el nombre de pupilos (C.C., art. 436).

Una tutela o curatela persigue suplir la ausencia de la familia del menor. El tutor o curador asume las funciones de los padres. El Código se inspira en esta idea al estatuir que el tutor o curador debe velar por la guarda y crianza del pupilo como lo harían sus padres; con el mismo criterio debe administrar sus bienes y ejer

cer su representación. Ya veremos que este desiderato del Código no tiene siempre cumplido efecto.

El actual derecho civil comparado organiza las guardas con un criterio de autoridad (guardas públicas) o con un criterio de orden familiar.

Las guardas (tutelas o curatelas de autoridad). Estas guardas de autoridad o públicas consideran que la protección de los incapaces, especialmente los menores, es asunto de orden estatal. Si el incapaz no encuentra protección en la familia, debe el Estado encargarse de su cuidado y controlar que reciba la crianza debida, su educación y sostenimiento. Se considera que la infancia abandonada es problema que atañe la sociedad y su solución no debe dejarse a organismos más o menos respetables. Tales ideas y soluciones se han impuesto en algunas legislaciones como la alemana, la suiza y las de los países socialistas y nórdicos de Europa.

Los órganos seleccionados para proveer a los incapaces de la debida protección suelen ser el judicial y el administrativo. Algunos autores recomiendan escoger la autoridad judicial por ser la más conocedora de los problemas familiares; - otros creen que es la autoridad administrativa - la más indicada para dirigir los problemas tutelares por encontrarse más en contacto con la vi-

da social "conocen mejor las necesidades y están más adentro en la psicología popular"⁹.

En el derecho civil alemán prevalece la tutela de autoridad. El Código Civil concibió en un principio la tutela individual si exigir especiales condiciones de orden psicológico en la dirección del menor o de orden económico en la administración de sus bienes. Dicha tutela se adecuaba bien para núcleos pequeños de población en los que los parientes y amigos conocen bien la situación del pupilo, pero no sirven en las grandes ciudades en las que el tutor es un extraño de la familia del pupilo. Las críticas contra esta tutela dieron origen a una interesante evolución, la que culminó con la ley de protección de la juventud de 1922 que organizó al lado de la tutela individual del Código Civil la tutela de las oficinas de protección de la juventud (organizaciones de los municipios o de las asociaciones de municipios), permitiendo además el discernimiento de la tutela a las direcciones de instituciones sujetas a la administración del Estado o a su vigilancia y a instituciones o asociaciones particulares que hayan sido declaradas aptas para la protec-

⁹ PEÑA, F. Pnig. Tratado de Derecho Civil Español, teoría general del matrimonio, Madrid, 1953, y paternidad y filiación, Madrid, 1971, p. 411.

ción de la juventud. Nació de esta manera la denominada tutela profesional, consistente en que el cuidado del menor se encarga a personas idóneas, ante todo instituciones especializadas en el cuidado de los menores que no encuentran la protección de la familia; igualmente nació la tutela colectiva, o sea el discernimiento de varias tutelas a una sola entidad. Al lado de la tutela existe el control estatal mediante el establecimiento de los tribunales de tutelas, los que están encargados de vigilar el ejercicio de la tutela y autorizar importantes actos y negocios que el tutor debe realizar en nombre del pupilo.

La tutela de familia. Este sistema considera que las tutelas y curatelas constituyen una institución de orden familiar, o sea un asunto de orden privado. El Estado no debe intervenir en la crianza, educación y cuidado de los menores. La Revolución Francesa preconizó la autonomía de la familia frente al Estado. Si el menor carece de familia es necesario designarle un tutor escogido entre sus más próximos parientes (ascendientes, descendientes, hermanos, etc). Eminentemente autores han elogiado este tipo de tutela, pues afirman que "más vale la vigilancia afectuosa y directa de los parientes, que la protección oficial e impersonal de las autoridades administrativas o judiciales"¹⁰.

¹⁰FR. BONETT, Ramón. T. IV, Derecho de Familia, Madrid, 1.960 Num. 170.

Sin embargo, se añade que para que la tutela establecida con criterio familiar dé buenos resultados se requiere - que la familia se encuentre sólidamente organizada, "sin lo cual la base misma del sistema vacila, y todo el edificio se derrumba"¹¹.

Generalmente se cita el sistema francés como el prototipo de la tutela familiar. No obstante, semejante sistema ha recibido recientemente innovaciones sustanciales, especialmente a partir de la expedición de la ley del 14 de diciembre de 1964. Se ha establecido el denominado juez de tutelas, el cual es un magistrado del tribunal de instancia del domicilio del pupilo. Este juez de tutelas tiene un poder general de vigilancia de la administración legal de los tutores de su región. Puede convocar a los tutores, exigir aclaraciones, dirigirles observaciones, pronunciar decisiones a las que deben someterse los tutores so pena de ser sancionados; puede, finalmente, cambiar al tutor cuando no ejecuta correctamente sus funciones. Este sistema introduce en el derecho francés la tutela judicial al lado de la tutela ejercida por la familia; no puede considerarse, advierten los autores, que se haya introducido sin más la tutela de auto

¹¹ BONETT, Op. cit. p. 170.

ridad del derecho alemán. Existe también la denominada tutela pública (o tutela de autoridad) y que se aplica a los denominados pupilos del Estado, la que tiene efecto cuando la tutela de la familia falla o se encuentra vacante.

- Sistema mixto. En todos los casos en que la familia sea capaz de suministrar protección al menor, el Estado debe abstenerse de intervenir; pero cuando no existe familia que pueda encargarse del cuidado del menor, entonces el Estado debe encargarse de la protección del menor. Es necesario evitar en todo caso que se produzca el fenómeno de la infancia abandonada. De esta manera ambos sistemas pueden cumplir sus funciones. Tal sucede actualmente con el sistema francés.

Nuestro Código Civil reglamenta una tutela de familia. Al respecto se siguió la orientación del sistema francés existente hasta la expedición de la ley del 14 de diciembre de 1964.

En primer lugar, el menor carente de padres es sometido a la tutela legítima en la que el guardador es escogido entre los parientes más próximos (cónyuge, padres, hijos, hermanos) (C.C., art. 457). Se conoce también la tutela testamentaria consistente en que el padre o la

madre pueden designar por testamento el tutor o curador (C.C., arts. 444 y ss.). Finalmente, en la tutela dativa, el juez nombra el guardador oyendo a los parientes del pupilo (C.C., art. 462).

En segundo lugar, la intervención del juez se reduce:

a) al discernimiento del cargo (C.C., art. 463); b) a la autorización judicial para enajenar inmuebles del pupilo (C.C., arts. 483 y ss.).

Nuestro Código Civil no conoce medida alguna de control del ejercicio del cargo de guardador. Es más; toda tutela o curatela debiera ser discernida por el juez; pero no sucede así:

- Cuando el menor carece de bienes nadie se preocupa de pedir al juez el discernimiento de una tutela. Dichos menores faltos de padres son abandonados a su propia suerte; algunos van al cuidado de algún pariente próximo (tíos, hermanos), siendo posible que el menor reciba los cuidados de su guarda, crianza, educación, etc. Pero muchos entran a engrosar toda esa legión de menores que integran la infancia abandonada que es el peor azote que puede sufrir la sociedad.

Desde este punto de vista ha sido criticado el sistema tutelar fundamentado exclusivamente en la familia. El legislador, se advierte frecuentemente, se ha preocupado ante todo de la defensa de los bienes del menor, olvidando o no dando la importancia necesaria a los cuidados de la guarda y educación. "En consecuencia, la tutela es un lucro de las familias de posición, en vez de ser un medio de proteger al pueblo contra los estragos de la desmoralización y la criminalidad precoz. Además, se abandona la función tutelar a organismos familiares, no siempre todo lo solícitos que fuera de desear en la defensa de los intereses morales, y aún materiales, del pupilo, careciendo el Estado de medios y procedimientos para asumir, cuando sea preciso, la educación protectora de los menores"¹².

- En relación con menores a quienes corresponde algún patrimonio por herencia suelen funcionar las reglas del Código Civil, pero tampoco existen efectivas medidas de control de una correcta administración, fuera de la relativa a la enajenación de inmuebles.

En síntesis, cuando el menor carece de bienes no hay tutela ni curatela; y cuando ocasionalmente los tiene, la institución se encuentra deficientemente organizada.

Lo que nos enseña que los defectos de nuestro régimen tu

¹² BONETTI, Ramón, cita tomada a F. Pnig Peña, t. II, p. 419, Num. 23.

telar se deben al espíritu que lo estructura; es imposible reglamentarlo sobre un concepto enteramente privado de la familia. Es más: muchas familias necesitan del control judicial para evitar que los hijos sean abandonados y los padres puedan cumplir sus elementales deberes de cuidado y educación. Si es indiscutible, por tanto, que la misma familia requiere cada día más la intervención de la autoridad, también lo es, y con mayores motivos, que se haga lo propio con la tutela.

2. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LAS TUTELAS Y CURATELAS Y SUS CARACTERISTICAS

En cuanto a las personas que intervienen en las tutelas y curatelas, es preciso distinguir dos clases. En primer lugar, los incapaces sometidos a tutela o curatela, y en segundo lugar, las personas encargadas de ejercerlas, o sea los guardadores (tutores y curadores).

2.1. EL PUPILO

El pupilo, nombre que designa al sometido a tutela o curatela, es el incapaz que queda bajo ese régimen, ya sea en esa razón de la edad cuando falta la persona que puede ejercer la potestad parental sobre él, ya en razón de alguna enfermedad mental, de sordomudez o disipación.

Respecto a los primeros, se ha establecido la tutela o la curatela según sean impúberes o menores adultos; y para los mayores que padecen enfermedad mental, o que son disipadores o sordomudos, se establece siempre la cura-

tela (C.C., arts. 431 y 432).

2.2. EL TUTOR O CURADOR

El tutor o curador no solo es representante legal del incapaz, sino también el encargado de la dirección de la persona del pupilo. El tutor o curador ejercen, en general, las mismas funciones que corresponden al padre y a la madre sobre sus hijos. Por este motivo es un cargo personal de forzosa aceptación.

Si se trata de un cargo personal, no podrá el guardador delegarlo en otra persona. No obstante, podrá valerse de auxiliares para que realicen algunas de las funciones tutelares. Así puede matricularlo en establecimiento de enseñanza, contratar abogados para que ejerzan una acción o se opongan a la ejercida contra el pupilo¹³.

Es cargo de forzosa aceptación; de ahí el régimen de excusas que contempla el Código.

¹³ PEÑA, Prig, t. II, Vol. 11, p. 480; Bonet Ramón, t. IV, num. 178.

- Condiciones para ser tutor o curador. Todo tutor o curador debe ser una persona plenamente capaz de administrar sus propios derechos; pero, aparte de este requisito de carácter general, se requieren otras calidades especiales. Téngase en cuenta que las incapacidades en razón del sexo fueron expresamente derogadas por el art. 22 de la ley 75 de 1968, que dice: "Las mujeres pueden ser tutoras o curadoras en los mismos casos que los varones...".

Fuera de lo anterior, el decreto 2820 de 1974 cambió la redacción de todos aquellos artículos del C.C. que en materia de tutelas y curatelas establecían discriminaciones entre mujeres y varones para el ejercicio de dichos cargos.

- Edad. Solo los mayores de 18 años pueden ser tutores o curadores. El C.C. en su art. 588 estatuyó que solo podían ser guardadores los que hubieran cumplido 21 años; no lo podían ser los habilitados de edad. La ley 27 de 1977 en su art. 2º advirtió que siempre que la ley señale los 21 años como aptitud o condición para ejercer derechos civiles o ejercer determinados actos jurídicos, "se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años".

Por este motivo el término de 21 años del art. 588 del C.C. debe entenderse reducido a 18 años; igualmente la habilitación de edad que se otorgaba a los mayores de 18 años desapareció.

Sin embargo, si es deferida una tutela o una curatela al ascendiente o descendiente que no ha cumplido 18 años, se esperará a que los cumpla para conferirle el cargo y se nombrará un interino para el tiempo intermedio. También se procederá en la misma forma respecto del tutor o curador nombrado por testamento que no ha cumplido los 18 años. Con todo, será inválido el nombramiento de tutor o de curador menor cuando al llegar éste a los 18 años no pueda ejercer la curaduría por más de dos años (C.C., art. 588).

Cuando no haya certidumbre acerca de la edad, se juzgará de ella según el art. 400 del C.C.; y si, en consecuencia, se discierne el cargo al tutor o curador nombrado, será válido y subsistirá, cualquiera que sea realmente la edad (C.C., art. 589).

- Estado mental y orgánico. Son incapaces de ejercer la tutela o la curatela: los enfermos mentales, aunque no estén en interdicción; los disipadores en interdicción (C.C., art. 586, ords. 3^a y 5^a); los ciegos (art.

586, num. 1ª) y los mudos (art. 586, num. 2º).

- Estado moral y social. Por razón del estado moral y social, son incapaces de ejercer la tutela o la curatela las siguientes personas: 1) los de notoria mala conducta (art. 586, num. 8º). ¿Cuándo podemos calificar a alguien de "mala conducta notoria"? Si respondemos que es cuando se evidencia en el individuo el desorden o desarreglo de las costumbres, bien podemos preguntarnos acerca de lo que constituye ese desorden o desarreglo. La mala conducta debe tener el mismo significado de la palabra depravación que emplea el art. 315 y sirve para emancipar judicialmente al hijo (supra, 137-III); 2) los condenados judicialmente a una pena de cuatro años de reclusión, o a otra igual o de mayor gravedad (C.C., art. 586, num. 9º); 3) el padre o la madre a quienes se les privó del ejercicio de la potestad parental en los casos del art. 315 del C.C. (ibidem, num. 11); 4) los declarados en quiebra, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores (ibidem, num. 4º); 5) los que por torcida o descuidada administración hayan sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a éste hayan sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo (ibidem, num. 12).

