DE LAS GUARDAS EN GENERAL Y DE LAS TUTELAS Y CURADURÍAS EN PARTICULAR¹

Sumario:

- I.- GENERALIDADES SOBRE LAS GUARDAS.
 - 1.- Regulación.
 - 2.- Concepto.
 - 3.- Caracteres comunes a tutelas y curadurías.
 - 4.- Clasificación de las guardas.
- II.- DESIGNACIÓN DE LOS GUARDADORES.
 - 1.- Guarda testamentaria.
 - 2.- Guarda legítima.
 - 3.- Guarda dativa.
- III.- DILIGENCIAS Y FORMALIDADES QUE ANTECEDEN AL EJERCICIO DE LA GUARDA.
 - 1.- El discernimiento.
 - 2.- La fianza.
 - 3.- El inventario.
 - 4.- Momento a partir del cual el tutor o curador detenta la administración de los bienes del pupilo y por ende ha de entenderse representante legal del incapaz.
 - 5.- Efectos que se producen si el guardador actúa en tal calidad sin haberse discernido la guarda o sin habersele conferido la administración de los bienes del pupilo.
- IV.- ADMINISTRACIÓN DE LOS GUARDADORES.
 - 1.- Principios generales.
 - 2.- De la representación del guardador.
 - 3.- De la administración de los bienes del pupilo.
 - 4.- Actos que puede ejecutar libremente el guardador.
 - 5.- Enajenación y gravamen de bienes inmuebles.
 - 6.- Enajenación de bienes muebles preciosos o con valor de afección.
 - 7.- Inversión de los dineros del pupilo.
 - 8.- Particiones en que tenga interés el pupilo.
 - 9.- Transacciones o compromisos.
 - 10.- Aceptación de una herencia, legado o donación.
 - 11.- Repudiación de las herencias, legados y donaciones.
 - 12.- Dinero dejado al pupilo para la adquisición de un bien raíz.
 - 13.- Fianza.
 - 14.- Arrendamiento de bienes del pupilo.
 - 15.- Donación de bienes del pupilo.
 - 16.- Actos entre el guardador y el pupilo.
- V.- OBLIGACIONES DEL GUARDADOR Y RESPONSABILIDADES INHERENTES AL CARGO.
 - 1.- Obligaciones del guardador.
 - 2.- Responsabilidad del guardador.
 - 2.1. Responsabilidad civil.
 - 2.2. Responsabilidad penal.
- VI.- CASO DEL GUARDADOR APARENTE Y DEL GUARDADOR OFICIOSO.
 - 1.- Guardador aparente.
 - 2.- Guardador oficioso.
- VII.- INCAPACIDADES Y EXCUSAS PARA EJERCER LA GUARDA.

¹ Fecha de última modificación: 26 de agosto de 2024.

- 1.- Reglas generales.
 - 2.- Causales de Incapacidad.
 - 3.- Incapacidades sobrevinientes.
 - 4.- Causales de Excusas.
- VIII.- REMUNERACIÓN DE LOS GUARDADORES.
- 1.- Monto de la remuneración.
 - 2.- Pérdida de la remuneración.
- IX.- DE LA REMOCIÓN DE LOS GUARDADORES.
- 1.- Concepto.
 - 2.- Causales de remoción.
 - 3.- Procedimiento del juicio de remoción.
 - 4.- Efectos de la remoción.
- X.- REGLAS PARTICULARES SOBRE LAS GUARDAS.
- 1.- Reglas relativas a la tutela.
 - 2.- Reglas relativas a la curaduría del menor.
 - 3.- reglas relativas a la curaduría del disipador.
 - 4.- Reglas relativas a la curaduría del demente.
 - 5.- Reglas relativas a la curaduría del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente.
 - 6.- Reglas relativas a la curaduría de bienes.
 - 7.- Reglas relativas a la curaduría adjunta.
 - 8.- Reglas relativas a la curaduría especial.

I.- GENERALIDADES SOBRE LAS GUARDAS

1.- Regulación

Regula el Código Civil las guardas en el Libro I, Títulos XIX al XXXII, que comprenden los arts. 338 a 544. En total, son 14 Títulos, del siguiente tenor:

Título XIX: "DE LAS TUTELAS Y CURADURÍAS EN GENERAL", arts. 338 a 372, con cuatro párrafos: "1. Definiciones y reglas generales" (arts. 338 a 353); "2. De la tutela o curaduría testamentaria" (arts. 354 a 365); "3. De la tutela o curaduría legítima" (arts. 366 a 369); "4. De la tutela o curaduría dativa" (arts. 370 a 372).

Título XX: "DE LAS DILIGENCIAS Y FORMALIDADES QUE DEBEN PRECEDER AL EJERCICIO DE LA TUTELA O CURADURÍA", arts. 373 a 389.

Título XXI: "DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS TUTORES Y CURADORES RELATIVAMENTE A LOS BIENES", arts. 390 a 427.

Título XXII: "REGLAS RELATIVAS A LA TUTELA", arts. 428 a 434.

Título XXIII: "REGLAS ESPECIALES RELATIVAS A LA CURADURÍA DEL MENOR", arts. 435 a 441.

Título XXIV: "REGLAS ESPECIALES RELATIVAS A LA CURADURÍA DEL DISIPADOR", arts. 442 a 455.

Título XXV: "REGLAS ESPECIALES RELATIVAS A LA CURADURÍA DEL DEMENTE", arts. 456 a 468.

Título XXVI: "REGLAS ESPECIALES RELATIVAS A LA CURADURÍA DEL SORDO O SORDOMUDO", arts. 469 a 472.

Título XXVII: "DE LA CURADURÍA DE BIENES", arts. 473 a 491.

Título XXVIII: "DE LOS CURADORES ADJUNTOS", arts. 492 y 493.

Título XXIX: "DE LOS CURADORES ESPECIALES", arts. 494 y 495.

Título XXX: "DE LAS INCAPACIDADES Y EXCUSAS PARA LA TUTELA O CURADURÍA", arts. 496 a 525, con tres párrafos: "1. De las incapacidades" (arts. 497 a 513); "2. De

las excusas" (arts. 514 a 523); y "3. Reglas comunes a las incapacidades y a las excusas" (arts. 524 y 525).

Título XXXI: "DE LA REMUNERACIÓN DE LOS TUTORES Y CURADORES", arts. 526 a 538.

Título XXXII: "DE LA REMOCIÓN DE LOS TUTORES Y CURADORES", arts. 539 a 544.

También debemos tener presente el Libro IV DEL Código de Procedimiento Civil, "DE LOS ACTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS", Título VI, "DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES Y DEL DISCERNIMIENTO DE ESTOS CARGOS", conformado por dos párrafos: "1. Del nombramiento de tutores y curadores" (arts. 838 a 852) y "2. Del discernimiento de la tutela o curaduría" (arts. 853 a 857).

2.- Concepto

Se definen las guardas en el inc. 1º del art. 338 del Código Civil, en los siguientes términos: "Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida".²

De la definición, podemos desprender las siguientes ideas:

i.- Se trata de "cargos impuestos" a ciertas personas: la guarda debe asumirse como *un deber jurídico* que debemos cumplir, sea para con nuestros familiares más cercanos, sea para con la sociedad, como una manifestación de la *solidaridad* que debe imperar como consecuencia de pertenecer a una familia y de vivir en sociedad.

Como expresa la profesora María Sara Rodríguez Pinto, "El llamado a desempeñar una guarda es una carga de familia. La persona llamada a desempeñar esta función no puede negarse a servirlos sin causa justificada. Por ejemplo, el que ha sido llamado por testamento a servir una guarda puede incurrir en una indignidad sucesoria si se niega a servir el cargo (artículo 971)".³

ii.- El cargo se impone "a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios". Dos son los ámbitos, por tanto, en los que puede actuar el guardador: el que corresponde a *la propia persona del pupilo* (en cuyo caso la guarda será *general*), en cuanto éste no puede dirigirse a sí mismo, es decir, adoptar las decisiones más esenciales que le presenta la existencia; y el que corresponde *al patrimonio del pupilo* (en cuyo caso la guarda podrá ser *especial*), pues éste no posee las aptitudes mínimas para gestionar adecuadamente sus intereses pecuniarios. La guarda, entonces, tendrá como objetivo la protección de la persona y del patrimonio del pupilo.

iii.- No procederá designar un guardador al menor de edad que se halle bajo la potestad parental y la patria potestad de sus padres, pues si así fuere, aquél cuenta con "la protección debida". Sería además redundante que sobre un menor de edad tuvieren autoridad, simultáneamente, sus padres y un guardador, pues detentarían facultades más o menos similares.

iv.- Sin embargo, aun en el caso de que vivan ambos o uno de los padres, es posible que el menor no reciba de ellos "la protección debida", caso en el cual se suspenderá la patria potestad o eventualmente la ley privará a uno u otro de ellos de la patria potestad. Si así fuere, será necesario designar al menor un guardador. En algunos casos, sin embargo, podrá designarse curador especial a un menor que se encuentre bajo patria potestad.

² El art. 171 del Proyecto de Código Civil español publicado en 1852 define la tutela en los siguientes términos: "La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está emancipado, ni sujeto a la patria potestad".

³ Rodríguez Pinto, María Sara, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2018, p. 92.

Claro Solar formula algunas críticas a la definición legal, señalando que "El art. 338 no expresa, sin embargo, una idea completa de la tutela y de la curaduría, pues sólo da a entender de un modo indirecto el objeto que con ellas se persigue de dar protección a aquellos que carecen del protector que la ley les señala (...). Además sólo parece referirse, por esto mismo, a los menores de edad, y no a los mayores de edad que por prodigalidad o demencia han sido puestos en interdicción o que son sordomudos".⁴

A partir de esta crítica, plantea Claro Solar la siguiente definición: "Consideradas conjuntamente la tutela y la curaduría, podría decirse que son la misión impuesta por la ley o deferida en virtud de sus disposiciones por la voluntad del hombre a una persona para proteger a los menores que no se hallan bajo patria potestad (...) y a los mayores interdictos, administrar sus bienes, y representarlos en los actos civiles que les conciernen".⁵

Genéricamente, las personas que se encuentren bajo tutela o curatela se denominan "pupilos" (art. 346 del Código Civil).

Como refiere Ramos Pazos, "Etimológicamente, la voz 'tutela' proviene de *tueri* defender, proteger, y 'curatela' de 'cura', *curatio*, cuidado. Claramente, entonces estas instituciones han sido creadas y organizadas para proteger los intereses tanto morales como pecuniarios de las personas incapaces".⁶

Guzmán Brito, por su parte, señala, refiriéndose también a la expresión "tutela" y luego a la de "pupilo": "La palabra deriva del verbo *tueri* = 'tener a la vista, tener los ojos pues en, contemplar, mirar, observar', de allí el segundo sentido de 'velar, proteger, defender, salvaguardar'. El mismo origen tiene *tutor*. *Pupillus* es un diminutivo de *pupus* = 'niño'.⁷

El mismo autor refiere que "El Derecho clásico, sobre las huellas del arcaico, conoció una figura distinta de la tutela, llamada *cura* o *curatio* cuyo desempeño se encarga a un *curator*; aparte otros casos especiales, el nombramiento de un tal curador procede con respecto a los menores de 25 años, los dementes y los pródigos".⁸

Refiriéndose Claro Solar a la expresión pupilo, señala que "En las leyes romanas se designaba con este nombre, *pupillus*, a los impúberes que habían dejado de estar bajo patria potestad por la muerte del padre o por la emancipación" (ley 239, tít. 16, del libro 50 del Digesto). Agrega que "Solía, además, de un modo general aplicarse, aunque impropriamente, a todo impúber, aun a los que se hallaban bajo patria potestad y sin distinción entre el hijo de familia y la hija de familia; pero no se hizo extensiva esta denominación a los menores púberes bajo curaduría y se reservó para los impúberes bajo tutela. En el derecho español tenía la misma significación de impúber; pupilo e impúber eran voces sinónimas y con ellas se designaba al menor bajo tutela, al huérfano o emancipado. En virtud de la disposición del art. 346, el nombre del pupilo corresponde también no sólo al vendedor sino al mayor de edad declarado en interdicción, y el vocablo deja de tener la significación de niño pequeño que etimológicamente le corresponde como se ve en las referencias anteriores".⁹

Se comprenden dentro de las guardas, entonces, las tutelas y las curatelas o curadurías.

⁴ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, De las Personas, Tomo IV, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1926, N° 2.006, p. 171.

⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.006, p. 171.

⁶ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Tomo II, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, N° 760, p. 575.

⁷ Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, 2ª edición, Santiago de Chile, LegalPublishing - Thomson Reuters, 2013, p. 409.

⁸ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 449.

⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.013, pp. 176 y 177.

Estas dos clases de guardas, señala Ramos Pazos, tienen una explicación histórica: "En el Derecho Romano y en la antigua legislación española, la tutela apuntaba principalmente a la protección de la persona del incapaz y sólo en forma secundaria, a los bienes. En cambio, en la curatela, la situación era al revés. A la fecha de dictación del Código Civil chileno, la distinción entre tutela y curatela estaba ya totalmente dejada de lado.¹⁰ Sin embargo, Bello la mantuvo. Esta dualidad creaba problemas, puesto que cuando la persona sometida a tutela llegaba a la pubertad era necesario hacer una nueva designación para nombrarle un curador. Por ello, cuando se estudió la reforma del Código en lo que vino a ser la Ley N° 7.612,¹¹ se revisó la situación. Si bien no hubo acuerdo en establecer una sola categoría, por lo menos se resolvió el problema principal que creaba la existencia de las dos categorías al establecerse en el artículo 436 que "llegado el menor a la pubertad, su tutor entrará a desempeñar la curatela por el solo ministerio de la ley".¹²

La distinción entre ambas clases de guardas -afirma Rossel-, responde a las siguientes consideraciones:

a) Solo puede darse tutor al impúber (art. 341 del Código Civil). La curatela se da a los menores adultos, a los mayores cuando corresponda (dementes, sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente y disipadores interdictos) y a la herencia yacente.

b) La tutela exige velar por la persona y bienes del pupilo, de común acuerdo con los padres (art. 428 del Código Civil). La curatela puede no estar referida a la persona; usualmente, se refiere a la administración de los bienes

c) El tutor siempre debe actuar representando a su pupilo, quien, por su carácter de absolutamente incapaz, nunca puede actuar por sí solo; el curador, en ciertos casos, puede autorizar al pupilo para que actúe por sí mismo.

Con todo, cabe advertir que en realidad no hay diferencias sustanciales entre la tutela y la curatela. Rossel opina que la tutela debiera eliminarse como tal y transformarse en una simple curaduría.¹³ En similares términos se expresa Ramos Pazos: "Parece haber consenso en la doctrina, en orden a que hoy día no se justifica la distinción, desde que ambas se rigen por los mismos principios".¹⁴

3.- Caracteres comunes a tutelas y curadurías

Se pueden destacar los siguientes caracteres:

a) Son cargos que se imponen, es decir, tienen un carácter obligatorio para la persona que es designada como guardadora, sin perjuicio de las excusas que pudieren invocarse para no desempeñar el cargo y que el juez deberá ponderar.

b) Se otorga a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismo o administrar competentemente sus negocios. Por ello, quienes están bajo patria potestad, no son susceptibles de ser sometidos a guarda.

A propósito de la patria potestad, cabe destacar lo que decía Pedro Lira, en una obra publicada en 1944: "El ámbito de aplicación de las guardas se ha reducido. Al

¹⁰ En efecto, el Código Civil francés de 1804 sólo se refiere a las tutelas. De los demás códigos dictados en la primera mitad del siglo XIX, sólo el de la Luisiana adopta la distinción romana de tutores y curadores dentro de los menores de edad (art. 263): García Goyena, Florencio, *Concordancias. Motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, p. 184.

¹¹ La Ley N° 7.612, fue publicada en el Diario Oficial de 21 de octubre de 1943. Por ella, se rebajó también de 25 a 21 años la mayoría de edad.

¹² Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 761, pp. 575 y 576.

¹³ Rossel Saavedra, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 7ª edición, N° 478, pp. 347 y 348.

¹⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 761, p. 576.

concederle la nueva legislación a la mujer la patria potestad de los hijos no emancipados, en caso de faltar el padre, ha concluido la fuente más copiosa de guardas. Las tutelas casi han desaparecido en la práctica y las curatelas se mantienen intactas tratándose de mayores dementes; pero son escasas tratándose de sordomudos (...), porque la educación de ellos ha progresado mucho y así es raro encontrar un sordomudo que necesite curador; tampoco son frecuentes los casos de curatela de un disipador, no porque no abunden los pródigos en el país, sino porque se trata de una institución que no goza de favor social siendo resistida por los propios interesados en obtenerla”.¹⁵

La “nueva legislación” a la que aludía Pedro Lira, correspondía a la Ley Nº 5.521 de 19 de diciembre de 1934, que “Iguala a la mujer chilena ante el Derecho”, por la cual se mejoró sensiblemente la situación jurídica de la mujer y particularmente de la mujer casada. Esta Ley, además de sancionar la institución del patrimonio reservado de la mujer, consagrado en el art. 150 del Código Civil, modificó la definición de patria potestad, que en su texto primitivo era privativa del padre, incorporando como titular de la misma a la madre y precisando en qué casos le correspondía asumirla.

Excepcionalmente, procede nombrar guardador al que está sujeto a patria potestad, en dos casos:

i.- En el caso previsto en el art. 257, inc. 1 del Código Civil, que dispone: “Habría derecho para quitar al padre o madre, o a ambos, la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo, o de grave negligencia habitual, y así se establezca por sentencia judicial, la que deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo”; y

ii.- Cuando la patria potestad se suspende por alguna de las causales indicadas en el art. 267, afectando dichas causales al padre y a la madre. En tal caso, el guardador tendrá el carácter de general (arts. 257 y 258 del Código Civil).

A su vez, conforme al art. 253 del Código Civil, si el padre o la madre que tiene la patria potestad no puede ejercer sobre uno o más bienes del hijo el derecho legal de goce, éste pasará al otro; y si ambos estuviesen impedidos, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para la administración (art. 250 del Código Civil).

c) Tanto el tutor como el curador general tienen la representación legal del pupilo y en el marco de la misma, la administración de sus bienes (art. 43 del Código Civil). Además, los tutores y curadores generales tienen el cuidado personal del pupilo (art. 340 del Código Civil).

d) Por regla general, no se puede dar curador al que ya lo tiene. Con todo, si los negocios del pupilo son muy complicados, puede pedir el curador designado, que se nombre otro curador. En tal caso, el juez dividirá la administración de los curadores del modo que le parezca más conveniente (art. 351 del Código Civil).

Otro caso en que actúa más de un curador se presenta cuando a una persona sujeta a guarda, se le otorga una donación, herencia o legado, con la precisa condición de que los bienes objeto de la liberalidad, sean administrados por una persona que el donante o el causante designa (art. 352 del Código Civil).

e) Así como el guardador debe ser una sola persona (por regla general), el pupilo ha de ser un solo individuo. Excepcionalmente, se permite colocar a dos personas bajo una misma guarda, cuando entre ellos hay indivisión de patrimonios y sólo mientras dure la indivisión (art. 347, inc. 1 del Código Civil).

¹⁵ Lira Urquieta, Pedro, *El Código Civil y el Nuevo Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, Imprenta Nascimento, 1944, p. 119.

f) Las guardas son desempeñadas generalmente por personas naturales. Excepcionalmente, los Bancos pueden ser nombrados guardadores testamentarios generales conjuntos, curadores adjuntos, especiales y de bienes. Cuando el Banco ejerce la guarda, ella sólo se refiere a la administración de los bienes; el cuidado personal del pupilo será ejercido por otra persona (art. 86, N° 4, Ley General de Bancos).¹⁶ Otra excepción encontramos en la Ley N° 18.600 del año 1987, sobre "Deficientes mentales", que permite a las personas naturales o jurídicas inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad que se encuentren a cargo de una persona discapacitada, para tener la curaduría provisoria de sus bienes.¹⁷

4.- Clasificación de las guardas

a) *Tutelas y curatelas o curadurías*, atendiendo a la edad y demás condiciones del pupilo.

i.- Están sometidos a tutela: los impúberes (art. 341 del Código Civil).

ii.- Están sometidos a curaduría general: los menores adultos, los pródigos, los dementes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente (art. 342 del Código Civil).

b) *Generales, de bienes, adjuntas y especiales*, atendiendo a la extensión de las facultades que correspondan al guardador.

La tutela siempre es general. La curaduría puede ser *general, de bienes, adjunta o especial*.

La guarda general confiere al guardador:

i.- La representación del pupilo.

ii.- La administración de su patrimonio; y

iii.- El cuidado de su persona (art. 340 del Código Civil).

Las demás formas de curaduría no se refieren a la persona del pupilo, sino exclusivamente a su patrimonio, a parte de él o a un acto jurídico determinado.

Están sujetos a curaduría *general*:

i.- Los menores adultos.

ii.- Los pródigos interdictos por tal causa.

iii.- Los dementes que se encuentran en la misma situación; y

iv.- Los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente (art. 342).

Están sujetos a curaduría *de bienes*:

i.- El ausente.

ii.- La herencia yacente; y

iii.- Los derechos eventuales del que está por nacer (art. 343 del Código Civil).

Son curadores *adjuntos*, aquellos que se dan en ciertos casos a las personas que están bajo patria potestad o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada (art. 344 del Código Civil).

Son curadores *especiales*, por su parte, aquellos designados para un negocio particular (art. 345 del Código Civil).

c) *Testamentarias, legítimas y dativas*, atendiendo al origen del nombramiento (art. 353 del Código Civil).

Son guardas testamentarias aquellas que se constituyen por acto testamentario no sólo a los hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre materno, para el caso de que nazca vivo (art. 354 del Código Civil). Esta guarda surte sus efectos

¹⁶ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 479, pp. 346-348; Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 763, pp. 577 y 578.

¹⁷ Rodríguez Pinto, María Sara, ob. cit., p. 93.

después de la muerte del testador. Puede constituirse también por acto entre vivos, cuando se hace una donación al pupilo en los términos del art. 360 del Código Civil.

Son guardas legítimas aquellas que se confieren por ley a los parientes o al cónyuge del pupilo, a falta de una guarda testamentaria y especialmente, por emancipación del hijo sujeto a patria potestad o a consecuencia de la suspensión de la patria potestad por decreto del juez (art. 366 del Código Civil).

Son guardas dativas aquellas conferidas por la justicia a falta de otra tutela o curaduría (art. 370 del Código Civil).

II.- DESIGNACIÓN DE LOS GUARDADORES

1.- Guarda testamentaria

a) Personas que tienen derecho a designar guardador por testamento.

Otorga la ley esta facultad al padre o madre, y al que hace una donación o una asignación por causa de muerte (art. 360 del Código Civil).

Puesto que la ley no distingue, puede tratarse de todo tipo de testamento.¹⁸

b) Designación hecha por el padre o la madre.

Pueden el padre o la madre designar guardador a las siguientes personas o en las siguientes circunstancias (arts. 354 a 356 del Código Civil):

i.- A sus hijos nacidos (art. 354 del Código Civil). Surtirá efecto esta guarda una vez muerto el padre o la madre y en el supuesto que el cónyuge sobreviviente no esté para ejercer la patria potestad. En efecto, debe tenerse presente que la designación que hace uno de los padres en testamento sólo operará una vez que se extinga la patria potestad, porque de conformidad al art. 338 del Código Civil, no caben las guardas respecto de las personas que se encuentran sometidas a patria potestad.¹⁹

La guarda será tutela o curaduría, según si el hijo es o no impúber.

No sólo pueden designar guardador a los hijos menores, sino también a los de cualquier edad, si ellos fueren dementes y sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente (art. 355 del Código Civil).

En lo tocante al hijo pródigo, aunque los arts. 354 y 355 del Código Civil nada establecen en cuanto a la posibilidad de que el padre o la madre le designen curador por testamento, sí lo hace el art. 451, en el cual se establece que también les asiste tal derecho, siempre que en vida del pródigo aquél o aquella hubieren testado mientras estaban ejerciendo la guarda del disipador.²⁰

ii.- A sus hijos que estén por nacer (art. 354 del Código Civil). Esta guarda es condicional, sujeta al evento de que el hijo nazca. No debemos confundir esta guarda con la curatela de los derechos eventuales del que está por nacer, que es una curaduría de bienes que termina con el nacimiento (a diferencia de la anterior, que empieza con el nacimiento).²¹

iii.- Pueden también designar por testamento curador de bienes para cautelar los que corresponderán al hijo que está por nacer (art. 356 del Código Civil).

Todas estas designaciones están sujetas a la condición de que, muerto el padre o la madre, tampoco esté la madre o el padre, respectivamente, para ejercer la patria potestad. Lo anterior deja en claro que en los casos mencionados la designación de la guarda por testamento será condicional y estará por ende supeditada a que, al momento de fallecer el progenitor testador, falte también el otro progenitor a quien

¹⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 766, p. 580.

¹⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 767, p. 581.

²⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 483, p. 351.

²¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 483, p. 351.

habría correspondido el ejercicio de la patria potestad.²² El carácter condicional, por lo demás, se admite expresamente en la ley, disponiendo al efecto el art. 365 del Código Civil: "Las tutelas y curadurías testamentarias admiten condición suspensiva y resolutoria, y señalamiento de día cierto en que principien o expiren".

Perderán el padre o la madre el derecho de designar guardador a su hijo, en los siguientes casos (art. 357 del Código Civil):

i.- Cuando el padre o la madre ha sido privado de la patria potestad por resolución judicial (vale decir, cuando el hijo se emancipó judicialmente en los casos del art. 271 del Código Civil);

ii.- Cuando el padre o madre ejercía la guarda del hijo y fue removido de ella por mala administración; y

iii.- Cuando la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre (art. 203 del Código Civil).

La ley se puso en el caso que tanto el padre como la madre hubieren nombrado guardador por testamento: en este caso, se atenderá en primer lugar al nombramiento realizado por aquél de los padres que ejercía la patria potestad del hijo (art. 358 del Código Civil).

Si no fuere posible aplicar la regla del art. 358, se aplicará a los guardadores nombrados por el testamento del padre y de la madre, las reglas de los arts. 361 y 363 del Código Civil (art. 359 del Código Civil). Por lo tanto:

i.- Los guardadores ejercerán simultáneamente la guarda (art. 361 del Código Civil: "Podrán nombrarse por testamento dos o más tutores o curadores que ejerzan simultáneamente la guarda; y el testador tendrá la facultad de dividir entre ellos la administración"); y

ii.- El juez podrá confiar la guarda sólo a uno de los guardadores o dividir la guarda entre los dos guardadores nombrados (art. 363 del Código Civil: "Si el testador nombra varios tutores o curadores que ejerzan de consuno la tutela o curaduría, y no dividiere entre ellos las funciones, podrá el juez, oídos los parientes del pupilo, confiarlas a uno de los nombrados o al número de ellos que estimare suficiente, y en este segundo caso, dividirla como mejor convenga para la seguridad de los intereses del pupilo").

c) Designación hecha por el donante o por el causante.

Tiene este derecho cualquier persona que hubiere hecho una liberalidad al incapaz. Dispone el art. 360 del Código Civil: "No obstante lo dispuesto en el artículo 357, el padre, la madre y cualquier otra persona, podrán nombrar un curador, por testamento o por acto entre vivos, cuando donen o dejen al pupilo alguna parte de sus bienes, que no se les deba a título de legítima. / Esta curaduría se limitará a los bienes que se donan o dejen al pupilo".

De esta forma, tal facultad podría incluso ser ejercida por el padre o madre impedidos por alguna de las causales del art. 357 del Código Civil. En todo caso, los bienes donados o que hayan sido objeto de la asignación por causa de muerte no podrán ser aquellos que se deban a título de legítima (lo anterior guarda armonía con el art. 1192, que no permite establecer modalidades ni gravámenes respecto de la legítima rigurosa). Esta guarda sólo se refiere a los bienes que se dejen al pupilo, de manera que el guardador designado será adjunto de otro curador general o del padre o madre que ejerza la patria potestad.²³

d) Características de la guarda testamentaria.

²² Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 483, p. 351.

²³ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 486, p. 352.

- i.- Puede ser una tutela o curaduría y en este último caso puede ser general, de bienes (caso del hijo que está por nacer) o adjunta (caso del donante o causante).
- ii.- Puede ser pura o simple o sujeta a modalidades, consistiendo estas últimas en condiciones suspensivas o resolutorias, plazos suspensivos o extintivos (art. 365 del Código Civil).
- iii.- Pueden designarse uno o varios guardadores que ejerzan simultáneamente la guarda o que se la dividan entre sí (art. 361 del Código Civil).
- iv.- Pueden designarse varios tutores o curadores que se sustituyan o sucedan uno a otro (art. 364 del Código Civil).²⁴

e) Eventual indignidad para suceder.

El art. 971 establece una causal de indignidad para suceder, para el caso de que el guardador designado en el testamento fuere también asignatario de la sucesión del causante y dicho tutor o curador se negare a aceptar el cargo sin causa legítima. La indignidad no operará, sin embargo, en lo que respecta a la legítima rigorosa o a la cuarta de mejoras que pudiere corresponderle en la sucesión al guardador. En otras palabras, sólo afectará la parte que reciba el guardador con cargo a la cuarta de libre disposición o a toda la herencia para el caso de que el causante no hubiere tenido asignatarios forzosos.

El tenor de la norma es el siguiente: "8º Son indignos de suceder el tutor o curador que nombrados por el testador se excusaren sin causa legítima. / El albacea que nombrado por el testador se excusare sin probar inconveniente grave, se hace igualmente indigno de sucederle. / No se extenderá esta causa de indignidad a los asignatarios forzosos en la cuantía que lo son, ni a los que, desechada por el juez la excusa, entren a servir el cargo".

2.- Guarda legítima

Dispone el art. 366 del Código Civil: "Art. 366. Tiene lugar la guarda legítima cuando falta o expira la testamentaria. / Tiene lugar especialmente cuando es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por decreto del juez".

a) Supuesto y casos en que opera.

i.- Supuesto: establece la ley quien ha de ejercer la guarda de manera supletoria, en los siguientes casos:

i) Cuando las personas que tienen derecho a designar guardador por testamento no lo han hecho o si lo hicieron la cláusula testamentaria no tuvo eficacia.

Ocurrirá este caso cuando no se designó guardador por testamento; o la designación resultó ineficaz por haber fallecido el guardador antes que el testador; o por haberse anulado en todas sus partes el testamento; o porque el guardador designado era incapaz; o porque se excusó de servir el cargo.²⁵

ii) Cuando expira la guarda testamentaria.

Ocurrirá este caso si el guardador designado en el testamento hubiere iniciado sus funciones y falleciere; o si le sobreviene alguna causal de incapacidad; o si se cumpliere el plazo que se le había fijado para desempeñar el cargo; o si se cumpliere la condición resolutoria de la que dependía que cesare en el cargo.²⁶

iii) Cuando no hay personas con derecho a hacer tales designaciones.

ii.- Los casos en que opera son los siguientes:

i) Cuando el padre o la madre no han ejercitado el derecho, en su testamento.

ii) Cuando el designado era incapaz de ejercer la guarda o se excusó de hacerlo.

iii) Cuando expiró la guarda testamentaria.

²⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 487, p. 352; Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 769, pp. 582 y 583.

²⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 770, p. 583.

²⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 770, p. 583.

- iv) Cuando el menor es emancipado, ya sea legal o judicialmente.
- v) Cuando se suspende la patria potestad.²⁷

b) Titulares de la guarda legítima.

La guarda legítima procede respecto a los hijos de filiación matrimonial o no matrimonial. En uno y otro caso, serán llamadas a la guarda personas distintas. Se entiende que se trata de hijos mayores de edad, o de hijos menores cuyos padres hubieren fallecido o estuvieren inhabilitados física o moralmente, pues en caso contrario, quedan sujetos a la patria potestad de sus progenitores.

c) Personas llamadas a la guarda legítima del *hijo de filiación matrimonial* (art. 367).

- i.- En primer lugar: el padre del pupilo;
- ii.- En segundo lugar: la madre;
- iii.- En tercer lugar: los demás ascendientes;
- iv.- En cuarto lugar: los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo.

Si no hubiere lugar a la guarda del padre o madre, el juez, después de oír a los parientes del pupilo, elegirá primero entre los demás ascendientes y a falta de éstos entre los colaterales citados, la persona que le pareciere más apta y que mejores seguridades presentare; podrá también elegir más de una y dividir entre ellas las funciones.

d) Personas llamadas a la guarda legítima del *hijo de filiación no matrimonial* (art. 368).

Corresponderá al padre o madre que primero haya reconocido voluntariamente al hijo.