- Grado de instrucción. No pueden ser tutores los que

no saben leer ni escribir, con excepción del padre o madre llamados a ejercer la guarda legítima o testamentaria de sus hijos legítimos o extramatrimoniales (C.C., art. 536, num. 7º).

- Relaciones familiares. con respecto a las relaciones de la familia, el Código disponía que el padrastro no podía ser tutor o curador de su entenado (art. 590). Esta incapacidad debe entenderse derogada hoy día. No se mencionaba a la madrastra en razón de que las mujeres no podían ser tutoras dentro del sistema del Código. Pero derogada aquella incapacidad, la madrastra puede hoy ser guardadora de sus hijastros. En razón de la igualdad de derechos de que gozan varones y mujeres (decreto 2820 de 1974), no se justifica defender una incapacidad para los padrastros que no cobija a las madrastras.

Fuera de esta incapacidad el art. 592 advierte que el hijo no puede ser curador de su padre disipador, en cambio sí lo puede ser de su madre disipadora. Este diverso tratamiento no se justifica.

- Estado religioso. Los que profesen religión diferente de aquella en que debe ser educado el pupilo, no pueden ser tutores o curadores de éste, excepto en el caso

de ser aceptados por los ascendientes, y a falta de estos, por los consanguíneos más próximos (C.C., art. 596).

- Oposición de intereses. Según el art. 593, no puede ser tutor o curador el que le disputa el estado civil a su presunto pupilo, ni tampoco lo pueden ser el acreedor o el deudor de éste, ni los que litiguen contra él, por intereses propios o ajenos. No obstante, en este caso el juez se limitará a nombrar curadores adjuntos que administren conjuntamente, o los declarará incapaces para ejercer el cargo (art. 594); pero esta disposición no se aplicará al cónyuge ni a los ascendientes y descendientes. Tampoco se aplicará la prohibición cuando los créditos o deudas sean, a juicio del juez, de poca monta, ni al tutor o curador nombrados por testamento, si el testador tuvo conocimiento del crédito (art. 595).

- Incapacidad sobreviviente. Si alguna de las causas enumeradas no existía en el momento de discernirse la tutela o la curaduría, pero sobreviene posteriormente, terminará la guarda (art. 597).

El art. 598 establece que la demencia del tutor o del curador viciará de nulidad todos los actos que durante

ella hubiere ejecutado, aunque no haya sido puesto en interdicción.

- Domicilio. Los que carecen de domicilio en la Nación, no pueden ser tutores o curadores (art. 586, num. 6°).

- Denuncia de la incapacidad. La incapacidad existente en alguna persona que haya sido nombrada tutora o curadora debe ser denunciada, y esta denuncia debe hacerse ante el respectivo juez, así como la de la incapacidad sobreviniente (C.C., art. 601). En caso de que no se denuncie la incapacidad dentro de los plazos indicados por la ley, se incurrirá en severas sanciones que, en síntesis, son las siguientes: los tutores o curadores quedan sujetos a todas las responsabilidades de su administración y perderán sus emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo. Sin embargo, las causas de incapacidad que se han ignorado no vician los actos del tutor o del curador, aunque, una vez conocidas, pondrán fin a la tutela o la curatela (C.C., art. 600).

- Aceptación forzosa del cargo. Aún cuando el cargo de tutor o de curador es de forzosa aceptación, la ley reglamenta ciertos casos en que los nombrados podrán excusarse de ejercerlo.

Ellos son los siguientes: 1) el presidente de la república, los empleados nacionales y los que ejercen funciones judiciales; 2) los administradores y recaudadores de rentas nacionales; 3) los que están obligados a desempeñar por largo tiempo un cargo a considerable distancia del sitio en donde se ha de ejercer la tutela o la curatela, así como los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho sitio; 4) los que adolecen de grave enfermedad habitual o que han cumplido sesenta y cinco años; 5) los pobres que están obligados a vivir de su trabajo personal diario; 6) los que ejercen dos guardas y los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos vivos; 7) los que no pueden hallar fiador, excepto si tienen bienes raíces, caso en el cual se les obligará a constituir una hipoteca; 8) el que por diez o más años continuos haya servido la guarda de un pupilo, podrá excusarse de continuar en el cargo. Estas excusas se hallan consagradas en los arts. 602 y ss. del C.C.

- Plazos para alegar las excusas y las incapacidades.

Los plazos que fija la ley para alegar la incapacidad de ejercer los cargos de tutor o de curador, así como las excusas para servir dichos cargos y el trámite que debe seguirse, están reglamentados por los arts. 608 a 613 del C.C. Estos artículos, por ser suficientemente claros, no requieren explicación. Además casi nunca se aplican.

3. DESIGNACION DE TUTOR Y CURADOR

En cuanto a su origen, existen tres clases de tutelas:

a) las testamentarias, que son las que se constituyen por testamento; b) las legítimas, que se confieren por la ley al cónyuge y parientes próximos del pupilo; y c) las dativas, que son las conferidas por el juez (C.C., art. 443).

3.1. NOMBRAMIENTO DE TUTELA Y CURATELA TESTAMENTARIA

3.1.1. Solo los padres pueden nombrar guardador por testamento. Al iniciar el estudio de este título dijimos que la tutela y la curatela eran un sucedáneo de la familia, y es precisamente en el caso de la tutela testamentaria - donde se manifiesta en forma más saliente esta característica. Justamente la ley persigue que el tutor o curador sea escogido por los que ejercían la potestad parental sobre el menor.

- En cumplimiento de esa intención de la ley, el padre y la madre legítimos pueden nombrar tutor por testamento no solo a los hijos nacidos, sino al que halla todavía en el

vientre materno, en el caso de que nazca vivo (C.C., arts. 444 y 448). Del mismo modo, tienen derecho a nombrar curador a los hijos púberes para administrar sus bienes, y a los adultos de cualquier edad que se hallen en estado de demencia, o a los sordomudos que no entiendan ni se den a entender por escrito (art. 445). También pueden nombrar curador testamentario para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer (art. 446).

Empero, no tienen derecho de nombrar tutor o curador por testamento el padre o la madre a quienes se les haya quitado el ejercicio de la potestad parental por decreto judicial, o sea en los casos contemplados en el art. 315 del C.C., o cuando por mala administración hayan sido removidos judicialmente de la guarda del hijo, según lo establecido por los arts. 447 y 448¹⁴.

- El padre o la madre adoptantes pueden nombrar tutor o curador a sus hijos adoptivos en las mismas condiciones que los padres legítimos (C.C., art. 276, red. ley 5^a de 1975).

¹⁴ El Código Civil español carece de un texto terminante como nuestro art. 447; ello divide a la doctrina en el sentido de que algunos autores enseñan que, no obstante los padres que hayan sido privados de la potestad parental, tienen el derecho de nombrar tutor o curador por testamento (cfr. Pnig Peña, t. II, Vol. II, p. 445). El Código Civil francés (art. 397) coincide con el art. 447 de nuestro Código (Cfr. Weill y Terre, núm. 838).

- Sobre los hijos naturales o extramatrimoniales ejercen los derechos que acabamos de mencionar, los padres extra matrimoniales, si viven juntos; en caso contrario, el padre que los tenga a su cuidado (C.C., art. 449, red. del decr. 2820 de 1974). Carecen de este derecho en los mismos casos en que se le niega al padre o a la madre legítimos, especialmente cuando se hayan visto privados de la potestad parental por decreto judicial, conforme a lo dispuesto por el art. 315 del C.C.

La guarda testamentaria tiene efecto cuando ambos padres faltan. Si al morir el padre supervive la madre, ésta ejercerá la potestad parental y quedará sin efecto la guarda establecida por testamento. Lo mismo vale cuando supervive el padre y la madre había nombrado guardador por testamento (C.C., art. 448, red. decr. 2820 de 1974). Se presentaría una excepción cuando al morir el padre o la madre que designó guardador por testamento, el otro estuviese privado de la potestad parental. En resumen, no vale el nombramiento de guardador cuando uno de los padres supervive y tiene derecho a ejercer la potestad parental; esta prevalece sobre la testamentaria.

3.1.2. Curadores o tutores especiales. Asimismo, pueden nombrarse por testamento curadores o tutores especiales, y su nombramiento lo puede hacer cualquier persona, a

condición de que done al pupilo alguna parte de sus bienes, que no se le deban a título de legítima, es decir, de asignación forzosa; pero estos tutores o curadores solo administran los bienes donados o dejados al pupilo, razón por la cual se les da el calificativo de especiales, con el fin de distinguirlos del tutor o curador generales, que administran todo el patrimonio del pupilo (C.C., arts. 435 y 450). Este derecho de nombrar curador especial también lo tienen los padres que se hicieron indignos de nombrar curador o tutor generales, pero siempre a condición de que solo sea para administrar los bienes donados o dejados al pupilo, que no se le deban a título de legítima (C.C., art. 450).

3.1.3. Caso de varios guardadores y pupilos. Por testamento pueden nombrarse igualmente varios tutores o curadores para que ejerzan simultáneamente la guarda, y el testador tendrá facultad de dividir entre ellos la administración; más sino la dividiere, el juez podrá confiarla, oídos los parientes del pupilo, a uno de los nombrados o a varios de ellos, y dividirla del modo que lo crea más conveniente a los intereses del pupilo, con arreglo a lo dispuesto por los arts. 451 y 453 del C.C.

En caso de pluralidad de pupilos y guardadores, éstos ejercerán de consuno la tutela o curatela, mientras el

patrimonio permanezca indiviso; pero si se divide, por ese mismo hecho se dividirá entre ellos la guarda, y serán independientes entre sí. Con todo, el cuidado de cada pupilo corresponderá exclusivamente a su respectivo tutor o curador, aún durante la indivisión del patrimonio (C.C., art. 452).

Asimismo, por testamento podrán nombrarse varios tutores o curadores que se sustituyan o sucedan el uno al otro, y establecida la sustitución o sucesión para un caso particular, se aplicará a los demás en que falte el tutor o curador, a menos que claramente se vea que el testador ha querido limitar la sustitución o la sucesión al caso o casos indicados (C.C., art. 454).

Las tutelas o curatelas testamentarias admiten condición suspensiva o resolutoria y también señalamiento de día cierto en que han de principar o expirar, conforme a lo establecido en el art. 455 del Código.

Libertad para nombrar guardador testamentario. El padre o madre sobrevivientes tienen libertad para escoger el tutor o curador. Bien pueden seleccionar un guardador entre las personas llamadas por el art. 457 del Código (cónyuge, padres, hijos, hermanos) a ejercer el cargo o nombrar a un extraño. En semejante hipótesis la guarda testamentaria prevalece sobre la legítima. (15).

¹⁵ PEÑA, Op. cit. p. 447.

3.1.4. Casos de la tutela y curatela legítimas. La tutela y la curatela legítimas tienen efecto cuando falta o expira la testamentaria y especialmente cuando, viviendo el padre y la madre (legítimos, extramatrimoniales o adoptivos), es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por decreto judicial (C.C., art. 456).

¿Quiénes son llamados por la ley para ejercer la guarda legítima?. Conforme a lo establecido por nuestro Código, pueden ser llamados a ejercer la guarda legítima las siguientes personas:

En primer término, el cónyuge, siempre que no esté separado de cuerpos o de bienes, por causa distinta al mutuo consenso (C.C., art. 457, ord. 1º, red. decr. 2820 de 1974). Un cónyuge estará sujeto a la curaduría del otro en estos casos: 1º) cuando es menor de 18 años; 2º) si se le declara en interdicción por demencia, disipación o sordomudez.

Es entendido que la palabra divorciado que emplea el ord. 1º del art. 457, según la nueva redacción del decreto 2820 de 1974, debe entenderse en el sentido que esa palabra tenía en el Código antes de expedirse la nueva ley del divorcio (1ª de 1976), o sea sinónima de

separado de cuerpos. Así las cosas, el mencionado ordinal ha quedado bien redundante; deben mirarse como no escritas las palabras divorciado ni.

En segundo lugar, el padre o la madre, y en su defecto los abuelos legítimos (C.C., art. 457, ord. 2º, red. del decreto 2820 de 1974). Aunque la ley no hace distinciones a éste respecto, si se consulta su espíritu, es lógico concluir que cuando el hijo es emancipado por decreto judicial, en los casos contemplados por el art. 315 del Código, no puede ser llamado el padre o la madre a ejercer la guarda del hijo, puesto que si se le quita el ejercicio de la potestad parental por considerar que no es idóneo para ejercerla, con mucho mayor razón se le deberá negar la guarda. El padre o la madre serán llamados a ejercer la guarda de sus hijos mayores de 18 años incapacitados por demencia, disipación o sodomudez.

En tercer lugar, los hijos legítimos o extramatrimoniales (ord. 3º del art. 457, red. del decr. 2820 de 1974).

Repárese en que a partir de la ley 5ª de 1975 el adoptivo se asimila al hijo legítimo; por tanto, si es necesario proveer la curatela al padre o madre adoptante, ésta se deferirá a los hijos adoptados.

Por último, serpan llamados a ejercer la guarda los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes de aquel (C.C., art. 457, ord. 4º, red. decreto 2820 de 1974).

La lista de guardadores que señala el art. 457 tiene preferencia según el orden de los numerales; lo que indica que, si existe el cónyuge, este será llamado de preferencia a los indicados en los otros numerales; solo a falta de cónyuge se llamará a los padres; si también faltan éstos serán preferidos los hijos y finalmente los hermanos.

Pero si existen varias personas dentro del orden indicado por la ley, por ejemplo varios hijos o varios hermanos, "el juez, cidos los parientes, eligirá entre ellas la que le pareciera más apta y podrá también si lo estimare conveniente, elegir más de una y dividir entre ellas las funciones" (C.C., art. 457, párr. final).