Si ambos lo reconocieron voluntaria y simultáneamente, la guarda corresponderá al padre.

Este llamamiento pondrá fin a la guarda en que se hallare el hijo que es reconocido (y que hasta ese momento ejercía una persona distinta del progenitor que reconoce), salvo el caso de inhabilidad o legítima excusa del que, según lo expuesto, es llamado a ejercerla.

En los demás casos –o sea, cuando la filiación no se encuentra determinada o cuando estándola el reconocimiento ha sido forzado-, la guarda será dativa.

e) Cese de las funciones de quien ejerce la guarda legítima (art. 369).

Dispone este precepto: “Si continuando el pupilaje cesare en su cargo el guardador legítimo, será reemplazado por otro de la misma especie”.

En consecuencia, a una guarda legítima ha de suceder otra guarda legítima. Con todo, hay una excepción, en el art. 451 del Código Civil, referido a la guarda del hijo disipador, en la que a la guarda legítima sucede una guarda testamentaria: “El padre o madre que ejerza la curaduría del hijo disipador podrá nombrar por testamento la persona que, a su fallecimiento, haya de sucederle en la guarda”.

f) Características de la guarda legítima.

- i.- Puede ser una tutela o una curaduría general.
- ii.- La ley no designa curadores de bienes, ni adjuntos o especiales.
- iii.- No puede estar sometida a plazo o condición: la guarda legítima es siempre pura y simple.²⁸

²⁷ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 488, p. 353.

²⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 772, p. 584.

3.- Guarda dativa

a) Supuesto y casos en que opera.

i.- Supuesto: es la que confiere el magistrado cuando falta otra tutela o curaduría (art. 370 del Código Civil).

ii.- Casos en que opera:

i) Cuando se trata de personas que no pueden quedar sometidas a guarda legítima (por ejemplo, un hijo de filiación indeterminada, es decir no reconocido ni por su madre ni por su padre).

ii) Cuando se retarda por cualquier causa el discernimiento de una tutela o curaduría. En este caso, el curador dativo será interino (art. 371 del Código Civil).

iii) Cuando durante el desempeño de una guarda, ocurre un percance que impide al guardador seguir ejerciendo su cargo.

iv) Cuando debe nombrarse un curador especial, pues estos siempre son dativos.²⁹

b) Características de la guarda dativa.

i.- Es otorgada por el juez, previa audiencia de parientes del pupilo (art. 372 del Código Civil).

ii.- El juez podrá designar dos o más guardadores y dividir entre ellos las funciones (art. 372). Si hubiere curador adjunto, podrá el juez preferirlo para la guarda dativa (art. 372, inc. 2º).

iii.- El curador dativo puede ser general, adjunto o especial y además definitivo o interino.

iv.- El menor adulto tiene derecho a proponer la persona que ha de desempeñar el cargo (arts. 437, inc. 3º Código Civil y 840 Código de Procedimiento Civil).³⁰

III.- DILIGENCIAS Y FORMALIDADES QUE ANTECEDEN AL EJERCICIO DE LA GUARDA

El Código Civil regula la materia en el Título XX del Libro Primero, "DE LAS DILIGENCIAS Y FORMALIDADES QUE DEBEN PRECEDER AL EJERCICIO DE LA TUTELA O CURADURIA", arts. 373 a 389 del Código Civil; y en el Libro IV del Código de Procedimiento Civil, "DE LOS ACTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS", Título VI, "DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES Y DEL DISCERNIMIENTO DE ESTOS CARGOS", párrafo 2º, "2. Del discernimiento de la tutela o curaduría", arts. 838 a 857.

De acuerdo con estas normas, tres son las "diligencias y formalidades" que deben cumplirse antes de que el tutor o curador comience a ejercer la guarda: el discernimiento, la fianza y el inventario. Las revisaremos en el mismo orden. Sin embargo, antes de hacerlo, debemos tener presente que la doctrina se ha preguntado cuál es el sentido y alcance de la frase "diligencias y formalidades" que se incluye en el epígrafe del citado Título XX del Libro I del Código Civil. De la oración, pareciera desprenderse un distingo entre "diligencias" y "formalidades". Uno de los primeros juristas que comentaron las normas del Código de Bello, el ecuatoriano Luis F. Borja, decía al respecto: "No sabemos en qué consisten las diligencias y en qué las formalidades", agregando que quizá las diligencias se refieren al discernimiento y las formalidades a la fianza y al inventario. Pero hablando propiamente, ni la fianza ni el inventario son "formalidades", sino que una y otro deben extenderse con las debidas formalidades. Concluía que mejor habría sido que el título aludiera a los requisitos

²⁹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 491, p. 355.

³⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 776, p. 586.

previos al ejercicio de la guarda, en lugar de este distinguo entre “diligencias y formalidades”.³¹

Claro Solar, explicando esta situación, recuerda que en el Proyecto de Código Civil de 1853 se establecían reglas de procedimiento que debía cumplir el tutor o curador para obtener la aprobación de su nombramiento por el juez y el discernimiento del cargo, y disponía también la aceptación formal de la guarda por el tutor o curador y la declaración del mismo en orden a obligarse a la recta administración, comprometiendo a ella todos sus bienes presentes y futuros, y la prestación del correspondiente juramento. Todas estas disposiciones, dado su carácter procesal, eran más propias del Código de Enjuiciamiento o de los procedimientos civiles, y por tal razón fueron eliminadas del Proyecto definitivo aprobado en 1855. A estas normas se refería la expresión “diligencias”. Se desprende entonces de lo expuesto por Claro Solar que la palabra en cuestión se conservó, pero bajo el entendido que con ella se aludía a los trámites judiciales que debían complementar las normas del Código sustantivo.³²

Concluye Claro Solar señalando, primero, que el discernimiento, la fianza y el inventario serían formalidades, para después precisar que el discernimiento sería una formalidad, y la fianza y el inventario más bien obligaciones; la fianza, previa al discernimiento, y el inventario, posterior al discernimiento: “En realidad, el discernimiento, la fianza y el inventario, son formalidades que debe ser llenadas para que el tutor o curador pueda legalmente entrar a desempeñar su cargo y a administrar los bienes del pupilo. De ellas, el discernimiento es el que más propiamente, sin embargo, constituye una verdadera formalidad indispensable para que el tutor o curador pueda iniciar sus funciones; la fianza y el inventario constituyen obligaciones que el tutor o curador debe cumplir a fin de que su responsabilidad por la administración de los bienes pueda, llegado el caso, hacerse efectiva y asegurarse al pupilo su restitución al terminar la guarda”.³³

De esta manera, la fianza y el inventario devienen como *supuestos de hecho*, que deben cumplirse, para que posteriormente el Juez pueda discernir la guarda (con la fianza) y conferir la administración de los bienes del pupilo (con el inventario).

1.- El discernimiento.

El art. 373 del Código Civil dispone que “Toda tutela o curaduría debe ser discernida. / Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo”.

“Discernimiento”, entonces, es la designación que la ley le da a la sentencia judicial que autoriza a una persona para ejercer el cargo de guardador.

Por cierto, el *nombramiento* del guardador y el *discernimiento* no deben confundirse. El nombramiento puede ser hecho por el testador, por el donante, por la ley o por el juez. El discernimiento, en cambio, sólo por el juez. En verdad, primero se produce el nombramiento y después el discernimiento. Esta secuencia se explica, precisamente porque, entre el primero y el segundo, debe cumplirse la obligación de otorgar fianza y después del discernimiento, el otorgamiento de una escritura pública (exigida por el Código de Procedimiento Civil según veremos) y finalmente el cumplimiento de la obligación de confeccionar el inventario. Entonces, la secuencia sería: nombramiento → fianza → discernimiento → otorgamiento de una escritura pública (necesaria para que el discernimiento sea eficaz) → facción de inventario.

³¹ Borja, Luis F., *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, Tomo 6, p. 93, citado por Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, cita en p. 256.

³² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.091, pp. 256 y 257.

³³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.091, p. 257.

Por ello es que el art. 373 transcrito, no dice que por el discernimiento se nombra a una persona como tutor o curador (porque dicho nombramiento ya se produjo), sino que por aquél se "autoriza" al tutor o curador nombrado, para "ejercer su cargo". En otras palabras, el "cargo" de tutor o curador ya lo tiene el guardador, pero aún no puede comenzar a ejercerlo. Para ello, será indispensable que se le otorgue el discernimiento, es decir, la autorización. Y tal autorización sólo podrá otorgarse por el juez, una vez cumplida la obligación previa de la fianza, y será eficaz una vez otorgada la escritura pública aludida. Después, para que el guardador pueda administrar los bienes del pupilo, será indispensable que otorgue el inventario.

Por lo demás, lo anterior puede observarse en las normas del citado Título VI del Código de Procedimiento Civil, pues en su párrafo 1º, regula lo relativo al nombramiento de tutores y curadores, mientras que en el párrafo 2º, se alude al discernimiento de la tutela o curaduría. Queda en claro que se trata de dos fases distintas y consecutivas.

Así lo entiende también Claro Solar, en lo tocante al Código sustantivo: "La definición dada por el Código, deja perfectamente evidenciada esta distinción entre el nombramiento del tutor o curador que puede ser hecho por el testador (o donante en su caso), por la ley o por el magistrado, según se trate de guarda testamentaria, legítima o dativa, y el discernimiento del cargo que la ley encomienda únicamente al juez, representante de la sociedad, con autoridad pública para velar porque estos cargos, establecidos en favor de los incapaces, sean ejercidos por personas dignas de confianza y que den garantías de una correcta administración".³⁴ Por ello es que "Aunque el juez no tenga que intervenir en el nombramiento del tutor o curador, deberá discernirle el cargo, previas las diligencias o trámites establecidos por la ley; y el auto, o decreto como lo llama el Código, en que concede al tutor o curador autorización para que entre a ejercer el cargo, es el discernimiento del mismo".³⁵

Lo expuesto deja en claro que aún en el caso de que el nombramiento del tutor o curador haya sido hecho por el juez (tutor o curador dativo), éste debe posteriormente discernir el cargo. En otras palabras, el juez, en este caso, deberá intervenir en dos oportunidades: la primera, al nombrar al guardador; la segunda, al discernir la guarda.

El distingo al que hemos hecho referencia entre el nombramiento y el discernimiento, aparece también claramente explicitado en el art. 853 del Código de Procedimiento Civil, al aludir el legislador al tutor o curador testamentario: "El tutor o curador testamentario que pida el discernimiento de la tutela o curaduría, presentará el nombramiento que se le haya hecho y hará constar que se han verificado las condiciones legales necesarias para que el nombramiento tenga lugar. / Encontrando justificada la petición, el tribunal aprobará el nombramiento y mandará discernir el cargo, previa audiencia del defensor de menores".

En el caso descrito en la norma transcrita, el nombramiento se hizo en el testamento, pero será el juez el que, posteriormente, lo aprobará y mandará discernir el cargo. Nótese que lo último constituye una especie de "auto orden" que expide el juez. La "aprobación" del nombramiento, dice relación a tres cosas: verificar el juez si el testamento que lo contiene corresponde al último conferido por el causante y si así fuere, si fue otorgado conforme a derecho y a una persona capaz de desempeñar la guarda. Pero en el período que medie entre la aprobación del nombramiento y el discernimiento, deberá el guardador nombrado cumplir con la obligación de otorgar fianza, y después del discernimiento, con la obligación de otorgar escritura pública y finalmente la de confeccionar inventario.

³⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.094, p. 259.

³⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.094, p. 259.

Por cierto, "Toda tutela o curaduría debe ser discernida", como parte advirtiendo el art. 373. Por consiguiente, afirma Claro Solar, "el juez debe discernir el cargo, no sólo al tutor o curador dativo a quien nombra, sino al tutor o curador legítimo y al tutor o curador testamentario. El discernimiento tiene por objeto, por una parte, que el juez se cerciore de que el tutor o curador es persona legalmente hábil para el cargo, es decir, que no tiene incapacidad alguna para su desempeño; y por otra parte, hacer efectiva la prestación de la fianza o caución a que el tutor o curador esté obligado, y fijar el día preciso en que entra a servir el cargo y desde el cual ha de comenzar su responsabilidad. Todo esto es común a toda clase de tutores o curadores; y era, por lo mismo, lógico que se exigiera el discernimiento del cargo para toda clase de tutores o curadores, sin distinción alguna entre testamentarios, legítimos y dativos. El discernimiento viene a ser así, un título que acredita la personalidad del tutor o curador".³⁶

De esta manera, los objetivos del discernimiento son los siguientes:

- i.- Que el tribunal verifique si la persona designada como guardador por el testador (si fuere el caso), cumple o no con los requisitos previstos en la ley para desempeñar dicho cargo.
- ii.- Verificar que se cumplió con la obligación previa de conferir fianza.
- iii.- Fijar el momento a partir del cual el guardador puede comenzar a desempeñar su cargo (aunque no todavía para administrar los bienes del pupilo, según se verá).
- iv.- Servir de publicidad respecto de terceros.³⁷

En otras palabras, el discernimiento servirá para acreditar la personalidad del guardador; pero respecto de este tercer objetivo, siempre que se cumpla con el requisito previsto en el art. 854 Código de Procedimiento Civil, al que haremos referencia seguidamente.

En palabras de Manuel Somarriva, "Al exigir este discernimiento el legislador persigue dos objetivos: 1) Que el juez pueda cerciorarse de que el tutor o curador no está afecto a ninguna incapacidad; y 2) Para tener una fecha cierta desde la cual pasa el tutor o curador a ser el representante legal del pupilo y a tomar la administración de sus bienes. De no existir el discernimiento, no se sabría en realidad, desde cuándo empieza el guardador a ejercer sus funciones. Estos inconvenientes se evitan con el discernimiento".³⁸

Dispone el aludido art. 854 del Código de Enjuiciamiento: "El decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo, se reducirá a escritura pública, la cual será firmada por el juez que apruebe o haga el nombramiento. / No es necesaria esta solemnidad respecto de los curadores para pleito o ad litem, ni de los demás tutores o curadores, cuando la fortuna del pupilo sea escasa a juicio del tribunal. En tales casos servirá de título la resolución en que se nombre el guardador o se apruebe su designación. / Salvo las excepciones establecidas en el inciso precedente, sólo se entenderá discernida la tutela o curaduría desde que se otorgue la escritura prescrita en el inciso 1º de este artículo".

Puede observarse que el art. 854 exige que la resolución judicial que "autoriza" al guardador para ejercer su cargo, debe reducirse a escritura pública, cualquiera sea la guarda, es decir, sea ésta una guarda testamentaria, legítima o dativa. La única diferencia que puede constatarse entre las guardas testamentarias, por un lado, y las guardas legítimas y dativas, por el otro lado, estriba en que, en el primer caso, resulta necesario que el juez examine el testamento que contiene el nombramiento del tutor o curador (de ahí la necesidad de haber explicitado lo anterior en el art. 853 citado). En cambio, en los otros dos casos tal examen no es obviamente necesario, pues la guarda

³⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.095, pp. 259 y 260.

³⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., Nº 778, p. 587.

³⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor don Manuel Somarriva*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936, p. 538.

tiene su origen en la ley o en la sentencia judicial. Por eso Claro Solar manifiesta, refiriéndose al art. 854, que "Esta disposición del Código de Procedimiento Civil es general; se refiere, no sólo al caso del tutor o curador dativo o legítimo nombrado por el juez, sino al caso de tutor o curador testamentario cuyo nombramiento *apruebe* por no ser incapaz el nombrado".³⁹ Más adelante, el mismo autor reitera esta conclusión: "La disposición es también incompleta en cuanto parece referirse únicamente al tutor o curador nombrado por testamento, y no al que es nombrado por acto entre vivos, según el art. 360 del Código Civil, y en cuanto no se refiere al tutor o curador legítimo o dativo. Sin embargo, es evidente que el procedimiento establecido en el referido art. 1032 [hoy 853], debe seguirse para el discernimiento de todos estos cargos".⁴⁰

Ahora bien, entre la resolución judicial que autoriza la guarda y aquella que discernirá la misma, es necesario notificar la primera sentencia a la persona nombrada como tutor o curador, para que ésta acepte el cargo: "Parece natural que al hacer el juez el nombramiento de tutor o curador dativo le discierna en la misma resolución la tutela o curaduría; pero el nombramiento debe ser notificado al tutor o curador nombrado, quien puede tener alguna causa de excusa que alegar o hallarse en algún caso de incapacidad ignorada por el juez al nombrarlo. Si el tutor o curador dativo no alega excusa y es hábil, pedirá que se le discierna el cargo aceptando así desempeñarlo; pero si no solicita el discernimiento, podrían hacerlo los parientes del pupilo, como en el caso del tutor o curador testamentario. Lo mismo puede ocurrir con el tutor o curador legítimo a quien corresponda por ley servir la guarda o que sea elegido por el juez entre los varios llamados al mismo tiempo a desempeñarla".⁴¹

Llegamos entonces al momento en que la guarda será discernida, lo que, para producir sus efectos, exige, por regla general, el otorgamiento de escritura pública, que "será firmada por el juez que apruebe o haga el nombramiento" (art. 854, inc. 1º del Código de Procedimiento Civil). Por eso es que se afirma que "El discernimiento es, pues, una formalidad indispensable para que el tutor o curador pueda iniciar las funciones de su cargo, como tal tutor o curador, para que pueda ejecutar actos a nombre y en representación del pupilo".⁴²

Conforme a lo previsto en el art. 854, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil, en dos casos no es necesaria la formalidad de reducir a escritura pública el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo:

í.- "Respecto de los curadores para pleito o ad litem".

Nótese que la ley sólo excepciona de cumplir con la formalidad mencionada a los "curadores", y no a los "tutores". Éstos últimos deberán cumplir por ende con la formalidad anotada.

La función del curador ad litem, se encuentra recogida en el art. 19 de la Ley Nº 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Disponen sus incisos 2º y 3º: "El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. / La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal".

³⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.097, p. 262.

⁴⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.099, p. 264.

⁴¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.099, p. 264.

⁴² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.099, p. 265.

ii.- "Ni en los demás tutores o curadores, cuando la fortuna del pupilo sea escasa a juicio del tribunal".

Esta segunda excepción, alude a "los demás" tutores o curadores. Se trata de una norma general, en consecuencia. El requisito para que opere la excepción, consiste en que "la fortuna del pupilo sea escasa a juicio del tribunal". En consecuencia, es necesario un pronunciamiento judicial expreso, a partir de la prueba rendida por la persona nombrada como guardador del pupilo. De no existir tal resolución judicial, debemos entender que opera la regla general, esto es, que debe cumplirse con la exigencia de reducir a escritura pública el decreto judicial.

En estos dos casos excepcionales, "servirá de título la resolución en que se nombre el guardador o se apruebe su designación" (art. 854, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil).

Pero retornando a la regla general, reiteremos la norma final del art. 854 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto advierte que "Salvo las excepciones establecidas en el inciso precedente, sólo se entenderá discernida la tutela o curaduría desde que se otorgue la escritura prescrita en el inciso 1º de este artículo".

2.- La fianza.

El decreto de discernimiento debe ser antecedido por una fianza que puede ser sustituida por una prenda o hipoteca: arts. 374, inc. 1º del Código Civil ("Para discernir la tutela o curaduría será necesario que preceda el otorgamiento de la fianza o caución a que el tutor o curador esté obligado") y 376 del mismo Código ("En lugar de la fianza prevenida en el artículo anterior, podrá prestarse prenda o hipoteca suficiente").

Dispone el art. 857, inc. 1º del Código de Procedimiento Civil: "En el escrito en que se solicita el discernimiento de una tutela o curaduría se podrá ofrecer la fianza necesaria; y el tribunal se pronunciará en una misma resolución sobre lo uno y lo otro".

El inc. 2º del mismo art. 857, agrega que "Podrán también ser una misma la escritura de fianza y la de discernimiento". Sin embargo, el precepto resulta contradictorio con lo dispuesto en el art. 374, inc. 1 del Código Civil, ya transcrito, que deja en claro que la fianza debe preceder al discernimiento.

La fianza debe otorgarse por escritura pública y aprobarse por el juez con audiencia del defensor respectivo: art. 855 del Código de Procedimiento Civil ("Para que el tribunal mande otorgar la escritura de discernimiento o dar copia del título, en el caso del 2º inciso del artículo anterior, es necesario que preceda el otorgamiento por escritura pública de la fianza a que el tutor o curador esté obligado. / Esta fianza debe ser aprobada por el tribunal, con audiencia del defensor respectivo").

Por regla general, todo guardador debe rendir fianza, incluso aquellos interinos que hayan de durar tres o más meses en su cargo: art. 856 del Código de Procedimiento Civil ("No están dispensados de la fianza los curadores interinos que hayan de durar o hayan durado tres meses o más en el ejercicio de su cargo").

La fianza podrá sustituirse por prenda o hipoteca "suficiente" (art. 376 del Código Civil).

El Código Civil señala las personas que se encuentran dispensadas de rendir fianza. Están enumeradas en el art. 375 del Código Civil:

i.- El cónyuge, los ascendientes y descendientes.

ii.- Los interinos, llamados a servir una guarda por menos de tres meses.

iii.- Los curadores ad-litem.

iv.- El curador de un pupilo que tuviere pocos bienes, cuando el primero es persona de conocida probidad y de bastantes facultades para responder de ellos.

A su vez, en el art. 87 de la Ley General de Bancos, se establece que los Bancos nombrados curadores, no están obligados a rendir fianza (el art. 86 N° 4 de la misma ley, regula la guarda ejercida por un Banco).

En opinión de Enrique Rossel, y aunque la ley nada dice al respecto, el testador que nombra guardador podría relevarlo de la obligación de rendir fianza, atendiendo a que en el caso del inventario, la ley señala que no podrá hacerlo, lo que permite inferir que puede hacerlo en el caso de la fianza⁴³ (en relación a lo anterior, obsérvese la solución legal a propósito del usufructuario de rendir caución de conservación y restitución, guardando silencio la ley acerca de la posibilidad de liberar al usufructuario de facción de inventario, art. 775 del Código Civil. En este caso, la mayoría ha estimado que también podría relevarse al usufructuario de la segunda obligación).

Claro Solar también creía que el testador podía eximir al guardador de la fianza, considerando que el legislador no había prohibido expresamente tal cosa, a diferencia de lo que ocurre con la obligación de hacer inventario.⁴⁴

Somarriva afirma que la cuestión es discutible. Señala que hay una razón para creer que el testador tendría la facultad para eximir de la fianza al guardador: es el hecho que, el legislador expresamente establece que el testador no puede eximir al guardador de la obligación de hacer inventario y de la obligación de rendir cuentas. Se argumenta a contrario sensu que, si el legislador ha guardado silencio respecto de la fianza, es porque permite que el testador exima al guardador de esta obligación. Se explicaría lo anterior porque el guardador ha de ser una persona de confianza del testador, y que éste estará en condiciones de apreciar la honorabilidad y solvencia de quien designe en tal cargo. Sin embargo, agrega Somarriva, se contraargumenta haciendo presente que el art. 375 del Código Civil expresa claramente que todos los tutores y curadores están obligados a rendir fianza, salvo los que el mismo precepto exceptúa, y entre ellos no está el guardador testamentario. Además, las curadurías son de orden público y las obligaciones que establece la ley no pueden derogarse por resolución de las partes.⁴⁵

En cambio, Fueyo era de la opinión de que el testador no podía eximir al guardador de la fianza, pues no hay más casos de excepción que los que la ley establece, y, además, atendida la razón de dar suficiente seguridad al pupilo.⁴⁶

3.- El inventario.

El guardador debe hacer inventario solemne antes de entrar en el desempeño de su cargo (art. 374, inc. 2° del Código Civil: "Ni se le dará la administración de los bienes, sin que preceda inventario solemne").

El guardador deberá inventariar los bienes del pupilo en los 90 días subsiguientes al discernimiento y antes de tomar parte alguna en la administración, salvo si fuere absolutamente necesario (art. 378, inc. 1° del Código Civil: "El tutor o curador es obligado a inventariar los bienes del pupilo en los noventa días subsiguientes al discernimiento, y antes de tomar parte alguna en la administración, sino en cuanto fuere absolutamente necesario").

El citado plazo podrá ser restringido o ampliado por el juez, según las circunstancias (art. 378, inc. 2° del Código Civil).

Recordemos que el inventario solemne es aquél que se realiza previo decreto judicial, de conformidad al art. 858 del Código de Procedimiento Civil, ante un notario

⁴³ Rossel Saavedra, Enrique, ob., N° 497, p. 357.

⁴⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.016, p. 273.

⁴⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor don Manuel Somarriva*, ob. cit., p. 540.

⁴⁶ Fueyo Laneri, Fernando, *Derecho Civil*, tomo VI, vols. I y II, Santiago de Chile, Imprenta y Litografía Universo, 1959, N° 1.169, p. 641, citado por Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 782, p. 590.

y dos testigos o ante otro ministro de fe, con las formalidades de publicación que tal precepto ordena

El inventario debe contener una relación circunstanciada de los bienes raíces y muebles del pupilo, y si se omitieren algunos bienes, deberán hacerse inventarios complementarios con las mismas formalidades que el anterior (art. 383 del Código Civil). El inventario debe comprender incluso aquellos bienes que, sin ser de propiedad del pupilo, se encontraren entre los que lo son, lo que obviamente no afecta el dominio de sus verdaderos dueños (art. 385 del Código Civil)

La ley no permite ni siquiera al testador eximir al curador de la obligación de hacer inventario (art. 379 del Código Civil).

La ley es también particularmente estricta con el guardador en esta materia, disponiendo que si colacionare (incluyere) en el inventario cosas que no ha recibido o exagerare el valor de las recibidas, no podrá alegar este hecho como excepción si dichas cosas se le cobran, a menos de acreditar que procedió por error que no pudo racionalmente evitar. Si a sabiendas colacionó cosas que no le fueron entregadas, responderá de ellas en todo caso (arts. 386 y 387 del Código Civil)

Por su parte, dispone el art. 388 del Código Civil que los pasajes oscuros o dudosos del inventario, se interpretarán a favor del pupilo (en el fondo, es la misma regla que se establece en el art. 1566 del mismo Código, a propósito de la interpretación de los contratos, en cuanto las cláusulas ambiguas se interpretarán en contra de quien las haya extendido o dictado).

La sanción por la omisión del inventario no es la nulidad de los actos que realice el guardador, como acontece con la omisión de la caución. En el caso de omitirse el inventario, el guardador será removido como sospechoso y responderá de todo perjuicio (art. 378, inc. 3º del Código Civil). En este caso, se aplica el art. 423 del Código Civil, que establece una curiosa norma de evaluación de los perjuicios: el pupilo podrá apreciar la cuantía del perjuicio bajo juramento y el guardador deberá pagar la cantidad jurada, a menos que el juez la modere.

Sin embargo, la omisión del inventario genera otra consecuencia: el juez no podrá otorgar al guardador la administración de los bienes del pupilo, conforme a lo que se ha expuesto (art. 374, inc. 2º del Código Civil).

Así las cosas, "Sin haber practicado el inventario, el tutor o curador no puede tomar parte alguna en la administración; y por consiguiente los actos que ejecuta, no pueden tener valor ni comprometer al pupilo, desde que le está prohibido administrar sin haber inventariado previamente los bienes".⁴⁷

Están exceptuados de hacer inventario solemne (aunque no de inventario simple), los guardadores que administren bienes demasiado exiguos (art. 380 del Código Civil). Establece el precepto: "Si el tutor o curador probare que los bienes son demasiado exiguos para soportar el gasto de la confección de inventario, podrá el juez, oídos los parientes del pupilo y el defensor de menores, remitir la obligación de inventariar solemnemente dichos bienes, y exigir sólo un apunte privado, bajo las firmas del tutor o curador, y de tres de los más cercanos parientes, mayores de edad, o de otras personas respetables a falta de éstos".⁴⁸

Se desprende del tenor de este artículo, que es el guardador el que debe acreditar que los bienes de su pupilo son muy exiguos, y luego el juez, oídos los parientes del pupilo y el defensor de menores, exonerar de manera expresa al primero del cumplimiento de la obligación de confeccionar inventario solemne. Con todo, el guardador *siempre estará obligado a presentar un inventario simple*, que deberá suscribir, así como también otros tres, los más cercanos, parientes del pupilo, o de otras personas respetables, a falta de éstos. Así lo expresa, por lo demás, nuestra

⁴⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.117, p. 280.

⁴⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.117, p. 280.

doctrina: Manuel Somarriva Undurraga (el énfasis es nuestro), refiere sobre el particular: "Excepción; inventario simple.- Sin embargo, si bien por regla general se exige inventario solemne de los bienes, excepcionalmente puede hacerse un inventario simple de los mismos, y a este caso se refiere al artículo 380. Puede acontecer que los bienes del pupilo sean escasos y, por lo tanto, no estén en situación de soportar los gastos que dicha confección demanda. En este caso, el juez, previa información del Defensor de Menores y oír a los parientes, puede eximir de la obligación del inventario solemne y conformarse con la simple relación ante tres testigos o tres personas que el juez elija".⁴⁹ Carlos López Díaz, por su parte, señala: "Por excepción se permite hacer un inventario simple, cuando los bienes que se van a entrar a administrar son demasiado exiguos. Esta circunstancia será calificada por el juez, pero de todos modos debe realizarse un inventario".⁵⁰

De lo expuesto, queda en claro que el inventario –sea solemne o simple-, no puede faltar jamás.

4.- Momento a partir del cual el tutor o curador detenta la administración de los bienes del pupilo y por ende ha de entenderse representante legal del incapaz.

Conforme a lo expuesto, la fianza (para quienes deben otorgarla) antecederá al discernimiento. Otorgado éste, la respectiva resolución se reducirá a escritura pública. Finalmente, para que el guardador pueda entrar en la administración de los bienes del pupilo (y por ende para que pueda actuar como su representante), será necesario que practique inventario, solemne cuando corresponda o sólo simple en ciertos casos.

Refiere al efecto Claro Solar: "Agrega la ley que, aun después de discernido el cargo, no se dará al tutor o curador la administración de los bienes sin que preceda inventario solemne [o inventario simple, en ciertos casos]. Hay, pues, dos obligaciones que debe cumplir todo guardador antes de entrar a ejercer sus funciones, las cuales constituyen dos diligencias o formalidades encaminadas a garantizar los intereses del pupilo, la fianza o caución y el inventario solemne; la primera, anterior al discernimiento del cargo y sin cuyo cumplimiento, salvo los casos de excepción legal, el discernimiento no puede otorgarse sin incurrir el magistrado en serias responsabilidades; y la segunda, posterior al discernimiento; pero que debe cumplirse antes de dar al tutor o curador la administración de los bienes".⁵¹

Como es lógico, no basta con que el tutor o curador haga inventario –solemne o simple-, sino que, es indispensable que el juez apruebe dicho inventario. En efecto, bien podría ocurrir que contenga defectos formales o sustantivos, que hagan necesario rectificarlo o complementarlo. Una vez que el inventario sea aprobado por el juez, éste dictará una última resolución, mediante la cual le confiere al guardador la administración de los bienes del pupilo.

Sólo a partir de este momento, entonces, el guardador podrá comenzar a desempeñar su cargo y actuar válidamente en la representación legal de que esté premunido.

La secuencia completa será entonces la siguiente: nombramiento (o aprobación del nombramiento si fue testamentario) → otorgamiento de fianza por escritura pública → aprobación de la fianza por el Juez → discernimiento → otorgamiento de una escritura pública a la que se reduce el discernimiento (momento a partir del cual el

⁴⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor don Manuel Somarriva*, ob. cit., p. 541.

⁵⁰ López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo II, Santiago de Chile, Librotecnia, 2005, N° 503, p. 609.

⁵¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV; N° 2.101, p. 267.

discernimiento produce efectos) → facción de inventario → aprobación del inventario → resolución que confiere al guardador la facultad para administrar los bienes del pupilo.

Solamente después de cumplirse esta secuencia de actos jurídicos, podrá el tutor o curador comenzar a ejercer su cargo. En otras palabras, cumplido toda esta serie de actos jurídicos, es posible colegir que el guardador detenta la representación legal del pupilo y en tal calidad puede llevar a cabo actos jurídicos judiciales y extrajudiciales a nombre del incapaz.

5.- Efectos que se producen si el guardador actúa en tal calidad sin haberse discernido la guarda o sin habersele conferido la administración de los bienes del pupilo.

Hemos visto que el discernimiento requiere previamente del otorgamiento de fianza por el guardador designado. ¿Qué ocurre si dicho tutor o curador comienza a actuar en tales calidades, sin haber obtenido el discernimiento y sin que se le haya conferido la administración de los bienes del pupilo?