Finalmente, respecto a la guarda legítima debe advertirse que cuando el guardador cesa en el ejercicio de ella, ya sea por haber muerto o por haberse hecho incapaz o haber obtenido excusa, se nombrará otro de la misma clase (C.C., art. 459).

3.1.5. Casos de la tutela y curatela dativa. Cuando no hay guarda testamentaria ni tampoco legítima, entonces se discierne la dativa, de conformidad a lo establecido por el art. 460 del Código. Además, también puede discernirse una guarda dativa interina cuando por cualquier causa se retarde el discernimiento de la guarda testamentaria o legítima, o cuando durante el ejercicio de éstas sobreviniere alguna dificultad y no pudiere nombrarse otro guardador testamentario legítimo (C.C., art. 461).

La guarda dativa suele aplicarse con alguna frecuencia, especialmente en los casos en que no hay guardador testamentario, como sucede la mayoría de las veces, y cuando no hay individuos que se encarguen de la guarda legítima, o porque no existen, o porque son incapaces, o porque se excusan.

El tutor o curador dativos los nombrará libremente el juez, oyendo a los parientes del pupilo y consultando los intereses de éste. También podrá nombrar más de un guardador, si lo estimare oportuno (C.C., art. 462).

4. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA Y CURATELA

Toda tutela o curatela tiene por fin escoger la persona y los bienes del pupilo. Para alcanzar esta finalidad, la ley somete la constitución de la tutela o de la curatela a varias formalidades, que pueden resumirse en las tres siguientes: obligación del tutor o curador de prestar fianza, discernimiento de la tutela o curatela, y formación del inventario de los bienes objeto de la administración.

4.1. CONSTITUCION DE FIANZA

Todo curador debe prestar fianza, es decir, dar garantía de su administración. Es esta la primera formalidad y sin ella el juez no podrá discernir la tutela o la curatela, según lo establece el art. 464. Es de notar que en el citado artículo del Código habla del otorgamiento de una fianza o caución, mientras que en los arts. 465 y 466 solo se refiere a la fianza, sin emplear la pala-

bra caución, con lo cual da a entender que toma estas palabras como si fueran sinónimas; sin embargo, así en la práctica como en la doctrina, ellas se emplean para designar conceptos diferentes.

La caución es la seguridad que una persona da a otra sobre el cumplimiento de sus obligaciones; y como es seguridad y toda obligación se traduce en un objeto, dicha seguridad necesariamente debe recaer sobre bienes, los cuales remplazarán el objeto de la obligación que no se haya cumplido.

Existen varias clases de cauciones, pero las más conocidas y aplicadas son la fianza, la hipoteca, la prenda y el seguro. La fianza es la obligación que una o varias personas contraen de responder por el cumplimiento de una obligación ajena, en caso de que el deudor principal no la cumpla. Como puede observarse, es una caución personal y universal, porque el fiador no compromete determinados bienes, sino todo su patrimonio, y de ahí que en caso de que el deudor principal no cumpla, el acreedor podrá escoger cualquier bien del fiador para hacer recaer sobre él el objeto de la obligación principal. Por otra parte, la ley exige que el fiador sea siempre una persona económicamente solvente. La hipoteca es una caución real y singular, con la cual se garantiza el cumplimien-

to de una obligación, destinando para ello un inmueble. Mientras que la hipoteca puede ser prestada por el deudor mismo o por un tercero, la fianza no puede prestarse sino por un tercero. La prenda es una caución real que recae sobre bienes muebles, los cuales son entregados por el deudor o por un tercero al acreedor, y este los conserva hasta el cumplimiento de la obligación asegurada.

Finalmente el seguro es una caución que consiste en obtener que mediante el pago de determinadas primas una compañía de seguros se obligue a pagar las sumas que quedare debiendo el tutor o curador.

Por lo dicho, fácilmente se advierte que la palabra caución es término genérico que abarca varios conceptos, y por esto, cuando la ley dice que una obligación debe asegurarse con caución, quiere indicar que puede serlo con fianza, hipoteca, prenda o seguro. La más efectiva y sólida entre estas clases de cauciones es la prenda, cuando consiste en dinero o en títulos equivalentes a dinero, como bonos, cédulas, etc. Luego le sigue la hipoteca sobre inmuebles, que es tan segura como la prenda. A su vez, el seguro también puede considerarse como una caución tan efectiva como las anteriores. En cuanto a seguridad, la fianza ocupa el último lugar,

pues no recae sobre un bien singular, y está sujeta a desaparecer si el fiador se insolventa o procede de mala fe, como lo demuestra la experiencia con muchos casos de fiadores que hacen traspasos simulados de sus bienes a personas de su confianza, para eludir el pago de la obligación que afianzaron. Con todo, es la seguridad que con más facilidad puede prestarse, pues está al alcance del insolvente, y es tal vez por este motivo por el que la ley exige esta seguridad en muchas ocasiones.

Teniendo en cuenta las razones expuestas, los jueces deben aceptar también la hipoteca, el seguro y la prenda, por ser cauciones más seguras. Además, el art. 466 establece que en vez de fianza podrá prestarse hipoteca suficiente, y el art. 2363 en su párr. 2º, prescribe que "si la fianza es exigida por la ley o decreto del juez, puede sustituirse a ella una prenda o hipoteca suficiente".

Tutores y curadores exonerados de prestar caución. Conforme lo estatuido por el art. 465 del C.C., todos los tutores o curadores están obligados a prestar fianza, a excepción de los siguientes:

- El cónyuge y los ascendientes y descendientes legítimos. Respecto al cónyuge, la ley preceptúa que si un menor de dieciséis años contrae matrimonio, queda emanci

pado de la potestad parental, y en este caso, si el otro cónyuge es mayor de edad, será el llamado para ejercer la curaduría de su cónyuge menor de dieciocho años.

- Los guardadores interinos, llamados por por poco tiempo para servir el cargo. El interino es un guardador nombrado provisionalmente por el juez, cuando por cualquier circunstancia se demora el discernimiento de la guarda testamentaria o legal.

- Los guardadores que se dan para un negocio particular, sin administración de bienes.

- El tutor o curador que fuere persona de reconocida probidad y de capacidad suficiente para responder de los bienes, podrá ser relevado de la fianza, per a condición de que los bienes del pupilo sean pocos. Hay autores que no consideran aceptable esta última excepción¹⁶.

¹⁶ CHAMPEAU Y URIBE. Op. cit., t. I, núm. 776. La ley chilena 4827 de 1930 establece que los bancos pueden ser guardadores, y "atendida su solvencia y responsabilidad, están exentos de la obligación de rendir caución para desempeñar el cargo" (art. 5°).

Efectos de la falta de caución. El tutor o curador que no esté exonerado de prestar caución y que no pudiere - prestarla deberá excusarse de servir el cargo (C.C., art. 605), y si no se excusare dentro de los plazos indicados por el art. 608 del Código, el juez deberá declarar inválido su nombramiento. El art. 609 no es aplicable en este caso, por cuanto precisamente se trata de un guardador que, por no poder dar caución de ninguna clase, - será un insolvente que no podrá pagar ningún perjuicio.

4.2. DISCERNIMIENTO DEL CARGO

Una vez prestada la fianza, se discierne el cargo de tutor o curador, discernimiento que hace el juez y que - consiste en la autorización que se le da para que entre a ejercer el cargo (C.C., art. 463). Tanto las guardas Generales como las especiales deben ser discernidas, es decir, autorizadas por el juez. El curador ad litem, o sea el nombrado para un negocio particular, sin tener - administración de bienes, también necesita del discernimiento del cargo¹⁷. Asimismo, deben discernirse los -

¹⁷"G.J.", t. XXX, p. 308, y GARAVITO, Jurisprudencia, t. I, núms. 1033 y 1035.

cargos de guardadores interinos, adjuntos, etc., ya que no hay guarda, sea general o especial, sin discernimiento. El objeto del discernimiento es determinar el día en que comienza la administración de los bienes del pupilo, y, por lo tanto, la fecha en que comienza la responsabilidad del guardador.

El discernimiento es diferente al nombramiento de guardador o reconocimiento del nombrado testamentariamente.

Respecto al discernimiento, debe recordarse que, según el art. 467, "los actos del tutor o curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento, son nulos; pero el decreto, una vez obtenido, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo". Empero, cabe observar que este artículo emplea indebidamente el término nulidad, pues el guardador actúa como representante legal del pupilo, y como representación nace el discernimiento, ello indica que los actos a que se refiere el art. 467 se realizaron sin representación y nada más, por lo cual no son nulos sino inoponibles al pupilo. Recuérdese que no es lo mismo nulidad que inoponibilidad. Por ello cabe deducir que el art. 467 resuelve el caso de ratificación y no de convalidación.

4.3. CONFECCION DE INVENTARIO DE LOS BIENES

El primer acto de administración que debe realizar todo guardador a quien se le ha discernido el cargo, es hacer inventario del patrimonio que va a administrar. El párrafo 2º del art. 464 del C.C. dice que no se dará al tutor o curador la administración de los bienes sin que proceda inventario solemne. Según las normas de nuestro Código, puede decirse que inventario es el acto principal de administración, pues mediante él se determina cuál es el patrimonio del incapaz, cuáles son sus cargas, la situación jurídica de cada uno de los bienes que lo integran, el activo y el pasivo, etc. A continuación estudiaremos los puntos principales relativos al inventario y sus caracteres.

A ningún guardador se le exceptúa de hacer inventario. Según lo prescrito por el Código, a ningún guardador se le exime de hacer inventario, inclusive los que están exonerados de prestar fianza, y esta obligación es tan general, que si el testador exime al guardador de hacerlo, dicha cláusula se tendrá por no escrita, como lo establece el art. 469. Y la necesidad de que se haga inventario en todos los casos se explica muy calaramente, pues sin él no se sabría el estado del patrimonio que se va a administrar, y, por lo tanto, no se sabría has-

ta dónde puede llegar la responsabilidad del guardador.

El inventario debe ser solemne. Conforme al art. 471, el inventario debe ser solemne, es decir, que ha de otorgarse mediante escritura pública. La única excepción que tiene esta regla es la que consagra el Código en su art. 470, o sea cuando los bienes son demasiado exiguos para soportar los gastos de la formación del inventario. En este caso, el juez oirá a los parientes del pupilo y al agente del ministerio público, y cambiará la obligación de la solemnidad del inventario por un apunte privado, suscrito por el tutor o curador, y por tres de los parientes más cercanos mayores de edad, o por otras personas respetables, a falta de aquellos.

Término en que debe hacerse el inventario. El inventario debe hacerse dentro de los noventa días siguientes al discernimiento de la tutela o curatela y antes de intervenir en alguna forma en la administración, a no ser que esa intervención fuere absolutamente necesaria (C.C., art. 468).

Como actos absolutamente necesarios que debe realizar el guardador aún antes de hacer el inventario, deben tenerse todos aquellos que tienen por finalidad la conservación del patrimonio e impedir que éste disminuya, como lo sería el reparar una casa que amenaza ruina, cobrar las deudas o créditos, interrumpir las prescripciones que corran

contra el pupilo, intervenir en los juicios divisorios, etc. Este plazo de noventa días podrá ser ampliado o reducido por el juez, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso (C.C., art. 468).

Sanción por falta de inventario. La ley sanciona el incumplimiento de la obligación que se le impone al tutor o curador, de proceder a formar el inventario dentro de los noventa días siguientes al discernimiento. Ante todo, podrá ser removido de la tutela o curatela como sospechoso y será condenado al resarcimiento de toda pérdida o daño que el incumplimiento le hubiere causado al pupilo, de la misma manera que si hubiere incidido en culpa grave o en dolo (C.C., art. 468, párr. 3º).

En qué consiste el inventario. El inventario consiste en una relación exacta de todos los elementos que comprenden el patrimonio del pupilo, así como en un detalle de la situación jurídica de cada uno de ellos.

Más concretamente, el inventario comprenderá, en primer lugar, una relación precisa de todos los bienes muebles del pupilo, con especificación de su estado, de su calidad, y si fuera posible, de su peso; tratándose de mueble de afección o preciosos (o sea los que contienen oro, plata o platino) debe constar la marca, el peso, -

la mezcla, etc. La descripción de estos muebles tiene importancia, por cuanto la misma ley los somete a un régimen distinto al de los demás muebles (C.C., art. 483).

Además, el inventario comprenderá, en segundo lugar, una relación exacta de los bienes inmuebles del pupilo, con especificación de los gravámenes que sufran o derechos reales constituidos en ellos, lo cual debe hacerse teniendo en cuenta los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, etc.

En tercer lugar, deben relacionarse todos los créditos - que existan en favor del pupilo, así como las deudas que obren en contra suya.

Por último, si existen bienes formados por cosas incorpóreas, deben también relacionarse, procurando especificarlos claramente.

En síntesis, la intención de la ley (C.C., art. 472) es que se den a conocer por el inventario todos los elementos, no solo activos sino pasivos, del patrimonio del pupilo. Y constituye elemento activo del patrimonio todo aquello que pueda traducirse en ventajas o en dinero y que, por lo tanto, aumenta el patrimonio, y constituye elemento pasivo todo lo que se traduzca en desventajas -

que puedan disminuir económicamente el patrimonio.

Inventario adicional. Puede ocurrir que, una vez hecho el inventario, se encuentren nuevos bienes que no se inventariaron por hallarse en poder de personas extrañas o por otra circunstancia, o también porque se hace una donación al pupilo, con lo cual aumenta su patrimonio primitivo. En todos estos casos de mutación del patrimonio, el tutor o curador procederá a inventariar solemnemente dichos bienes para agregarlos al inventario primitivo, conforme a lo dispuesto por el art. 473 del C.C.

A este respecto debe notarse que el art. 474 establece que en el inventario deben relacionarse todas aquellas cosas que no fueren propias del pupilo, si se encuentran entre las que son; y la responsabilidad se extenderá tanto a las unas como a las otras.

La regla del art. 475 es superflua, pues en ninguna parte ha dicho la ley que la aseveración que una persona haga de que determinada cosa le pertenece a alguien, sirva para probar el dominio de ella, y tampoco que la prueba testimonial o la confesión sean fuentes de derechos reales, entre los cuales se cuenta la propiedad o el dominio.

El tutor o curador responde de las cosas relacionadas - en el inventario. La finalidad del inventario está en poder determinar hasta dónde se extiende la cuantía del patrimonio y qué elementos lo integran, con lo cual se podrá fijar hasta dónde va la responsabilidad del guardador.

En cuanto a la responsabilidad, debe considerarse que - si el guardador relaciona cosas que no existían o exageró el número, peso o medida, o les atribuyó una materia o calidad de que carecían, no valdrá la alegación que haga de haber cometido error, salvo que pruebe la buena fe que tuvo al hacerlo, es decir, que a pesar de todo - el cuidado que tomó y de su buena fe, incidió en error por faltarle conocimientos técnicos o científicos, como sería el caso de que, sin ser químico, hubiera afirmado que una vajilla era de oro, cuando apenas era de cobre (C.C., art. 475).

Pero si procedió de mala fe al aumentar los bienes del patrimonio, no será oído en ningún caso, aunque pruebe que ello le trajo beneficios al pupilo (C.C., art. 477), pues que la ley no quiere que haya tutores o curadores que pretendan aumentar el patrimonio de sus pupilos mediante procedimientos dolosos.

Con relación a los pasajes oscuros o dudosos del inventario, el art. 478 dispone que se han de interpretar siempre en favor del pupilo, a menos que haya prueba en contrario.

Finalmente, respecto al inventario debe advertirse que cuando un nuevo tutor o curador suceda a otro, aquel recibirá los bienes por el inventario primitivo, haciendo notar las diferencias, mediante escritura pública, que le servirá de inventario al nuevo guardador (C.C., art. 479).

5. FUNCIONES DEL GUARDADOR COMO REPRESENTANTE

LEGAL DEL PUPILO

Las funciones del tutor y del curador como representantes del incapaz están en gran parte calcadas sobre las funciones del padre o madre en el ejercicio de la potestad parental sobre los hijos. De ahí que la obligación general de administrar es bastante similar a la que tienen los padres.

Analizaremos en su orden los siguientes temas: naturaleza de la obligación de administrar, contenido de esa obligación, responsabilidad de los tutores y curadores en la administración del patrimonio del pupilo, remuneración de los tutores y curadores por la administración y rendición de cuentas.

5.1. ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO DEL MENOR

El tutor o curador es un representante legal del incapaz, y, por lo tanto, sus actos recaen sobre el patrimonio del pupilo, a tenor de lo dispuesto por el art. 1505

del C.C.

Por este motivo, en todos los negocios jurídicos que ejecute o celebre el tutor o curador en representación del pupilo, deberá expresar esta circunstancia, pues si la omite, el negocio se reputará ejecutado o celebrado en representación del pupilo únicamente si le es útil o lo favorece; si le es inútil o desventajoso, se compromete la responsabilidad del tutor o curador (C.C., art. 500). Sin duda alguna, la ley quiere con ello proteger al pupilo.

En cuanto a los bienes que son objeto de administración, cabe hacer las mismas advertencias que hicimos acerca de los bienes que administra quien ejerce la potestad parental (cfr. supra, 139). Así, por ejemplo, el tutor o curador no administrará los bienes que integran el peculio profesional e industrial del pupilo, ni tampoco podrá administrar los bienes que se le hayan dejado por herencia o legado con la condición de que él tutor o curador no los administre. Esta condición, que tiene plena validez respecto del padre o de la madre que ejercen la potestad parental, la tiene con mayor razón respecto del tutor o curador.

Según lo dispuesto por el art. 480 del C.C., la obliga -

ción de administrar los bienes del pupilo implica la facultad de representar al incapaz y la de autorizar al menor adulto.

De la representación. El tutor o el curador representa al pupilo libremente en los negocios jurídicos de administración y en los de disposición que recaen en muebles; en los negocios de disposición que recaen en inmuebles y los relativos a derechos hereditarios, tiene también representación, pero sujeta a autorización judicial.

Negocios y actos de administración. El tutor o curador de todos los bienes del pupilo está obligado a procurar de ellos toda la utilidad y ventaja posibles, a repararlos y cultivarlos, sin distinguir si se trata de bienes muebles o inmuebles (C.C., art. 481).

La jurisprudencia francesa considera como actos de administración que debe realizar todo tutor o curador, los siguientes: 1) asegurar los inmuebles expuestos a incendio, especialmente si se trata de casas o edificios en los centros urbanos; 2) asegurar contra accidente el personal que trabaje bajo la dependencia del pupilo; 3) sanear los títulos de propiedad de los bienes del pupilo; 4) pagar las deudas del pupilo para evitar embargos; 5) procurar preconstituir los títulos de los créditos que

tenga el pupilo; 6) pagar oportunamente todos los impuestos que graven la renta, capital y predios del menor; y 7) elegir y escoger los mandatarios para la administración de lo bienes, cuando el tutor no pueda administrarlos directamente, como en el caso de que el pupilo tenga varias haciendas en municipios diferentes. Si el tutor o curador omite estos actos, se hará responsable de los perjuicios que cause.

Esta jurisprudencia es perfectamente aplicable a nuestro derecho, ya que el art. 481 del C.C., da fundamento para afirmar que el tutor o curador no solo es responsable por sus faltas positivas, sino también por sus omisiones, es decir, por toda diligencia y abstención. Esta tesis también debe aplicarse a los padres que administran el patrimonio de sus hijos, en su calidad de titulares de los derechos de potestad parental.

Negocios de disposición a título oneroso sobre bienes muebles. En relación con los negocios de disposición a título oneroso, sus facultades son iguales a las que tiene el que ejerce la potestad parental sobre los hijos.

En esta forma, el tutor podrá proceder a la venta o permuta de los bienes muebles del pupilo, con excepción de los que tengan valor de afección o que sean preciosos

(C.C., art. 483). También podrá dar en prenda estos mismos bienes, con la excepción indicada, si ello fuere necesario.

Además, deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades y al interés corriente o comercial, o si lo estimare preferible, podrá emplearlo en la adquisición de bienes raíces. Por la omisión en esta materia será responsable del lucro cesante, es decir, de los intereses o frutos civiles que se dejen de obtener por no darles giro a los dineros ociosos, en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesta y sin peligro (C.C., art. 495).

Por último, el tutor o curador deberá obtener el pago de lo que se le debe al pupilo, una vez sea exigible la obligación, y perseguir a los deudores por los medios legales así como interrumpir las prescripciones de los créditos del pupilo (C.C., arts. 497 y 498).

Limitaciones a las anteriores facultades del tutor. Como ya lo dijimos, los actos que acabamos de enumerar lo puede realizar libremente el tutor o curador, cuando versan sobre bienes muebles; pero hay otros actos que, a pesar de recaer sobre muebles, no los puede realizar libremente.

Así, el dinero que se le ha dejado o donado al pupilo - para la adquisición de bienes raíces, no lo podrá destinar el tutor o curador a ningún otro fin que impida o embarace su destinación primitiva, salvo que intervenga autorización judicial, con conocimiento de causa (C.C., art. 490).

Igualmente, las transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo, aunque no recaigan sino sobre bienes muebles, pero que se avalúen en más de mil pesos, requiere decreto judicial, y en cada caso la transacción o el fallo del compromisario se someterá a la aprobación judicial, so pena de nulidad (C.C., art. 489); es decir, que la intervención del juez será doble; en primer lugar, para autorizar la transacción o contrato, y en segundo lugar, para aprobarlo. Si se omite la intervención del juez, el acto queda viciado de nulidad absoluta.

Por último, la enajenación o constitución de derechos reales relativos a bienes muebles que tengan valor de afección o que sean preciosos, también requieren previo decreto judicial, que no se dará sino por causa de utilidad o de necesidad manifiesta, y si la enajenación se hace mediante venta, ésta deberá realizarse en pública subasta (C.C., arts. 483 y 484).

Negocios de disposición a título gratuito. En tratándose de actos de disposición a título gratuito, solo con previo decreto judicial podrá el tutor o curador hacer donaciones en dinero o en otros bienes muebles del pupilo, y el juez no las podrá autorizar sino por causa grave, como socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública u otro semejante, y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo y que por ellas no sufran menoscabo notable los capitales productivos. Empero, los gastos de poco valor para objetos de caridad o de lícita recreación no están sujetos a la anterior limitación (art. 491, párr. 2º). La regla anterior se aplica al caso de la remisión gratuita de un derecho o crédito (C.C., art. 492).

Negocios de disposición sobre bienes inmuebles. Estos negocios requieren siempre la intervención de la autoridad judicial. No podrán enajenarse los bienes raíces del pupilo, ni gravarse con derechos reales -hipoteca, servidumbre, usufructo-, sin previo decreto judicial, y este decreto no podrá darse sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta (C.C., art. 483). Si la enajenación de algún bien inmueble se hace mediante venta, ésta deberá realizarse en pública subasta (C.C., art. 484).

No obstante, esta última regla tiene dos excepciones. La primera se refiere al caso en que ha precedido decreto por ejecución y embargo sobre bienes raíces del pupilo, por razón de deudas de éste; hay lógica en esta excepción porque las ejecuciones forzadas siempre se hacen en pública subasta. La segunda excepción se refiere a la transmisión de bienes raíces al pupilo con la carga a constituir un usufructo en favor de otra persona, y a ello se responde que si dicho usufructo no quedó constituido antes, como generalmente sucede, se requiere licencia del juez.

Ejercicio de la acción de división. Sin previo decreto judicial no podrá el tutor o curador proceder a la división de bienes raíces que el pupilo posea con otro proindiviso, salvo que el juez haya decretado esa división a solicitud de uno de los comuneros (C.C., art. 485). Con todo, para que esta división de bienes raíces tenga efecto, será necesario un nuevo decreto judicial, por medio del cual debe aprobarse y confirmarse, con audiencia pública del respectivo defensor (C.C., art. 488).

Regla especial para las herencias. El tutor o curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo sin previo decreto judicial, dictado con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario (C.C., -

art. 486). A su vez, las donaciones y legados tampoco podrán repudiarse sin decreto judicial, y si impusieren cargas o gravámenes al pupilo, no podrán aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas o legadas (C.C., - art. 487).

Igualmente, se requiere decreto judicial para proceder a la división de los bienes hereditarios, aunque solo sean muebles, y una vez hecha la división, se requiere asimismo aprobación judicial (C.C., arts. 485 y 488).

Donación de bienes raíces. Según lo dispuesto por el párrafo 1º del art. 491, la donación de bienes raíces - le está totalmente prohibida al tutor o curador, aún - con previo decreto judicial.

Otros actos prohibidos al tutor o curador. Conforme a lo prescrito por el art. 501, el tutor o curador necesita del consentimiento de los otros tutores o curadores, cuando hay varios, o de decreto judicial, para celebrar actos en que tenga interés o que redunden en provecho - suyo o de algún pariente cercano o socio de comercio; y con arreglo al párrafo 2º del mencionado art. 501, no podrá comprar bienes raíces del pupilo o tomarlos en arriendo. Esto tampoco podrán hacerlo sus parientes cercanos.

Por otra parte, el pupilo no podrá ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, y el juez solamente lo autorizará en favor del cónyuge, de un ascendiente o descendiente legítimo o natural del pupilo, y por causa urgente y grave (C.C., art. 493).

De la autorización. El art. 480, al decir que "toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo", parece dar a entender que también el tutor puede autorizar al impúber; pero ello no es así, porque el régimen de la autorización solo tiene cabida respecto a los menores adultos. Dicho régimen no es aplicable en las tutelas, ni tampoco en las curatelas de enfermos mentales o sordomudos, ya que los actos de tales incapaces están afectados de nulidad absoluta.

Decimos que solo los menores adultos tienen alguna capacidad para obrar, porque el Código mismo se encarga de prescribir que sus actos solo pueden ser atacados de nulidad relativa, que es saneable. El Código explica en qué consiste la autorización únicamente en el título XXVI, relativo a la curaduría del menor adulto. Este punto lo estudiaremos al tratar sobre las reglas especiales de esa curaduría.

De la representación del pupilo en los actos judiciales. Sobre este punto, basta decir que deben aplicarse las mismas reglas estudiadas con respecto a la representación judicial que los padres ejercen sobre sus hijos (cfr. supra, 140).

5.2. RESPONSABILIDAD DE LOS GUARDADORES

En general, el tutor o curador es responsable de todos los daños que por su administración cause en el patrimonio del menor y que sean debidos a culpa suya. El tutor o curador, como los administradores de bienes ajenos, responden hasta de la culpa leve (cfr. supra 142-II), es decir, que sus responsabilidades tienen el mismo alcance que las del padre o madre como administradores de los bienes de sus hijos.

Fuera de la regla general consagrada en el art. 481, varios textos legales establecen casos concretos de responsabilidad.

- El tutor o curador que no coloca los capitales productivos del pupilo, responde por el lucro cesante, esto es, por los frutos que hubiera producido ese capital en el caso de haber sido colocado (C.C., art. 495, párr. 3°).

- El tutor o el curador es responsable por la negligencia en proceder a la formación del inventario que está obligado a hacer, y, por lo tanto, deberá resarcir al pupilo de todos los perjuicios que le cause dicha omisión o negligencia (C.C., art. 468, párr. 3°).

- Toda demora del tutor o curador en excusarse de servir el cargo y que hubiera podido evitarse con mediana diligencia, lo hace responsable de los perjuicios que se siguiéren de su retardo en hacerse cargo de la guarda (art. 609).