Dispone al efecto el art. 377 del Código Civil: "Los actos del tutor o curador anteriores al discernimiento, son nulos; pero el discernimiento, una vez otorgado, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo".

¿Qué alcance tiene esta sanción? Claro Solar, en relación al precepto legal transcrito, expresa que "Si de hecho [el tutor o curador] entra a administrar antes de obtener el decreto del juez que lo autorice para ejercer el cargo, sus actos no pueden tener valor, ni pueden afectar, en principio, al pupilo (...). Esta disposición contempla, naturalmente, los actos ejecutados por este tutor o curador con relación al pupilo, al patrimonio de éste y a la responsabilidad que por tales actos pudiera afectarle; pues si el tutor o curador ha obrado a su propio nombre los actos por él ejecutados serían perfectamente válidos. Si los ejecuta como tutor o curador, a nombre del pupilo, estos actos anteriores al discernimiento de la tutela o curaduría, no pueden obligar al pupilo, porque la ley considera que en ellos no ha estado representado. En realidad esos actos no son nulos, sino que no pueden valer como actos del pupilo; no existen para el pupilo. Hay, por lo tanto, impropiedad en decir que son nulos, cuando lo que ha debido decirse es que no producen efecto respecto del pupilo".⁵²

De lo expuesto por Claro Solar, pareciera que para él la sanción debió ser más bien la inexistencia del acto o la inoponibilidad del mismo. El autor, sin embargo, no se pronuncia claramente por una u otra opción. De cualquier manera, entendemos que el planteamiento de Claro Solar es *de lege ferenda*, y no *de lege lata*, es decir, lo formula como una *propuesta* para reformar el precepto, pues la ley expresamente alude a la nulidad.

Efectivamente, lo cierto es que el precepto señala claramente que los actos "son nulos". Así lo expresa Ramos Pazos, refiriéndose al art. 377 del Código Civil: "La ley ha establecido como sanción la nulidad. En rigor debió haber sido la inoponibilidad. No deberían afectarle al pupilo los actos realizados por el guardador sin previo discernimiento, puesto que de acuerdo al artículo 1448 del Código Civil, 'lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo'. Luego, contrario sensu, lo que realiza sin estar facultado -en este caso no estaría facultado por faltar el discernimiento- no debería obligar al representado (pupilo). Es decir, le sería inoponible. Sin embargo, la ley ha establecido

⁵² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.100, pp. 265 y 266.

como sanción la nulidad y a ella tenemos que estarnos. La pregunta que surge de inmediato es determinar de qué nulidad se trata, absoluta o relativa”.⁵³

En similares términos se expresaba Somarriva, en su obra del año 1936: “*Valor de los actos del guardador antes del discernimiento*. Un punto interesante y muy discutido es el siguiente: ¿qué sanción tienen los actos que ejecutan los guardadores antes de haberseles discernido la guarda? El artículo 377 del Código Civil se ocupa de esto, y según esa disposición, los actos son nulos, pero a virtud de discernimiento posterior se ratifican aquellos actos que hubiera ejecutado el guardador y que fueren beneficiosos para los intereses del pupilo. De modo que la regla general es que los actos ejecutados por el guardador antes del discernimiento son nulos. Según algunos, el legislador ha cometido un error al decir esto, porque según esa opinión, ese acto no sería nulo, sino que sería inoponible al pupilo, no le afectaría a él, porque antes de otorgarse el discernimiento el tutor o curador no tiene la representación legal del pupilo. De modo que si ha celebrado un acto antes del discernimiento de la guarda, como no era representante legal del pupilo, no ha podido obligarlo y, por lo tanto, respecto de él, ese acto es inoponible. Esta opinión la sustenta don Arturo Alessandri R., en un artículo interesante, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVI, primera parte, sección primera, Derecho, página 105. En doctrina, quizá esto puede ser efectivo, pero nosotros no podemos prescindir del artículo 377, que dice que los actos son nulos. Ahora bien, la cuestión interesante [sería]: estos actos, ¿serán nulos absoluta o relativamente?”.⁵⁴

¿A qué nulidad se refiere entonces el legislador? Revisaremos en las líneas que siguen, los planteamientos de la doctrina y de la jurisprudencia al respecto.

Pero antes, advirtamos lo siguiente: en nuestra opinión el art. 377 del Código Civil incurre en una omisión, que el intérprete debiera salvar. En efecto, nada dice respecto de los actos que realice el guardador después del discernimiento, pero antes que de que se le haya dado la administración de los bienes del pupilo. En nuestra opinión, tanto los actos realizados por el guardador antes del discernimiento, cuanto los actos ejecutados después del discernimiento, pero antes de que se le haya otorgado la administración, serán nulos. En efecto, si está el guardador impedido de administrar, ¿cómo podría actuar en representación del pupilo? Mientras carezca de la administración, no puede considerársele como representante legal del incapaz. Por ello es que, a nuestro juicio, el silencio del legislador debiéramos salvarlo aplicando la regla “donde exista la misma razón, debe aplicarse la misma disposición”.

O si se prefiere: el art. 377 del Código Civil debe entenderse complementado por lo que dispone el art. 374 del mismo cuerpo legal: es decir, no sólo serán inválidos los actos ejecutados por el tutor o curador antes del discernimiento, sino que también lo serán, aquellos actos que llevare a cabo antes de que se le haya dado la administración de los bienes del pupilo.

Así, mediante la interpretación armónica de los arts. 377 y 374 (elemento lógico de interpretación de la ley), debe entenderse que los actos del tutor o curador anteriores al discernimiento y anteriores al momento en que se le haya dado la administración de los bienes, serán nulos.

El art. 377 contempla por su parte la siguiente salvedad: “pero el discernimiento, una vez otorgado, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo”. ¿Cuál es el sentido y alcance de esta frase? A buenas y a primeras, podría creerse que el discernimiento posterior validaría *todos los actos* anteriores realizados por el guardador. Sin embargo, esta sería una conclusión equivocada, pues la norma sólo permite validar *ciertos actos*, a saber: aquello “de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo”. Lo anterior explica

⁵³ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 780, pp. 588 y 589.

⁵⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor don Manuel Somarriva*, ob. cit., pp. 538 y 539.

los siguientes comentarios de Claro Solar, al comparar el art. 407 del antiguo Código Civil argentino⁵⁵, que habiéndose fundado en el art. 377 de nuestro Código, modificó favorablemente la redacción del último: "Puede haber actos impostergables o urgentísimos a que sea necesario proceder sin demora y que el tutor o curador se vea obligado a ejecutar antes de haber obtenido el discernimiento. Si tales actos han sido realmente beneficiosos, porque han evitado al pupilo el perjuicio que para él habría resultado de su retardo, el discernimiento, una vez obtenido, les da valor retroactivamente como si se hubieran realizado después de discernido el cargo. Esta validación de los actos anteriores no es, por consiguiente, general; el discernimiento no valida todos los actos del tutor o curador anteriores al discernimiento de que no resulte perjuicio al menor (...) sino únicamente aquellos actos anteriores que no podían retardarse sin ocasionar perjuicio al pupilo, única consideración que puede justificarlos, y que coloca hasta cierto punto al tutor o curador en la misma situación de un extraño, que en caso de necesidad y por amparar al pupilo toma la administración de los bienes de éste, de un agente oficioso".⁵⁶

Es importante tener presente lo anterior, pues pareciera que cierta doctrina y jurisprudencia, ha llegado a la conclusión que la nulidad a que se refiere el art. 377 sería la *relativa*, entendiendo que el discernimiento posterior, implicaría una suerte de confirmación o ratificación de todo lo obrado por el guardador en forma previa. Sin embargo, tal conclusión desconoce el claro tenor de la ley, en virtud del cual sólo se validan algunos actos, que por su carácter de urgentes, habrían ocasionado perjuicio al pupilo en el caso de no ejecutarlos el guardador. En realidad, esta salvedad no permite concluir que la nulidad sea relativa, en consecuencia, y si se pretende sostener tal aserto, otros argumentos tendrían que esgrimirse por el intérprete.

Volviendo a la clase de nulidad, es decir si es absoluta o relativa, Cristián Millar expresa en un trabajo reciente: "El artículo 377 del CC sanciona la falta de discernimiento con la nulidad del acto, pero la misma norma dispone que una vez otorgado el discernimiento, se validarán los actos anteriores de cuyo resultado hubiera podido resultar perjuicio al pupilo. Esta materia ha sido discutida en la doctrina ya que parte de ésta señala que la sanción a la falta de discernimiento debió haber sido la inoponibilidad, puesto que no debería afectar al pupilo los actos realizados por el guardador sin previo discernimiento debido a que es necesario tener poder de representación para actuar a nombre de otro y, si no tiene tal poder, la actuación no debe obligar al presunto representado o pupilo. También, se ha cuestionado la naturaleza de la nulidad (si es relativa o absoluta). Para la jurisprudencia, la falta de discernimiento genera nulidad relativa por ser ésta formalidad un requisito establecido para el valor del acto, en consideración a la incapacidad del pupilo. En cambio, para una parte de la doctrina es un caso de nulidad absoluta porque se omite un requisito de orden público. Esta última posición se encuentra apoyada en la actualidad por una sentencia de la Corte Suprema⁵⁷ la cual, dispone que las guardas son por excelencia disposiciones de orden público y más precisamente, son leyes, son leyes imperativas de orden público o general, de manera que su infracción o inobservancia acarrea indefectiblemente la nulidad absoluta. Debido a los últimos argumentos presentados previamente es necesario concluir que la falta de discernimiento se sanciona con la nulidad absoluta del acto".⁵⁸

⁵⁵ Art. 407 del antiguo Código Civil argentino: "Los actos practicados por el tutor a quien aun no se hubiere discernido la tutela, no producirán efecto alguno respecto del menor; pero el discernimiento posterior importará una ratificación de tales actos, si de ellos no resulta perjuicio al menor".

⁵⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.100, p. 266.

⁵⁷ En realidad, se trata de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca.

⁵⁸ Millar San Martín, Cristián, *De las Tutelas y Curadurías en General*, Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013, p. 61.

La jurisprudencia, efectivamente, no es uniforme acerca de la materia. Revisemos algunos criterios:

i.- Tesis que sostiene que habría nulidad relativa.

"*Sanción de los actos ejecutados por el guardador antes del discernimiento*. Son nulos de nulidad relativa los actos celebrados por el guardador antes que se le discierna el cargo: a) Porque la formalidad del discernimiento ha sido establecida en beneficio de los incapaces para resguardar sus intereses, o sea, en consideración a la calidad de las personas; b) Porque el propio artículo 377 del Código Civil establece dicha nulidad, ya que declara que el discernimiento posterior valida los actos anteriores de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo, y dado que lo absolutamente nulo no puede ser ratificado".⁵⁹ Corte Suprema, 6 de octubre 1928, Gaceta de los Tribunales, 1928, 2º sem., Nº 50, P. 306. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, t. 26, sec. 1ª, p. 499.

En la misma sentencia: "*Hipoteca constituida por el guardador antes del discernimiento*. Es nula la sentencia que declara viciada de nulidad absoluta la hipoteca constituida por el guardador en representación del pupilo con autorización judicial, y demás requisitos legales, antes de que se le discierna el cargo, prestando la competente caución. La hipoteca adolece de nulidad relativa". Corte Suprema, 6 de octubre 1928, Gaceta de los Tribunales, 1928, 2º sem., Nº 50, P. 306. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, t. 26, sec. 1ª, p. 499.⁶⁰

En la misma sentencia: "La guarda tiene por objeto no solamente el cuidado y educación de los incapaces, sino también la conservación y administración de sus bienes. En consecuencia, la formalidad del discernimiento, que es el título que autoriza al tutor o curador para ejecutar actos o contratos a nombre y en representación del incapaz, ha sido establecida en beneficio de los incapaces para resguardar sus intereses, o sea, en consideración a la calidad de las personas"; "Son nulos de nulidad relativa los actos celebrados por el guardador antes que se le discierna el cargo, previa prestación de fianza. Confirma esta conclusión el propio artículo 377 del Código Civil, que establece dicha nulidad, ya que declara que el discernimiento posterior valida los actos anteriores de cuyo retardo hubiere podido resultar perjuicio al pupilo, y dado que lo absolutamente nulo no puede ser ratificado"; "Si bien el artículo 10 del Código Civil establece la nulidad absoluta para los actos prohibidos por la ley, agrega la salvedad de que ella misma pueda designar otro efecto para el caso de contravención, lo que le da el carácter de relativa en ciertos casos; así, las infracciones a la prohibición impuesta a la mujer casada de celebrar contratos y al menor habilitado de edad para enajenar sus bienes raíces no producen nulidad absoluta, sino relativa, pues tales prohibiciones han sido establecidas en beneficio de la mujer en el primer caso y del menor habilitado de edad en el otro"; "En consecuencia, es nula porque infringe los artículos 10, 377, 1681 y 1682 del Código Civil la sentencia que declara nula de nulidad absoluta la hipoteca constituida por el guardador en representación del pupilo con autorización judicial, y demás requisitos legales, antes de que se discerniera al cargo, prestando la competente caución. La nulidad que nace de la falta de discernimiento del cargo de tutor o curador es una simple nulidad relativa".⁶¹

Refiere Alessandri Besa que "Esta sentencia recalca, en apoyo de su tesis, dos circunstancias: en primer lugar, que el discernimiento es una formalidad exigida por la ley en consideración al estado de incapacidad de la persona sometida a tutela o curatela; y en segundo lugar, que el hecho de poderse validar los actos beneficiosos para el pupilo indica que no se trata de una nulidad absoluta, sino que relativa, porque

⁵⁹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 194.

⁶⁰ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 195.

⁶¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 26, 2ª parte, sec. 1ª, p. 499.

la nulidad de la primera clase no admite ratificación ni saneamiento de ninguna especie”.⁶²

ii.- Tesis que sostiene que habría nulidad absoluta.

La citada sentencia de la Corte Suprema, casó un fallo de la Corte de Talca, que había concluido que la nulidad es absoluta. En efecto, “En la sentencia de la C. de Talca, de 28 de septiembre de 1926, que fue invalidada por este fallo [de la Corte Suprema], se afirma que es absoluta la nulidad con que el artículo 377 sanciona el acto del curador que no es precedido de discernimiento. Razones: a) el artículo 373, que impone el discernimiento, es un precepto de orden público, pues se provee con él a organizar la protección de los incapaces, objetivo que responde a una necesidad de un interés social y permanente; el guardador que obra sin discernimiento previo infringe, en consecuencia, una disposición de orden público; b) en el fondo el artículo 373 encierra, en realidad, una prohibición para que el guardador actúe sin haber obtenido el discernimiento; c) la validación ulterior que genera el discernimiento tardío para ciertos actos del guardador no es la ratificación indicadora de una nulidad relativa, ya que es de la esencia de la ratificación que ella consista en un acto de la persona premunida de la acción de nulidad, quien conociendo el vicio que la constituye, renuncia a su derecho para atacar el acto viciado y lo confirma expresa o tácitamente, nada de lo cual ocurre por cierto en la validación creada por el artículo 377, caso en que la ley obra automáticamente, no sobre las actuaciones del curador, sino sobre aquellas de beneficio especial para el menor”.⁶³

Alessandri Besa se refiere también a la sentencia de la Corte de Talca: “Doctrina sustentada por la Corte de Apelaciones de Talca, cuya sentencia fue casada por la Corte Suprema. La Corte de Apelaciones de Talca, cuya sentencia fue anulada por la Corte Suprema, que acogió el recurso de casación en el fondo deducido en su contra, sostuvo que la nulidad que se produce por la falta de discernimiento es absoluta. En efecto, en los considerandos 1º y 2º afirma que ‘correspondiendo al discernimiento, con arreglo al artículo 373 del Código Civil, el alcance de autorizar al tutor o curador para ejercer su cargo, puede, por lo mismo, afirmarse que tal disposición de la ley es un precepto de orden público, porque se provee con ella a organizar la protección de los incapaces, objetivo que responde a una necesidad de un interés social y permanente’; y ‘que, por lo tanto, cuando el tutor o curador procede a desempeñar su cargo sin que la susodicha resolución haya sido librada con sujeción a los mandatos de la ley y por la autoridad que corresponda, requisito que mira a la naturaleza del acto independientemente de la calidad de las personas, puede concluirse que infringe disposiciones de orden público’. Y el considerando 7º, al referirse a la ‘validación’ de los actos nulos cuyo retardo acarrea perjuicio al pupilo, dice ‘que, a lo dicho, no obsta el argumento de que cuando un acto viciado puede ratificarse deberá verse siempre en el vicio una nulidad relativa, porque la validación retroactiva que genera el discernimiento tardío para ciertos actos del curador es, en derecho, una institución distinta de la ratificación, atentas las normas que gobiernan esta última’; ‘En efecto’, continua diciendo el considerando 8º, ‘es de la esencia de la ratificación que ella consista en un acto de la persona premunida de la acción de nulidad, quien conociendo el vicio que la constituye, renuncia a su derecho para atacar el acto viciado y lo confirma expresa o tácitamente, nada de lo cual ocurre por cierto en la validación creada por el aludido artículo 377 del Código Civil, la cual obra automáticamente, no sobre las actuaciones del curador, sino sobre aquellas de beneficio especial para el menor’”.⁶⁴

⁶² Alessandri Besa, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, 3ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, Nº 398, p. 354.

⁶³ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, nota en las pp. 194 y 195.

⁶⁴ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., Nº 399, pp. 354 y 355.

Tampoco encontramos una sola opinión en la doctrina. Revisemos los planteamientos formulados al efecto:

i.- Tesis que sostiene que habría inoponibilidad.

Nos hemos referido a la opinión de Luis Claro Solar, en virtud de la cual considera que a pesar de los términos del art. 377, más bien habría inoponibilidad. En efecto, "Don Luis Claro Solar (ob. cit., t. IV, Nº 2.100, p. 265) y don Luis Felipe Borja (*Estudios sobre el Código Civil chileno*, t. VI, p. 109) afirman que el artículo 377, que dice que los actos del guardador anteriores al discernimiento son nulos, habla impropriamente de nulidad. La verdadera situación jurídica sería que esos actos no valen como actos del pupilo, que no existen para él, que no lo afectan. Podríamos decir, en términos más modernos, que tales actos son inoponibles al pupilo".⁶⁵

ii.- Tesis que sostiene que habría nulidad relativa.

Sostienen esta doctrina, Fernando Fueyo (*Derecho Civil*, tomo VI, Nº 1163, p. 638) y Teodoro Álvarez (*Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, t. 30, sec. Derecho, p. 159), con argumentos similares a los señalados por el fallo de la Corte Suprema de 6 de octubre de 1928. Fueyo "concuere en que la sanción es la nulidad relativa, pues, a su entender, lo que determina la sanción finalmente aplicable es si ella se encuentra establecida en razón del estado o calidad de las partes en cuyo favor se ha dispuesto la causal, y ésta sería uno de aquellos casos. Sin perjuicio de lo anterior, el autor citado rechaza los argumentos de la Corte Suprema, en cuanto a que el discernimiento tardío constituiría una ratificación o saneamiento de la nulidad relativa que afecta al acto, por cuanto es de la esencia de la ratificación que ella consista en un acto de la persona con derecho a intentar la acción de nulidad, argumento que recoge de la doctrina emanada de la Corte de Apelaciones de Talca, que expondremos a continuación".⁶⁶

iii.- Tesis que sostiene que habría nulidad absoluta.

Arturo Alessandri Rodríguez, compartiendo inicialmente la tesis de la inoponibilidad de Claro Solar y de Borja, termina por estimar que la sanción que corresponde aplicar es la nulidad absoluta. Revisemos sus argumentos (en la exposición que, de los mismos, hace Arturo Alessandri Besa): "Arturo Alessandri Rodríguez participa de la opinión de que la nulidad producida por no haberse efectuado el discernimiento del cargo al curador es absoluta. Atacando la afirmación de la sentencia de la Corte Suprema, que sostiene que el discernimiento es una formalidad exigida por la ley en consideración a la calidad de la persona del pupilo a fin de resguardar sus intereses, se expresa en los siguientes términos: 'El discernimiento no ha sido establecido en beneficio de los incapaces y para resguardar sus intereses, como afirma la Corte Suprema. Ha sido establecido por razones de orden público, por consideraciones de interés general, como un requisito propio del cargo de guardador, como un elemento indispensable para otorgar a éste en el mundo jurídico la investidura de tal, a fin de que todos sepan que una determinada persona está capacitada para administrar, en ese carácter, los bienes de un incapaz. Es un acto emanado de la autoridad pública -que obra aquí por medio del juez- destinado a conferir al guardador su calidad de representante legal'. Continúa diciendo que, 'según el señor Bello, el discernimiento es indispensable, tanto para evitar que ejerza la guarda un incapaz, cuanto porque las tutelas y curadurías son cargos públicos. Entonces, ¿en consideración a qué se le exige? ¿A la calidad de la persona del pupilo o a la naturaleza del cargo? Excusada parece la respuesta si se considera que el señor Bello dice que debe obtenerse el discernimiento porque las guardas son cargos públicos y es necesario cerciorarse de que no las desempeñen los incapaces. Estamos, pues, en presencia de un requisito que la ley exige en consideración a la naturaleza del

⁶⁵ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 195.

⁶⁶ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., Nº 398, p. 354.

acto, para emplear la terminología del artículo 1682 del Código Civil, o mejor dicho, a la naturaleza misma del cargo de guardador'. El señor Alessandri comparte la opinión de los señores Claro Solar y Borja, según la cual el artículo 377 no contemplaría un caso de nulidad, sino de inoponibilidad, de actos ejecutados por una persona como representante legal de otra sin serlo, por lo cual estos actos no empecerían al representado, no le afectarían en su patrimonio. Considera que se trata de un caso igual al contemplado en el artículo 426 inciso 1º del Código Civil.⁶⁷ Pero como la ley califica de nulos los actos del guardador antes del discernimiento, el autor que estamos citando estima que en ningún caso puede considerarse que hay nulidad relativa, sino que absoluta, porque no se trata de 'un requisito que la ley exige para el valor de la hipoteca, de la compraventa o de la transacción de bienes del pupilo al igual que la autorización judicial de que tratan los artículos 393 y 400 del Código Civil. Es un requisito del cargo mismo de guardador, para que éste sea tal, como el medio indispensable de darle la representación legal del pupilo y sin el cual no la tiene'. Además, no concurren los caracteres que exige el artículo 1682 del Código Civil para que un requisito produzca nulidad relativa cuando sea omitido, porque el discernimiento no es de aquellas formalidades que se exigen para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. Esta formalidad no ha sido exigida por la ley 'para el valor de la hipoteca o venta de los bienes del pupilo, sino para que el guardador entre en funciones y pueda actuar como tal'.⁶⁸

Seguidamente, Arturo Alessandri Besa da sus propios argumentos, en la misma línea de los de Arturo Alessandri Rodríguez: "**Argumento adicional en favor de la tesis expuesta.** Agregaremos por nuestra parte, en apoyo de la doctrina recientemente expuesta, de la cual participamos, que el requisito que se exige para la validez de los actos y contratos en atención al estado o calidad de las partes, cuando ellos recaen sobre inmuebles de pupilos, son las respectivas autorizaciones judiciales que es menester obtener en cada caso para poder enajenarlos o gravarlos. No se concibe, pues, que además de esta autorización de la justicia, que constituye una medida de protección para los incapaces cuya omisión acarrea la nulidad relativa del acto, se exija como requisito del acto mismo, y también como medida de protección del pupilo, el discernimiento del cargo de guardador; es evidente que este nombramiento, hecho por el juez, no dice relación con los actos de disposición que recaigan sobre los bienes del pupilo, sino que es un requisito del nombramiento del guardador mismo, una formalidad que se ha establecido en consideración al cargo mismo de tutor o curador, que, como tiene el carácter de cargo público, necesita estar revestido de la mayor solemnidad. No es, pues, una formalidad que tienda a salvaguardar los intereses del pupilo frente a una enajenación o gravamen de un bien raíz que le pertenece, actos para los cuales la ley ha establecido una medida de protección particular y especial; sino que es una de las solemnidades de que está revestido el nombramiento mismo de tutor o curador".⁶⁹

Seguidamente, Alessandri Besa agrega, citando siempre a Alessandri Rodríguez: "**Refutación del argumento que considera a la 'validación' de los actos nulos como característica de nulidad relativa.** Refiriéndose al otro argumento que da la Corte Suprema en apoyo de la doctrina que sustenta en su sentencia, y que considera a la validación de los actos nulos de que habla el artículo 377 del Código Civil como una verdadera ratificación posterior de ellos, lo que sólo es posible con respecto de actos o contratos nulos relativamente, el señor Alessandri

⁶⁷ Art. 426, inc. 1º: "El que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja".

⁶⁸ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., Nº 400, pp. 355 y 356.

⁶⁹ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., Nº 401, p. 356.

manifiesta que `según los artículos 1693 y siguientes del Código Civil, la ratificación sanea la nulidad relativa: 1º) si se hace con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica, si es expresa; 2º) si emana de la parte que tiene el derecho de alegar la nulidad y, 3º) si emana del que es capaz de contratar". "Es de la esencia de la ratificación que emane de quien tiene el derecho de alegar la nulidad, puesto que importa en realidad una renuncia de este derecho, como también que consista en un acto, sea expreso o tácito, que revele en su autor la intención de no prevalerse de ella y de llevar adelante el acto o contrato que en un principio adoleció de un defecto legal". "Nada de esto ocurre con la validación a que se refiere el artículo 377 del Código Civil, que se produce sin intervención alguna del guardador y del pupilo, que no proviene de ningún acto ejecutado por ellos, sino únicamente del hecho de que el juez le discierna la guarda al tutor o curador. Es una validación automática, como dice la Corte de Talca, que se produce por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de que aquéllos hagan ninguna declaración de voluntad al respecto. Más aún, puede producirse contra su voluntad; porque si el acto no podía retardarse sin perjuicio para el pupilo, ni éste ni nadie podrá pedir la nulidad, aunque manifestare su disconformidad con él. Obtenido el discernimiento, el acto se validó y quedó al abrigo de toda impugnación".⁷⁰

Alessandri Rodríguez "Cita a continuación los considerandos 7º y 8º de la sentencia de la Corte de Talca, que transcribimos en su oportunidad, y hace notar que el artículo 377 del Código Civil no valida todos los actos anteriores al decreto de discernimiento, sino que sólo aquellos de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo. Deduce, con toda razón, que si se tratara de la ratificación de actos relativamente nulos, la lógica indicaría la ratificación de todos ellos, y no de algunos solamente. Sin embargo, en este caso, la regla general no es la validación, sino que la nulidad, y sólo se validan aquellos actos que reúnan las condiciones citadas".⁷¹

Concluye finalmente Alessandri Besa en los siguientes términos, al recoger los planteamientos de Alessandri Rodríguez, que comparte: "Por todas estas consideraciones, llega a la conclusión que la nulidad de los actos ejecutados por el guardador antes del decreto de discernimiento, es absoluta, por lo cual el discernimiento debe ser considerado como un requisito de forma que se exige para la validez del acto en atención a su naturaleza o especie, y no en consideración al estado o calidad de las partes que lo ejecutan o acuerdan".⁷²

De lo expuesto, nos parece que las conclusiones más relevantes son las siguientes:

a) En principio, todo tutor o curador debe cumplir con la formalidad de reducir a escritura pública el decreto judicial por el cual se le autorice para ejercer el cargo. Dicha escritura pública deberá suscribirse por el juez que apruebe (en el caso de la guarda testamentaria) o haga el nombramiento (en el caso de las guardas legítimas y dativas).

Sólo podrán eximirse del cumplimiento de esta formalidad, los curadores ad litem o los demás tutores o curadores, cuando la fortuna del pupilo sea escasa, a juicio del tribunal.

En consecuencia, mientras no se otorgue dicha escritura pública, los efectos del discernimiento de la guarda se encontrarían pendientes, de conformidad a lo previsto en el art. 854, inc. 3º del Código de Procedimiento Civil, pues en él se advierte que "sólo se entenderá discernida la tutela o curaduría desde que se otorgue la escritura prescrita en el inciso 1º de este artículo".

b) En cuanto a la obligación de constituir fianza, que debe cumplirse por regla general por los guardadores, en el lapso que media entre la resolución judicial que contiene el

⁷⁰ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., Nº 402, p. 357.

⁷¹ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., Nº 402, p. 357.

⁷² Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., Nº 402, p. 357.

nombramiento del tutor o curador y aquella resolución judicial por medio de la cual se discierne la guarda, el art. 375 del Código Civil dispensa de esta obligación de constituir fianza, a las personas que señala dicho precepto.

c) Para que el tutor o curador pueda comenzar a ejercer sus funciones, no basta con haber sido nombrado en tal calidad, ni que se haya otorgado la fianza (salvo en los casos excepcionales en que ella no se exige) ni tampoco es suficiente que la guarda se le haya discernido y que el decreto judicial se haya reducido a escritura pública. En efecto, es necesario, además, que aquél proceda a la facción de inventario, ya sea solemne (por regla general) o al menos, simple, y que, finalmente, se haya otorgado la administración de los bienes del pupilo.

Si una resolución judicial exime al tutor o curador nombrado en ella de la obligación de rendir inventario solemne, es necesario sin embargo que dicho guardador, haya procedido a rendir inventario simple. Si éste último se omitió, el guardador se encontraría impedido, por tanto, de actuar como tal.

Considerando lo anterior, reiteramos lo que afirma Luis Claro Solar sobre este particular: "Sin haber practicado el inventario, el tutor o curador no puede tomar parte alguna en la administración; y por consiguiente los actos que ejecuta, no pueden tener valor ni comprometer al pupilo, desde que le está prohibido administrar sin haber inventariado previamente los bienes".

d) Admitiendo que se trata de una cuestión que ha sido discutida, adherimos a la doctrina sustentada por don Arturo Alessandri Rodríguez y por don Arturo Alessandri Besa, en orden a que la nulidad que afectaría a los actos del guardador, sería la nulidad absoluta. Nos remitimos a los argumentos expuestos precedentemente.

IV.- ADMINISTRACIÓN DE LOS GUARDADORES

1.- Principios generales

El guardador tiene la representación del pupilo y la administración de sus bienes. Puede además autorizarlo, en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan (art. 390).

Si hay un solo guardador, a él le corresponden exclusivamente las citadas facultades, respondiendo en su administración hasta de la culpa leve (art. 391)

Si hay varios guardadores generales, todos ellos autorizarán de consuno los actos jurídicos del pupilo y de no mediar acuerdo entre ellos, resolverá el juez (art. 413).

Con todo, si se hubiere dividido la administración entre todos los guardadores, sólo será responsable del acto el que lo ejecute dentro del ámbito de su administración separada (art. 413, inciso 1º).

Cabe señalar también que el testador puede nombrar un *consultor* a quien el guardador debe considerar en su administración (art. 392). El testador podrá establecer que el dictamen del consultor sea o no obligatorio para el guardador. Si lo fuere, el guardador podrá recurrir de todas formas a la justicia. En opinión de Rossel, si el guardador que se encontraba obligado de considerar el dictamen del consultor omite tal diligencia, el acto efectuado sin haber realizado tal consulta adolecerá de nulidad relativa, dado que se trataba de un trámite establecido en consideración a la persona (al pupilo).⁷³ Somarriva también concluye que la sanción sería la nulidad relativa.⁷⁴

⁷³ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., Nº 500, p. 362.

⁷⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor don Manuel Somarriva*, ob. cit., p. 544.

¿Puede designarse consultor por el testador para el caso de otorgamiento de una guarda legítima o dativa? Cabe plantearse esta pregunta, pues la ley sólo alude al consultor a propósito de la guarda testamentaria. Somarriva señalaba al afecto que ello era posible, afirmando al efecto: "No cabe la menor duda que si la persona nombra guardador testamentario, también tiene la facultad de nombrar consultor. Este punto no se discute. Pero la cuestión que no está clara dentro de los términos del legislador es saber si el testador puede limitarse a nombrar un consultor que asesore al curador legítimo o dativo. Este punto no está expresamente resuelto por el legislador, pero parece que no hay inconveniente para hacerlo. Porque no se ve la razón para negarle esta facultad".⁷⁵

2.- De la representación del guardador.

Conforme a la norma general del art. 43, el guardador es representante legal del pupilo.

Si el pupilo fuere absolutamente incapaz, la representación se refiere a todos los actos y contratos del pupilo. Si fuere relativamente incapaz, el guardador podrá autorizar al pupilo para que éste actúe por sí mismo. Además, en ciertos actos, el pupilo podrá actuar sin requerir dicha autorización (por ejemplo, en los actos concernientes a su peculio profesional o industrial).

Ejecutado el acto por el guardador, éste compromete el patrimonio del pupilo. Pero para que ocurra tal cosa, el guardador debe haber actuado en representación del pupilo, habiendo expresado tal circunstancia en el instrumento que da cuenta del acto o contrato, si existiere.

Si actuando en representación del pupilo no deja constancia de tal hecho en el acto respectivo, sólo obligará al pupilo si el acto resultare beneficioso para el último (art. 411).

Si el guardador no actúa en representación del pupilo, sólo obliga su propio patrimonio.

3.- De la administración de los bienes del pupilo.

Para determinar las facultades del guardador, debemos atender a la trascendencia económica del acto jurídico.

Hay actos que el guardador ejecuta libremente y con amplias facultades: en general, son aquellos comprendidos en la mera administración. Sin embargo, también se incluyen algunos actos jurídicos de disposición de bienes.

Hay otros actos que sólo pueden ejecutarse cumpliendo ciertos requisitos.

Finalmente, hay actos que le están prohibidos.

Nos referiremos a estas hipótesis en los numerales siguientes.

4.- Actos que puede ejecutar libremente el guardador.

El guardador puede ejecutar sin restricciones tres clases de actos: aquellos tendientes a la conservación del patrimonio del pupilo; aquellos que consistan en la venta de ciertos bienes muebles; y aquellos que tengan por objeto lograr una buena explotación de los bienes del pupilo. Los revisaremos por separado.

a) Actos tendientes a la conservación del patrimonio del pupilo.

⁷⁵ Somarriva Undurruga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor don Manuel Somarriva*, ob. cit., p. 543.

El guardador puede ejecutar por sí solo los actos de mera administración. Estos actos suponen la conservación de los bienes del pupilo, tanto en un sentido *material* como *jurídico*. En un sentido material, el tutor o curador deberá adoptar los resguardos tendientes a evitar la destrucción, menoscabo o extravío de los bienes del pupilo (art. 391 del Código Civil). En un sentido jurídico, son actos de conservación, por ejemplo, cobrar los créditos que se deban al pupilo (art. 408 del Código Civil), interrumpir prescripciones (art. 409 del Código Civil), recibir el pago que se haga al pupilo (art. 405 del Código Civil), contratar seguros y pagar oportunamente las primas, etc. Se trata de actos equivalentes a los que puede realizar un mandatario general (art. 2132 del Código Civil).

Dispone el art. 391: "El tutor o curador administra los bienes del pupilo, y es obligado a la conservación de estos bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive".

Establece el art. 405: "Los deudores del pupilo que pagan al tutor o curador, quedan libres de todo nuevo pago".

Los actos de mera administración son aquellos que tienen por objeto la conservación de los bienes del pupilo. Del art. 391, pareciera desprenderse que los actos destinados a la reparación de los bienes fueren distintos que los de conservación, pero no es así. Los actos de reparación son una especie dentro del género de los actos de conservación.

La facultad del guardador de recibir el pago de lo que se le adeuda al pupilo (art. 405 del Código Civil) así como también la de perseguir el pago de los créditos del pupilo (art. 408 del Código Civil), se enmarcan también en la conservación del patrimonio del segundo. En este sentido, refiere Claro Solar, "El tutor o curador tiene también facultad suficiente para recibir todo lo que se debe al pupilo. Cobrar los créditos es, evidentemente, un acto de administración; pero, además, el art. 408 dispone expresamente que 'Cuidará el tutor o curador de hacer pagar lo que se deba al pupilo, inmediatamente que sea exigible el pago, y de perseguir a los deudores por los medios legales'; de modo que esta facultad de cobrar los créditos del pupilo es para el tutor o curador una obligación que le impone la ley, a fin de asegurar los intereses del pupilo contra la posible insolvencia futura del deudor".⁷⁶

De igual forma, debe el guardador proceder al pago de las deudas que el pupilo tenga, pues de no hacerlo, los acreedores podrán accionar y obtener el pago de sus acreencias en los bienes de dicho pupilo, afectando así la integridad de su patrimonio. Por ello, afirma Claro Solar, "Entra también entre las facultades del tutor o curador, la de pagar las deudas del pupilo, y debe hacerlo obligatoriamente como que tal acto no sólo entra en las facultades ordinarias de un administrador, sino que corresponde a las funciones administrativas de un buen padre de familia que el tutor o curador está llamado a desempeñar. Laurent recuerda, a este respecto, el viejo proverbio: quien paga sus deudas se enriquece".⁷⁷

b) Venta de ciertos bienes muebles del pupilo.

Hemos visto que el guardador, en principio, sólo puede realizar libremente aquellos actos tendientes a la conservación del patrimonio del pupilo. Es decir, le está vedado, en general, el llevar a cabo actos de disposición de bienes sujetos a su guarda. Sin embargo, la regla no es absoluta. En efecto, puede el guardador enajenar también, sin restricciones, los bienes muebles del pupilo que no tengan el carácter de preciosos o un gran valor de afección.⁷⁸

⁷⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.147, p. 316.

⁷⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.152, p. 321.

⁷⁸ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 503, p. 361.

De esta forma, respecto de los demás bienes muebles que no sean considerados "preciosos" o "con valor de afección", el guardador los podrá enajenar con absoluta libertad, salvo si se tratare de una donación, pues ella, según veremos, está sujeta a reglas especiales (art. 402 del Código Civil).⁷⁹

Para Claro Solar, los muebles del pupilo que el guardador puede vender libremente pueden ser tanto muebles corporales como incorporales: "El tutor o curador puede también, por sí solo, vender los bienes muebles del pupilo, tanto corporales como incorporales. Esta facultad emana de la naturaleza de la misma administración que la ley ha encomendado a los guardadores y de la circunstancia especial de no haberle exigido formalidad alguna para la enajenación de esta clase de bienes a no ser que se trate de muebles preciosos o que tengan valor de afección, que el art. 393 coloca en la misma situación que los bienes raíces".⁸⁰

c) Actos tendientes a lograr una buena explotación de los bienes del pupilo.

Como refiere Claro Solar, el tutor o curador puede ejecutar por sí solo todos los actos necesarios para la buena explotación de los bienes del pupilo, cultivarlos él mismo, darlos en administración o arrendarlos (sin infringir el art. 407 del Código Civil); determinar la forma de explotación y cultivo de los predios rústicos y el giro que deba darse a las fábricas o establecimientos comprendidos en el patrimonio del pupilo; contratar trabajadores y vender libremente las cosechas y productos de los predios o fábricas.⁸¹

5.- Enajenación y gravamen de bienes inmuebles.

Requiere el guardador de autorización judicial, la que sólo se otorgará ante necesidad o utilidad manifiesta (art. 393). La venta deberá efectuarse en pública subasta (art. 394).

La misma regla opera cuando se pretende gravar bienes raíces con hipoteca, censo o servidumbre.

Establece el art. 393: "No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos, sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta".

La enajenación a que se refiere el Código debe entenderse como aquella hecha "a título oneroso", pues en otra disposición, regula lo concerniente a la donación de bienes del pupilo (art. 402), prohibiéndola por lo demás respecto de los inmuebles, como más adelante veremos.

Dispone por su parte el art. 394: "La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo enumerados en los artículos anteriores, se hará en pública subasta".

Excepcionalmente, no requerirá de la autorización y fundamentación anterior:

i.- La venta forzada de inmuebles, bastando en este caso el decreto de ejecución (art. 395).

ii.- También se exceptúan las enajenaciones de inmuebles a consecuencia de una expropiación por causa de utilidad pública; y

iii.- La constitución de alguno de los gravámenes señalados, sobre inmuebles transferidos al pupilo con la carga de constituir hipoteca, censo o servidumbre (art. 395).

⁷⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 798, p. 599.

⁸⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.162, p. 334.

⁸¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.145, p. 315.

Dispone el citado art. 395: "No obstante la disposición del artículo 393, si hubiere precedido decreto de ejecución y embargo sobre los bienes raíces del pupilo, no será necesario nuevo decreto para su enajenación. / Tampoco será necesario decreto judicial para la constitución de una hipoteca, censo o servidumbre, sobre bienes raíces que se han transferido al pupilo con la carga de constituir dicha hipoteca, censo o servidumbre".

De infringirse estas normas, se ha concluido que la sanción será la nulidad relativa, porque se trataría de la omisión de requisitos establecidos por la ley en consideración al estado o capacidad de las partes.⁸²

Las normas del Código Civil deben complementarse con el art. 891 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "Cuando deba obtenerse autorización judicial para obligar como fiador a un incapaz, o para enajenar, gravar con hipoteca, censo o servidumbre, o para dar en arrendamiento sus bienes, se expresarán las causas o razones que exijan o legitimen estas medidas, acompañando los documentos necesarios u ofreciendo información sumaria para acreditarlas. / En todo caso se oirá el dictamen del respectivo defensor antes de resolverse en definitiva. / Si se concede la autorización fijará el tribunal un plazo para que se haga uso de ella. / En caso de no fijar plazo alguno, se entenderá caducada la autorización en el término de seis meses".

De lo dispuesto en esta última disposición, puede desprenderse:

- i.- Que, en la solicitud de autorización para enajenar o gravar, deberán expresarse las causas o razones que justifiquen lo pedido.
- ii.- Deberán acompañarse los documentos que prueben la necesidad de enajenar o gravar.
- iii.- Deberá ofrecerse información sumaria de testigos.
- iv.- En todo caso se oirá el dictamen del respectivo defensor público.
- v.- Si el Juez concede la autorización, deberá fijar un plazo para proceder a la enajenación o a la constitución del gravamen o en su defecto, la autorización caducará transcurrido que sean seis meses.

Si se hubiere solicitado autorización para vender un inmueble, deberán aplicarse los arts. 892 a 894 del Código de Procedimiento Civil, del siguiente tenor:

"Art. 892. La venta voluntaria en pública subasta, en los casos en que la ley ordene esta forma de enajenación, se someterá a las reglas establecidas en el Título IX del Libro III para la venta de bienes comunes, procediéndose ante el tribunal ordinario que corresponda".

"Art. 893. Si no se hacen posturas admisibles, podrán los interesados pedir que se señale otro día para la subasta, manteniendo el valor asignado a los bienes, o reduciéndolo, o modificando como se estime conveniente la forma o condiciones del pago. / Si para autorizar la venta ha debido oírse a alguno de los defensores públicos, se le oirá también para aprobar la reducción o modificación indicada".

"Art. 894. Se observarán también en la venta voluntaria en pública subasta las disposiciones de los artículos 494, 495, 496 y 497; pero la escritura definitiva de compraventa será suscrita por el rematante y por el propietario de los bienes, o su representante legal si es incapaz".

¿Cabe aplicar al contrato de permutación sólo el art. 393, o también el art. 394? El guardador podría tener interés en permutar un inmueble de su pupilo por el inmueble de un tercero. En tal caso, parece lógico que debe obtener autorización judicial (de acuerdo con el art. 393). Pero la duda se plantea respecto de la pública subasta (conforme al art. 394). Revisemos los planteamientos de Claro Solar: "La inteligencia que damos al art. 394, no deja duda al respecto: la ley ha hablado de la venta, no de cualquiera enajenación; y aplicar la exigencia de la subasta pública para la permutación, equivaldría a hacerla absolutamente imposible tratándose de bienes

⁸² Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 797, p. 598.

raíces de menores, sujetos a tutela o curaduría. Es cierto que no pueden permutarse las cosas que no pueden venderse; y que sólo son hábiles para el contrato de permutación las personas que son hábiles para el contrato de venta, considerándose cada permutante como vendedor de la cosa que da, según expresamente lo establecen los arts. 1899 y 1900; pero este último artículo cuida de expresar que las disposiciones relativas a la compraventa no pueden aplicarse a la permutación, en todo lo que se oponga a la naturaleza de este contrato. (...) Las leyes romanas, que habían prohibido a los tutores la enajenación de los predios rústicos o suburbanos del pupilo, salvo caso de necesidad urgente, calificada por el magistrado que debía autorizarla, habían consentido también, con la misma autorización, el contrato de permutación por utilidad del pupilo. No se explicaría, pues, que el legislador hubiera establecido, para la permutación, una formalidad absolutamente inaplicable y que habría impedido la celebración de un acto respecto del cual no existirían tampoco los peligros que se ha propuesto evitar al exigir la pública subasta para la compraventa, puesto que el juez, para conceder la autorización para la permutación, habrá tenido que exigir la comprobación de que existe la debida equivalencia de valores de los inmuebles que deben permutarse y que el acto, por lo mismo y dadas las demás circunstancias, es beneficioso para el pupilo, sin lo cual no ha de autorizar el acto”.⁸³

Sin embargo, una sentencia de la Corte Suprema de 29 de mayo de 1911 había llegado a una conclusión distinta: “*Necesidad de la pública subasta; títulos traslativos; dación en pago.* a) La pública subasta tratándose de bienes inmuebles pertenecientes a pupilos se exige para toda transferencia de dominio por acto entre vivos y no sólo para la venta de ellos, pues el vocablo enajenar que emplea la ley al referirse a esta formalidad se refiere a cualquiera mutación en la propiedad raíz. No se opone a esta conclusión el empleo de la palabra *venta* en el artículo 394, pues de diversas disposiciones, y en especial del artículo precedente, se deduce la afirmación apuntada”.⁸⁴

Más adelante, al aludir a las transacciones celebradas por el guardador, volveremos a referirnos a esta sentencia.

Claro Solar discrepa de esta doctrina jurisprudencial, afirmando por su parte: “El sistema fundamental que la sentencia de la Corte de Casación, de 29 de mayo de 1911, ha tratado de establecer, no tiene base en las disposiciones legales que invoca; pues precisamente en todas ellas la palabra *enajenar* designa la idea de venta o sea de este título oneroso particular para traspasar el dominio. Dentro de la doctrina de la Corte Suprema, se haría imposible para el pupilo, (...) la celebración de aquellos contratos que, por su propia naturaleza, no admiten la pública subasta. Mientras tanto, siendo como es perfectamente claro el sentido de la ley en los arts. 393 y 394, si aplicamos el requisito de la pública subasta para la venta únicamente, todo se concilia y armoniza. En el art. 393, el vocablo *enajenar* se refiere a toda clase de transferencia a título oneroso; y en el art. 394 el vocablo *venta*, no designa otra clase de transferencia que la que se opera a este título particular”.⁸⁵

De esta manera, siguiendo la tesis de Claro Solar, a la que adherimos, para enajenar un inmueble a título oneroso, cualquiera fuere el título (compraventa, permutación, dación en pago, transacción, etc.), siempre será necesario obtener autorización judicial. Ahora bien, para el caso específico de la compraventa, ésta deberá, además, verificarse por subasta pública.

Ramos Pazos, por su parte, se pronuncia en similares términos: “Si bien el artículo 394 sólo exige pública subasta para la *venta* de bienes raíces del pupilo, sin extender la exigencia a otros títulos traslativos de dominio, se ha fallado que

⁸³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.172, pp. 343 y 344.

⁸⁴ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3ª edición, p. 207.

⁸⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.170, p. 342.

cualquiera sea el título se requiere de pública subasta. Concretamente el fallo la exigió para una dación en pago. Discutible nos parece la sentencia, desde que la norma del artículo 394 es claramente excepcional, y por ello debe ser interpretada en forma restrictiva”.⁸⁶

Cabe consignar que por una sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de febrero de 2022, autos Rol N° 90.691-2020, se acogió un recurso de casación en el fondo y se concedió autorización al curador para vender *parte de un inmueble*, concretamente, dos cualquiera de un total de nueve lotes en que el predio se había subdividido. La solicitud había sido denegada por sentencia de fecha 28 de febrero de 2020 del 2° Segundo Juzgado de Letras de Osorno, autos Rol N° V 184-2019, confirmada por fallo de la Corte de Valdivia de fecha 17 de julio de 2020, autos Rol N° 252-2020. Las sentencias de primera y segunda instancia habían denegado la petición, atendido al siguiente razonamiento: “la judicatura de la instancia rechaza conceder la autorización aun estando acreditada la necesidad manifiesta que exige el artículo 393 del Código Civil, por considerar que se trata de un asunto comercial, lo cual sería exigir un requisito adicional que no existe en ninguna de las normas aplicadas, teniendo en cuenta además que las enajenaciones por regla general tienen el carácter de actos jurídicos de tipo comercial” (considerando 5° de la sentencia de casación). Este criterio fue desestimado por la Corte Suprema, sobre la base de que “no es ineludible la enajenación de una sola vez de los nueve lotes en que se dividió la propiedad original” (considerando 3° de la sentencia de reemplazo).

6.- Enajenación de bienes muebles preciosos o con valor de afección.

Los bienes muebles “*preciosos*” del pupilo o que tengan “*valor de afección*”, sólo pueden venderse en pública subasta (arts. 393 y 394).

La enajenación o constitución de prenda sobre tales bienes, sólo procederá previa autorización judicial y por causa de necesidad o utilidad manifiesta del pupilo.

Como puede observarse, el tratamiento que la ley les da a estas dos clases de bienes muebles es idéntico al de los bienes inmuebles. Se deberá dar cumplimiento, por ende, a lo dicho respecto de la enajenación de inmuebles.

El Código Civil francés de 1804 no tiene normas semejantes en el Título X del Libro Primero, arts. 450 a 468, “De la administración del tutor”.

En cambio, como refiere García Goyena, en el Derecho romano estaba prohibido al tutor enajenar sin autorización judicial no sólo los inmuebles, sino que también los *muebles preciosos*, siempre que se probare la absoluta necesidad (ley 22, título 57, Libro 5 del Código Justiniano).⁸⁷

¿Qué debemos entender por *bienes preciosos* o con *valor de afección*? ¿Se trata de una sola categoría o de dos categorías de bienes?

El Código Civil chileno no los define. La palabra “preciosos” se emplea también en el Código Civil en las normas de la ocupación, en el art. 625, inc. 2°, al definir el tesoro: “Se llama tesoro la moneda o joyas, u otros efectos preciosos, que elaborados por el hombre han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño”. La expresión “afección” se emplea en las normas de la accesión, en el art. 659, para determinar quién tendrá derecho a adquirir la cosa resultante de la unión de dos bienes de distintos dueños: “Si de las dos cosas unidas, la una es de mucho más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal y la segunda como lo accesorio. Se mirará como de más estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección”.

⁸⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 796, p. 598.

⁸⁷ García Goyena, Florencio, *Concordancias. Motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, pp. 231 y 232.

El Diccionario panhispánico del español jurídico define el "bien Precioso" de la siguiente manera: "Cada uno de los bienes que tienen notable valor en razón del arte, la historia, la materia o, simplemente, por el culto y veneración de que son objeto". Agrega que "La cualidad de *precioso* de un bien no puede estimarse solo en virtud de su valor material o económico; han de tenerse en cuenta otras razones, como el culto y la veneración populares".

El mismo Diccionario, al definir el "precio de afección", señala que se trata del "Valor especial que una cosa tiene para una persona que, en el usufructo, obliga al propietario a afianzar el abono del interés legal en tasación para que la misma cosa le sea entregada" (ver a propósito de esta referencia al usufructo el art. 495 del Código Civil español).

De estas definiciones podría entenderse que los bienes u objetos preciosos tienen tal calidad atendiendo a dos factores: o bien a su valor objetivo o económico, o bien considerando el valor que le atribuyen las personas que profesan un culto (por ejemplo, una imagen religiosa objeto de especial veneración).

En cambio, los bienes con "valor de afección" corresponden más bien a los que, sin que necesariamente tengan un valor considerable objetivamente considerado, sí lo tienen *para cierta persona*, debido a factores subjetivos, tal como ocurre, por ejemplo, con algunos bienes heredados de nuestros padres y que queremos conservar en nuestro poder. Podríamos entender que se trata de bienes *subjetivamente no fungibles*.

Claro Solar entiende que se trata de una sola categoría de bienes, fundando su opinión en una nota de Andrés Bello: "*Muebles preciosos* no significa cosas de mucho valor, sino dignas de estimación y aprecio, o sea, como lo expresa la ley, que tengan valor de afección para el menor: lo 'serían, verbigracia, una biblioteca, cuadros, estatuas, memorias de los antepasados del pupilo u otros objetos semejantes'". Esta última frase, corresponde a la nota de Bello, puesta en el "Proyecto Inédito", tomo 13 de las *Obras Completas de D. Andrés Bello*, p. 105. Agrega Claro Solar: "Son cosas corporales que hay conveniencia en conservar en la familia, en la cual pueden tener tal vez mayor precio que el que podría obtenerse vendiéndolas; y que la tradición misma de la familia exige que se conserven al pupilo para cuando pueda debidamente apreciarlas. Entre ellos puede haber cosas de valor intrínseco considerable, como joyas, una vajilla de plata conservada en la familia desde años atrás, muebles raros o antiguos, etc., etc.; pero serán *preciosos* más por su valor de estimación o de afección que por su valor venal".⁸⁸

Cabe destacar también que, para Claro Solar, esta clase de bienes sólo está restringida a las cosas *corporales*: "La salvedad establecida con respecto a 'los muebles preciosos o que tengan valor de afección', contempla, evidentemente muebles corporales, puesto que sólo a ellos son aplicables los calificativos indicados. No se refiere, por lo mismo, a los créditos, ni a los valores mobiliarios en general. Por consiguiente, si el patrimonio del pupilo está formado por acciones de Banco o sociedades anónimas, bonos del Estado, letras o bonos hipotecarios, etc., el tutor o curador puede enajenarlos, sin tener que solicitar la autorización del juez, aunque se trata de valores considerables, mientras que no puede vender por sí solo un predio cualquiera del pupilo del más insignificante valor".⁸⁹

Criticaba Claro Solar esta desprotección al patrimonio del pupilo, agregando que "Se debe este defecto del Código a una falta de previsión de sus redactores del desarrollo que estaban llamados a tener los valores mobiliarios". Recordaba Claro Solar que el Código francés tenía el mismo defecto, pero en Francia, el 24 de marzo de 1806, poco tiempo después por ende de promulgarse el aludido cuerpo legal, se

⁸⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.180, pp. 348 y 349.

⁸⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.163, pp. 336 y 337.

aprobó una ley que prohibía al tutor vender, sin autorización del Consejo de Estado, ciertos valores representativos de rentas a cargo del Estado cuando excedieran de cierto valor, y la misma disposición se aplicó a partir de 1813 a las acciones del Banco de Francia de propiedad del pupilo. Sin embargo, como observa Claro Solar, los redactores de nuestro Código no fijaron su atención en estos hechos tendientes a corregir las normas del Código Civil francés de 1804 y mantuvieron en el Proyecto de Código Civil chileno la libertad de acción del guardador, dejando entregado a la voluntad de éste un elemento del patrimonio que ha adquirido un desarrollo tan considerable.⁹⁰

En cambio, Luis F. Borja sí distingue con nitidez dos categorías de bienes: “muebles preciosos son los muebles corporales que tienen un elevado precio, como las alhajas, la vajilla de plata u oro, etc.”. Y agrega, refiere Claro Solar citándolo, “que es muy conveniente que se conserven en la familia [como] un capital difícil de reemplazarse, aplicando la expresión ‘valor de afección’ a los muebles que ‘llevan consigo recuerdos de personas queridas: joyas que se hubiesen donado en ciertas circunstancias, retratos de familia, y otras cosas semejantes’”. Concluye Claro Solar afirmando que “Esta distinción de Borja es comúnmente enseñada entre nosotros; pero no guarda conformidad con la idea del legislador manifestada en la nota de Bello”.⁹¹

Manuel Somarriva advierte esta discrepancia, pero no se pronuncia por una u otra tesis y más bien a nuestro juicio confunde las cosas, pues en uno u otro caso, sólo visualiza una categoría de bienes, omitiendo incluso la conjunción disyuntiva “o” que emplea el art. 393: “En cuanto a las formalidades exigidas por la ley para enajenar los bienes del pupilo, el legislador equipara a los bienes raíces los muebles preciosos que tuvieren algún valor de afección. Se discute entre los autores lo que entendió el legislador por ‘muebles preciosos que tuvieren valor de afección’. Borja cree que se refiere al valor intrínseco de dichos bienes, esto es, el valor comercial que dichos bienes pueden tener. El señor Claro Solar cree que tendrían el carácter de muebles preciosos con valor de afección, no sólo los bienes de gran valor intrínseco, sino aun aquellos bienes de poco valor, pero que se conservan como recuerdos de familia, etc.”.⁹²

En esta cuestión, estamos con L. F. Borja, considerando que, para el Diccionario de la Lengua Española, “precioso”, entre otras acepciones, significa “excelente”, “digno de estimación y aprecio”, “de mucho valor o de elevado coste”.

La etimología de la palabra “precioso” también es clara, pues nos remite al latín *pretiosus*, objeto de gran valor, voz formada de *pretium* (precio) más el sufijo *osus* (oso), abundante en, que exhibe esa cualidad.⁹³

Además, no nos parece que la nota de Bello sea tan concluyente para descartar el distingo que plantea Borja.

Adicionalmente, podríamos agregar otro argumento: como se ha referido, el Código se refiere también al valor de afección en las normas de la accesión de mueble a mueble, y en particular, en el caso de la adjunción. Establece la ley que, si de las cosas unidas, una es de mucho más estimación que la otra, la primera se mirará como la principal y la segunda como lo accesorio (art. 659, inc. 1º). La estimación se refiere generalmente al valor venal, esto es, comercial o de venta. La ley, sin embargo, en un caso hace primar el valor de afección: cuando la cosa tuviere para su dueño un gran valor de afección, se mirará ella como de más estimación (art. 659, inc. 2º). Se

⁹⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.163, p. 337.

⁹¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.180, p. 348; Borja, Luis F., *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, Tomo 6, Nº 147, p. 188.

⁹² Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor don Manuel Somarriva*, ob. cit., p. 548.

⁹³ <https://etimologias.dechile.net/?precioso> (consultada el 15 de agosto de 2024).

observa entonces que una cosa es el valor venal o comercial de la cosa, cuestión objetiva, y otra cosa es el valor de afección, cuestión subjetiva. De acuerdo a la regla, primero habrá que comparar el valor venal o comercial de las cosas que se han unido, sin considerar el valor de afección. Pero éste deberá considerarse, y por ende se dejará la aplicar la primera regla, si una de las cosas tiene para uno de los individuos "un gran valor de afección". Dispone la norma: "Si de las dos cosas unidas, la una es de mucho más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal y la segunda como lo accesorio. / Se mirará como de más estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección".

La cuestión puede tener importancia, pues el pupilo podría ser dueño de valiosos bienes muebles, pero que para él carecen de valor de afección. Así, por ejemplo, supongamos que el padre del menor actualmente bajo guarda, fue asesinado por el ladrón que intentó robarse una valiosa obra de arte. Considerando estas circunstancias, es factible suponer que el menor nada querrá saber de dicha obra de arte. Si aplicamos la tesis de Claro Solar, el guardador podría venderlos sin necesidad de obtener autorización judicial ni tampoco a través de pública subasta. Si aplicamos la tesis de Borja, el guardador deberá cumplir con estas dos exigencias. Nos parece que, en el segundo caso, además, se protege de menor forma al pupilo.

Como otra derivación de la tesis que seguimos, el guardador deberá ser especialmente cuidadoso, si quisiera vender un bien que, sospecha, podría tener un elevado valor, aunque no tenga certeza de ello. En un caso como este, lo razonable sería que pidiera a un experto que examine el bien mueble y lo tase.

Por otra parte, también nos parece discutible la conclusión de Claro Solar en orden a circunscribir los bienes muebles preciosos o con valor de afección sólo a las cosas corporales excluyendo a las cosas incorpóreas, como por ejemplo derechos o acciones que el pupilo posea en una sociedad o bonos representativos de deuda pública. Una interpretación que propenda efectivamente al mejor resguardo del pupilo debiera incluir a esta última clase de cosas en las exigencias de los arts. 393 y 394.

La sanción, para el caso de que no se cumpla lo previsto en los arts. 393 y 394 respecto de los bienes muebles preciosos o con valor de afección, será también la nulidad relativa, por idénticas razones a lo expuesto en el numeral precedente respecto de los inmuebles.⁹⁴

Ramos Pazos previene que el Código, sin embargo, nada dijo acerca de la enajenación del derecho real de herencia. Señala al efecto: "*Problema*. La ley no ha resuelto qué ocurre con la enajenación de los derechos hereditarios que pueda tener el pupilo. Como estos bienes no son inmuebles, no cabe aplicarles las reglas de los artículos 393 y 394, a menos que se les considere como bienes 'muebles preciosos o que tengan gran valor de afección'. El punto nos parece importante. La solución no es fácil. Personalmente, estimo que el asunto deberá resolverse teniendo en cuenta el caso particular de que se trate. Si determinados derechos hereditarios, considerando las fuerzas del patrimonio del pupilo, son significativos, debe exigirse autorización judicial para su enajenación y pública subasta para la venta, porque se les puede considerar 'bienes preciosos'. Y al revés si no tienen mayor valor, podrá el guardador enajenarlos con libertad. Un viejo fallo exigió cumplir con las disposiciones de los artículos 393 y 394 para la venta y enajenación de derechos hereditarios".⁹⁵

La sentencia a que alude Ramos Pazos es de la Corte de La Serena, de 1 de mayo de 1909, que alude al supuesto que la herencia comprenda inmuebles, y que expresa: "La enajenación de derechos hereditarios que comprenden bienes raíces debe sujetarse a las formalidades prescritas para la enajenación de los bienes raíces mismos en los artículos (...) 393, 394 (...) del Código Civil. Todas estas

⁹⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 799, p. 599.

⁹⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 799, p. 599.

disposiciones protectoras de los incapaces serían fácilmente burladas si se permitiera vender la cuota hereditaria de algunas de esas personas sin los trámites legales, so pretexto de que al enajenarse una cuota hereditaria, no se enajena bien alguno determinado; y ese absurdo legal no es admisible. Al rodear el Código de formalidades especiales de enajenación de los bienes inmuebles de los incapaces, ha estimado que tales formalidades deben primar sobre toda otra consideración; y el legislador no distinguió en este caso las circunstancias en estudio, o sea, el hecho que lo vendido sea un inmueble determinado, o un derecho universal o cuotativo sobre el mismo. La razón que tuvo el legislador para establecer esas reglas en los casos de venta de un inmueble determinado, subsisten con toda su fuerza y vigor tratándose de igual clase de bienes hereditarios; y donde hay la misma razón debe existir la misma disposición legal, y no es aceptable suponer una contradicción tan manifiesta en el legislador que hubiera querido proteger los intereses de los incapaces en un caso y no en el otro".⁹⁶

La conclusión que se desprende de esta sentencia resulta además concordante con lo dispuesto en el art. 254 del Código Civil, en cuanto este precepto dispone que la enajenación de los derechos hereditarios del hijo no emancipado requiere autorización judicial. Parece razonable que a los demás incapaces, se les otorgue una protección semejante.

Quizá lo razonable sería concluir que el guardador que pretendiera vender y enajenar el derecho real de herencia de su pupilo debiera requerir autorización judicial, aunque parece excesivo que en este caso la venta deba realizarse en pública subasta. La sentencia podría expresar que la autorización no se otorga "por no ser necesaria" o disponer que se autoriza la venta en forma privada o en pública subasta. En cualquiera de estos tres casos, el guardador habrá resguardado su responsabilidad, amparado por la respectiva sentencia.

En cambio, los padres titulares de la patria potestad no tienen ninguna limitación para enajenar a título oneroso los bienes muebles de sus hijos, aun en el caso de que puedan considerarse como bienes preciosos o con valor de afección. Si se pretende por ellos donar bienes muebles del hijo no emancipado, será necesario obtener autorización judicial, pues en este caso regirán las mismas limitaciones que establece la ley para los guardadores (art. 255 del Código Civil).

7.- Inversión de los dineros del pupilo

El guardador que desee dar en préstamo el dinero "ocioso" del pupilo, deberá adoptar las mayores seguridades y hacerlo al menos al interés corriente de plaza. Podrá también emplearlos en la adquisición de un bien inmueble (art. 406 Código Civil, en relación con la Ley General de Bancos y con el DFL N° 2 de 1959).⁹⁷

Dispone el art. 406: "El tutor o curador deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga con ellas en la plaza. / Podrá, si lo estimare preferible, emplearlo en la adquisición de bienes raíces. / Por la omisión en esta materia, será responsable de lucro cesante, en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesta y sin peligro".

Del artículo transcrito, se desprende que el tutor o curador podría emplear "el dinero ocioso" del pupilo en dos objetos:

- i.- Podrá prestarlo, al interés corriente que se obtenga con ellas en la plaza.
- ii.- Podrá adquirir bienes raíces.

En uno u otro caso, deberá hacerlo "con las mejores seguridades".

¿Qué debemos entender por "dinero ocioso" del pupilo? Refiere Claro Solar que "Se entiende evidentemente por dinero *ocioso* (expresión de que se sirve Voet, *otiosae*

⁹⁶ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3ª edición, p. 206.