5.2.1. Responsabilidad por culpas positivas y negativas. En general, la responsabilidad del tutor o curador se deriva de la omisión de toda culpa grave o dolo, y también de la simple culpa. El incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones hace presumir la comisión de una culpa, como sería el caso de no llevar la cuenta exacta de la administración, o no interrumpir las prescripciones que corrían contra los bienes del pupilo. Puede decirse en síntesis, que el tutor o curador responde tanto de las culpas negativas como de las positivas.

Aunque el tutor o curador está obligado a indemnizar al pupilo en razón de los perjuicios que se le causen por cualquier clase de culpa; sin embargo, cuando se trata -

de culpa grave o dolo, la sanción es más severa. En efecto, en varios casos de culpa grave el tutor no solo debe indemnizar, sino que también pierde la guarda. Esto ocurre, por ejemplo, cuando descuida la administración de los bienes, que es el caso más notorio de culpa grave. Sobre el particular, el art. 627 del C.C., dice que los tutores y los curadores serán removidos: 1º) por incapacidad; 2º) por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo y en especial las señaladas en los artículos 468 y 523 (negligencia en la formación del inventario y por la continuada negligencia del tutor en proveer a la congrua sustentación y educación del pupilo); 3º) por ineptitud manifiesta; 4º) por actos descuidados de administración; 5º) por conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo.

Como se ve, los casos segundo y cuarto que acabamos de enunciar equivalen a la comisión de culpa grave, no así el tercero, que se refiere a la ineptitud manifiesta.

En numeral 2º del art. 627 habla de la comisión de fraude o culpa grave, pero conviene advertir que estas son dos nociones diferentes. La Corte Suprema de Justicia ha dicho a este respecto: "El fraude en la administración de los guardadores reviste mayor gravedad que la culpa lata (dolo civil), pues si bien es verdad que es-

ta equivale al dolo, ello ocurre en materias civiles, en tanto que el fraude, que es engaño, no solo equivale al dolo en materias civiles, sino que apareja responsabilidad penal"¹⁸.

Presunción de culpas graves negativas. Como lo indicamos antes, esta clase de culpas la constituye especialmente la negligencia habitual en la administración de los bienes del pupilo; pero como esta negligencia en muchos casos es difícil de probar, la ley decidió, para proteger debidamente al pupilo, presumirla cuando se deteriora o disminuya el patrimonio como consecuencia de la administración. La presunción de culpa grave negativa la consagra el art. 628 del C.C., que dice: "Se presumirpa descuido habitual en la administración por el hecho de deteriorarse los bienes o disminuirse considerablemente los frutos; y el tutor o curador que no desvanezca esta presunción, dando explicación satisfactoria del deterioro o disminución, será removido". Este texto legal tiene especial importancia, debido a que en la práctica se presentan grandes dificultades para probar que un administrador de bienes ajenos ha cometido culpa por

¹⁸"G.J.", t. XXVII, p. 63.

negligencia, y de ahí la razón para que esta se presuma cuando hay pérdidas o deterioro en los bienes del pupilo.

Responsabilidad de los guardadores se extienden a los frutos. Debido a que los guardadores en ningún caso gozan del usufructo legal de los bienes que administran, su responsabilidad se extiende a los frutos de esos bienes. Si bien es verdad que el ejercicio de sus cargos no es gratuito sino remunerado, la remuneración por lo general es la décima parte de los frutos, y por ello las nueve décimas partes deben aumentar el capital del pupilo. Por lo tanto, todos los dineros o rentas que excedan de los gastos que necesita el pupilo, deben ser capitalizados, y de ahí que el guardador esté obligado a darles algún empleo, so pena de comprometer su responsabilidad.

De la responsabilidad en caso de varios guardadores.

Cuando un pupilo está sometido a la guarda de varios tutores o curadores, para establecer su responsabilidad es necesario distinguir si entre ellos se ha dividido o no la administración del patrimonio.

- Si la administración no se ha dividido, cada tutor o

curador es responsable solidariamente tanto de sus propios actos como de los actos de los demás. Esta responsabilidad solidaria se explica porque, no habiendo división del patrimonio, todos deben obrar de consuno, es decir, todo deben intervenir, y en caso de que así no se haga, se presume que el guardador que ejecute determinados actos sin la intervención de los demás, lo hace autorizado por ellos mediante un contrato de mandato general (C.C., arts. 502, párr. 2º, y 508).

- Pero si la administración del patrimonio ha sido dividida, ya sea por el testador mismo, ya sea por disposición o con aprobación del juez, cada guardador no responderá directamente sino de sus propios actos, y solo responderá solidariamente de los actos de los otros guardadores en cuanto hubiera podido detenerlos ejerciendo la acción establecida por el art. 505 del Código, o sea, obligándolos a exhibir las cuentas de su administración ante el juez respectivo (C.C., art. 508, párr. 1º).

Para que la responsabilidad de los guardadores no sea solidaria, se requiere que la división de la administración sea ordenada por la autoridad judicial, pues no bastan los simples acuerdos privados, ya que éstos no eximen la solidaridad (C.C., art. 510).

Cabe notar que el hecho de que una administración esté dividida no indica que cada tutor o guardador no tenga intervención en la administración de los demás, pues - la ley de manera expresa les impone la obligación, a todos y cada uno de ellos, de vigilar todas las administraciones y controlar su funcionamiento, haciendo exhibir a los otros las cuentas de su administración. Es por esta razón por la que, no obstante que la administración esté dividida, hay siempre una responsabilidad subsidiaria; lo cual quiere decir que, en caso de que sea insolvente el tutor o curador responsable, deben responder entonces los que tengan bienes, aunque no hayan causado perjuicios de ninguna clase en su administración.

La responsabilidad subsidiaria se extiende aún a los tutores o curadores que no administran bienes del pupilo y a los curadores adjuntos (C.C., art. 508, párrs. 2° y 3°); pero no hay responsabilidad subsidiaria cuando la administración de uno de los guardadores se encuentra en departamento distinto de aquel en donde administra otro guardador que se haga responsable (C.C., art. 509).

5.2.2. Responsabilidad de orden penal para los guardadores. El art. 266 del nuevo Código Penal estatuye:

"El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de un mil a cien mil pesos, siempre que el hecho no constituya otro delito" (supra, 134).

Sin duda es en este terreno de las guardas donde tendrá una mayor aplicación este delito de mala administración o delito contra la asistencia familiar, nombre con que es designado en el Código Penal. Cuando mueren los padres de un menor y por herencia ningún bien le corresponde, es difícil conseguir quien ejerza su guarda; cosa distinta sucede cuando dicho menor recibe bienes herenciales, caso en el cual pugnan los candidatos para ejercer la tutela o curatela. Gran número de guardadores son inescrupulosos, y toda su gestión se traduce en que se enriquecen a costa del pupilo; recurren a procedimientos fraudulentos, aparentemente respaldados por la ley o por sentencia judicial. Estos casos se encuentran sancionados por la ley penal, la que debe aplicarse sin contemplaciones, en la hipótesis de que los bienes del pupilo aparezcan disminuidos sin causa justificada.

5.3. REMUNERACION DE LOS TUTORES Y CURADORES

En sus arts. 614 a 626, el C.C., da reglas muy claras acerca de la remuneración de los guardadores, las cuales podemos resumir en las siete siguientes:

En general, el tutor o curador tendrá como recompensa de su trabajo la décima parte de los frutos producidos por los bienes que administra del pupilo (C.C., art. 614, párr. 1º). Sin embargo, esta regla tiene estas dos excepciones: a) cuando los frutos fueren tan escasos que apenas alcancen para la subsistencia del pupilo, el tutor o curador será obligado a servir el cargo gratuitamente (C. C., art. 622); b) cuando el patrimonio del menor produjere frutos pero todos tengan que invertirse en gastos necesarios y urgentes, o cuando no produjere frutos o éstos sean muy exiguos, la remuneración del guardador puede fijarla el juez equitativamente, aplicando por analogía el art. 626 del C.C., relativo a los curadores de bienes, los cuales no tienen derecho a la décima parte de los frutos sino a la suma que prudencialmente fije el juez¹⁹.

Este caso puede presentarse cuando, con todo y ser de alguna consideración el patrimonio del pupilo, la situación litigiosa y difícil de los bienes que los integran obligan al guardador a sanearlo, a pagar los créditos, a

¹⁹"G.J.", t. XXX, p.102.

interrumpir prescripciones, etc., siéndole imposible capitalizar los frutos.

El tutor o curador tiene derecho a que se le paguen separadamente los gastos que haya hecho en ejercicio de su cargo, sin que se le impute a la décima parte de los frutos (C.C., arts. 503 y 616). Además, la asignación que de manera expresa se le haga al tutor o curador por testamento en remuneración de su trabajo, se computará a la décima parte de los frutos, y si ésta fuere superior a la asignación, deberá abonarse el resto; más si fuere inferior, no deberá pagarse el resto mientras éste quepa en la cuota de bienes de que el testador pudo disponer libremente (C.C., art. 617). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la excusa del tutor o curador para servir el cargo le priva de la asignación que se le haya hecho como remuneración de su trabajo, y si la excusa sobreviniere al ejercicio del cargo, se le privará de una parte proporcional (C.C., art. 618). La misma regla debe aplicarse respecto a las incapacidades (art. 619).

La comisión de un fraude da lugar a la pérdida de la décima parte de los frutos, y el descuido en la administración respecto a algunos bienes se sanciona con la pérdida de la décima parte de los frutos producidos por esos bienes (C.C., art. 621).

El tutor o curador cobrará su décima parte a medida que se vayan obteniendo los frutos, y esa décima se sacará de las ganancias líquidas, deducidos los gastos que se efectuaron para hacerlos producir (C.C., art. 623).

Si hay varios guardadores, se divide entre ellos la décima parte, teniendo en cuenta el trabajo realizado por cada cual (C.C., art. 614, párrs. 2° y 3°).

Entre los frutos no se cuentan las cosas indicadas por el art. 625 del Código, ni tampoco las pensiones oficiales de que goce el pupilo, las cuales son acreencias contra el tesoro público y no producto o rendimiento de los bienes o capitales que administra el tutor o curador²⁰.

La décima parte de los frutos les corresponde solo a los tutores o curadores generales, no a los curadores especiales de bienes, ni a los curadores ad litem, quienes reciben por su trabajo la cantidad que prudencialmente fije el juez (C.C., art. 826).

²⁰"G.J". Op. cit. p. 102.

5.4. DE LA RENDICION DE CUENTAS

Todos los administradores de bienes ajenos están en la obligación de rendir cuentas de su administración, es decir, de dar razón pormenorizada del cumplimiento de sus deberes, de los gastos hechos, de las inversiones de los dineros o capitales, de la recolección de los frutos, del pago de las deudas, del cobro de las acreencias, de las reparaciones necesarias que se hayan efectuado, en fin, de dar explicación satisfactoria de todas sus gestiones.

Si esta obligación pesa sobre toda clase de administradores de bienes ajenos, con mayor razón recaerá sobre los guardadores, ya que éstos son administradores legales de los bienes de los incapaces; de ahí que la ley ponga especial atención en indicar la forma y los requisitos que deben llenar las cuentas para que sean aprobadas por el juez. Como la administración de un guardador puede durar varios años, la ley no solo obliga a rendir cuentas al fin de su administración, sino que le impone llevar las cuentas día por día, es decir, que todos y cada uno de los actos de la administración deben constar en libros o documentos.

Cómo se llevan las cuentas. Conforme al art. 504 del C.C. "el tutor o curador es obligado a llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere dable, documentada, de todos sus actos administrativos, día por día; a exhibirla luego que termine su administración; a restituir los bienes a quien por derecho corresponda, y a pagar el saldo que resulte en su contra".

Agrega el mismo artículo que esta obligación comprende a "todo tutor o curador, incluso el testamentario, sin embargo de que el testador le haya exonerado de rendir cuenta alguna, o le haya condonado anticipadamente el saldo; y aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesión del testador, y aunque se le dejen bajo la condición precisa de no exigir la cuenta o el saldo. Semejante condición se mirará como no escrita".

Del examen del artículo transcrito pueden inferirse las siguientes consecuencias:

Todo tutor o curador está obligado a llevar las cuentas de su administración, lo mismo que los guardadores interinos, y nadie queda exceptuado ni por razón de parentesco ni por lo exiguo de los bienes que se administran.

La cuenta debe ser fiel, exacta y documentada en cuanto

fuere posible. El requisito de que debe ser documentada, indica que no sirve de prueba el simple testimonio o la confesión del guardador acerca de la forma como llevó la cuenta; y que debe estar respaldada con documento o comprobantes escritos, por lo cual el guardador debe tener el cuidado de hacer expedir recibos de los pagos hechos a los acreedores del pupilo, de las compras que haga, de los gastos, etc. El requisito de que la cuenta debe ser exacta, indica que no se admiten aproximaciones o cálculos más o menos precisos, sino que el guardador debe presentarla con la mayor exactitud posible, so pena de hacerse responsable. En este caso, no se admite siquiera la prueba de la honorabilidad del guardador en todas sus gestiones, para eludir la responsabilidad, si las cuentas carecen de exactitud.

La cuenta abarca todos y cada uno de los actos administrativos del guardador, sin exceptuar uno solo, por más que sea de poca importancia²¹.

Las cuentas han de ser llevadas día por día, es decir, -

²¹ En términos generales, la cuenta es un balance de los ingresos y los egresos. Cfr. Savatier (en Planiol y Ripert), t. I, núm. 601.

que en el libro de cuentas debe hacerse constar cada operación y hacerse las anotaciones en el día correspondiente.²²

Como la obligación de llevar cuentas es de orden público, nadie puede exonerar a un guardador de llevarlas, ni siquiera el testador mismo, no obstante la omnipotencia que nuestro sistema jurídico le da a éste cuando expresa su última voluntad.