⁹⁷ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 506, p. 362.

pecuniae) tanto los capitales recibidos en numerario por el tutor o curador al hacerse cargo de la tutela o curaduría y que no se hallaban aplicados a determinado objeto, como los capitales pagados al tutor o curador durante el curso de la tutela o curaduría y el excedente que dejen las rentas o demás entradas del patrimonio del pupilo después de satisfechos todas las cargas y gastos de la guarda (...). Nuestro Código no fija cantidad determinada; sino que habla en general de dinero ocioso. Naturalmente no se trata de sumas insignificantes y que puede haber utilidad para el pupilo en tener disponibles para alguna eventualidad; pero su cuantía dependerá de las fuerzas del patrimonio del pupilo, cuestión de hecho que queda al criterio del juez apreciar en el juicio de cuentas si se hiciera cargos al tutor o curador por intereses de pequeñas sumas”.⁹⁸

Como agrega Claro Solar, “nuestro Código no señala plazo al tutor o curador para el empleo que debe dar a los dineros ociosos del pupilo. Se limita a establecer claramente la obligación que tiene el tutor o curador de dar un empleo reproductivo a los dineros del pupilo; y lo hace responsable de toda omisión, ‘en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesta y sin peligro’. Esto es, por lo tanto, una cuestión de hecho que en cada caso resolverá el juez según las circunstancias que se le acrediten en el juicio de cuentas de la tutela o curaduría. En este juicio, el tutor o curador se excepcionará, seguramente, con la imposibilidad en que se ha hallado para dar esa colocación útil y sin peligro para los capitales del pupilo; y según sean los datos contradictorios que se hagan valer contra el tutor o curador, aceptará o no tal excepción”.⁹⁹

Recordemos que el “interés corriente”, en sus diversas tasas, es fijado mensualmente por la Comisión para el Mercado Financiero, de conformidad a lo previsto en los art. 6 y 6 bis de la Ley N° 18.010.

Se pregunta más adelante Claro Solar: “¿Qué colocación o empleo debe darse a los dineros del pupilo? Según el art. 406, el tutor o curador debe prestar el dinero ocioso del pupilo, con las mejores seguridades al interés corriente que se obtenga en la plaza, o podrá, si lo estimare preferible, emplearlo en la adquisición de bienes raíces. Lo mismo que en Roma el legislador considera que para la seguridad del patrimonio del pupilo debe procurarse la adquisición de bienes raíces, o el préstamo con garantía que asegure la restitución del capital y el pago de los intereses. (...) Nuestro Código, que manifiesta también la misma predilección por los bienes raíces, deja al tutor o curador en libertad de emplear el dinero ocioso del pupilo en la adquisición de esta clase de bienes si lo estimare preferible a darlos en mutuo. En cuanto al préstamo del dinero, debe hacerse con las mejores seguridades y al interés que con ellas pueda obtenerse en la plaza. No quiere la ley que el tutor o curador persiga el mayor interés posible, sino la seguridad de la colocación del capital, aunque el interés obtenido sea más bajo que el que podría alcanzarse con menores garantías o sin ellas. No ha dicho la ley cuales son las seguridades con que debe prestarse el dinero del pupilo; pero dispone que esas seguridades sean *las mejores* y, por consiguiente, han de ser de preferencia la hipoteca, la prenda o una fianza abonada”.¹⁰⁰

¿Podría el guardador dar otro empleo a los dineros ociosos de su pupilo? Se plantea esta pregunta Claro Solar: “Los términos de la ley ¿excluyen toda otra colocación? El asunto es de importancia, porque si el tutor o curador no pudiera dar otro empleo al dinero ocioso del pupilo que el préstamo al interés corriente de la plaza o la adquisición de bienes raíces, toda otra inversión sería imposible puesto que la ley no da al juez injerencia alguna en el empleo del dinero pupilar”.¹⁰¹

⁹⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.157, p. 326.

⁹⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.157, pp. 327 y 328.

¹⁰⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.159, pp. 329 y 330.

¹⁰¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.159, p. 330.

Como recuerda Claro Solar, el Proyecto de 1853 tenía un tenor más amplio, pues decía que el tutor o curador debía prestar al interés corriente de plaza el dinero ocioso del pupilo con buenas seguridades y si lo estimaba preferible, ponerlo en fondos de la deuda del Estado o emplearlo en la adquisición de bienes raíces o en especulaciones mercantiles o industriales seguras. Agrega Claro Solar que “La eliminación de los bonos del Estado y de las especulaciones mercantiles o industriales parecería indicar que la ley, fuera de la adquisición de bienes raíces, no acepta ora colocación que el mutuo a interés con las mayores seguridades; pero creemos que no puede ser éste el propósito del legislador”. Concluye admitiendo la inversión de los dineros ociosos en la clase de instrumentos a que aludía el Proyecto de 1853.¹⁰²

8.- Particiones en que tenga interés el pupilo.

El guardador, al intervenir en la partición en que tiene interés el pupilo, debe recabar la intervención de la justicia en tres momentos:

- a) Cuando se *inicia* la partición: el guardador no puede proceder a la división de bienes raíces o hereditarios que el pupilo posea con otros proindiviso, sino con autorización judicial (arts. 396 y 1322, inc. 1º). Con todo, esta autorización no será necesaria cuando la partición la provoca otro interesado que sea capaz.
- b) En el *nombramiento* del partidador: dispone la ley que, si alguno de los coasignatarios no tuviere la libre disposición de sus bienes, el nombramiento de partidador hecho por los interesados deberá ser aprobado por el juez (art. 1326).
- c) Al *término* de la partición: una vez efectuada la partición en que tiene interés un pupilo, ésta debe ser aprobada por la justicia (arts. 399 y 1342).

Estos principios no operan, cuando los interesados hacen la partición de común acuerdo. En este caso, el guardador no necesita autorización judicial para concurrir a la escritura; pero será necesario que la partición, una vez terminada, sea sometida a la aprobación de la justicia ordinaria igual que si se procediere ante partidador (art. 1325).¹⁰³

Nos explayamos acerca de esta materia en el estudio de la partición, en la sucesión por causa de muerte.

9.- Transacciones o compromisos.

Establece la ley una doble autorización judicial, cuando se efectuaran transacciones o se sometiera a compromiso los bienes raíces o muebles del pupilo: será necesario obtener *autorización* judicial, es decir *previa*, para proceder a la transacción o al compromiso y una vez celebrados tales actos, deberá solicitarse su *aprobación* judicial, es decir *a posteriori*, todo ello bajo pena de nulidad.¹⁰⁴

Dispone el art. 400: “Se necesita asimismo previo decreto para proceder a transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se valúen en más de un centavo, y sobre sus bienes raíces; y en cada caso la transacción o el fallo del compromisario se someterán a la aprobación judicial, so pena de nulidad”.

En su tenor original, el artículo aludía a “mil pesos”. Posteriormente, fue modificado por la Ley Nº 7.612, de 21 de octubre de 1943, elevándose la primitiva cuantía a diez mil pesos. Por el Decreto Ley Nº 1.123, publicado en el Diario Oficial el 4 de agosto de 1975, se sustituyó el escudo por el peso como unidad monetaria en Chile. Finalmente, el guarismo del art. 400 quedó en “un centavo”. Con ello, refiere Ramos Pazos, “Dado el exiguo monto a partir del cual se requiere de estas autorizaciones –un

¹⁰² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.159, pp. 330 y 331.

¹⁰³ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., Nº 507, pp. 362 y 363.

¹⁰⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., Nº 508, p. 363.

centavo-, viene a resultar que todos los compromisos o transacciones en que tiene interés un pupilo, deben cumplir con las formalidades que exige el artículo 400".¹⁰⁵

Respecto de la *transacción*, refiere Claro Solar que ajustados los términos de la misma, acto seguido "debe ser ésta sometida a la aprobación del juez, (...) quien expide así un nuevo decreto en el caso de haberse procedido a celebrarla a iniciativa del tutor o curador autorizado por decreto previo del juez. El perfeccionamiento de la transacción requiere esta aprobación judicial, *so pena de nulidad*. La ley impone en este caso, a diferencia de lo que ocurre en la división de una herencia o de bienes raíces, la sanción de la nulidad de la transacción que no es sometida a la aprobación judicial y no es aprobada por el juez. La nulidad de que aquí se trata es la relativa; puesto que el requisito de la aprobación judicial es exigido en consideración al menor y sólo en beneficio de éste; y no podría ser declarada por lo tanto, sino a petición del menor o de sus herederos y cesionarios, quedando saneada por el lapso de tiempo, si no es entablada la acción rescisoria dentro del cuadrienio después de llegado el menor a la mayor edad, o por la ratificación que éste puede prestarle".¹⁰⁶

¿Qué ocurre si en el marco de la transacción, es necesario que el guardador enajene un bien inmueble del pupilo? En tal caso, ¿debe aplicarse lo dispuesto en el art. 394, en cuanto a que se proceda a realizar pública subasta? Así concluye una antigua sentencia de la Corte Suprema, de 29 de mayo de 1911. Conforme a la doctrina de este fallo, "a) La pública subasta, tratándose de bienes inmuebles pertenecientes a pupilos, se exige para toda transferencia de dominio por acto entre vivos y no sólo para la venta de ellos. Por consiguiente, no puede exceptuarse de esta regla la transacción. Hay que llegar a la conclusión de que el artículo 400 habla incidentalmente de los bienes raíces de los pupilos, con el objeto de no introducir la duda de que respecto de ellos pudiera prescindirse de la autorización judicial. Por lo tanto, dicho artículo tiene necesariamente que referirse a las transacciones por medio de las cuales se disponga de bienes raíces sin necesidad de subasta pública, como en el arrendamiento, en la demarcación de inmuebles de incapaces, o en otros actos semejantes en que no se exija esta solemnidad o en que la transacción no sea incompatible con la subasta. b) Del estudio del artículo 400 en relación con los otros del mismo título, que tratan de las facultades de los guardadores en materia de administración, se ve claramente que dicho artículo tiene por exclusivo objeto restringir las facultades amplias de éstos, en cuanto a disponer de los dineros y muebles del pupilo, cualquiera que sea su cuantía, estableciendo que siempre que pretendan hacerlo sobre toda clase de bienes, por medio del contrato de transacción, sus facultades privativas quedan limitadas hasta la suma que indica el precepto por lo que respecta a los muebles, y enteramente restringidas en cuanto a los bienes raíces de cualquier valor. c) De consiguiente, no se puede deducir dentro de la lógica que esta disposición legal, cuyo sentido acaba de explicarse, tenga por objeto ampliar las facultades de los curadores, hasta el punto de que se pudiera prescindir de la pública subasta exigida para la enajenación de los inmuebles de los pupilos, cuando disponen de esos bienes por medio de la transacción, esto es, en un contrato en que, precisamente, toma la ley mayores garantías contra los representantes de los incapaces. d) En la hipótesis que el curador pudiera transigir en toda forma sobre bienes raíces del pupilo con sólo la aprobación judicial, la transacción sólo podría referirse a los bienes que han sido materia del pleito que se transige, porque esta inteligencia es la única que se armoniza con la naturaleza del contrato de transacción, según cuya definición sólo son materia propia de dicho contrato los objetos que se hallan sometidos a juicio sobre los que pueda recaer la litis, y en la parte que se refiere a otros bienes carecería de valor".¹⁰⁷

¹⁰⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 803, p. 602.

¹⁰⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.202, pp. 369 y 370.

¹⁰⁷ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II,

Claro Solar critica las conclusiones de esta sentencia, aseverando que: "los únicos requisitos que la ley exige para que el tutor o curador pueda transigir sobre esta clase de bienes, son el decreto previo del juez para proceder a celebrarla y el decreto aprobatorio posterior de la transacción celebrada. Aunque la transacción puede afectar al dominio del pupilo sobre bienes raíces, e importar en el hecho una enajenación del derecho que el pupilo tenía o entendía tener o poder hacer valer sobre bienes de esta clase, no tendría cabida la pública subasta que la ley exige para la venta de los bienes raíces del pupilo, cuya enajenación, a este título, se autorice por decreto judicial. La naturaleza del contrato de transacción hace imposible la subasta pública, puesto que en la transacción se ha de reconocer el derecho del otro contratante y no el derecho del mejor postor que nada tiene que ver con la controversia existente o inminente entre el pupilo y su contendor. Se ha fallado, sin embargo, que la pública subasta, tratándose de bienes inmuebles pertenecientes a pupilos, se exige para toda transferencia de dominio por acto entre vivos y no sólo para la venta de ellos; y por consiguiente, no puede exceptuarse de esta regla la transacción".¹⁰⁸

Más adelante, agrega el mismo autor: "No es efectivo, como lo afirma la Corte Suprema, que el artículo 400 se haya referido a los bienes raíces de los pupilos sólo incidentalmente y para que no se introdujera la duda de que respecto de ellos pudiera prescindirse de la autorización judicial. En la historia del establecimiento de dicha disposición, a la que ya hemos hecho alusión, aparece que precisamente lo que se tuvo en mira fue la transacción sobre bienes raíces, es decir la que debía tener por objeto poner término a un litigio existente sobre la propiedad de bienes raíces, o prevenir un litigio eventual sobre dicha propiedad; y esta disposición originaria fue extendida a otros derechos del pupilo que se valúen en más de mil pesos, derechos que pueden referirse a toda clase de bienes y no únicamente, según los considerandos del fallo de la Corte Suprema, a dineros y muebles del pupilo. Al hablar de transacciones sobre bienes raíces, se refiere, pues, la ley a los bienes mismos; (...) Desde que la ley no distingue, no es dado al hombre distinguir, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; y al hablar de transacciones sobre bienes raíces en términos generales, se ha referido a las transacciones relacionadas con toda clase de derechos del pupilo sobre bienes raíces, el dominio entre ellos. Ahora bien, si el objeto de la transacción es poner término extrajudicial a un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, ¿cómo podría transigirse sobre bienes raíces en caso de ser necesaria la subasta pública? Ello sería evidentemente imposible; y la ley habría dictado una disposición absolutamente ineficaz al decir que para transigir sobre bienes raíces de su pupilo el tutor o curador debe proceder con decreto judicial previo, y someter en seguida la transacción misma a la aprobación del juez. Pero es el hecho que la ley permite al tutor o curador transigir sobre bienes raíces o derechos inmuebles del pupilo con los dos requisitos indicados, al tratar especialmente de las transacciones que puede realizar, y que no ha dicho una sola palabra sobre la pública subasta que el art. 394 exige para la venta de esta clase de bienes, precisamente también porque la naturaleza de la transacción no lo permite. El error de la sentencia a que nos venimos refiriendo, proviene de haber dado a la palabra *venta* del art. 394, la acepción genérica de *enajenación*, de la cual es solamente una especie. La palabra *enajenación* designa, efectivamente, la venta; pero la palabra *venta* de que se sirve el art. 88 respecto de los bienes del desaparecido, por ejemplo, y el art. 394 respecto de los bienes de los pupilos, no expresa sino esta forma especial de *enajenación*, y no creemos que sea lógico deducir del contexto de las disposiciones de este artículo y del anterior que la solemnidad de la pública subasta `se

Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3ª edición, pp. 210 y 211.

¹⁰⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.204, pp. 370 y 371.

exija *para toda transferencia* de dominio por acto entre vivos de los bienes raíces de los pupilos”.¹⁰⁹

Somarriva arriba a la misma conclusión: “la disposición del artículo 394 es bastante clara y sólo se refiere a la venta de los bienes raíces del pupilo, la cual debe hacerse en pública subasta. Es por eso que adherimos a la crítica que el señor Claro Solar hace a una sentencia dictada por la Corte Suprema, que dijo que la transacción sobre bienes raíces del pupilo, debía también hacerse en pública subasta”.¹¹⁰

Vodanovic es de la misma opinión, criticando igualmente la aludida sentencia de la Corte Suprema de 29 de mayo de 1911: “Transferencia de un bien del pupilo no disputado, como concesión de la transacción; ¿subasta pública? De acuerdo con el Código Civil, la venta de cualquier bien raíz, mueble precioso o que tenga valor de afección perteneciente al pupilo, debe hacerse en pública subasta (artículo 394 en relación con el 393). Muy claro está que la norma se refiere a la *venta*, y no a otros contratos que necesariamente se pactan con personas *determinadas*, como la permuta, la constitución de hipoteca, empeño o censo. En todas estas hipótesis sería absurdo exigir la subasta, que supone la concurrencia de extraños, los postores. Pujarían ¿para qué? A pesar de que las reflexiones anteriores valen para la transferencia de un inmueble no disputado del pupilo, realizada por la vía de la transacción celebrada por el guardador con autorización y aprobación judicial, una sentencia de la Corte Suprema no lo ha estimado así.¹¹¹ Después de una argumentación, extensa y débil, concluye que la pública subasta se exige para toda transferencia de dominio de los inmuebles del pupilo, y no sólo para su venta, sin que pueda exceptuarse de esta regla la transacción. En el mismo juicio, la Corte de Apelaciones sostuvo la tesis contraria, que resume en uno de sus considerandos de la siguiente manera: ‘Aduciéndose en la demanda como causal de nulidad de la transacción el hecho de haberse mediante ella transferido al otro contratante el dominio de bienes raíces pertenecientes a los pupilos sin cumplirse con el requisito de la pública subasta que para la enajenación de esta clase de bienes establece el artículo 393 del Código Civil, debe observarse que dicho requisito no lo ha impuesto la ley para la transacción y no ha podido exigirlo porque es contrario a la naturaleza de este contrato, pues en él sólo es posible que intervengan como partes directas contratantes las personas que se encuentran en el caso de terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o necesitan precaver uno eventual, y en ninguna forma sujetos extraños que carecen de todo interés en la cuestión’. Insiste en este mismo punto de vista un Juzgado de Santiago que, varios años después de la errónea sentencia de la Corte Suprema, categóricamente declara:¹¹² ‘la pública subasta sólo se exige con respecto a la venta de los bienes raíces del menor bajo guarda, y no se aplica a los demás títulos traslaticios de dominio, como la dación en pago’.¹¹³

Acerca del *compromiso*, refiere Claro Solar: “El compromiso es una convención en la cual se confía a árbitros la misión de solucionar una controversia. El compromiso tiene grande analogía con la transacción, pues su objeto es terminar un proceso; pero hay entre ellos una diferencia esencial y es que en el compromiso las partes nombran un juez de su elección, encargado de dictar una resolución en la cuestión que los divide; mientras que en la transacción, las partes mismas son sus propios jueces, o más bien terminan sus diferencias por la vía del contrato y con conocimiento pleno del sacrificio que deben hacer para obtener su tranquilidad. En el compromiso la resolución

¹⁰⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.204, pp. 370-373.

¹¹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor don Manuel Somarriva*, ob. cit., p. 548.

¹¹¹ En voto disidente, los ministros Gallardo y Aguirre Vargas niegan que la subasta pública proceda en las transacciones celebradas por el guardador sobre los bienes del pupilo: Vodanovic H., Antonio, *Contrato de Transacción*, 3ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1993, N° 63, p. 49.

¹¹² Sentencia de 30 de julio de 1928, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 29, secc. 1ª, p. 50 y p. 54.

¹¹³ Vodanovic H., Antonio, ob. cit., N° 63, pp. 48 y 49.

del juez que las partes se han dado, en lugar del magistrado con autoridad pública, es una incógnita que puede significar para uno de los comprometidos la pérdida total de sus pretensiones, lo que da al compromiso mayor gravedad que a la transacción. El Código los ha sometido, no obstante, a las mismas reglas. El tutor o curador no puede comprometer los derechos del pupilo que se valúen en más de mil pesos, ni sus bienes raíces sin decreto previo del juez; y el fallo que expida el compromisario debe ser sometido a la aprobación judicial, so pena de nulidad. No se trata, en este caso, de una segunda instancia ante el juez por vía de apelación del fallo, sino del examen de la resolución dada por el compromisario para ver si está arreglada a derecho. El juez procede con audiencia del defensor de menores, y exigiendo las justificaciones que estime necesarias".¹¹⁴

10.- Aceptación de una herencia, legado o donación.

El guardador debe aceptar las herencias que se defieran al pupilo, con beneficio de inventario (art. 397). Reiteran los arts. 1225 y 1250 que sólo podrá aceptar el guardador y no el pupilo personalmente, ni siquiera con beneficio de inventario.

En cuanto a la aceptación de donaciones y legados (asimilados para estos efectos por el art. 1411), debemos distinguir:

- i.- Si la donación o legado no impone gravámenes, el guardador acepta libremente;
- ii.- Si los impone, no podrán aceptarse sin antes tasar las cosas donadas o legadas (art. 398).¹¹⁵

En todo caso, la aceptación "entra en las facultades del tutor o curador; puede efectuarla por sí solo sin necesidad de decreto previo o aprobación posterior del juez".¹¹⁶

De esta manera, "En el hecho los intereses del menor quedan garantidos aceptando la herencia que le es deferida con beneficio de inventario, puesto que su responsabilidad no podrá exceder del valor total de los bienes que ha heredado, en el evento de que aparezcan deudas de que en un principio no se tuvo conocimiento. La aceptación de la herencia por el tutor o curador sin llenar dicha formalidad previa, no podría ser considerada como aceptación de ella por parte del pupilo; y podría rescindirse en todo momento, a diferencia de la aceptación hecha con beneficio de inventario que, lo mismo que la hace un heredero mayor de edad, es irrevocable por regla general, y sólo rescindible por haber sido obtenida con fuerza o dolo y en caso de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla, según lo dispone el art. 1234. Pero en cuanto al pupilo la aceptación en que el tutor o curador no ha dado cumplimiento al requisito del inventario no puede, por lo mismo, obligar al pupilo por las deudas y cargas de la sucesión, sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio del pupilo. Esta disposición del art. 1250 tiene, precisamente, como fundamento, la nulidad de la aceptación en que el tutor o curador no ha cumplido con este requisito establecido en favor del pupilo, y el principio de derecho de que nadie puede enriquecerse sin causa jurídica en perjuicio de otro".¹¹⁷

En cuanto a las sanciones, para el caso de no dar cumplimiento a lo previsto en los artículos citados, Ramos Pazos formula el siguiente distingo:

- i.- Si se acepta una herencia sin beneficio de inventario: la sanción es la inoponibilidad, conforme al art. 1250, inc. final: "No cumpliéndose con lo dispuesto en este artículo, las personas naturales o jurídicas representadas, no serán obligadas por las deudas y

¹¹⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.206, p. 378.

¹¹⁵ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., Nº 509, p. 363.

¹¹⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.207, p. 378.

¹¹⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.239, pp. 405 y 406.

cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas”.

ii.- Si se acepta una donación o legado sin previa tasación, cuando ésta era necesaria: estima Ramos Pazos que la sanción sería la nulidad relativa, por haberse omitido un requisito establecido por la ley en consideración al estado o calidad de las partes.¹¹⁸

11.- Repudiación de las herencias, legados y donaciones.

Las reglas son idénticas para las herencias, legados y donaciones:

i.- El guardador sólo puede repudiar la herencia deferida al pupilo, previo decreto del juez dado con conocimiento de causa (arts. 397 y 1236).

ii.- La repudiación de una donación o legado debe hacerse previa autorización judicial dada con conocimiento de causa (arts. 398 y 1236).¹¹⁹

Disponen estas normas:

“Art. 397, El tutor o curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo, sin decreto de juez con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario”.

“Art. 398. Las donaciones o legados no podrán tampoco repudiarse sino con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1236; y si impusieren obligaciones o gravámenes al pupilo, no podrán aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas o legadas”.

“Art. 1236. Los que no tienen la libre administración de sus bienes no pueden repudiar una asignación a título universal, ni una asignación de bienes raíces, o de bienes muebles que valgan más de un centavo, sin autorización judicial con conocimiento de causa”.

En cuanto a la *repudiación de una herencia*, expresa Claro Solar que “La repudiación de la herencia es un acto grave e importante, porque hace perder derechos que habían entrado virtualmente en el patrimonio del menor desde la muerte del testador; y de la repudiación puede, por lo mismo, seguirse daño al pupilo. Bajo este punto de vista se ha considerado y sostenido que la renuncia a una sucesión abierta, equivale a una enajenación. ‘El heredero, dice Laurent, recibe de pleno derecho (*est saisi de plein droit*) la propiedad de la herencia; en consecuencia, cuando renuncia, enajena’. Pero esta analogía que se quiere encontrar entre la enajenación ordinaria y directa de los bienes mismos del pupilo y la enajenación indirecta que resultaría de la repudiación de una herencia, dista mucho de la realidad. Es cierto que la herencia es deferida al heredero en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata y la posesión legal de la herencia le es conferida al mismo tiempo por el solo ministerio de la ley; así lo dispone también expresamente nuestro Código Civil; pero todo esto está subordinado a su aceptación o renuncia y el heredero que válidamente repudia una herencia se entiende no haberla poseído jamás: los efectos de la repudiación, lo mismo que los de la aceptación, se retrotraen al momento en que la herencia ha sido deferida. La repudiación es un acto de gravedad e importancia que justifica la limitación que a su respecto establece la ley en las facultades del tutor o curador; pero no tiene los caracteres jurídicos de la enajenación, y por eso no dona el que repudia una herencia, porque no se disminuye su patrimonio, sino que se pierde la posibilidad de aumentarlo. Por otra parte, la herencia puede estar muy gravada y lejos de representar bienes y activos, constituir pasivo y cargas tales que no pueda decirse en el hecho que al repudiar la herencia se abandone algo en realidad. Esto es precisamente lo que debe examinar el juez para autorizar o no la repudiación de la herencia, que no la autorizará, sin duda alguna, si ve que no se halla gravada, ya que

¹¹⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 804, pp. 602 y 603.

¹¹⁹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 510, p. 364.

con el beneficio de inventario, en caso de aceptación, existe garantía para el pupilo de que no será perjudicado, a menos que hubiera consideraciones de orden moral que impusieran la no aceptación, dados los móviles de la liberalidad del testador, puesto que no debe considerarse únicamente la conveniencia material del pupilo”.¹²⁰

En lo que se refiere a la *repudiación de una donación o de un legado*, señala Claro Solar: “La ley no deja al tutor o curador la facultad de repudiar libremente una donación o legado hecho al pupilo. Se trata de actos que generalmente son ventajosos al menor, puesto que aumentan su patrimonio sin imponerle sacrificio alguno. Lo natural es que la donación o el legado sea aceptado por el tutor o curador; pero excepcionalmente el legado o la donación puede imponer obligaciones o gravámenes, puede tener una causa onerosa y la ley quiere que no sea el tutor o curador solo quien aprecie si es o no conveniente la aceptación o la repudiación. Si considera perjudicial la aceptación con esas cargas que tal vez no dejan utilidad apreciable al pupilo o le imponen responsabilidades que exigen del tutor o curador cuidados especiales con perjuicio para la atención de los demás negocios del pupilo, el tutor o curador expondrá al juez las razones que tiene para repudiar la donación o legado y el juez, con conocimiento de causa, lo autorizará o no para repudiar. Aunque el legado o la donación importen una simple liberalidad que no imponga al pupilo obligación ni gravamen alguno, pueden, en otro sentido, existir razones poderosas de conveniencia moral, de honor o de decoro para el pupilo y la familia que aconsejen no aceptar la donación ofrecida o el legado, dados los móviles a que obedece el donante o testador, por más ventajosa y seductora que fuera la liberalidad. Por otra parte, su misma cuantía, que puede ocasionalmente imponer al pupilo una prestación alimenticia a favor del donante, será una consideración que según los hábitos del donante podría ser tomada en cuenta para repudiar una liberalidad actual que puede transformarse en una pesada obligación futura”.¹²¹

El último comentario de Claro Solar alude al art. 321 del Código Civil, que establece que se debe alimentos, al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

Ramos Pazos sostiene que la sanción para el caso de repudiar una herencia, legado o donación sin autorización judicial será la nulidad relativa, por haberse omitido una formalidad habilitante, es decir, establecida en consideración al estado o calidad de las partes.¹²²

12.- Dinero dejado al pupilo para la adquisición de un bien raíz.

El guardador, en este caso, no puede variar la destinación, salvo con autorización judicial con conocimiento de causa.

Dispone el art. 401: “El dinero que se ha dejado o donado al pupilo para la adquisición de bienes raíces, no podrá destinarse a ningún otro objeto que la impida o embarace; salvo que intervenga autorización judicial con conocimiento de causa”.

Como indica Claro Solar, “Refiérese la ley a legados o donaciones hechas al pupilo para que con su valor se adquieran para él bienes raíces, y quiere que se respete estrictamente la voluntad del testador o donante, quien, en su intención, ha deseado dejar un predio, dando el dinero para que se adquiera como si hubiera dejado el predio mismo. Manifiesta una vez más en esta disposición el legislador, su preferencia por los bienes raíces como la mejor inversión para los incapaces, no sólo por ser la base más sólida del patrimonio, sino porque los guardadores no pueden enajenar ni gravar esta clase de bienes libremente. (...) Según el art. 401 el tutor o curador puede resolver, por sí solo, este punto; y debe recurrir al juez para que éste,

¹²⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.207, pp. 378-380.

¹²¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.211, pp. 380 y 381.

¹²² Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 804, p. 603.

con conocimiento de causa, es decir, de las circunstancias que hacen necesaria o más provechosa al pupilo otra inversión del dinero dejado para adquirirle un bien raíz, autorice otra destinación para ese dinero o la postergación del cumplimiento de la voluntad del testador o donante. El pupilo tiene, por ejemplo, una deuda exigible para cuyo pago necesitaría hipotecar una propiedad que posee, y en esta situación recibe un legado destinado a la adquisición de un bien raíz; habría para el pupilo necesidad de pagar con el dinero del legado la deuda y esperar tener dinero disponible para comprar otro predio. El pupilo tiene un fundo y el canal destinado a su riego exige reparaciones indispensables para poder servirse de él; en lugar de contraer una deuda para pagar las reparaciones, podría haber conveniencia inmediata para el pupilo en invertir en esos trabajos el dinero que se le ha dejado o donado para comprar otro predio. En uno y otro caso, el juez no vacilará en prestar su autorización para esta inversión, porque es de presumir que el testador o donante no habría procedido de otro modo ante esta situación del menor, que ha querido favorecer con su liberalidad".¹²³

13.- Fianza

Establece el art. 404 del Código Civil: "El pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, que sólo autorizará esta fianza a favor de un cónyuge, de un ascendiente o descendiente, y por causa urgente y grave".

El guardador no puede obligar a su pupilo como fiador, por regla general. Podrá el juez autorizar la fianza, en los casos excepcionales del art. 404. Deberán cumplirse en tal caso dos requisitos:

- i.- Que la fianza se otorgue en favor del cónyuge, de un ascendiente o descendiente; y
- ii.- Que la fianza se otorgue por causa urgente y grave.

Expresa Claro Solar que "La fianza no es un acto de administración ordinaria; es un acto grave y peligroso que puede colocar al fiador en la necesidad de satisfacer la obligación ajena que ha prometido pagar al acreedor, si el deudor principal y directo de la obligación no la cumple. Era natural, por lo mismo, que la ley no dejara al tutor o curador en libertad de comprometer al pupilo por obligaciones completamente extrañas a su patrimonio, cuando la misión del tutor o curador es conservar el patrimonio del pupilo y procurar libertarlo de todas las cargas que puedan pesar sobre él a favor de terceros".¹²⁴

En cuanto a la sanción, nuestra doctrina ha planteado que habría que formular un distingo:

- i.- Si se constituye fianza en favor de una persona distinta de las señaladas en el art. 404, la sanción sería la nulidad absoluta, porque se trataría de un acto prohibido.
- ii.- Si se otorga la fianza para caucionar las obligaciones del cónyuge, de un ascendiente o de un descendiente, pero sin previa autorización judicial o por causa que no es urgente y grave, la sanción sería la nulidad relativa, por haberse omitido un requisito establecido en consideración al estado o calidad de las partes.¹²⁵

14.- Arrendamiento de bienes del pupilo.

Se refiere a la materia el art. 407: "No podrá el tutor o curador dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo por más de ocho años, ni de los urbanos por más de cinco, ni por más número de años que los que falten al pupilo para llegar a los dieciocho. / Si lo hiciere no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo

¹²³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.214, p. 383.

¹²⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.224, p. 390.

¹²⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 801, p. 600; Vodanovic H., Antonio, ob. cit., N° 41, pp. 43 y 44.

o para el que le suceda en el dominio del predio, por el tiempo que excediere de los límites aquí señalados”.