5.4.1. Sanciones para los guardadores que no llevan cuentas. El curador o tutor que no cumple con el mandato del artículo 504 del C.C., o que lo cumple imperfectamente, está sometido a severas sanciones.

En primer lugar, como lo dice la Corte Suprema. "el curador que, aún de buena fe, aunque contra él no se haya deducido cargo alguno doloso en el juicio de administración, haya dejado de llevar la cuenta exacta y detallada que exige el art. 504 del Código Civil, no tiene derecho a reclamar la décima parte de los frutos que la ley le

²² Según la Corte Suprema de Justicia, el correcto cumplimiento de la obligación que se estudia implica que el guardador lleve por lo menos un libro de apuntes en el que tome nota pormenorizada de las entradas y de los gastos, y que deje en su poder el comprobante de cada operación, cuando ésta tiene cierta importancia.

asigna en remuneración por su trabajo en el manejo de los bienes pupilares, y esto porque la liquidación de la décima parte depende de la cuenta que el curador presente, y no podrá deducirse al tanteo".

En segundo lugar, contra el curador o tutor que no dé verdadera cuenta de su administración, exhibiendo a la vez el inventario y las existencias, o que en su administración fuere convencido de dolo o culpa grave, tendrá el pupilo el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, incluyendo el lucro cesante, para que se le condene en la cuantía apreciada y jurada, salvo que el juez tenga a bien moderarla (C.C., art. 512).

Como se ve, la estimación de los perjuicios queda al arbitrio del pupilo, es decir, que éste no necesita probarlos, aún cuando el juez tiene amplia facultad para reducirlos, en el caso de que su estimación le parezca exagerada. Los perjuicios comprenden el daño emergente y el lucro cesante, y ambos debe indemnizarlos el tutor o curador cuando no llevó las cuentas conforme lo establece el art. 504 del Código. Por daño emergente se entiende la pérdida o desvalorización de los bienes que administra, y por lucro cesante las ganancias que dejaron de percibirse por mala administración; el primero hace referencia al capital o patrimonio, y el segundo a los fru -

tos.

5.4.2. Cómo y cuándo se rinden las cuentas. Todo tutor o curador está obligado a exhibir las cuentas de su administración, en los casos ordenados por la ley.

Exhibición de cuentas. La exhibición de cuentas consiste en mostrar los originales de ellas al interesado o al juez, por el tiempo que sea necesario, para que las examine y apruebe. o impruebe.

"Pero -según dice la Corte- nada se opone, antes sí conviene a la naturaleza del debate judicial, a que para la exhibición en juicio la cuenta se arregle y prepare en forma clara y sencilla, reconstruyéndola sistemáticamente sobre las bases de los libros y documentos que se hayan llevado, para ofrecer en conjunto todo el panorama de la actuación del administrador; éste será el mejor punto de partida para discutirla y analizarla. - De manera que el solo hecho de que el excusador no haya presentado originales de los libros de apuntes de la curaduría, no significa que no se haya llevado, como tampoco es razón para considerar indebidamente rendida la cuenta, si de otra parte la presentada reúne las condiciones extrínsecas indispensables para que pueda servir de base de discusión, a saber: primero, agrupadas separadamente las partidas del debe, consistentes en todos los ingresos por razón de bienes administrados, frutos percibidos, importe de bienes, indemnizaciones debidas por el tutor, etc.; y segundo, frente a estos ingresos la cuenta de egresos provenientes de los desembolsos que se hayan hecho por causa del menor, pago de deudas, gastos de conservación de bienes y de administración,

etc.; mas todo eso debidamente discriminado en forma que permita el análisis minucioso de cualquier partida, tanto del debe como del haber".²³

¿Quiénes pueden ejercer o provocar la acción exhibitoria de cuentas?. Todas las personas que tengan un justo interés son titulares de la acción exhibitoria de cuentas. Por consiguiente, podrá ejercer esta acción en primer lugar, el juez, cuando lo creyere conveniente, y por lo tanto podrá mandar de oficio que el tutor o curador exhiba, aún durante el ejercicio de su cargo, las cuentas de su administración, o manifieste a los otros tutores o curadores del mismo pupilo qué existencias o valores tiene. También se le podrá ordenar que exhiba las cuentas a un curador interino que el juez nombre para el caso (C. C. art. 505). En segundo lugar, podrán ejercer esta acción los demás tutores o curadores del pupilo, pero alegando causa grave, que será calificada por el juez verbalmente (art. 505). Estas personas tienen especial interés en que la administración de cada uno de los tutores marche en debida forma y en estar informados de ella, pues cualquier negligencia de un tutor o curador lo hace responsable subsidiariamente cuando ha habido división -

²³"G.J.", t. XLVII, p. 621.

en la administración. Este derecho lo podrán ejercer en cualquier momento. En tercer lugar, puede pedir la exhibición de las cuentas el agente del ministerio público, de conformidad con lo ordenado por el art. 505. En cuarto lugar, puede pedirla también cualquiera de los consanguíneos más próximos del pupilo, su cónyuge u otra persona que compruebe un justo y legítimo interés de estar informado de la administración, por ser acreedor del pupilo o por otra causa semejante. Por último, es titular de la acción exhibitoria de cuentas el pupilo, quien es el principal interesado.

¿Ante quién se exhiben las cuentas? En los casos de terminación de la curatela, por haber llegado el incapaz a la mayor edad, las cuentas se rinden ante el pupilo. La misma regla se aplica cuando la curatela termina por decreto judicial que declara capaz al enfermo mental, al disipador o sordomudo, por haber cesado las causas de su incapacidad. El pupilo que ha salido de curatela por haber alcanzado la plena capacidad de ejercicio de sus derechos, tiene capacidad para aprobar las cuentas de su excurador.

Empero, cuando la curatela o tutela termina por la muerte del pupilo, las cuentas deben rendirse a los herederos.

ros o a los representantes de éstos.

Finalmente, cuando la tutela o la curatela termina únicamente por parte del tutor o curador, por incapacidad sobreviniente, por excusa aceptada, o por remoción, las cuentas deben rendirse al tutor o curador que le suceda en la guarda; pero en este caso las cuentas no pueden ser aprobadas por el nuevo guardador, sino con autorización judicial (C.C., art. 511, párr. 2°).

Durante el ejercicio de la curatela y la tutela podrá exigirse la exhibición de las cuentas, a tenor de lo dispuesto por el art. 505 del C.C. En este caso, se presentarán las cuentas al juez o a los otros tutores o curadores que administren los bienes del pupilo, o al curador especial designado para el caso por el juez.

Controversias sobre las cuentas. Es posible que la rendición de cuentas dé lugar a controversias, que pueden ser simplemente privadas entre quien las rinde y quien las recibe, o también de carácter judicial.

El primer caso se presenta cuando la administración pasa a otro tutor o curador, ya que éstos tienen derecho a discutir las cuentas, conforme a lo dispuesto por el art. 511 del Código. También las podrá discutir el pupilo, -

cuando es a él a quien se le rindan.

El segundo caso o curre cuando se exige la rendición de cuentas ante el juez, y entonces se adelantará un juicio que se regirá por el Código de Procedimiento Civil (art. 432). Este juicio tendrá lugar, además, en los casos en que el tutor o curador está en mora de rendir las cuentas o cuanto ha sido judicialmente reconvenido.

Saldo de las cuentas. Una vez rendidas las cuentas y aprobadas, el tutor o el curador deberá pagar los saldos de que resulte deudor, o cobrar aquellos de que sea acreedor (C.C., art. 513). Se entiende que la cuenta queda cerrada desde el día en que se rindió y aprobó. Con respecto a los saldos de que resulte deudor el tutor o curador, debe observarse que mientras no los cancele, tendrá que pagar intereses corrientes, sin que ello perjudique la acción ejecutiva que tengan los acreedores del saldo contra el guardador.

Entrega de bienes y prescripción de las acciones del pupilo. La consecuencia natural de la rendición de cuentas, cuando termina la guarda del pupilo, sea por haber adquirido éste capacidad, sea por haber muerto, o cuando pasa la guarda a otra persona, consiste en entregar los bienes administrados; pero esto no impide que entre el

tiempo en que le fueron aprobadas las cuentas y el momento de la entrega de los bienes administrados, el guardador ejecute los actos de administración que sean urgentes y aquellos de que se seguiría perjuicio al pupilo, de no ejecutarlos (C.C., art. 506).

Con respecto a la prescripción de las acciones, debe observarse que toda acción del pupilo contra el tutor o curador, en razón de la tutela o curatela, prescribe en cuatro años, que se cuentan desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje. En caso de muerte del pupilo, la acción comenzará inmediatamente a prescribir si los interesados fueren capaces, y si el pupilo muere después de salir del pupilaje y antes de cumplirse los cuatro años, prescribirá la acción en el tiempo que falte (C.C., art. 514).

6. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA DISTINTAS

CLASES DE GUARDAS

Los incapaces sometidos a guarda pueden clasificarse en los siguientes grupos: 1º) impúberes sometidos a tutela; 2º) menores adultos sometidos a curatela; 3º) enfermos mentales; 4º) sordomudos; y 5º) disipadores.

Además de las reglas generales expuestas, el Código ha dictado normas especiales aplicables a cada grupo de incapaces.

6.1. TUTELA DEL IMPUBER

Uno de los principales deberes de todo tutor es proveer a la crianza y educación del pupilo. Así, en caso de que por testamento el padre o la madre hayan indicado la persona que deberá encargarse de esos cuidados, el tutor deberá controlar si efectivamente ellas cumple con sus deberes, y en caso de que no los cumpla, deberá recurrir al juez para hacerlos cumplir (C.C., arts. 517 y

518). Pero si por testamento no se ha indicado la persona encargada de criar y educar al pupilo, ni se han destinado partidas para ello, entonces el tutor o curador deberá encargarse personalmente de la crianza y educación, haciendo las veces de los padres, y los gastos los sacará de los bienes que administra, especialmente de los frutos. El juez podrá fijar la suma máxima requerida para ello. Si los frutos de los bienes del pupilo no alcanzaren para una moderada sustentación y para una educación adecuada, podrá el tutor o curador enajenar o gravar alguna parte de los bienes, aunque sin contraer empréstito ni tocar los bienes raíces o los capitales productivos, a no ser por extrema necesidad y con autorización del juez.

En caso de indigencia del pupilo, recurrirá el tutor a las personas que por sus relaciones con el pupilo estén obligadas a prestarle alimentos, reconviniéndolas judicialmente, si fuere necesario, para que así lo hagan (C. C., arts. 517 a 522).

Más si no encontrare personas que le dieran alimentos, el tutor tendrá la obligación de colocar al pupilo en un orfelinato o establecimiento semejante.

La continuada negligencia del tutor en proveer a la con-

grua subsistencia y educación del pupilo, es motivo suficiente para removerlo de la guarda, como lo indica el art. 523 del C.C.

Teniendo en cuenta lo anterior, podrá verse la gran diferencia que hay entre el régimen establecido por la ley para la administración de los bienes del pupilo y la dirección de su persona. En efecto, la administración de los bienes es reglamentada minuciosamente y se establecen graves sanciones para el tutor o curador que no cumpla sus obligaciones; la dirección de la persona, en cambio, es reglamentada en forma muy deficiente, y la única sanción es la remoción de la guarda.

6.2. CURADURIA DEL MENOR ADULTO

Dos reglas especiales rigen esta curatela. Sea la primera, que el curador debe tener especial cuidado en establecer al pupilo, proveyendo a los gastos del arte o profesión a que éste se dedique, y en caso de matrimonio del pupilo, estará obligado a manifestar su consentimiento en sentido afirmativo o negativo; pero cuando sea negativo, debe explicar las causas de su disenso (C.C., arts. 120 a 122).

Sea la segunda, que el curador del menor adulto podrá - representar al pupilo mediante autorización, lo cual significa que puede confiarle una parte de la administración de sus bienes, autorizando cada acto para que tenga plena validez, a fin de irlo preparando en los negocios. - Esa autorización se presumirá en todos los actos ordinarios anexos a ella (C.C., art. 529).

En los casos en que determinados actos del curador les sean perjudiciales, los menores adultos podrán recurrir al respectivo agente del ministerio público, y si éste encuentra fundado el reclamo, podrá solicitarle al juez correspondiente las medidas del caso.

Las demás reglas del título XXVI para la curaduría del menor adulto son iguales a las del tutor en relación con los impúberes.

6.3. CURADURIA DEL ENFERMO MENTAL

Los enfermos mentales interdictos se encuentran sometidos a curatela que puede ser testamentaria, legítima o dativa, como lo establece el art. 545 del C.C. Esta curaduría está sometida a las siguientes reglas:

- Si la enfermedad mental es grave y permanente, deberán

sus padres, o uno de ellos, promover el proceso de interdicción, un año antes de cumplir aquel la mayor edad, para que la curaduría produzca efectos a partir de ésta, y seguir cuidando del hijo aún después de designado curador (C.C., art. 456, red. decr. 2820 de 1974).

En la mayor parte de los casos serán los mismos padres - los que tienen derecho a ejercer la curatela. En cambio, si el impúber estuviere sometido a tutela, el tutor deberá promover el juicio de interdicción apenas el enfermo llegue a la pubertad. En verdad, esta es la regla general, ya que la incapacidad del menor adulto es relativa y la del enfermo mental es absoluta; lo que ocurre es - que respecto al padre o a la madre se hace una excepción (C.C., art. 547). Igual regla se aplica al menor adulto sometido a curatela - a quien sobreviene la demencia (C. C., art. 547, párr. 2º).