No puede el guardador dar en arrendamiento los predios rústicos del pupilo por más de ocho años ni los urbanos por más de cinco; tampoco por el tiempo que exceda la mayoría de edad del pupilo. Si arrendare el guardador por más tiempo, el exceso será inoponible al pupilo (art. 407, norma similar a la del art. 1749, a propósito de la sociedad conyugal).¹²⁶

De esta manera, el guardador debe respetar tres límites temporales:

i.- Respecto de los bienes inmuebles “rústicos”, no puede darlos en arrendamiento por un plazo que exceda los ocho años.

ii.- Respecto de los bienes inmuebles “urbanos”, no puede darlos en arrendamiento por un plazo que exceda los cinco años.

iii.- En cualquiera de los dos casos anteriores, así como también en el caso de que se trate del arrendamiento de bienes muebles del pupilo, el plazo del arrendamiento no podrá sobrepasar el momento en que el pupilo cumpla la mayoría de edad. Esta última situación no aplica, por supuesto, cuando la guarda tenga una causa distinta que la menor edad del pupilo.

Si el guardador arrendare tales bienes por más tiempo que aquél que autoriza la ley, el exceso será inoponible al pupilo. En efecto, no se trata de una hipótesis de nulidad del contrato; éste será válido, pero inoponible al pupilo más allá de los plazos indicados.

Refiere al efecto Claro Solar: “La sanción de la violación del precepto legal no es, sin embargo, la nulidad del arrendamiento. La ley se contenta con establecer que el pupilo o el que le suceda en el dominio del predio, no está obligado a respetar un arrendamiento hecho por el tutor o curador por un plazo más largo (...) La redacción dada al art. 407 de nuestro Código, puede dar ocasión a duda sobre el valor de un arrendamiento que excede de los límites señalados. ‘No podrá el tutor o curador dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo’, dice; de modo que parece que se le prohibiera celebrar el contrato; pero el inciso segundo se pone, precisamente, en el caso que el tutor o curador lo haga y no establece la nulidad como sanción de tal infracción, sino que se refiere a los efectos del contrato con respecto al pupilo o al que le suceda en el dominio del predio, para establecer que tal contrato por mayor plazo no obliga a éste ‘por el tiempo que excediere de los límites aquí señalados’. Esto importa reconocer que el arrendamiento aunque exceda de cinco u ocho años, no deja de ser un acto de administración que entra en las facultades del tutor o curador y que únicamente, en resguardo de los intereses del menor se reduce su duración si excede de esos límites o si hubiera de ligar al pupilo para después de su mayor edad. Habiendo señalado la ley especialmente como sanción de un arrendamiento pactado por mayor plazo que el de ocho años si se trata de un predio rústico, o de cinco años respecto de un predio urbano, o por un plazo aun dentro de estos términos, que hubiere de terminar después de llegar el pupilo a la mayor edad, la de no ser obligatorio ese arrendamiento para el pupilo o su sucesor en el dominio del predio por el tiempo que de tales límites excediere, es evidente que el contrato no es nulo y debe ser cumplido por ambas partes, el arrendatario y el tutor arrendador, que lo contrataran; pero un arrendamiento por un largo tiempo y por una renta invariable podría importar una mala gestión e imponer al tutor curador la responsabilidad de tener que indemnizar al pupilo por la falta de renta que fácilmente habría podido obtener con arrendamientos más cortos y renovados más a menudo”.¹²⁷

¹²⁶ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 513, pp. 364 y 365.

¹²⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N°s. 2.228 y 2.229, pp. 395-397.

En cuanto al arrendamiento de bienes muebles del pupilo, no hay restricciones legales, sin perjuicio de no poder exceder el plazo del contrato la mayoría de edad de aquél y de la restricción para autocontratar consagrada en el art. 412 del Código Civil.

15.- Donación de bienes del pupilo.

Dispone el art. 402 del Código Civil: "Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aun con previo decreto de juez. / Sólo con previo decreto de juez podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo; y no las autorizará el juez, sino por causa grave, como la de 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 un menoscabo notable los capitales productivos. / Los gastos de poco valor para objetos de caridad, o de lícita recreación, no están sujetos a la precedente prohibición".

Distinguimos según se trate de bienes raíces o muebles:

- i.- La donación de bienes raíces se prohíbe bajo todo respecto (art. 402, inc. 1º, norma prohibitiva).
- ii.- La donación de bienes muebles puede hacerse reuniendo los siguientes requisitos (art. 402, inc. 2º, norma imperativa de requisito):
 - i) Previo decreto judicial;
 - ii) Que la donación sea proporcionada a los bienes del pupilo;
 - iii) Que la donación no menoscabe sus capitales productivos; y
 - iv) Que exista una causa grave que la justifique.

Los gastos de poco valor para objetos de caridad o de lícita recreación, no están sujetos a estas prohibiciones (art. 402, inc. 3º).¹²⁸

Como expresa Claro Solar, "Por regla general la ley prohíbe al tutor o curador hacer donaciones de bienes del pupilo. Por amplias que sean las facultades de administración dadas al tutor o curador, la donación es el acto más calificado de disposición de sus bienes que puede ejecutar el propietario; y por eso son inhábiles para donar los que no tienen la libre disposición de sus bienes. La donación importa disminución del patrimonio del donante; y obligado, como se halla el tutor o curador, a conservar e incrementar el patrimonio del pupilo, es evidente que no puede donar parte alguna de él. Esta es la regla general. Excepcionalmente permite la ley que puedan hacerse pequeñas donaciones de dinero u otros bienes muebles del pupilo (...), pero no deja al tutor o curador en libertad de proceder según su propio criterio, sino que le exige que obtenga decreto previo del juez que lo autorice a hacer la donación, que el juez proceda a conceder su autorización con conocimiento de causa, que ésta sea grave y que la cuantía de la donación sea proporcionada a las facultades del patrimonio del pupilo y no sufran por ella un menoscabo notable los capitales productivos (...). Debe evidentemente el juez proceder a otorgar esta autorización de la donación con conocimiento de causa, porque aunque la ley no se haya servido de esta expresión, ella va implícitamente envuelta en la disposición que manda el juez no otorgarla si no existe causa grave para ello. No bastaría, por consiguiente, el simple libelo en que el tutor o curador expusiera los antecedentes que a su juicio justificaran la donación para que el juez otorgara su autorización".¹²⁹

Refiriéndose Claro Solar a la "causa grave" que justifique la donación, expresa: "La causa que justifique la liberalidad que el tutor o curador desee hacer con dinero o bienes muebles de su pupilo, a nombre de éste, debe ser *grave*, según la ley. El Proyecto de 1853 hablaba de causa *justa*; y al sustituir una palabra por otra, el legislador ha querido evidentemente indicar que no bastaría cualquiera causa

¹²⁸ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 514, p. 365.

¹²⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N°s. 2.215-2.218, pp. 383-386.

razonable y conforme con la moral o buenas costumbres, sino que es menester un motivo poderoso y gravemente justificado que haga hasta cierto punto imprescindible la donación, y del cual no pudiera desentenderse el tutor o curador sin faltar al decoro mismo del pupilo, que tiene suficientes facultades para satisfacerlo. La ley ha indicado por vía de ejemplo de causa grave, la de socorrer a un consanguíneo necesitado, la de contribuir a un objeto de beneficencia, u otro semejante. Esta enumeración que no puede ser taxativa, precisamente por referirse a cualquiera otra causa semejante a las indicadas, fuera de la palabra con que se la enuncia, fija la intención o espíritu del legislador que ha querido que el tutor o curador no olvide que su pupilo tiene deberes para con su familia y la sociedad de que es miembro, de que por decencia y propio decoro no debe desentenderse".¹³⁰

En cuanto a la expresión "socorrer a un consanguíneo necesitado", Claro Solar señala que no se fija límite al grado de parentesco y por consiguiente no habría motivo para restringir su significado, de acuerdo a la regla de interpretación consagrada en el art. 23 del Código Civil. En tal sentido, "Se ha fallado que el curador de un insano podía socorrer con una cantidad de dinero desde luego y dar una pensión alimenticia a parientes consanguíneos que se hallaban en quinto y sexto grado de parentesco, autorizándose al curador para hacerlo. La resolución de segunda instancia que confirmó la de primera de que había apelado el curador, fue dada por mayoría de votos rechazando a opinión de uno de los ministros, quien estimaba que el art. 402 no puede referirse a consanguíneos que se hallen en grado tan distante de parentesco, siendo que según el art. 321 la obligación de dar alimentos no existe en favor de tales parientes, y porque no sería justo suponer que el pupilo tuviera voluntad de socorrer a parientes lejanos; pero esta opinión era evidentemente errada".¹³¹

La sentencia a que alude Claro Solar, en la que se concluye que el guardador puede socorrer a los consanguíneos del sexto grado del pupilo, es de la Corte de Santiago de fecha 21 de junio de 1878. En ella, "En el voto disidente del Ministro Lastarria, se expresa que el art. 402 no puede referirse a parientes de grado tan distante, siendo que el artículo 321 no contempla la obligación de dar alimentos a tales parientes y no es justo suponer voluntad en el pupilo de socorrer a familiares tal lejanos".¹³²

¿Puede socorrer el guardador a un pariente por afinidad del pupilo? En principio, pareciera que no, pues el art. 402 se refiere a "socorrer a un *consanguíneo* necesitado". Sin embargo, se trata sólo de un ejemplo proporcionado por el precepto. En consecuencia, creemos que sería posible tal socorro, siempre que se cumplan los requisitos de la norma.

Respecto de los "gastos de poco valor" a que se refiere el inciso final del art. 402, consigna Claro Solar que "No deben considerarse comprendidas en la disposición que dejamos estudiada, ni en la prohibición de donar, los pequeños obsequios acostumbrados en ciertos días del año, como el de Pascua, el de año nuevo, el onomástico, o en ciertos acontecimientos, como el de nacimiento, el matrimonio, siempre que sean de reducido valor; ni tampoco las ligeras gratificaciones que se acostumbra hacer a las personas de servicio y que la ley no prohíbe ni aun a un simple mandatario general que es absolutamente inhábil para donar, art. 2139".¹³³

Este último precepto, en las normas del mandato, señala: "En la inhabilidad del mandatario para donar no se comprenden naturalmente las ligeras gratificaciones que se acostumbra hacer a las personas de servicio". Se trata, por ejemplo, de las propinas

¹³⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.219, p. 386.

¹³¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.220, p. 387.

¹³² *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3ª edición, p. 212.

¹³³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.223, p. 389.

que se suelen conceder a quienes nos prestan un servicio y que se adicionan al precio que pagamos por dicho servicio.

Deben aplicarse las reglas anteriores relativas a la donación de bienes muebles a la remisión o condonación de una obligación, según se desprende del art. 403 del Código Civil, del siguiente tenor: "La remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación".¹³⁴ El art. 403 es armónico con los arts. 1397 ("... hace donación el que remite una deuda...") y 1653 ("La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita"). Sin embargo, no estamos ante un *contrato* de donación, pues la remisión no *crea* derechos y obligaciones, sino que los *extingue*.

Si se infringe la prohibición de donar bienes raíces del pupilo, la sanción será la nulidad absoluta por objeto ilícito (arts. 10, 1466 y 1682 del Código Civil). Así lo declara también una sentencia de la Corte de Santiago de fecha 14 de septiembre de 1938.¹³⁵

Si se donaren bienes muebles del pupilo sin dar cumplimiento al art. 402, la donación adolecerá de nulidad relativa, pues se habría omitido una formalidad habilitante, exigida por la ley en atención al estado o calidad de las partes.¹³⁶

16.- Anticipaciones hechas por el tutor o curador.¹³⁷

Como expresa Claro Solar, "Tienen el carácter de anticipaciones las sumas que el tutor o curador suministra de sus propios dineros para atender al pago de obligaciones del pupilo o para atender a los gastos de la guarda mientras se perciben las rentas del pupilo o se obtiene el pago de los créditos de éste."¹³⁸

El tutor o curador no está obligado a hacer estas anticipaciones a beneficio del pupilo; pero si las ha hecho, adquiere, evidentemente, un crédito contra el pupilo. Pudiendo contraer una deuda por medio de un empréstito de terceras personas, ha preferido, o se ha visto obligado por la urgencia del caso, a adelantar él mismo los fondos, mientras obtiene el pago de lo que se debe al pupilo o percibe los frutos de sus propiedades o sus rentas; le presta, así, un servicio al pupilo, y es natural que cubra esas anticipaciones con los dineros del pupilo que perciba, cobrando los intereses que a él le habrían producido sus dineros y que en todo caso habría tenido que pagar el pupilo, sin tener que esperar la terminación de la guarda para efectuar este reembolso".¹³⁹

Dispone al respecto el inc. 1º del art. 410 del Código Civil: "El tutor o curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho a beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza, mas para ello deberá ser autorizado por los otros tutores o curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, o por el juez en subsidio".

De esta manera, para que el tutor o curador pueda obtener el reembolso de las anticipaciones, es necesario:

i.- Que se limite al reembolso del capital, incrementado con intereses corrientes.

¹³⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., Nº 800, p. 600.

¹³⁵ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3ª edición, p. 212.

¹³⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., Nº 800, p. 600.

¹³⁷ Otro caso de reembolso de "anticipaciones" con los pertinentes intereses corrientes, encontramos en el art. 2158, Nº 4, en el mandato.

¹³⁸ Se trata de la misma figura que se contempla en las normas del mandato, art. 2158, que enumera las obligaciones que el mandante tiene para con el mandatario: "El mandante es obligado, (...) 4º. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes".

¹³⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.231, pp. 398 y 399.

ii.- Que sea autorizado por los otros tutores o curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, o por el juez en subsidio.

Por consiguiente, "El tutor o curador, así como puede pagarse los créditos que tenía contra el pupilo por causas independientes de la tutela o curaduría, sin necesidad de autorización alguna, podría haberse pagado en la misma forma de las sumas que ha anticipado a beneficio del pupilo para salvar la carencia momentánea de dineros de éste; pero la ley ha querido que en el pago de estas anticipaciones y de los intereses corrientes de plaza que puede cargar con ellas, intervenga otro tutor o curador general, si lo hubiere, o el juez en subsidio, a fin de esclarecer debidamente si la anticipación de que se trata fue efectivamente necesaria, y cabía dentro de las facultades del pupilo, fijar su monto exacto y determinar el tipo de intereses que pueda cargar el tutor o curador, es decir, establecer cuál es realmente el interés corriente".¹⁴⁰

En cuanto al momento a partir del cual se devengan los intereses, agrega Claro Solar: "La ley autoriza expresamente al tutor o curador que ha hecho anticipaciones para cobrar sobre ellas intereses corrientes de plaza. Estos intereses corren, naturalmente, desde el día en que fueron hechas las anticipaciones y hasta aquél en que el pupilo tiene dineros disponibles para su reintegro".¹⁴¹

Si el guardador se pagare sin haber sido previamente autorizado, el acto adolecerá de nulidad relativa por omisión de una formalidad habilitante.

17.- Entrega de especies debidas por el pupilo al tutor o curador.

Se refiere a esta materia el inc. 2º del art. 410 del Código Civil, del siguiente tenor: "Si el pupilo le fuere deudor de alguna especie, raíz o mueble, a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor o curador por los otros tutores o curadores generales, o por el juez en subsidio".

Como explica Claro Solar, "En realidad, esta disposición no tiene en el art. 410 su oportuna colocación, porque no se trata sólo de alguna especie que el tutor o curador hubiese anticipado, es decir tomado de las suyas para pagar una deuda de especie que tuviera el pupilo a favor de un tercero. Es una disposición general y referente todavía a toda clase de bienes con la cual ha querido la ley garantizar los intereses del pupilo, no dejando al tutor o curador en libertad de pagarse por sí mismo. Considera que bien puede haber en el pago de esta deuda del pupilo a favor de su guardador, intereses encontrados de uno y otro; y para evitar un abuso posible del tutor o curador, quiere que la posesión de la especie, raíz o mueble, se le dé al tutor o curador por otro tutor o curador, si lo hay, o por el juez en subsidio. (...) La ley habla de una deuda de alguna especie, raíz o mueble, a título de legado, fideicomiso o cualquier otro. Se trata, por consiguiente, de casos en que el pupilo reciba una herencia, en la cual en su calidad de heredero sea deudor del tutor o curador de una especie raíz o mueble que el testador ha legado a éste. Esa especie puede ser una de varias comprendidas en la herencia, y no es indiferente para el pupilo cuál deba ser la especie que deba entregarse al tutor o curador en pago de su legado: la elección de ella debiera hacerse de acuerdo entre acreedor y deudor; pero como éste es el pupilo, la ley quiere que su interés quede garantido con la intervención de otro guardador o a falta de éste con la intervención del juez que ha de aprobar dicha elección, previo el conocimiento de causa".¹⁴²

18.- Actos entre el guardador y el pupilo.

¹⁴⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.231, p. 399.

¹⁴¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.234, p. 402.

¹⁴² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N°s. 2.235 y 2.236, pp. 403 y 404.

a) *Compraventas y arrendamientos.*

Los actos entre guardador y pupilo en que tenga interés directo o indirecto el primero o su cónyuge o los parientes indicados en la ley (cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o hermanos o consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive); o sus socios de comercio, deberán celebrarse con autorización de los otros guardadores generales, si los hubiere, o del juez, en subsidio (art. 412, inc. 1º, norma imperativa de requisito)¹⁴³.

Pero ni aún con este consentimiento podrá el guardador comprar los bienes raíces del pupilo o tomarlos en arrendamiento. Se extiende esta prohibición a su cónyuge, y a sus ascendientes o descendientes (art. 412, inc. 2º, norma prohibitiva).¹⁴⁴

Como refiere Claro Solar, "El fundamento de esta disposición es la de prevenir los peligros de una situación en que el tutor o curador está colocado entre el cumplimiento de su deber de protección del pupilo y su interés personal o el interés de personas con las cuales se halla íntimamente ligado, situación que le permitiría abusar, en perjuicio del menor, de las facultades amplias de administración si se le dejara abandonado a ellas solas. Por regla general, pues, el tutor o curador no puede válidamente hacer acto alguno en que tenga un interés contrario al del pupilo".¹⁴⁵

Los alcances del citado art. 412 se analizan en el estudio del contrato de compraventa, al tratar de las incapacidades especiales que el Código Civil establece para celebrar dicho contrato (art. 1799 en relación con el art. 412).

b) *Particiones de comunidades en las que tanto el pupilo como el tutor o curador son indivisarios.*

Advierte Claro Solar que las reglas del art. 412 no se aplican cuando se trata de la partición de un inmueble en el que son comuneros el pupilo y su guardador: "La prohibición del inciso segundo del art. 412, se refiere a los bienes raíces del pupilo, es decir, a aquellos bienes raíces de que el pupilo es dueño exclusivamente; pero, evidentemente, no puede referirse a bienes que el pupilo posea proindiviso con el mismo tutor o curador, o con el cónyuge o ascendientes o descendientes del tutor o curador. La ley habla de los bienes raíces del pupilo, y no son bienes raíces del pupilo aquellos que éste posee proindiviso con otras personas, y que en la partición no se adjudican al pupilo, porque se entenderá que éste no ha sido jamás ni poseedor ni propietario de ellos, ya que por la ficción de la ley se entenderá haberlo sido exclusivamente el adjudicatario. (...) No es éste, pues, un caso simple de compraventa de un bien raíz del pupilo, sino que es un acto de liquidación o partición de una comunidad sometido por la ley a reglas diversas (...). Para esa liquidación habrá debido nombrarse al pupilo un curador especial. Siendo el tutor o curador comunero, tiene el derecho perfecto de concurrir a la licitación de la cosa común entre él y su pupilo, situación muy distinta de la de un tutor o curador que no tuviera derecho alguno en el inmueble que desea adquirir. La ley no ha podido tener el propósito de privar al tutor o curador de un derecho que le corresponde como copropietario, por la consideración que motiva la prohibición, la cual no puede tener, en tal caso, aplicación. Por consiguiente, si un tutor o curador posee proindiviso con su pupilo bienes raíces y en la partición de la comunidad se adjudican algunos de esos bienes o parte de ellos al tutor o curador, no podrá decirse, dentro de los principios consagrados por nuestro Código, que el tutor o curador ha comprado bienes raíces del pupilo, o viceversa, que el pupilo

¹⁴³ El inciso final del N° 4 del art. 86 de la Ley general de Bancos, dispone que "Lo dispuesto en el artículo 412 del Código Civil se aplicará a los directores y empleados del banco tutor o curador".

¹⁴⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 515, p. 365.

¹⁴⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.242, p. 408.

a quien se adjudican ha comprado bienes raíces del tutor o curador: por efecto de la partición y adjudicación el tutor o curador habrá sido durante todo el tiempo de la indivisión, propietario exclusivo de los bienes raíces que se le adjudican y el pupilo no habrá tenido en ellos derecho alguno; y lo mismo ocurrirá a la inversa respecto de los bienes adjudicados al pupilo en dicha partición. Por consiguiente, las disposiciones de los arts. 450¹⁴⁶ y 1799, no es aplicable a los bienes raíces de que el pupilo y su tutor o curador son dueños proindiviso. Lo que decimos del tutor o curador copropietario del pupilo, se aplica también a su cónyuge y demás personas que tienen el mismo derecho del pupilo”.¹⁴⁷

Somarriva también se refiere a este caso, expresando la necesidad de designar un curador especial al pupilo: “puede acontecer que tanto el incapaz como su representante tengan interés en la partición, es decir, que ambos sean comuneros. En este caso no es posible que el representante actúe en la partición por sí y en representación del incapaz, sea éste un hijo sujeto a patria potestad o un pupilo, y será necesario nombrar al incapaz un curador especial para que lo represente tanto en la designación del partidor como en la partición misma”.¹⁴⁸

Agrega Somarriva que, si bien esta exigencia de designar un curador especial no la establece el legislador de una manera expresa, se puede desprender del art. 263, inc. 1º del Código Civil, que dispone: “Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis”. Se puede plantear al respecto una regla general o aforismo jurídico, que enuncia en los siguientes términos: “La representación legal termina donde empieza el conflicto de intereses entre el representante y el representado”. Agrega Somarriva que el caso más frecuente en que tiene aplicación este aforismo es en una partición de bienes y en ella, el caso más corriente de colisión de intereses entre el representante y el representado se presenta cuando, disuelta la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges, los herederos del cónyuge causante son el viudo o viuda y sus hijos menores o alguno mayor de edad, pero bajo curaduría del cónyuge sobreviviente. En esta situación, no podría comparecer en la partición el cónyuge sobreviviente por sí y en representación de sus hijos, sino que a éstos habría que designarles un curador especial, ya que entre ambos hay intereses controvertidos en la liquidación de la sociedad conyugal.¹⁴⁹

V.- OBLIGACIONES DEL GUARDADOR Y RESPONSABILIDADES INHERENTES AL CARGO

1.- Obligaciones del guardador.

Se desprenden estas obligaciones, fundamentalmente, del art. 415 del Código Civil, del siguiente tenor: “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. / Comprende esta obligación 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

¹⁴⁶ Entendemos que aquí Claro Solar quiso aludir en realidad al art. 412 del Código Civil.

¹⁴⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.254, pp. 421 y 422.

¹⁴⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y partición*, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, N° 304, p. 269.

¹⁴⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y partición*, ob. cit., N° 304, p. 269.

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!

Son estas obligaciones las siguientes, según Rossel:

a) Debe llevar cuenta fiel y exacta y en cuanto fuere posible documentada, de todos sus actos administrativos (art. 415).

b) Debe exhibir su cuenta durante la administración, cuando el juez se lo ordene (art. 416). La cuenta se exhibirá a otro de los guardadores del mismo pupilo o a un curador especial que se designe.

c) Debe exhibir su cuenta luego que termine su administración (art. 415, inc. 1º).

d) Debe restituir los bienes que tenga en su poder a quien por derecho corresponda, al término de su cargo (art. 415, inc. 1º).

e) Debe pagar el saldo que resulte en su contra, después de discutida y aprobada la cuenta (art. 415, inc. 1º). Esta obligación debe cumplirse desde que la cuenta queda cerrada, devengándose desde el mismo día intereses corrientes (art. 424); el crédito del pupilo contra el guardador tiene un privilegio de cuarta clase (art. 2481 N° 5).¹⁵⁰

Ramos Pazos distingue, según si se trata de las obligaciones previas al ejercicio del cargo, aquellas que debe cumplir durante dicho ejercicio y las que se le imponen una vez terminada la guarda:

a) Obligaciones previas al ejercicio del cargo:

i.- Hacer un inventario de los bienes del pupilo.

ii.- Rendir caución.

Nos remitimos a lo que ya se expresó respecto de estas obligaciones previas.

b) Obligaciones durante el ejercicio de la guarda: en realidad -refiere Ramos Pazos-, es una sola: llevar una cuenta fiel, exacta y en lo posible documentada de la gestión (art. 415). El juez, de oficio, podrá ordenar en cualquier momento al guardador la exhibición de esta cuenta (art. 416, inc. 1º).

Asimismo, también pueden provocar esta exhibición: i) Cualquier otro guardador (lo que tiene trascendencia para los efectos de la responsabilidad subsidiaria a la que alude el art. 419); ii) Cualquiera de los consanguíneos más próximos del pupilo (art. 416, inc. 2º); iii) El cónyuge del pupilo (art. 416, inc. 2º); y iv) El defensor público (art. 416, inc. 2º). Cualquiera de estas personas podrá pedir la exhibición de la cuenta "con causa grave, calificada por el juez verbalmente" (art. 416, inc. 2º).

c) Obligaciones posteriores al término de la guarda.

Culminada su gestión, el guardador deberá:

i.- Rendir cuenta (art. 415, inc. 1º).

La cuenta debe rendirse a quien pase la administración. Por ende, se presentará dicha cuenta: i) A otro tutor o curador, caso en el cual la cuenta no quedará cerrada sino con aprobación judicial, oído el respectivo defensor (art. 422, inc. final); ii) Al propio pupilo, cuando llega a la mayoría de edad; o, iii) A los herederos del pupilo, cuando la guarda se extinga por muerte del pupilo.¹⁵¹

¹⁵⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 516, pp. 365-367.

¹⁵¹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 812, p. 606.

ii.- Restituir los bienes del pupilo. Establece el art. 417: "Expirado su cargo, procederá el guardador a la entrega de los bienes tan pronto como fuere posible; sin perjuicio de ejecutar en el tiempo intermedio aquellos actos que de otro modo se retardarían con perjuicio del pupilo".

Previene Ramos Pazos que "Esta obligación es independiente de la obligación de rendir cuenta. Por ello, aunque la cuenta no esté aprobada, de todas formas debe proceder a cumplir con la obligación de hacer estas restituciones".¹⁵²

iii.- Pagar los saldos que resulten a favor del pupilo. Dispone el art. 424: "El tutor o curador pagará los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, desde el día en que su cuenta quedare cerrada o haya habido mora en exhibirla; y cobrará a su vez los del saldo que resulte a su favor, desde el día en que cerrada su cuenta los pida".

El precepto distingue entonces entre los intereses adeudados por el guardador y aquellos que se le deban a él. Estos intereses se devengarán a partir de distintos momentos, según sostiene Ramos Pazos: "si es el guardador el que debe, los intereses corrientes correrán desde que se aprueba la cuenta o desde que queda en mora de exhibirla. Lo importante es que los intereses corren de pleno derecho, sin necesidad de requerimiento judicial, lo que constituye una excepción a los artículos 1557 y 1559. En el caso contrario, o sea cuando queda un saldo en favor del guardador, el pupilo adeudará intereses desde que quede constituido en mora, lo que ocurrirá con el requerimiento judicial, conforme a las reglas generales. El artículo 424 dice que el guardador cobrará los del saldo que resulte a su favor, desde el día en que cerrada su cuenta los pida. Se ha fallado que la cuenta debe entenderse cerrada cuando es aprobada".¹⁵³

Cabe señalar, respecto de la obligación de rendir cuenta, que, en el caso de pasar la administración a otro guardador, deberá aplicarse lo previsto en el art. 422 del Código Civil, del siguiente tenor: "Presentada la cuenta por el tutor o curador, será discutida por la persona a quien pase la administración de los bienes. / Si la administración se transfiere a otro tutor o curador, no quedará cerrada la cuenta sino con aprobación judicial, oído el respectivo defensor".

Se desprenden de este art. las siguientes reglas:

i.- Presentada la cuenta por el tutor o curador, será discutida por la persona a quien pase la administración de los bienes.

ii.- Si la administración se transfiere a otro tutor o curador, no quedará cerrada la cuenta sino con aprobación judicial, oído el respectivo defensor.

Comentando esta disposición, manifiesta Claro Solar lo siguiente: "Dice la ley que la cuenta será *discutida* por la persona a quien pase la administración de los bienes, lo que de acuerdo con la significación lexicológica de la voz *discutir* expresa desde luego la idea de que la cuenta será examinada y ventilada atenta y particularmente, haciendo menudas investigaciones sobre sus circunstancias".¹⁵⁴

A su vez, si se trata de guardadores conjuntos, debe aplicarse lo dispuesto en el art. 418, en lo que concierne a la rendición de cuentas: "Habiendo muchos guardadores que administren de consuno, todos ellos a la expiración de su cargo presentarán una sola cuenta; pero si se ha dividido entre ellos la administración, se presentará una cuenta por cada administración separada".

También con relación a la obligación de rendir cuenta, el art. 423 confiere al pupilo la facultad de fijar la cuantía de los perjuicios, para el caso de que el guardador no cumpliera la aludida obligación o cumpliéndola, dicha cuenta fuere fraudulenta o

¹⁵² Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 813, p. 606.

¹⁵³ Ramos Pazos, René, ob. cit., N°s. 808-814, pp. 605-607.

¹⁵⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.295, p. 465.

incompleta o si se acreditare que el guardador incurrió en dolo o culpa grave: "Contra el tutor o curador 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, habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; y se condenará al tutor o curador en la cuantía apreciada y jurada; salvo que el juez haya tenido a bien moderarla".

2.- Responsabilidad del guardador

a) Responsabilidad civil.

El guardador responde en su gestión hasta de la culpa leve (art. 391). Esta norma confirma la regla general, en virtud de la cual quien administra bienes ajenos responde de este grado de culpa, característico del "buen padre de familia" (otro tanto ocurre con la responsabilidad de los padres, art. 256; de los albaceas, art. 1299; y del mandatario, art. 2129, pero no así en el caso de la responsabilidad del marido en cuanto administrador de los bienes propios de su mujer en el régimen de sociedad conyugal, pues el primero sólo responde por actos constitutivos del culpa lata o dolo, arts. 1748 y 1771 del Código Civil).

Estas reglas no se alteran si se nombró un consultor. El art. 392 del Código Civil deja en claro que la responsabilidad del guardador subsistirá, aunque alegue haber seguido la opinión del consultor. Establece esta norma lo siguiente: "Si en el testamento se nombrare una persona a quien el guardador haya de consultar en el ejercicio de su cargo, no por eso será éste obligado a someterse al dictamen del consultor; ni haciéndolo, cesará su responsabilidad. / Si en el testamento se ordenare expresamente que el guardador proceda de acuerdo con el consultor, tampoco cesará la responsabilidad del primero por acceder a la opinión del segundo; pero habiendo discordia entre ellos no procederá el guardador sino con autorización del juez, que deberá concederla con conocimiento de causa".

En cambio, se alteran las reglas generales en los casos en que haya varios guardadores. Dispone al respecto el art. 419 del Código Civil: "La responsabilidad de los tutores y curadores que administran conjuntamente es solidaria; pero dividida entre ellos la administración, sea por el testador, sea por disposición o con aprobación del juez, no será responsable cada uno, sino directamente de sus propios actos, y subsidiariamente de los actos de los otros tutores o curadores, en cuanto ejerciendo el derecho que les concede el artículo 416, inciso 2º, hubiera podido atajar la torcida administración de los otros tutores o curadores. / Esta responsabilidad subsidiaria se extiende aun a los tutores o curadores generales que no administran. / Los tutores o curadores generales están sujetos a la misma responsabilidad subsidiaria por la torcida administración de los curadores adjuntos". Con todo, el art. 420 del Código Civil establece una salvedad: "La responsabilidad subsidiaria que se prescribe en el artículo precedente, no se extiende a los tutores o curadores que, dividida la administración por disposición del testador, o con autoridad del juez, administren en diversas comunas".

Las reglas que se desprenden de estos preceptos son las siguientes:

i.- Si todos los guardadores administran *de consuno*, responderán *solidariamente*. Dicha responsabilidad solidaria subsistirá, en el caso de que los guardadores, por acuerdo privado, decidan dividir la administración entre sí (art. 421 del Código Civil).

La regla general es que, de haber dos o más guardadores de una misma persona, ellos deben actuar de consuno. Por ello es que, como afirma Claro Solar, cuando la administración no ha sido dividida entre ellos *por el testador o por el juez*, los tutores o curadores deberán administrar de consuno y su responsabilidad será solidaria.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.273, p. 439.

ii.- Si la administración se *ha dividido*, cada guardador sólo será responsable de sus propios actos.

La división, como está dicho, deberá ser hecha por el testador o por el juez.

iii.- Con todo, cada guardador tiene una responsabilidad *subsidiaria* por los actos de los demás guardadores, cuando no ejercita oportunamente el derecho que le confiere el art. 416, inc. 2º del Código Civil, para exigir que el curador adjunto exhiba la cuenta de su administración. Esta responsabilidad subsidiaria (que es una verdadera fianza) existe cuando hay dos o más guardadores generales que se han dividido la administración, así como también cuando hay un curador general y uno adjunto.

En este caso, como refiere Claro Solar, "Si la administración de la tutela o curaduría se ha dividido entre los tutores o curadores por voluntad del testador o por disposición o con aprobación del juez, cada uno de los tutores o curadores sólo responde *directamente* de sus propios actos y *subsidiariamente* de los actos de los otros tutores [o curadores]. Hay en este caso una responsabilidad que podríamos llamar *directa* o *principal* y una responsabilidad *indirecta* o *secundaria*. La acción de la tutela debe dirigirse, por lo tanto, en el caso de haberse dividido la administración, contra el tutor o curador que ha ejecutado el acto de que emana la responsabilidad; y sólo en el caso de insuficiencia o insolvencia del tutor o curador directamente responsable puede perseguirse la responsabilidad de los demás tutores o curadores subsidiariamente obligados. Hay, a este respecto, un orden que debe observarse y el tutor o curador que sólo es subsidiariamente responsable de los actos de los otros tutores o curadores, goza de este *beneficio de orden o excusión*, lo mismo que el fiador a quien el acreedor demanda el pago de la obligación que no ha sido satisfecha por el deudor principal o directo".¹⁵⁶

iv.- Esta responsabilidad subsidiaria se extiende, incluso, a los tutores o curadores generales que no administran.

Como señala Claro Solar, "En la división que se hace de las funciones de la tutela o curaduría podría confiarse, por ejemplo, a uno de los dos o más tutores o curadores nombrados, el cuidado de la persona del pupilo y al otro u otros la administración de los bienes. Aunque aquél no administre debe velar porque la administración de los otros sea correcta y cuidadosa y poner de su parte la debida diligencia para `atajar la torcida administración de los otros'".¹⁵⁷

v.- Los tutores o curadores generales están sujetos a la misma responsabilidad subsidiaria por la torcida administración de los curadores adjuntos.

vi.- Sin embargo, esta responsabilidad subsidiaria no se extiende a los guardadores en el caso en que, dividida la administración por disposición del testador o por el juez, administren *en diversas comunas* (art. 420 del Código Civil).

En síntesis, la responsabilidad de los tutores o curadores conjuntos puede ser de dos clases: *solidaria* o *subsidiaria*.¹⁵⁸

Las acciones para hacer efectiva esta responsabilidad prescriben en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje. Si el pupilo fallece antes de cumplirse el cuadrienio, prescribirá dicha acción en el tiempo que falte para cumplirlo. (art. 425 del Código Civil). Como refiere Ramos Pazos, "el plazo corre desde que se sale de la guarda, por lo que si [el pupilo] cambia de curador, ello no influye en el plazo, que de todas formas va a empezar a correr cuando termine el pupilaje, cualquiera sea el guardador". A su vez, debe aclararse que "El plazo de prescripción de las acciones que tiene el guardador contra el pupilo no se rigen por el artículo 425, que sólo es aplicable al caso contrario. De consiguiente, se le aplican las reglas generales de prescripción".¹⁵⁹

¹⁵⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.275, p. 442.

¹⁵⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.276, pp. 442 y 443.

¹⁵⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.273, p. 440.

¹⁵⁹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 517, p. 367; Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 807, pp. 604 y 605.

b) Responsabilidad penal.

Tiene además el guardador sanciones penales, cuando incurre en *fraude en su administración*. Dispone al efecto el art. 240 N° 5 del Código Penal: "Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio: (...). 5° El guardador o albacea que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con el patrimonio de los pupilos y las testamentarias a su cargo, incumpliendo las condiciones establecidas en la ley".

Asimismo, puede incurrir el guardador en el *delito de administración desleal*,¹⁶⁰ tipificado en el art. 470 N° 11 del Código Penal, del siguiente tenor: "Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también: (...) 11. Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado. / Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, se impondrá, según sea el caso, el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467. / En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial u otro patrimonio administrado por esa sociedad, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero. / En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación".

Se ha dicho que "La administración desleal en términos generales y en un contexto jurídico, es un delito que castiga la infracción a un deber de tutela patrimonial, que como consecuencia generó un perjuicio en el patrimonio del titular. Su bien jurídico protegido es el patrimonio. (...) Es conocida esta fórmula típica en el derecho comparado por ser constitutiva de un ataque 'desde adentro' porque el ataque lo realiza justamente a quien se le ha confiado la administración del patrimonio, a diferencia por ejemplo del delito de estafa, donde si bien quien realiza la disposición patrimonial generalmente será el afectado (salvo el caso de una estafa triangular), el engaño lo realiza un agente externo".¹⁶¹

VI.- CASO DEL GUARDADOR APARENTE Y DEL GUARDADOR OFICIOSO

1.- Guardador aparente.

¹⁶⁰ Que se introdujo en el Código Penal en virtud de la Ley N° 21.121 publicada en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 2018.

¹⁶¹ Oyanguren Alviña, Constanza, *El delito de administración desleal en Chile*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Postgrado, tesis en Magister en Derecho, mención Derecho Penal, 2019, p. 13.

Dispone el art. 426 del Código Civil: "El que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja. / Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría, y hubiere administrado rectamente, tendrá derecho a la retribución ordinaria, y podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo. / Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura".

El guardador aparente es aquel que ejerce como tutor o curador, sin que verdaderamente ostente dicho cargo.

La expresión "pero creyendo serlo" que emplea el inc. 1º, denota que este guardador aparente está actuando de buena fe, es decir, con el convencimiento de ser realmente tutor o curador del pupilo. En cambio, el inc. 3º se pone en el caso de un individuo que actúa de mala fe.

De la norma transcrita, se desprenden las siguientes reglas:

- i.- Tendrá todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero.
- ii.- Sin embargo, sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado a éste una "positiva ventaja", es decir, un beneficio comprobable.
- iii.- Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría, y hubiere administrado rectamente, tendrá derecho a la retribución ordinaria. En otras palabras, para reclamar la retribución, será necesario que haya operado el discernimiento y que además esté de buena fe.
- iv.- En el mismo caso anterior, podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo.
- v.- Si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura. En este último caso, tres son las consecuencias: i) Remoción de la administración; ii) Será privado de todos los emolumentos; si se le hubieran pagado, podrá exigirse que los restituya; iii) Se le podrá imponer una eventual responsabilidad penal. En cuanto a los actos realizados por el falso guardador, obligarán al pupilo en la medida que le reporten una positiva ventaja.¹⁶²

Respecto de las dos primeras reglas, que suponen que la guarda no fue discernida, Claro Solar proporciona los siguientes ejemplos: a) En un testamento, el padre [viudo] ha nombrado tutor o curador de sus hijos menores a Pedro; a la muerte del testador, Pedro se hace cargo del cuidado de los hijos del causante y de sus bienes y sin obtener el discernimiento entra a ejecutar actos y contratos y sigue su administración sin preocuparse de cumplir con las obligaciones que la ley le impone de obtener el discernimiento, etc. Le afectarán las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, aun si el padre que lo nombró hubiera revocado su testamento o hubiera nombrado otro tutor o curador en un testamento posterior cuya existencia ignoraba Pedro. b) Otro ejemplo: una persona que ha sido nombrada tutor de un impúber y ha servido legalmente la tutela, sigue administrando los bienes a pesar de haber llegado el pupilo a la pubertad, sin pedir se le discierna el cargo de curador, caso de serlo también, o sin ocurrir al juez para que se provea a la curaduría del menor púber. "Este caso -agrega Claro Solar- es más fácil que ocurra y de hecho se ha presentado muchas veces en la práctica".¹⁶³ Sin embargo, este último caso no se presenta en nuestros días, habida cuenta de la reforma hecha al art. 436 del Código

¹⁶² Ramos Pazos, René, ob. cit., Nº 818, pp. 608 y 609.

¹⁶³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, Nº 2.332, p. 502.

Civil por la Ley N° 7.612, publicada en el Diario Oficial con fecha 21 de octubre de 1943. Nos referiremos a esta norma al tratar de la tutela de los impúberes.

Respecto de la tercera regla, cuando hubo discernimiento, y siguiendo con el mismo ejemplo, expresa Claro Solar: "Pedro ha solicitado y obtenido el discernimiento del cargo de tutor o curador testamentario del padre, en la creencia de que el testamento no había sido revocado; se ha creído y se le ha considerado fundadamente tutor o curador de los hijos del testador; no había razón para no otorgarle también los derechos a la vez que se le imponen las obligaciones y responsabilidades del cargo".¹⁶⁴

2.- Guardador oficioso.

Se refiere a este caso el art. 427 del Código Civil, del siguiente tenor: "El que en caso de necesidad, y por amparar al pupilo, toma la administración de los bienes de éste, ocurrirá al juez inmediatamente para que provea a la tutela o curaduría, y mientras tanto procederá como agente oficioso y tendrá solamente las obligaciones y derechos de tal. Todo retardo voluntario en ocurrir al juez, le hará responsable hasta de la culpa levísima".

Como expresa Ramos Pazos, en este caso, una persona, sin ser guardador, toma la administración de los bienes del pupilo en caso de necesidad con el fin de ampararlo.¹⁶⁵

Lo anterior se explica, afirma Claro Solar, porque "Puede presentarse la circunstancia de que un menor se encuentre sin guardador y necesite ejecutar actos urgentes. Su situación sería la misma, en tal eventualidad, que la de un mayor de edad que al ausentarse no hubiere dejado apoderado que lo represente, o cuyo apoderado hubiese fallecido o no se hallara en situación de desempeñar su cargo por cualquiera causa".¹⁶⁶

Sin embargo, agrega Claro Solar, "como el dueño del negocio gestionado, el propietario de los bienes, es un incapaz y es de temer que el agente oficioso pueda abusar de la incapacidad e ignorancia del menor, le ley le impone la especial obligación de ocurrir inmediatamente al juez para que provea a la tutela o curaduría, sea nombrando tutor o curador si el menor no lo tiene, sea designando un curador que tome a su cargo la administración mientras dura la incapacidad momentánea o la ausencia del tutor o curador. Si la persona que se ha hecho cargo de la administración de los bienes del menor con el pretexto de amparar sus intereses urgida por la necesidad retarda el ocurrir al juez es de temer, siendo su retardo voluntario, que quiere prolongar la situación indebidamente para lucrar con ella, y la ley la trata entonces con rigor".¹⁶⁷

Nótese que si el guardador oficioso será responsable inclusive de la culpa levísima si retarda su ocurrencia ante el juez, en lugar de responder de la culpa leve, como es la regla general para un guardador.

VII.- INCAPACIDADES Y EXCUSAS PARA EJERCER LA GUARDA

1.- Reglas generales.

Hay personas a quienes la ley prohíbe ser curadores: son los incapaces de ejercer la guarda. Hay otros a quienes permite excusarse de desempeñar el cargo, no obstante ser capaces de ejercer el cargo.

¹⁶⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.333, p. 503.

¹⁶⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 819, p. 609.

¹⁶⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.334, p. 504.

¹⁶⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.334, pp. 504 y 505.

Dispone al efecto el art. 496 del Código Civil: "Hay personas a quienes la ley prohíbe ser tutores o curadores, y personas a quienes permite excusarse de servir la tutela o curaduría".

Las incapacidades son de orden público y tienen por finalidad proteger al pupilo.

Las excusas son de interés particular y pueden o no hacerse valer por un guardador. Se explica ello porque están establecidas en su favor.¹⁶⁸

Tanto las incapacidades como las excusas deben hacerse valer en juicio que se sigue con el respectivo defensor (art. 524 del Código Civil) y en los plazos señalados en los arts. 520 y 521 del Código Civil.

Dispone el art. 520: "Las excusas para no aceptar la guarda que se defiere, deben alegarse dentro de los plazos siguientes: Si el tutor o curador nombrado se halla en el territorio jurisdiccional en que reside el juez que ha de conocer de ellas, las alegará dentro de los treinta días subsiguientes a aquel en que se le ha hecho saber su nombramiento; y si no se halla en dicho territorio jurisdiccional, pero sí en el territorio de la República, se ampliará este plazo cuatro días por cada cincuenta kilómetros de distancia entre la ciudad cabecera de dicho territorio jurisdiccional y la residencia actual del tutor o curador nombrado".

Establece por su parte el art. 521: "Toda dilación que exceda del plazo legal y que con mediana diligencia hubiera podido evitarse, impondrá al tutor o curador la responsabilidad de los perjuicios que se siguieren de su retardo en encargarse de la tutela o curaduría; y hará además inadmisibles sus excusas voluntarias, a no ser que por el interés del pupilo convenga aceptarlas".

Si durante el ejercicio de la guarda sobreviniere una causal de incapacidad que inhabilitare al guardador para su desempeño, deberá denunciarlo en el plazo de tres días al tribunal, contado desde que la incapacidad llega a conocimiento del guardador (art. 513). Este plazo se aumentará en la forma prevista en el art. 520.¹⁶⁹

2.- Causales de incapacidad.

Siete causales se establecen en la ley:

a) *Por defectos físicos o morales* (art. 497 del Código Civil).

La ley incluye aquí: i) Los ciegos; ii) Los mudos; iii) Los dementes, aunque no estén bajo interdicción; iv) Los que no sepan leer ni escribir; v) Los de mala conducta notoria; vi) Los condenados por delito que merezca pena aflictiva, aunque se les haya indultado de ella; vii) El que ha sido privado de ejercer la patria potestad según el art. 271; viii) Los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo.

b) *Por razón de edad* (art. 500 del Código Civil).

Dispone la ley que no pueden ser guardadores quienes no hayan cumplido los 21 años.

Sin embargo, hay dos salvedades: i) Se permite deferir la guarda a un menor de veintiún años, siempre que sea ascendiente o descendiente del pupilo. Mientras el guardador no cumpla los veintiún años, se designará un interino; ii) Se aguardará de la misma manera al tutor o curador testamentario que no ha cumplido veintiún años. Pero será inválido el nombramiento del tutor o curador menor, cuando llegando a los veintiún años sólo tendría que ejercer la tutela o curaduría por menos de dos años.

c) *Por razón de relaciones de familia* (arts. 502 a 504 del Código Civil).

¹⁶⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 820, p. 609.

¹⁶⁹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 518, p. 368;

Los casos son los siguientes: i) El padrastro no puede ser tutor o curador de su entenado (es decir, de su hijastro). Nada dice la ley acerca de la "madrastra", "de donde debe seguirse -afirma Ramos Pazos- que no rige para ella la incapacidad, pues por ser éstas de derecho estricto no admiten aplicación analógica"; ii) El marido y la mujer no podrán ser curadores del otro cónyuge si están totalmente separados de bienes (con todo, esta inhabilidad no regirá en el caso del art. 135 -matrimonio celebrado en el extranjero-, en el de separación convencional ni en el evento de haber entre los cónyuges régimen de participación en los gananciales, en todos los cuales podrá el juez, oyendo a los parientes, deferir la guarda al marido o a la mujer); iii) El hijo no puede ser curador de su padre disipador.

d) *Por existir oposición de intereses* (arts. 505 y 506 del Código Civil).

Hay "oposición de intereses" entre el pupilo y su guardador en los siguientes casos: i) No podrá ser tutor o curador de una persona el que le dispute o haya disputado su estado civil; ii) No pueden ser solos tutores o curadores de una persona los acreedores o deudores de la misma, ni los que litiguen con ella, por intereses propios o ajenos. Con todo, hay salvedades, según expresa el art. 506: el juez, según le pareciere más conveniente, les agregará otros tutores o curadores que administren conjuntamente, o los declarará incapaces del cargo. Al cónyuge y a los ascendientes y descendientes del pupilo no se aplicará la disposición del art. 506. A su vez, agrega el art. 507 que las disposiciones del art. 506 no comprenden al tutor o curador testamentario, si se prueba que el testador tenía conocimiento del crédito, deuda o litis, al tiempo de nombrar a dicho tutor o curador. Ni se extienden a los créditos, deudas o litis que fueren de poca importancia en concepto del juez.

e) *Por incompatibilidad religiosa* (art. 508 del Código Civil).

Establece la ley que, los que profesan diversa religión de aquella en que debe ser o ha sido 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 éstos por los consanguíneos más próximos.

f) *Por falta de idoneidad jurídica* (arts. 497 números 4, 5 y 6 del Código Civil).

Tres son las hipótesis aquí: i) Los fallidos -es decir sujetos a un procedimiento concursal de liquidación- mientras no hayan satisfecho a sus acreedores; ii) Los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación; y, iii) Los que carecen de domicilio en la República.

g) *Debido a la profesión, empleo o cargo público* (art. 498, N° 3 del Código Civil).

Son incapaces de toda tutela o curaduría los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública fuera del territorio chileno.¹⁷⁰

3.- Incapacidades sobrevinientes.

Regulan la materia los arts. 509, 510 y 511 del Código Civil, que establecen las siguientes reglas:

i.- De acuerdo con el art. 509, las causas de incapacidad que sobrevengan durante el ejercicio de la tutela o curaduría pondrán fin a ella.

ii.- El art. 510 alude a la demencia que haya afectado al guardador: "La demencia del tutor o curador viciará de nulidad todos los actos que durante ella hubiere ejecutado,

¹⁷⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 519, pp. 368 y 369; Ramos Pazos, René, ob. cit., N°s. 821-826, pp. 609-613.

aunque no haya sido puesto en interdicción". Esta norma es armónica con la del art. 465 del Código Civil, que permite anular los actos y contratos del demente, realizados aun antes de la interdicción, si se probare que al actuar ya no estaba en su sano juicio.

iii.- El art. 511 se refiere a la mujer que, ejerciendo la guarda, contrae matrimonio: "Si la mujer que ejerce la tutela o curaduría contrajere matrimonio, continuará desempeñándola, siempre que por el hecho del matrimonio no haya de quedar sujeto el pupilo a la patria potestad del marido o de la mujer. En este caso cesará dicha guarda". Como puede observarse, continuará la mujer ejerciendo su cargo, a menos que por el hecho del matrimonio dicha guarda cesare, por asumir la patria potestad el marido o la propia mujer o ambos. Se explica lo anterior, porque la guarda y la patria potestad sobre una misma persona son incompatibles. Opera una u otra. ¿Cuándo continuará la mujer desempeñando la guarda? Ello ocurrirá cuando se casa con una persona que no sea el padre del pupilo. ¿Cuándo corresponde que el marido asuma la patria potestad? Ello ocurrirá, si el pupilo fuere un hijo no reconocido del que se casa con la tutora o curadora, y su padre lo reconoce en el acto del matrimonio, asumiendo entonces la patria potestad. ¿Cuándo corresponde que la mujer asuma la patria potestad a consecuencia del matrimonio? Cuando en el acto del matrimonio, ella reconozca como su hijo al pupilo. En principio, la patria potestad deberán ejercerla conjuntamente el padre y la madre (art. 244, inc. 2º del Código Civil).

Todo lo anterior guarda armonía con el art. 502 del Código Civil, que establece que el padrastro no puede ser tutor o curador de su entenado (o sea, hijastro).

4.- Causales de excusa

Establecen los arts. 514, 517 y 518 del Código Civil quiénes pueden excusarse del desempeño de la guarda.

Dispone el art. 514:

"Pueden excusarse de la tutela o curaduría:

1º. El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, los fiscales y demás personas que ejercen el ministerio público, los jueces letrados, el defensor de menores, el de obras pías y demás defensores públicos;

2º. Los administradores y recaudadores de rentas fiscales;

3º. Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público a considerable distancia de la comuna en que se ha de ejercer la guarda;

4º. Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicha comuna;

5º. El padre o la madre que tenga a su cargo el cuidado cotidiano del hogar;

6º. Los que adolecen de alguna grave enfermedad habitual o han cumplido sesenta y cinco años;

7º. Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario;

8º. Los que ejercen ya dos guardas; y los que, estando casados, o teniendo hijos, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales.

Podrá el juez contar como dos la tutela o curaduría que fuere demasiado complicada y gravosa;

9º. Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos vivos; contándoseles también los que han muerto en acción de guerra bajo las banderas de la República;

10. Los sacerdotes o ministros de cualquiera religión;

11. Los individuos de las Fuerzas de la Defensa Nacional y del Cuerpo de Carabineros, que se hallen en actual servicio; incluso los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado".

Establece por su parte el art. 517 del Código Civil: "No se admitirá como excusa el no hallar fiadores, si el que la alega tiene bienes bastantes; en este caso será

obligado a constituir hipoteca o prenda sobre ellos hasta la cantidad que se estime suficiente para responder de su administración”.

El art. 518 del Código Civil dispone a su vez: “El que por diez o más años continuos haya servido la guarda de un mismo pupilo, como tutor o curador, o como tutor y curador sucesivamente, podrá excusarse de continuar en el ejercicio de su cargo; pero no podrá alegar esta excusa el cónyuge, ni un ascendiente o descendiente”.

Las excusas deben alegarse al tiempo de deferirse la guarda; pero también serán admisibles si sobrevienen durante ella, en cuyo caso no prescriben por ninguna demora en alegarlas (arts. 519 y 522 del Código Civil).¹⁷¹

VIII.- REMUNERACIÓN DE LOS GUARDADORES.

1.- Monto de la remuneración

La remuneración del guardador, por regla general, es la décima parte de los frutos que devenguen los bienes del pupilo que administra. Esta remuneración sólo se refiere a los guardadores *generales* y *adjuntos*.

Dispone al efecto el art. 526: “El tutor o curador tendrá, en general, en recompensa de su trabajo la décima parte de los frutos de aquellos bienes de su pupilo que administra. / Si hubiere varios tutores o curadores que administren conjuntamente, se dividirá entre ellos la décima por partes iguales. / Pero si uno de los guardadores ejerce funciones a que no está anexa la percepción de frutos, deducirá el juez de la décima de los otros la remuneración que crea justo asignarle. / Podrá también aumentar la décima de un guardador, deduciendo este aumento de la décima de los otros, cuando hubiere una manifiesta desproporción entre los trabajos y los emolumentos respectivos. / Se dictarán estas dos providencias por el juez, en caso necesario, a petición del respectivo guardador, y con audiencia de los otros”.

Como puede apreciarse, el artículo transcrito regula también la distribución de la décima, cuando se hubieren designado para una misma persona dos o más guardadores.

El art. 527 establece a su vez: “La distribución de la décima se hará según las reglas generales del artículo precedente, incisos 1º y 2º, mientras en conformidad a los incisos 3º y 4º no se altere por acuerdo de las partes o por decreto del juez; ni regirá la nueva distribución sino desde la fecha del acuerdo o del decreto”.

El art. 528 alude a los gastos necesarios en que se incurra por un guardador, sin que corresponda deducirlos de la décima: “Los gastos necesarios ocurridos a los tutores o curadores en el desempeño de su cargo se les abonarán separadamente, y no se imputarán a la décima”.

El art. 529 se refiere al caso en que el guardador fue designado por el testador y éste le fijó una remuneración: “Toda asignación que expresamente se haga al tutor o curador testamentario en recompensa de su trabajo, se imputará a lo que de la décima de los frutos hubiere de caber a dicho tutor o curador; y si valiere menos, tendrá derecho a que se le complete su remuneración; pero si valiere más, no será obligado a pagar el exceso mientras éste quepa en la cuota de bienes de que el testador pudo disponer a su arbitrio”.

El art. 530 se pone en el caso de que el guardador testamentario se excuse de asumir el cargo o lo haga mientras lo está ejerciendo: “Las excusas aceptadas privan al tutor o curador testamentario de la asignación que se le haya hecho en remuneración de su trabajo. / Pero las excusas sobrevinientes le privarán solamente de una parte proporcional”.

¹⁷¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., Nº 520, pp. 369 y 370.

El art. 531 señala con relación a lo anterior: "Las incapacidades preexistentes quitan al guardador todo derecho a la asignación antedicha. / Si la incapacidad sobreviene sin hecho o culpa del guardador, o si éste fallece durante la guarda, no habrá lugar a la restitución de la cosa asignada, en todo o parte".

El precepto, entonces, distingue: i) Si la persona designada era incapaz de desempeñar el cargo, no tendrá derecho a recibir la asignación que el testador le hubiere hecho por su trabajo. Esto es razonable, pues, como dice Claro Solar, "Desde que el desempeño del cargo es condición de la asignación, y esta condición falla porque la ley prohíbe al incapaz ser tutor o curador la asignación deja de tener valor".¹⁷² En otras palabras, al fallar la condición suspensiva (consistente en que el guardador fuere capaz de desempeñar el cargo), no puede nacer el derecho a recibir la asignación dejada por el testador. ii) Distinto será el caso si la incapacidad no existía al momento en que el guardador entra a desempeñar el cargo, sino que *sobreviene*, es decir, se origina con posterioridad. Si tal incapacidad ocurre "sin hecho o culpa del guardador", éste tendrá derecho a retener la asignación que el testador le había dejado para el desempeño de su cargo. Otro tanto ocurrirá si el guardador fallece "durante la guarda".

El art. 532 se pone en el caso de que exista un guardador interino, que asume funciones, resolviendo qué remuneración debe recibir: "Si un tutor o curador interino releva de todas sus funciones al propietario, corresponderá su décima íntegra al primero por todo el tiempo que durare su cargo; pero si el propietario retiene alguna parte de sus funciones, retendrá también una parte proporcionada de su décima. / Si la remuneración consistiere en una cuota hereditaria o legado, y el propietario hubiere hecho necesario el nombramiento del interino por una causa justificable, como la de un encargo público, o la de evitar algún grave perjuicio en sus intereses, conservará su herencia o legado íntegramente, y el interino recibirá la décima de los frutos de lo que administre".

De la norma, puede desprenderse lo siguiente: i) Si el guardador interino releva por completo de sus funciones al guardador propietario, corresponderá íntegramente al primero la remuneración; ii) Si el interino asume sólo una parte de las funciones, conservando el propietario las demás funciones del cargo, la remuneración se repartirá entre ambos, a prorrata de sus funciones; iii) Si la remuneración consistía en una herencia o un legado dejados al guardador propietario y existiere una causa que justifica el nombramiento del guardador interino y la asunción de funciones por éste, conservará el primero íntegramente su herencia o legado, recibiendo el segundo la décima de los frutos que produzcan los bienes que administre. Como expresa Claro Solar, la condición del guardador propietario, en lo que se refiere a la herencia o legado que se le había dejado, es la misma que se produce en el caso de una incapacidad sobreviniente sin hecho o culpa del guardador propietario o por su fallecimiento. Así las cosas, "La ley reputa causa justificable la que no procede del capricho o culpa del guardador y pone como ejemplo la de un encargo público que obligue al guardador a ausentarse en servicio del país sin haberlo él solicitado, la de evitar un grave perjuicio en sus intereses que requiera su dedicación absoluta y lo obligue a dejar momentáneamente el desempeño de la guarda. Una grave enfermedad estaría en el mismo caso, u otro motivo tan justificado como éste, pues la enunciación de la ley no es taxativa. Considera el legislador que no habría razón fundada para privar en todo o parte de su asignación al tutor o curador propietario que si no desempeña el cargo no es por falta de voluntad sino por la imposibilidad en que se halla y que hace necesario el nombramiento del interino. Si la causa que hace necesario este nombramiento no fuera justificable, el propietario no tendría derecho a

¹⁷² Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, De las Personas, Tomo V, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1927, Nº 2.669, pp. 332 y 333.

conservar su herencia o legado íntegramente y lo que no pudiera conservar volvería a la masa, o sea, a los demás herederos, que son los que podrían reclamarlo”.¹⁷³

El art. 533 se refiere a la pérdida o disminución de la remuneración del guardador: “El tutor o curador que administra fraudulentamente o que contraviene a la disposición del artículo 116,¹⁷⁴ pierde su derecho a la décima, y estará obligado a la restitución de todo lo que hubiere percibido en remuneración de su cargo. / Si administra descuidadamente, no cobrará la décima de los frutos en aquella parte de los bienes que por su negligencia hubiere sufrido detrimento o experimentado una considerable disminución de productos. / En uno y otro caso queda además salva al pupilo la indemnización de perjuicios”.

Se debe distinguir, entonces, según si hubo fraude o culpa: i) Si el guardador incurre en fraude en su administración, perderá todo derecho a la remuneración y si ya había percibido parte de ésta deberá restituirla; ii) En cambio, si la administración fuere descuidada, es decir culpable o negligente, la pérdida a la remuneración no es total, sino sólo en aquella parte que se refiere a los bienes en los que haya incidido la conducta culpable; iii) En ambos casos, el pupilo podrá demandar al guardador para obtener la pertinente indemnización de perjuicios (actuando el pupilo, obviamente, representado por otro curador).

La décima se cobrará a medida que los bienes generen los frutos y éstos se “realicen”, es decir, sean enajenados, conforme lo establece el art. 535, debiendo descontarse de su valor todo aquello que se haya invertido para producirlos: “El guardador cobrará su décima a medida que se realicen los frutos. / Para determinar el valor de la décima, se tomarán en cuenta, no sólo las expensas invertidas en la producción de los frutos, sino todas las pensiones y cargas usufructuarias a que esté sujeto el patrimonio”. El valor de los frutos, entonces, será su valor “líquido”, deducidos los gastos.

El art. 536 alude a los frutos que estén pendientes al iniciarse la guarda o al expirar esta, remitiéndose a lo dispuesto para el usufructo: “Respecto de los frutos pendientes al tiempo de principiarse o expirar la guarda, se sujetará la décima del tutor o curador a las mismas reglas a que está sujeto el usufructo”.

Establece al respecto el art. 781, en las reglas del usufructo: “El usufructuario de una cosa inmueble tiene el derecho de percibir todos los frutos naturales, incluso los pendientes al tiempo de deferirse el usufructo. / Recíprocamente, los frutos que aún estén pendientes a la terminación del usufructo, pertenecerán al propietario”.

Del artículo 781 transcrito, se desprenden entonces las siguientes reglas: i) El guardador tendrá derecho a los frutos *naturales* que se encontraren pendientes al tiempo en que se le designare en la guarda; ii) A contrario sensu, puesto que el precepto nada dice de los frutos *civiles* que se encontraren pendientes a la misma época, ellos pertenecerán al pupilo; iii) Todos los frutos, tanto naturales como civiles, que se encontraren pendientes al tiempo en que se extinga la guarda, pertenecerán al pupilo.

Dentro de los frutos, no se considerarán por regla general *los productos*, según lo deja en claro el art. 537: “En general, no se contarán entre los frutos de que debe deducirse la décima, las materias que separadas no renacen, ni aquellas cuya separación deteriora el fundo o disminuye su valor. / Por consiguiente, no se contará entre los frutos la leña o madera que se vende, cuando el corte no se hace con la regularidad necesaria para que se conserven en un ser los bosques y arbolados. / La décima se extenderá, sin embargo, al producto de las canteras y minas”. Se puede

¹⁷³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo V, N° 2.672, p. 335.

¹⁷⁴ Esta referencia debió eliminarse, pues el art. 116 fue derogado por la Ley N° 21.515, publicada en el Diario Oficial el 28 de diciembre de 2022. Esta norma se refería al impedimento impediendo de guarda, que impedía celebrar matrimonio. La derogación se explica porque en Chile ningún menor de edad puede contraer matrimonio.

observar, entonces, que el guardador podrá incluir para el cálculo de la décima a los siguientes productos: las piedras de una cantera y los minerales.

Los curadores *de bienes* y los *especiales* tienen como remuneración la que les señale el juez, pudiendo ser esta una cantidad determinada o una parte proporcional de los frutos que administre (art. 538). En otras palabras, no tienen derecho a la décima, sino a la remuneración que el juez les fije: "Los curadores de bienes de ausentes, los curadores de los derechos eventuales de un póstumo, los curadores de una herencia yacente, y los curadores especiales, no tienen derecho a la décima. Se les asignará por el juez una remuneración equitativa sobre los frutos de los bienes que administran, o una cantidad determinada, en recompensa de su trabajo".