- En cuanto al cuidado personal del enfermo mental, es - necesario distinguir si el enfermo se halla internado en un establecimiento o no; si no se halla internado, le corresponde al curador velar por todos y cada uno de los actos del enfermo, procurar que con ellos no le cause daño a nadie; y en caso de que esto le sea imposible, lo - hará internar, pues si no lo hace, se hará responsable -

de los daños causados (C.C., art. 554). En cuanto a los bienes, sea que se encuentre internado o no, deberá emplearlos siempre con autorización judicial, y su le es posible, solo invertira los frutos en aliviar su condición y en procurar su restablecimiento (C.C., art. 555).

- La curaduría del demente se deferirá:

. A su cónyuge no separado de cuerpos, o de bienes, por causa distinta de mutuo consenso.

. A sus hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos.

. A sus padres legítimos, extramatrimoniales o adoptantes.

. A sus hermanos y a los colaterales legítimos hasta el 4º grado (C.C., art. 550, red. del decr. 2820 de 1974, y en armonía con los arts. 276 y 279 del C.C., en la red. de la ley 5ª de 1975).

6.4. CURADURIA DEL DISIPADOR

Como reglas especiales de la curaduría del disipador, pueden mencionarse las siguientes:

- La incapacidad del disipador es relativa y, por lo tanto, se asemeja mucho a la de los menores adultos.

- El padre o la madre podrán nombrar por testamento, para el caso de que fallezcan, la persona que haya de sucederles en la guarda que venían ejerciendo del disipador (C.C., art. 540); pero en caso de que por testamento no se haya designado al curador, entonces tendrá lugar la guarda legítima, para la cual son llamadas las siguientes personas: 1º) el cónyuge no separado de cuerpos ni separado de bienes por causa distinta al mutuo consenso; 2º) los ascendientes legítimos o padres extramatrimoniales (pero los padres extramatrimoniales casados no podrán ejercer este cargo); y 3º) los colaterales legítimos hasta el cuarto grado, y los hermanos extramatrimoniales. El juez tendrá facultad de elegir, entre todas estas personas, la que le pareciere más idónea, excepto en tratándose del cónyuge, quien debe ser llamado de preferencia. A falta de estas personas, tendrá lugar la curatela dativa (C.C., art. 537, red. del decr. 2820 de 1974).

- El disipador conservará siempre su libertad, y por sus gastos personales dispondrá de una suma de dinero proporcionada a sus facultades y señalada por el juez. Solo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo la subsistencia del disipador, pro-

curándole lo que le sea necesario (C.C., art. 542).

- Como la incapacidad de los disipadores es relativa, de ello se deduce que podrá el curador representarlo directa o indirectamente mediante autorización, de la misma manera que cuando se trata de menores adultos.

- El disipador tendrá derecho de concurrir a la justicia cuando los actos del curador le fueren vejatorios o perjudiciales, a fin de que se ponga el remedio legal conveniente (C.C., art. 541).

6.5. CURADURIA DEL SORDOMUDO

En general, las reglas de esta guarda se orientan por las que se aplican en el caso del enfermo mental, según lo establecen el art. 557 del C.C. y el art. 23 de la ley 57 de 1887. En cuanto a la administración de sus bienes, los frutos se emplearán de preferencia en aliviar su condición y en procurarle una educación conveniente; y en caso de necesidad, podrán invertirse también los capitales, pero con previa autorización judicial (C.C., art. 559).

6.6. CASOS DE CURATELAS ESPECIALES

Hay tutelas o curatelas generales y especiales. Son generales cuando versan sobre la persona y los bienes del pupilo, y son especiales cuando se refieren a los bienes o a una parte de ellos, por exigirlo así determinadas circunstancias que piden una mayor protección para el menor o incapaz. La ley distingue tres clases de curadores especiales, a saber: curadores de bienes, curadores adjuntos y curadores ad litem, esto es, para un juicio o negocio particular. A estos últimos los llama curadores especiales, aunque más bien se trata de apoderados judiciales.

6.6.1. Curadores de bienes. Existen tres clases de curadores de bienes: el curador de bienes del ausente, el curador de la herencia yacente, y el de los derechos eventuales del que está por nacer (C.C., art. 433).

Curador de bienes del ausente:

- Hay lugar al nombramiento de curador de bienes del ausente cuando se dan los siguientes requisitos:

. Cuando no se sabe su paradero o cuando haya dejado de

estar en comunicación con los suyos, y de ello se sigan perjuicios graves al ausente o a terceros (C.C., art. 561, núm. 1º). Generalmente, estos curadores se nombran en interés de los terceros, que de ordinario son acreedores, pues en la mayoría de los casos los ausentes son deudores de mala fé que se ocultan para eludir el pago de sus obligaciones²⁴. (Sobre noción de ausencia, cons. t. I, Parte general y personas, 9ª ed., 130-I).

. Cuando no ha constituido un apoderado general o solamente lo ha constituido para negocios especiales (C.C., art. 561). Se entiende por apoderado general el que se constituye para todos los negocios y para toda clase de litigios judiciales, y por apoderado especial, el que se constituye para uno o más negocios particulares. El primero debe siempre constituirse por escritura pública (C. de P. C., art. 65).

- El nombramiento del curador de bienes lo pueden solicitar las mismas personas que pueden promover la interdicción del enfermo mental, y especialmente toda persona que compruebe un interés serio y legítimo, como los

²⁴Cfr. "G.J.", t. XLVII, p. 691.

acreedores del ausente o los mismos deudores que quieran cancelar sus obligaciones, etc. (C.C., art. 562).

Para la curaduría de los bienes del ausente pueden ser nombradas las mismas personas que lo sean para la curaduría del enfermo mental, aunque observando el mismo orden de preferencia (C.C., art. 563). Sin embargo, el juez podrá apartarse de este orden a petición de los herederos legítimos o de los acreedores, si lo estimare conveniente. También podrá nombrar más de un curador y dividir entre ellos la administración, en el caso de bienes cuantiosos situados en distintos departamentos (C.C., art. 563). Para el nombramiento de este curador se requiere la intervención del agente del ministerio público (C.C., art. 564).

Si el ausente hubiere dejado apoderados especiales para ciertos negocios, ellos quedarán subordinados al curador general, pero éste no podrá separarse de las instrucciones que tenga el curador especial y que hayan sido dadas por el ausente, a no ser que medie autorización judicial (C.C., art. 567).

- Obligaciones del curador de ausentes. La obligación principal del curador del ausente es representarlo en el ejercicio de las acciones que se instauren por los acree

dores contra él, y tiene facultad para alegar las prescripciones del caso, interponer recursos legales, recibir el pago de acreencias, etc. Asimismo, tendrá obligación de averiguar el paradero del ausente, y una vez averiguado, deberá tratar de ponerse en comunicación con él (C.C., art. 568).

Si pasaren dos años sin tenerse noticias del ausente, se presumirá haber muerto y habrá lugar al proceso de declaración de muerte presunta (C.C., arts. 97 y ss.; Cfr. t. I, Parte general y personas, 9ª ed., 130-II).

Curador de bienes de la herencia yacente. Muerta una persona, se abre la sucesión sobre los bienes que haya dejado y que en su conjunto constituyen la herencia.

Los herederos deben aceptar la herencia inmediatamente después de la muerte del causante; pero si pasados quince días a partir de la muerte -que es el momento en que se abre la sucesión- no se hubiere presentado ninguna persona a aceptar la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador le haya conferido la tendencia de los bienes y que haya aceptado su cargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera otro de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia y procederá al nombramiento

to del curador (C.C., art. 1297). La curaduría de la herencia yacente es dativa (C.C., art. 569).

Si el difunto, a cuya herencia es necesario nombrarle curador, tuviere herederos extranjeros, el cónsul de la nación a que éstos pertenecen tendrá derecho para proponer el curador o curadores que han de custodiar y administrar los bienes, y el juez discernirá la curaduría al curador o curadores propuestos por el cónsul, si fueren personas idóneas.. Además, previa petición de los acreedores o de otros interesados en la sucesión, podrá agregar a dicho curador o curadores otro u otros, según la cuantía y situación de los bienes que componen la herencia (arts. 570 a 571).

Por otra parte, el art. 572 del C.C., prescribe, que transcurridos cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en curaduría, el juez, a solicitud del curador y con conocimiento de causa, podrá ordenar que se vendan los bienes hereditarios existentes y que se ponga el producido a interés, con las seguridades debidas; y si esto no fuere posible, que se deposite en las áreas de la Nación.

Pero ese caso hoy ya no se presenta, porque el sistema del Código -que disponía que cuando el difunto no había

dejado herederos, ni había dispuesto de sus bienes por testamento, éstos pasaban al tesoro público, es decir, a la Nación (C.C., arts. 1040 y 1051)-, fue reformado por el art. 85 de la ley 153 de 1887, en virtud del cual, a falta de herederos, la herencia la recibía el municipio del último domicilio del causante. Finalmente, el art. 66 de la ley 75 de 1968 dispuso que dichos bienes pasen al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Curador del hijo póstumo. Los bienes que han de corresponderle al hijo póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, estarán a cargo de la madre; pero podrá el padre designarle un curador para la administración de los bienes que le asigne al hijo, con cargo a la cuarta de mejoras o a la de libre disposición (C.C., art. 573, - red. decr. 2820 de 1974). Lo cual indica que, normalmente, corresponde a la madre el ejercicio de la potestad parental, salva la excepción acabada de exponer. El art. 573 del C.C., debe entenderse derogado, pues a la muerte del padre corresponde siempre la potestad parental a la madre.

Reglas comunes a los curadores de bienes. Habiendo expuesto ya las reglas especiales que rigen respecto a los diversos curadores de bienes, debemos explicar aho

ra las reglas comunes a todos, las cuales están consagradas en los arts. 575 a 578 del C.C., y pueden reducirse a las siguientes:

- Los curadores de bienes, sin excepción, están sometidos a todas las formalidades que rigen para los tutores y curadores generales, y, por consiguiente, deben prestar fianza, ser autorizados por el juez para ejercer sus cargos, y hacer inventario solemne de bienes en las mismas condiciones que los guardadores generales (C.C., art. 575). En lo tocante a su responsabilidad, puede decirse que son responsables en los mismos casos en que lo son los guardadores generales y en el mismo grado; y, respecto a la manera de llevar y rendir las cuentas de la administración, tienen las mismas obligaciones que un guardador general.

- En caso de que existan varios curadores de bienes, se aplican las mismas reglas que cuando se trata de varios guardadores generales.

- En cuanto a los poderes de administración, sus facultades en principio son demasiado limitadas, pues solo pueden realizar actos de simple administración, o sea, de mera custodia y conservación de los bienes, y los actos necesarios para el cobro de los créditos y el pa-

go de las deudas de sus respectivos representados (C.C., art. 575). Por regla general, les está vedado ejecutar actos de disposición.

- De manera especial se les prohíbe alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aún los bienes muebles que no sean corruptibles, a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o de la herencia, etc. (C.C., art. 576).

- Aún cuando los actos de disposición les estén prohibidos a los curadores de bienes, ellos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autorizare el juez previamente (C.C., art. 577). Empero, esos poderes excepcionales no pueden ir más allá de los poderes ordinarios de un guardador general. El dueño de los bienes tendrá derecho a que se declare la nulidad de cualquiera de esos actos, cuando no han sido autorizados por el juez, y declarada la nulidad, será responsable el curador de todo perjuicio que de ello se hubiere originado para dicha persona o para terceros (C.C., arts. 577, párr. 2°).

- Corresponde a los curadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados, y los que tengan créditos contra la persona

cuyos bienes se encuentran en curaduría, podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores (C.C., art. 578).

¿Cuándo terminan las curadurías de bienes? -Si se trata de la curaduría de los bienes de un ausente, termina por el regreso de éste, o por el hecho de hacerse cargo de los negocios un apoderado general debidamente constituido (por escritura pública), o por su fallecimiento o sentencia que lo declara muerto presuntivamente (C.C., art. 579).

A su vez, la curaduría de la herencia yacente termina - por la aceptación de la herencia, que en última instancia la hará el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (C.C., art. 579, párr. 2°).

La curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer cesa a consecuencia del parto, pues si el nuevo ser humano alcanza a ser persona, queda sometido al ejercicio de la potestad parental de la madre, y si no alcanza a ser persona, desaparece la curaduría por no haber pupilo.

Finalmente, como estas curadurías se dan a los bienes y no a las personas, terminan cuando se extinguen los bienes (C.C., art. 580).

6.6.2. Curadores adjuntos. Se llaman curadores adjuntos los que se dan en ciertos casos a las personas que se hallan bajo la potestad parental de los padres, o bajo tutela o curatela generales, para que ejerzan una administración separada (C.C., art. 434). Estos curadores adjuntos generalmente son nombrados por testamento para que administren los bienes donados o dejados por herencia o legado al incapaz, con la condición de que los padres, el curador o el tutor no tengan la administración de dichos bienes. En caso de que por testamento se le dejen bienes a un incapaz, o se le donen bienes por acto entre vivos, con la condición de que los padres, el tutor o curador no tengan la administración de ellos, y no se indique la persona que debe administrarlos, el juez le nombrará un curador adjunto dativo.

Los tutores adjuntos tienen sobre los bienes que se dejen a su cargo, las mismas facultades administrativas que los tutores, a menos que se agreguen a los curadores de bienes. En este caso no tendrán más facultades que las de los curadores de bienes, según lo prescriba el art. 581 del C.C.

Además, debe advertirse que los curadores adjuntos cumplen sus funciones de administración con independencia de los padres o guardadores generales; pero éstos tienen

facultad para controlar su administración, y si no lo hicieren, incurrirán en responsabilidad subsidiaria, en la misma forma que cuando la administración general la ejercen varios guardadores y ha habido división de ella (C. C., art. 582).

6.6.3. Curadores "ad litem". Estos curadores, como su nombre lo indica, son los nombrados para un negocio particular, generalmente para representar al menor en un juicio (C.C., art. 435).

Como los cargos de curador ad litem los dicitierne siempre el juez que conoce del juicio, de ello se infiere que dichas curadurías siempre son dativas (C.C., art. 583). A diferencia de lo que ocurre con los curadores ordinarios, los curadores ad litem no están obligados a hacer inventario, y solo deben expedir recibos de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición para el desempeño de su cargo, pero tienen la obligación de dar cuenta fiel y exacta de esos efectos (C.C., art. 584).

A lo anterior debe agregarse que los curadores para un juicio o ad litem, aunque no derivan la representación de la voluntad del representado, son mandatarios que el juez da a ciertas personas que no quieren o no pueden

comparecer al juicio²⁵. Solo podrán ser curadores ad litem los abogados inscritos; y podrán constituir apoderados judiciales bajo su responsabilidad (C. de P. C., art. 46).

En general, las funciones de un curador ad litem son de la misma naturaleza y tienen el mismo alcance que las funciones de un apoderado especial, con las limitaciones indicadas.

²⁵"G.J.", t. XLIV, p. 114.

7. CASOS DE GUARDAS DE HECHO

7.1. CONCEPTO - CLASES - NORMAS JURIDICAS

Con regímenes de representación legal de incapaces, las tutelas y curatelas requieren ser constituidas mediante la intervención de la autoridad judicial, es decir, que en todos los casos deben ser autorizadas o discernidas. Además, solo determinadas personas pueden ser llamadas a ejercer la guarda de los incapaces, y para ejercerla deben prestar fianza y hacer inventario. En esta forma, las tutelas y curatelas siempre son legales o de derecho, y la ley no las puede concebir de otro modo, por cuanto los particulares no tienen facultades para establecer guardas a su arbitrio.

No obstante, no es raro ver personas que se hacen tutores o curadores sin serlo, o que ignorando la ley o de mala fe toman la administración de la persona y los bienes de un incapaz, y que sin llenar ninguno de los requisitos legales administran y llevan la representación

del incapaz en forma tal, que los demás creen que es un tutor regularmente constituido. Ahora bien, como estos casos son frecuentes, creemos que el derecho -que debe ser ante todo una interpretación de la realidad social y no un conjunto fórmulas abstractas- está obligado a tomarlas en consideración y a imprimirles un sello de legalidad, ya que no es posible deshacer lo que ha sido hecho en la realidad, y no tendrá finalidad alguna instituir una guarda legal cuando ya no es necesaria, por haberse llevado a cabo la administración durante la minoría del incapaz.

Las tutelas o curatelas que funcionan a espaldas de la ley, reciben el nombre de tutelas o curatelas de hecho, por contraposición a las de derecho o legales.

Guardas putativas y guardas irregulares. Para determinar con precisión el concepto de tutelas o curatelas de hecho, es menester distinguirlas de las putativas y de las constituidas en forma irregular.

Las tutelas o curatelas putativas son las constituidas normalmente, pero en las cuales al tutor o curador le hace falta el título, como sería el caso de un curador instituido por testamento viciado de nulidad absoluta, o el

caso de un curador nombrado por testamento, que, con fundamento en él, es reconocido y autorizado por el juez para ejercer la guarda, y después se descubre que dicho testamento había sido revocado por el testador. Los tutores o curadores putativos deben ser tratados en la misma forma que los legales, salvo que se demuestre que han obrado de mala fe. Aunque en principio parece que deberían anularse todos los actos del tutor o curador putativo, en los casos en que su título resulte anulado, sin embargo no puede ser así, porque, de una parte, es necesario proteger la buena fe con que ha obrado, y, de otra, se hace indispensable la protección de los terceros de buena fe. Este es uno de los casos más patentes en que la buena fe es creadora de derechos, transforma la simple apariencia en realidad y les da valor jurídico a las situaciones de hecho (error communis facit jus).

A su vez, las tutelas y curatelas constituidas irregularmente son aquellas que habiendo sido discernidas por la autoridad judicial, no obstante les hace falta un requisito legal para su plena validez, como no haber prestado fianza el tutor o el curador sin estar excusado de ella, o no haber formado el inventario. Esto indica que la tutela irregular es diferente de la tutela de hecho.

Casos de guardas de hecho. Como dijimos anteriormente, hay guarda de hecho cuando se constituye a espaldas de la autoridad judicial, esto es, sin discernimiento. Los principales casos de guardas de hecho son los tres siguientes:

- Cuando el tutor o el curador legalmente nombrado continúa administrando los bienes del pupilo, no obstante haber cumplido éste la mayor edad, o haber contraído matrimonio. Como se ha dicho, la mayor edad o el matrimonio ponen término a la curatela; pero en este caso suponemos que el pupilo ignora la extinción de la guarda y sigue sometido al régimen de representación que sobre él venía ejerciendo su curador.

Los autores franceses discuten si en este caso existe o no tutela o curatela de hecho. Para algunos no existe, por cuanto ya no existe pupilo, y solo habría un mandato o una administración de negocios; pero otros autores consideran que esa opinión es un tanto sutil y artificial, porque los hechos posteriores a la mayor edad tienen el mismo significado jurídico que los que han precedido a ese acontecimiento, y porque tanto unos como otros giran alrededor de la curatela, por ejercerse en función de ella, y los realiza su tutor dentro del espíritu y el ambiente cautelar²⁶.

²⁶ JOSSERAND, Cours de droit civil, t. I, núm. 467.

Razones de orden práctico y de equidad permiten sostener la tesis de que la administración del curador posterior a la mayor edad o al matrimonio del pupilo, es una curatela de hecho. En efecto, si ello no fuera así, la prescripción de las acciones que tiene el pupilo contra el tutor o curador en razón de las cuentas de la curaduría, comenzarían a prescribir desde el momento en que alcanzó la mayor edad o se celebró el matrimonio.

Por otra parte, se hace necesario que la responsabilidad de los tutores o curadores de hecho se rija por la responsabilidad de los guardadores legales, y que la cuenta de la administración quede sometida a las reglas prescritas para los curadores legales.

Debe notarse, con respecto a la prescripción, que el art. 514 del C.C. dice que las acciones del pupilo contra su curador comenzarán a contarse desde el día en que salga del pupilaje, esto es, de la dependencia del curador, y esa dependencia existe en las curatelas de hecho.

- También existe curatela de hecho cuando al alcanzar el pupilo la mayor edad, sale de la curatela a que estaba sometido a causa de la edad y queda sometido a una curatela en virtud de enfermedad mental, sordomudez o disipación, si el antiguo curador del menor continúa ejercien-

do la guarda del mayor incapaz, sin discernimiento del juez.

- Finalmente, hay guarda de hecho cuando una persona toma el cuidado de un menor carente de padres y de bienes, sin acudir al juez para el discernimiento del cargo. Este es un caso frecuente en Colombia. El pariente o un extraño toma a su cuidado el huérfano y lo alimenta hasta cierta edad. Las diligencias judiciales son molestas y costosas. Con razón se ha dicho que el derecho tutelar solo está al alcance de pupilos que tengan bienes.

Para fijar el régimen aplicable a las guardas de hecho, es preciso distinguir entre tutores y curadores de buena fe y tutores o curadores de mala fe. Los primeros son los que se encargan del cuidado del menor simplemente o del cuidado y administración de sus bienes sin saber que existe un régimen de guardas, pero ejercen el cargo honorablemente; y los segundos, los que saben que no son los llamados al ejercicio de la guarda, pero de hecho toman la administración de los bienes de un menor. Esta distinción, que es fundamental, se encuentra consagrada en el art. 515 del C.C., y da lugar a importantes aplicaciones prácticas, como lo señalaremos en seguida.

Tutores y curadores de hecho de buena fe. Los tutores o curadores de hecho que actúan de buena fe, tendrán todas las obligaciones y responsabilidades de los tutores o curadores legales, y sus actos no obligarán al pupilo sino en cuanto le hubieren reportado ventajas positivas (C.C. art. 515).

Además, estos tutores y curadores deberán presentar la cuenta de su administración y probar cada uno de sus actos administrativos, y en compensación de sus servicios recibirán la décima parte de los frutos que produjeran los bienes administrados; pero también estarán sometidos a las mismas sanciones de los tutores o curadores legales. Si el menor carecía de bienes, ninguna cuenta tendrán que presentar.

Para saber hasta qué punto sus actos obligan al tutor, será necesario establecer si su administración trajo positivas ventajas, caso en el cual obligarán al pupilo.

El análisis de los actos administrativos para establecer si fueron favorables o no al pupilo, debe hacerse tomando en conjunto las actividades del guardador y no separadamente, pues es muy posible, aún en las administraciones mejor llevadas, que existan actos ventajosos y actos perjudiciales, si se les toma aisladamente.

Pero respecto a terceros la situación es distinta, ya que si el tercero no tuvo manera de informarse acerca de si los poderes del tutor habían sido constituidos legalmente, los actos de éste serán plenamente válidos, sin excepción. En este caso, los terceros incurrieron en error excusable, error que tiene la virtud de transformar el hecho en derecho, la apariencia en realidad, y así se aplica la regla error communis facit ius.

De lo anterior se deduce que es necesario hacer una distinción entre la buena fe que debe existir en el tutor o curador de hecho y la buena fe que debe existir en los terceros para que sus actos tengan validez. Analicemos por separado estas dos clases de buena fe.

En cuanto a la buena fe del tutor o curador, debe tenerse presente que ha de ser una buena fe común, vale decir, una buena fe consistente en creer que él es el encargado de la administración de los bienes del pupilo. Esta buena fe debe traducirse en la conciencia recta y sana, y en la lealtad para consigo mismo y para con el dueño de los bienes.

En cuanto a la buena fe de los terceros, es decir, de aquellas personas que contratan con el curador de hecho

porque lo consideran como representante legal del inca - paz, debe tenerse muy en cuenta que ha de ser una buena fe excusable, lo que le da un carácter especialísimo. En otras palabras: respecto de terceros, se requiere que su buena fe no sea producto de culpa o ignorancia, sino de un error invencible, común a muchos. Si se trata, por ejemplo, de un curador de hecho que es tenido como curador legal en todo el vecindario y que nadie le discute sus poderes ni le controvierte sus actos administrativos, es lógico suponer que el tercero que con él celebra actos comete un error excusable, por cuanto le era absolutamente imposible pensar que todo el vecindario estuviera equivocado... Esto no es más que la aplicación de un principio que nos viene desde el derecho romano y que se expresa con el aforismo *error communis facit jus* (cfr. - t. I, Parte general y personas, 11^a ed., 75, 76, y 97).

Solo esta clase de buena fe, o sea, la que es producto de un error excusable, puede transformar los actos del tercero que contrató con un curador de hecho, en actos legales y definitivos. Esta solución se desprende de lo dispuesto por el art. 8^o de la ley 153 de 1887, según el cual, a falta de ley positiva se aplicarán las reglas generales del derecho, y entre estas reglas está la de que un error excusable, por ser común a muchos, transforma -

la simple apariencia en realidad y el hecho en derecho.

Tutores y curadores de mala fe. Distinto es el tratamiento que se les da a los tutores o curadores de hecho que actúan de mala fe, pues éstos, según lo dispone el párrafo 3º del art. 515, serán removidos de la guarda, perderán todos los emolumentos de los curadores o tutores legales y estarán sometidos a todas las responsabilidades, - así de orden civil como penal.

A dichos guardadores se aplica el art. 266 del Código Penal (supra, 134).

Tutelas en estado de necesidad. Por último, puede darse el caso de guardas en estado de necesidad, con el objeto de amparar al pupilo. En este caso, el que toma la administración de los bienes pupilares deberá ocurrir al juez inmediatamente para que provea a la tutela o curatela, y mientras tanto procederá como agente oficioso y tendrá únicamente las obligaciones y los derechos de tal. Todo retardo en ocurrir a la justicia le hará responsable hasta de la culpa levísima, según lo dispone el art. 516 del C.C.

8. CONCLUSIONES

Después de haber hecho un detallado estudio de los posibles problemas que pueden presentar en el ejercicio del régimen de las guardas, las cuales comprenden a las tutelas y curatelas, con el completo conocimiento que esta institución jurídica fue creada para llenar las faltas de los padres que puede ser por incapacidad, por su ausencia o su muerte; podemos concluir con toda certeza que el Código Civil Colombiano y las disposiciones pertinentes regulan con gran sabiduría la forma de su ejercicio y las posibles fallas que se pueden presentar es por el cumplimiento o por desconocimiento de las normas.

Como expresamos en la parte inicial de este trabajo investigativo nuestro deseo no es elaborar un nuevo tratado de Derecho de Familia, sino buscar una copililación de las disposiciones y normas que son aplicables al ejercicio de esta institución.

BIBLIOGRAFIA

BERNO GONZALEZ, Alejandro. Procedimiento de Familia y de Menores, Manual Práctico. 2a. edición. Medellín, Colombia: Jurídica de Colombia, 1986, p. 300.

CAÑON RAMIREZ, Pedro Alejandro. Personas y Familia: Legislación, Jurisprudencia y Doctrina.. Bogotá, Colombia: A.B.C., 1982.

CASTRO, José Félix. Derecho de Familia. La Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá, Colombia: A.B.C., 1982.

Carta de Derecho de Familia. Bogotá: I.C.B.F., Talleres de la Sección de Publicaciones de la División - de Comunicaciones, Julio de 1988.

FRADIGNE MENDEZ, Carlos. Codificación de la Legislación de Familia. Bogotá: Francisco Rodriguez, 1978.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Compilación de Derecho de Familia y de Madurez. Bogotá: Talleres litográficos del I.C.B.F. 1981.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. Bogotá: Temis, - 1983, p. 400.

----- Código de Procedimiento Civil. Bogotá, Colombia: Temis, 1985.

SUAREZ, Francisco Roberto. De Derecho de Familia. Tomo I. Bogotá, Colombia: Temis Librería, 1981.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo V: Derecho - de Familia, Bogotá, Colombia: Temis, 1982.