Estos cargos deberán servirse gratuitamente, si los frutos del patrimonio del pupilo fueren tan escasos que apenas basten para su precisa subsistencia (art. 534).¹⁷⁵

2.- Pérdida de la remuneración

Pierde su derecho a remuneración el guardador, en los siguientes casos:

a) Si administra los bienes del pupilo con fraude; si sólo incurre en descuido, no cobrará la décima parte en aquellos bienes que por su negligencia hubieren sufrido detrimento o experimentado una considerable disminución de productos (art. 533).

b) Si se acepta al curador una excusa, no tiene derecho a remuneración. Si la excusa fuere sobreviniente, se le priva de una parte proporcional de su remuneración (art. 530); y

c) Si se trata de un curador incapaz (art. 531).¹⁷⁶

IX.- DE LA REMOCIÓN DE LOS GUARDADORES.

1.- Concepto

La remoción, dice Rossel, "es la separación del cargo que sufre el guardador por sentencia judicial, dictada en alguno de los casos contemplados en el artículo 539".¹⁷⁷ Para Ramos Pazos, "Consiste en la privación de la guarda, por sentencia judicial cuando concurre una causa legal".¹⁷⁸

Puede iniciar la acción de remoción cualquiera de los consanguíneos del pupilo, su cónyuge, el pupilo púber (recurriendo al respectivo defensor público) y cualquiera del pueblo (art. 542, caso de "acción popular"). Incluso podrá promoverla el juez de oficio.¹⁷⁹

2.- Causales de remoción.

El art. 539 señala las causales de remoción:

"Los tutores o curadores serán removidos:

1º. Por incapacidad;

2º. Por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, y en especial por las señaladas en los artículos 378 y 434;

3º. Por ineptitud manifiesta;

¹⁷⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., N°s. 835-839, pp. 617-619; Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 521, p. 370.

¹⁷⁶ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 522, p. 370.

¹⁷⁷ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 523, p. 371.

¹⁷⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 841, p. 620.

¹⁷⁹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 523, p. 371; Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 842, p. 620.

4º. Por actos repetidos de administración descuidada;

5º. Por conducta inmoral, de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo.

Por la cuarta de las causas anteriores no podrá ser removido el tutor o curador que fuere ascendiente, o descendiente, o cónyuge del pupilo, pero se le asociará otro tutor o curador en la administración”.

En cuanto a la primera causal, no debe entenderse que alude a la falta de competencia o aptitud (pues esta hipótesis corresponde a la tercera causal), sino que al impedimento legal que tenga el guardador para desempeñar su cargo.¹⁸⁰

Respecto de la segunda causal, remitimos al lector a las referencias que hicimos al art. 378 (obligación del guardador de hacer un inventario de los bienes del pupilo). El art. 434, por su parte, referido al tutor, dispone lo siguiente: “La continuada negligencia del tutor en proveer a la sustentación y educación del pupilo, es motivo suficiente para removerle de la tutela”.

Con relación a la tercera causal, Ramos Pazos afirma que “la ley no explica cuál puede ser la razón de esta ineptitud, debiendo por ello entenderse que puede deberse a cualquier motivo: falta de preparación, avanzada edad, falta de interés, etc.”.¹⁸¹

El art. 540 complementa lo dicho por el art. 539 a propósito de la cuarta causal: “Se presumirá 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”.

La quinta causal es interesante, pues a partir de su tenor se desprende que el daño que puede experimentar el pupilo no sólo podría ser patrimonial, sino que también *puramente moral*. Esta es una de las normas que nuestras Cortes han mencionado para sostener que en el Código Civil sí se reconoce la existencia del daño moral (revisar al respecto nuestro apunte sobre “Efectos de las obligaciones”, al referirnos ahí a la evaluación judicial de los perjuicios).

3.- Procedimiento del juicio de remoción.

Dado que no había reglas especiales, Rossel afirmaba que el juicio de remoción se debía tramitar conforme a las normas del juicio ordinario; y mientras se sustanciara, debía nombrarse un guardador interino. En el juicio, debería oírse a los parientes y al Ministerio Público (art. 542 del Código Civil).¹⁸²

Pero Rossel escribía antes de que entrara en vigor en el año 2004 la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, y antes de que se reformare el art. 680 del Código de Procedimiento Civil.

Por ello, Ramos Pazos plantea el siguiente distingo:

a) Si se trata de la remoción del guardador de un niño, niña o adolescente, será competente el respectivo Juzgado de Familia y deberá aplicarse el procedimiento ordinario de familia (art. 8, N° 6, Ley N° 19.968).

b) Si se trata de la remoción del guardador de un mayor de edad, será competente el Juez de Letras Civil, conforme al procedimiento sumario. Dispone al respecto el art. 680, N° 4 del Código de Procedimiento Civil: “El procedimiento de que trata este Título se aplicará en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz. / Deberá aplicarse, además, a los siguientes casos: (...) 4º. A los juicios sobre remoción de guardadores y a los que se susciten entre los representantes legales y sus representados”.¹⁸³

¹⁸⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 843, p. 620.

¹⁸¹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 843, p. 620.

¹⁸² Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 523, p. 371.

¹⁸³ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 844, p. 621.

El art. 543 del Código Civil se refiere a la designación de un guardador interino, mientras dura el juicio de remoción: "Se nombrará tutor o curador interino para mientras penda el juicio de remoción, siempre que el tribunal, oyendo a los parientes, estimare que conviene dicho nombramiento. El interino excluirá al propietario que no fuere ascendiente, descendiente o cónyuge; y será agregado al que lo fuere".

La expresión "propietario" se refiere aquí al guardador cuya remoción se está demandando.

4.- Efectos de la remoción.

El guardador removido no puede seguir ejercitando su cargo y deberá indemnizar al pupilo por los perjuicios ocasionados. Eventualmente, también podrá tener responsabilidad penal.¹⁸⁴

Dispone al efecto el art. 544 del Código Civil: "El tutor o curador removido deberá indemnizar cumplidamente al pupilo. / Será asimismo perseguido criminalmente por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo".

La expresión "cumplidamente" también ha servido de fundamento para sostener la procedencia de una indemnización integral, que incluya el daño moral, si fuere el caso.

Si el guardador ejercía varias guardas y es removido de una de ellas, será también removido de las otras.

Establece el art. 541 del Código Civil: "El que ejerce varias tutelas o curadurías y es removido de una de ellas por fraude o culpa grave, será por el mismo hecho removido de las otras, a petición del respectivo defensor, o de cualquiera persona del pueblo, o de oficio".

Ramos Pazos enumera los siguientes efectos:

- i.- Deberá designarse un nuevo guardador.
- ii.- El removido deberá indemnizar los perjuicios al pupilo (art. 544).
- iii.- El guardador removido queda sujeto a la responsabilidad penal, por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo (art. 544, inc. final).
- iv.- El guardador removido por torcida o descuidada administración se hace incapaz de ejercer nuevas guardas (art. 497, N° 12).
- v.- El guardador removido por fraude o culpa grave será removido de las otras guardas que pudiere tener, a petición del respectivo defensor, o de cualquiera persona del pueblo, o de oficio (art. 541).
- vi.- En la mayoría de los casos, el guardador removido pierde su derecho a remuneración (art. 533).
- vii.- Si el padre o madre es removido de la guarda del hijo por mala administración pierden el derecho de designarle, por testamento, tutor o curador, salvo el caso del art. 360 (arts. 357 y 358). El art. 360 dispone: "No obstante lo dispuesto en el artículo 357, el padre, la madre y cualquier otra persona, podrán nombrar un curador, por testamento o por acto entre vivos, cuando donen o dejen al pupilo alguna parte de sus bienes, que no se les deba a título de legítima. / Esta curaduría se limitará a los bienes que se donan o dejan al pupilo".¹⁸⁵ La donación, por lo tanto, deberá ser hecha con cargo a la cuarta de mejoras o a la cuarta de libre disposición, pero no con cargo a la legítima, pues ésta no admite modalidades o gravámenes (art. 1192 del Código Civil).

X.- REGLAS PARTICULARES SOBRE LAS GUARDAS.

1.- Reglas relativas a la tutela.

¹⁸⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 524, p. 371.

¹⁸⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 846, pp. 621 y 622.

a) *Normas que la regulan.*

Se regula la tutela en los arts. 428 a 434 del Código Civil, que corresponden al Título XXII del Libro Primero.

La tutela corresponde al impúber (art. 341) y se extiende tanto a su persona como a sus bienes (art. 340).

b) *Clases de tutelas.*

La tutela puede ser de tres clases: testamentaria, legítima o dativa. De esta manera:

i.- En primer lugar, los padres o el adoptante pueden haber designado en su testamento un tutor para el impúber.

ii.- De no existir tutela testamentaria, podrá conferirse una tutela legítima, designando a una de las personas señaladas en el art. 367 y conforme al orden fijado en la norma.

iii.- Si no fuere posible conferir la tutela a ninguna de las personas indicadas en el art. 367, el juez designará un tutor dativo. El nombramiento lo puede provocar el defensor de menores o cualquiera del pueblo por intermedio del defensor (art. 841 del Código de Procedimiento Civil).¹⁸⁶

Debe tenerse presente que la negligencia de las personas que podrían ser en el futuro herederas del impúber, en orden a solicitar que se le nombre a éste un tutor, podría configurar una causal de indignidad para suceder, conforme se establece en el art. 970 del Código Civil.

c) *Crianza y educación del pupilo.*

Como expresa Claro Solar, "El cuidado que el guardador debe tomar de la persona del pupilo, se aplica a su educación física y moral: debe atender a su crianza, alimentación y mantenimiento, y a su educación. Pero el derecho del guardador bajo estos respectos no es absoluto y está, en parte, subordinado a las determinaciones que hayan tomado los padres".¹⁸⁷

Establece al efecto el art. 428: "En lo tocante a la crianza y educación del pupilo es obligado el tutor a conformarse con la voluntad de la persona o personas encargadas de ellas, según lo ordenado en el Título IX, sin perjuicio de ocurrir al juez, cuando lo crea conveniente. / Pero el padre o madre que ejercen la tutela no serán obligados a consultar sobre esta materia a persona alguna".

El Título IX trata "De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos".

El art. 429 agrega sobre el particular: "El tutor, en caso de negligencia de la persona o personas encargadas de la crianza y educación del pupilo, se esforzará por todos los medios prudentes en hacerles cumplir su deber, y si fuere necesario ocurrirá al juez".

De esta manera, si el cuidado personal del impúber correspondiere a otra persona, el tutor deberá consultarle y proceder de acuerdo con él.

En cambio, si el cuidado personal del pupilo no ha sido confiado a otra persona, "el tutor es quien tiene a su cargo la crianza y educación y dirige éstas según su prudencia y sus luces (...). En una palabra, el guardador está obligado a proporcionar al pupilo los alimentos, que comprenden naturalmente a más de la alimentación propiamente dicha, la habitación, el vestido y el cuidado de la persona y debe darle la instrucción conveniente a su posición social y a sus facultades. En cuanto a la

¹⁸⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 850, p. 622.

¹⁸⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo V, N° 2.339, p. 6.

educación del pupilo, debe tomar las medidas necesarias para dar al menor un estado y profesión u oficio que guarde relación con su posición social y su fortuna, y elegir ese estado o profesión y el establecimiento en que deba hacer sus estudios o aprendizaje".¹⁸⁸

d) *Restricción que pesa sobre algunos de los futuros herederos del pupilo.*

Dentro de sus facultades, el tutor puede disponer que el pupilo viva con él en la misma casa o elegir su residencia, confiando el cuidado personal del pupilo a un tercero. Pero lo que no puede ocurrir, es que el pupilo tenga su residencia o esté bajo el cuidado personal de una persona que, en caso de fallecer el pupilo, le sucederá.¹⁸⁹

Dispone en tal sentido el art. 430 del Código Civil: "El pupilo no residirá en la habitación o bajo el cuidado personal de ninguno de los que, si muriese, habrían de suceder en sus bienes. / No están sujetos a esta exclusión los ascendientes".

La restricción, entonces, no afectará a los ascendientes del pupilo, que eventualmente pudieren sucederle, pero sí a los demás que pudieren heredarle.

El art. 430, además, debe entenderse como una norma general, que se aplica no sólo en el caso de las tutelas, sino que, también, tratándose de curadurías.

e) *Obligaciones del tutor cuando los padres no hubieren previsto en sus testamentos lo concerniente a la crianza y educación del pupilo.*

Como expresa Claro Solar, "Dos situaciones pueden presentarse: o los padres han determinado cómo debe ser criado y educado el pupilo; o no lo han hecho. a) En el primer caso y especialmente si el padre o madre han fijado en su testamento el monto de los gastos, sea directamente, sea indicando la clase de crianza o educación que daba darse al hijo o hijos, destinando a ello fondos especiales de la parte de libre disposición de sus bienes, el guardador debe dar cumplimiento a la voluntad del padre o madre y suministrar para los alimentos, habitación, mantenimiento y educación del pupilo o pupilos las sumas determinadas por el padre o madre, o las que para ello sean necesarias, si es él el administrador de los bienes destinados a este objeto, o exigirlos de quien tenga esa administración. b) En el segundo caso, el tutor o curador debe suministrar de los bienes del pupilo lo que sea necesario para esos objetos, pues no está obligado a atender a ellos con su propio patrimonio".¹⁹⁰

En este último caso, el tutor:

- i.- Debe suministrar lo necesario para estos objetos, según competa al rango social de la familia; sacándolo de los bienes del pupilo, y en cuanto fuere posible, de los frutos.
- ii.- En el cumplimiento esta obligación, el tutor será responsable de todo gasto inmoderado en la crianza y educación del pupilo, aunque se saque de los frutos.
- iii.- Para cubrir su responsabilidad, podrá el tutor pedir al juez que, en vista de las facultades del pupilo, fije el máximo de la suma que haya de invertirse en su crianza y educación (art. 431 del Código Civil). Respecto de este punto, como afirma Claro Solar, "La medida que ella prescribe es conveniente para el tutor o curador, porque en general lo pone a cubierto de su responsabilidad y le evita tener que entrar a justificar la legitimidad o conveniencias del gasto al rendir cuenta de su administración; y lo sería especialmente en caso de haber tenido el tutor o curador que recurrir a los capitales, por insuficiencia de los frutos".¹⁹¹

f) *Caso en el que el tutor puede gravar o enajenar bienes del pupilo.*

¹⁸⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.343, p. 10.

¹⁸⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.345, p. 11.

¹⁹⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.347, p. 13.

¹⁹¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.352, p. 20.

Se desprenden del art. 432 del Código Civil las siguientes reglas:

i.- Podrá el tutor enajenar o gravar alguna parte de los bienes del pupilo, si los frutos de esos bienes no alcanzaren para su moderada sustentación y su necesaria educación.

ii.- Sin embargo, no podrá el tutor contraer empréstitos ni tocar los bienes raíces o los capitales productivos, sino por extrema necesidad y con la autorización debida.

La "autorización debida" es la que debe prestar el juez de Familia. Como refiere Claro Solar, "Para obtener la autorización judicial el tutor o curador deberá justificar la extrema necesidad que lo obliga a tocar los bienes raíces o los capitales productivos. Esta necesidad extrema no puede provenir, sino de la insuficiencia de los frutos de los bienes del pupilo para su moderada sustentación y necesaria educación".¹⁹²

En el caso de enajenar bienes del pupilo, nos remitimos a lo expresado en el caso de que se trate de bienes inmuebles o de bienes muebles preciosos o con valor de afección y a lo dispuesto en los arts. 393 y 394 del Código Civil, que, ciertamente, tienen plena aplicación en cuanto ordenan obtener autorización judicial y si el título de la enajenación fuera una compraventa, que ésta se realice en pública subasta.

g) *Obligación del tutor en caso de indigencia del pupilo.*

Establece el art. 433 del Código Civil: "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 necesario fuere, para que así lo hagan".

De esta manera, si la persona bajo guarda no dispusiere de bienes que le permitan subsistir por sí solo, el tutor deberá deducir la pertinente demanda de alimentos en contra de quienes están obligados a proporcionárselos al pupilo. Tales personas son las señaladas en el art. 321 del Código Civil y habrá que proceder en contra de ellas según el orden de precedencia contemplado en el art. 326 del mismo cuerpo legal.

Aunque el precepto aluda a la "indigencia del pupilo", expresión que podría denotar una condición de pobreza extrema ("falta de medios para alimentarse, para vestirse, etc.", dice el Diccionario de la Lengua Española), lo cierto es que, el tutor podrá demandar de alimentos, aunque el pupilo disponga de *algunos* bienes, pero no suficientes para cubrir la totalidad de los alimentos que requiera para una adecuada subsistencia.

Así por lo demás lo entiende Claro Solar: "No se trata únicamente de la falta absoluta, sino de toda insuficiencia, como quiera que la prestación alimenticia se debe en la parte en que los medios de subsistencia del demandante son insuficientes".¹⁹³

h) *Causal para remover al tutor.*

Dispone el art. 434 del Código Civil: "La continuada negligencia del tutor en proveer a la sustentación y educación del pupilo, es motivo suficiente para removerle de la tutela".

Como refiere Claro Solar, "Considera la ley que incurre en culpa grave en el ejercicio de su cargo el tutor o curador que es negligente en los suministros que deba hacer para dichos objetos sacándolos de los bienes del pupilo, o en caso de insuficiencia de éstos obteniéndolos de los que deben darle alimentos. La pena de

¹⁹² Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.350, p. 17.

¹⁹³ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.355, pp. 22 y 23.

remoción de la guarda de un pupilo pobre, que pudiera parecer insignificante, tiene la gravedad de hacer incapaz de otra tutela o curaduría al tutor o curador removido”.¹⁹⁴

2.- Reglas relativas a la curaduría del menor.

a) Normas que la regulan.

Trata el Código Civil acerca de esta curaduría en sus arts. 435 a 441, que integran el Título XXIII, “Reglas especiales relativas a la curaduría del menor”, del Libro Primero.

La curaduría se establece para “el adulto emancipado”, entendiéndose por tal el menor adulto (art. 26), que, por alguna de las causales previstas en la ley (arts. 270 y 271 del Código Civil), hubiere quedado legal o judicialmente emancipado, como ocurre, por ejemplo, por la muerte o inhabilidad de ambos padres.

Dispone el art. 435 del Código Civil: “La curaduría del menor de que se trata en este título, es aquella a que sólo por razón de su edad está sujeto el adulto emancipado”.

Con todo, también podría designarse curador *a un menor no emancipado*, en el caso de haberse *suspendido* la patria potestad respecto de ambos padres. Dispone al efecto el art. 267 del Código Civil: “La patria potestad se suspende por la demencia del padre o madre que la ejerce, por su menor edad, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, y por su larga ausencia u otro impedimento físico, de los cuales se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee. / En estos casos la patria potestad la ejercerá el otro padre, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales. Si se suspende respecto de ambos, el hijo quedará sujeto a guarda”.

En este caso, como afirma Claro Solar, tiene lugar especialmente la guarda legítima, con arreglo al art. 366 del Código Civil,¹⁹⁵ del siguiente tenor: “Tiene lugar la guarda legítima cuando falta o expira la testamentaria. / Tiene lugar especialmente cuando es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por decreto del juez”.

Cabe señalar que, si se trata de un impúber que se encontraba bajo tutela, y ahora alcanza la condición de menor adulto, *la guarda se transforma en curaduría por el solo ministerio de la ley*. Así lo establece el art. 436 del Código Civil: “Llegado el menor a la pubertad, su tutor entrará a desempeñar la curatela por el solo ministerio de la ley. / En consecuencia, no será necesario que se le discierna el cargo, ni que rinda nuevas cauciones, ni que practique inventario. Las cuentas de la tutela y de la curatela se rendirán conjuntamente”.

Esta norma, como se expresó, fue modificada por la Ley N° 7.612 del año 1943. Antes de la reforma, una vez que el impúber cumplía 12 (si era una mujer) o 14 años (si era un varón), habiendo expirado la tutela, era necesario solicitar la designación de un curador.

Distinta es la situación sin embargo de un impúber *demente* que se encontrare bajo tutela y alcanzare la pubertad, según se verá, pues en este caso será necesario solicitar que se designe un curador (art. 458 del Código Civil). En consecuencia, la norma del art. 436 debiéramos entenderla en el caso de que la tutela se deba a la *edad* del pupilo y no a su *demencia*.

b) Clases de curaduría.

¹⁹⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.356, p. 23.

¹⁹⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.358, p. 25.

Al igual que se señaló respecto de las tutelas, la curaduría del menor puede ser testamentaria, legítima o dativa.¹⁹⁶

En efecto, refiere Claro Solar que "si la curaduría del menor hubiera sido únicamente dativa, el legislador habría cuidado de expresarlo, ya que una regla tan especial modificaba sustancialmente el derecho reconocido a los padres y los llamamientos hechos por la ley misma, todo lo cual habría quedado subordinado a la voluntad caprichosa del menor".¹⁹⁷

c) *Quiénes pueden solicitar la designación de curador.*

Las reglas se establecen en el art. 437 del Código Civil: "El menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez, designando la persona que lo sea. / Si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes; pero la designación de la persona corresponderá siempre al menor, o al juez en subsidio. / El juez, oyendo al defensor de menores, aceptará la persona designada por el menor, si fuere idónea".

De esta manera:

i.- El propio menor podrá pedir la designación del curador. En este caso, la guarda será *dativa*.

ii.- Si no lo hiciera, podrán solicitarla "los parientes". Pero en este caso, será el propio menor el que designará al curador, o si no lo hiciera, lo hará el juez.

Los parientes a que alude el artículo 437, son, por regla general, los que señalan los arts. 42 y 367 del Código Civil. Si el menor o el juez designan a cualquiera de las personas señaladas en el segundo de estos preceptos, la guarda será "legítima".

iii.- Si el menor hubiere designado al curador, el juez, previo a aceptar dicha designación, deberá oír previamente al defensor de menores.

Como se expresa al comienzo del inc. 1º del art. 437, el menor podrá pedir al juez la designación de curador, cuando careciere de guardador. Al efecto, señala Ramos Pazos que "Debemos entender que el menor carece de curador cuando no hay curador testamentario, ni legítimo, ni tutor que pase a ocupar el cargo por el solo ministerio de la ley, cuando llegó a la pubertad".¹⁹⁸

En similares términos se pronuncia Claro Solar: "La poca precisión de la expresión de que la ley se sirve, se ha prestado, sin embargo, a interpretaciones diversas. Se ha fallado que aun cuando se haya nombrado curador por testamento, el menor puede no aceptar al testamentario a quien no se ha discernido el cargo y proponer otra persona como curador; pero la doctrina de estos fallos que contraría abiertamente todo el sistema del Código en materia de tutelas y curadurías, no ha sido seguida y la Corte Suprema en una sentencia de casación, llamada a establecer jurisprudencia, dice que la expresión 'careciere de curador' del art. 437 no puede entenderse que se refiere en sentido restringido al menor que no tiene actualmente curador en ejercicio del cargo o con decreto de discernimiento, ya que si hay curador nombrado en testamento o persona a quien la ley confiera este cargo y sea llamada a desempeñarlo, no puede decirse que el menor adulto, que en tal condición se halle, carezca de curador".¹⁹⁹

En conclusión: el menor sólo podrá pedir la designación del curador dativo cuanto carezca de curador testamentario o cuanto no haya operado una guarda legítima por ausencia o negativa de las personas que podrían haberla asumido de conformidad al art. 367 del Código Civil.

Las normas del Código Civil deben ser complementadas, sin embargo, por los arts. 839 y 840 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁹⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 854, p. 624.

¹⁹⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.360, p. 28.

¹⁹⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 856, p. 625.

¹⁹⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.360, p. 27.

Establece el art. 839: "Para conferir la tutela o curaduría legítima del menor a su padre o madre legítimos o a los demás ascendientes de uno u otro sexo, procederá el tribunal oyendo sólo al defensor de menores. / En los demás casos de tutela o curaduría legítima, para la elección del tutor o curador oirá el tribunal al defensor de menores y a los parientes del pupilo. / Al defensor de menores se le pedirá dictamen por escrito; pero si ha de consultarse a los parientes del pupilo, bastará que se les cite para la misma audiencia a que deben éstos concurrir, en la cual será también oído el defensor. / La notificación y audiencia de los parientes tendrán lugar en la forma que establece el artículo 689".

Dispone a su vez el art. 840: "Cuando haya de nombrarse tutor o curador dativo, se acreditará la procedencia legal del nombramiento, designando el menor la persona del curador si le corresponde hacer esta designación, y se observarán en lo demás las disposiciones de los cuatro últimos incisos del artículo anterior".

d) *Facultades del curador respecto de la crianza y educación del pupilo.*

Conforme al art. 438 del Código Civil, "Podrá el curador ejercer, en cuanto a la crianza y educación del menor, las facultades que en el título precedente se confieren al tutor respecto del impúber".

Por consiguiente, se le aplicará al curador lo previsto en los arts. 428 a 434 del Código Civil para los tutores.

e) *Peculio profesional o industrial del menor bajo curaduría.*

La circunstancia de que un menor adulto pueda encontrarse bajo curaduría, no es óbice para que posea el patrimonio especial que le reporte su trabajo. Establece el art. 439 del Código Civil: "El menor que está bajo curaduría tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo sujeto a patria potestad, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria. / Lo dispuesto en el artículo 260 se aplica al menor y al curador".

Dispone a su vez el art. 260 del Código Civil: "Los actos y contratos del hijo no autorizados por el padre o la madre que lo tenga bajo su patria potestad, o por el curador adjunto, en su caso, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial. / Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita de las personas mencionadas. Y si lo hiciere, no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos".

f) *Representación del menor.*

Regula la materia el art. 440 del Código Civil: "El curador representa al menor, de la misma manera que el tutor al impúber. / Podrá el curador, no obstante, si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizar bajo su responsabilidad los actos del pupilo en esta administración. / Se presumirá la autorización para todos los actos ordinarios anexos a ella. / El curador ejercerá también, de pleno derecho, la tutela o curatela de los hijos bajo patria potestad del pupilo".

En consecuencia:

- i.- El curador es el representante legal del menor.
- ii.- El curador puede delegar en el pupilo la administración de algunos de sus bienes (pero no de todos).
- iii.- Esta delegación, sin embargo, no faculta al pupilo para contratar por sí solo, pues los actos que realice deberán ser autorizados por el curador.

iv.- Con todo, se presumirá la autorización del curador al menor, para “los actos ordinarios” anexos a la administración.

v.- Si el pupilo tuviere hijos, su curador será tutor o curador de ellos “de pleno derecho”. Considerando que el pupilo tendrá como máximo 18 años, sus hijos, de tenerlos, serán impúberes, de manera que el curador del padre será tutor de los hijos de su pupilo.

g) *Derecho del pupilo para reclamar de la conducta del curador.*

Así lo dispone el art. 441 del Código Civil: “El pupilo tendrá derecho para solicitar la intervención del defensor de menores, cuando de alguno de los actos del curador le resulte manifiesto perjuicio; y el defensor, encontrando fundado el reclamo, ocurrirá al juez”.

Señala Claro Solar acerca de esta norma que “El curador está llamado a prestar a su pupilo la protección que correspondería prestarle a su padre [o a su madre] (...); y la ley descansa en esta protección como medio de evitar al menor (...) los perjuicios que, de otro modo, le habrían ocasionado su ligereza y su inexperiencia; pero el curador mismo por malicia, por negligencia o por ineptitud, puede ocasionar con sus actos daño al pupilo y, sin perjuicio, naturalmente, de la responsabilidad que por ellos tenga ese curador, y para evitar que esos perjuicios se consumen o se repitan, la ley autoriza al menor, consciente de ellos, para solicitar la intervención del juez por intermedio del defensor de menores (...). El menor bajo curaduría tiene discernimiento bastante para darse cuenta de la manera cómo son administrados sus intereses por su curador, y si ve que los actos de éste le causan manifiesto perjuicio, puede impetrar la intervención del funcionario a quien la ley ha encomendado precisamente la defensa de los menores por medio de la fiscalización que debe ejercer sobre la administración de sus guardadores. No ha querido el legislador que sea el mismo menor quien ocurra al juez reclamando de los actos de su curador, por las especiales consideraciones que el pupilo debe a su guardador y porque el pupilo puede, procediendo ligeramente, hacer reclamaciones destituidas de todo fundamento. La intervención previa del defensor de menores, quien deberá imponerse de los hechos en su detalle y tomar otras informaciones para juzgar de la procedencia del reclamo del menor, es una garantía de que ha de proceder con verdadero fundamento, como quiera que de ello puede resultar la remoción del curador expresamente autorizada por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, por manifiesta ineptitud o por actos repetidos de administración descuidada”.²⁰⁰

h) *Término de la curaduría del menor.*

La curaduría expirará de pleno derecho al llegar el pupilo a la mayoría de edad. Por lo tanto, los actos que con posterioridad realizare el curador en representación del pupilo, le serán inoponibles a éste.²⁰¹

Terminará también la curaduría por cualquiera de las causas previstas en el art. 539 del Código Civil, a las que hicimos referencia.

3.- Reglas relativas a la curaduría del disipador.

a) *Normas que la regulan.*

²⁰⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.373, pp. 42 y 43.

²⁰¹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 862, p. 626.

Regula el Código Civil la curaduría del disipador en el Título XXIV del Libro Primero, "Reglas especiales relativas a la curaduría del disipador", arts. 442 a 455.

Se dará curador al disipador que previamente sea interdicto por tal causa.

Como expresa Claro Solar, "*Pródigo o disipador*, es el que desperdicia y consume su hacienda o caudal en gastos inútiles y vanas profusiones, sin orden ni razón, sin fin útil para él ni para la sociedad".²⁰²

Advierte el mismo autor que una cosa es la *prodigalidad* y otra la *liberalidad*, cualidad esta última estimable como una proyección de la solidaridad: "No debe confundirse la prodigalidad con la liberalidad. El hombre liberal hace un noble uso de su fortuna haciéndola servir al alivio de los desgraciados, al fomento de las bellas artes o de las letras, a la creación de obras perdurables y útiles. El hombre disipador despilfarra su patrimonio, lo consume rápidamente en el juego, en festines, en regalos sin motivo o a menudo por motivos poco honestos".²⁰³

Cabe advertir que los actos realizados por el disipador antes de que se declare su interdicción serán válidos, sin que sea posible demandar la nulidad relativa alegando que, al ejecutarlos, la persona ya exhibía una conducta irracional en el manejo de sus bienes. En esto, existe una diferencia con la situación del demente, respecto del cual sí sería posible probar que los actos previos a la interdicción son nulos por causa de la demencia (art. 465 del Código Civil). Declarada la interdicción del disipador, "los actos o contratos del disipador posteriores a la interdicción, como actos o contratos de una persona relativamente incapaz, son nulos de nulidad relativa; y esta nulidad relativa sólo puede ser demandada por el interdicto o por sus herederos, no por la persona que contrató con el interdicto; no puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede declararse por el juez de oficio".²⁰⁴

Será competente para decretar la interdicción de un disipador el Juez Civil y el procedimiento será el ordinario. La Ley N° 20.286 del año 2008 sustrajo esta materia del conocimiento de los Tribunales de Familia.

b) *Clases de curaduría.*

Dispone el art. 442 del Código Civil: "A los que por pródigos o disipadores han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, se dará curador legítimo, y a falta de éste, curador dativo. / Esta curaduría podrá ser testamentaria en el caso del artículo 451".

El art. 451 del Código Civil dispone a su vez: "El padre o madre que ejerza la curaduría del hijo disipador podrá nombrar por testamento la persona que, a su fallecimiento, haya de sucederle en la guarda".

c) *Quiénes pueden solicitar la interdicción del disipador y la designación del curador.*

Los arts. 443 y 444 del Código Civil se refieren a la materia.

Establece el art. 443: "El juicio de interdicción podrá ser provocado por el cónyuge no separado judicialmente del supuesto disipador, por cualquiera de sus consanguíneos hasta en el cuarto grado, y por el defensor público. / El defensor público será oído aun en los casos en que el juicio de interdicción no haya sido provocado por él".

Por su parte, dispone el art. 444: "Si el supuesto disipador fuere extranjero, podrá también ser provocado el juicio por el competente funcionario diplomático o consular".

²⁰² Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.378, p. 51.

²⁰³ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.378, p. 51.

²⁰⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.410, p. 84.

De esta forma, pueden pedir la interdicción del disipador:

- i.- El cónyuge, salvo si existiere separación judicial de los cónyuges.
- ii.- Cualquiera de los consanguíneos del disipador, hasta el cuarto grado (primos hermanos, por ejemplo). Dado que la ley se refiere a los "consanguíneos", no podría demandar la interdicción un pariente por afinidad.
- iii.- El defensor público.
- iv.- El competente funcionario diplomático o consular, si el disipador fuere extranjero.

Estas mismas personas podrán solicitar la designación del curador. Asimismo, podrá pedir el nombramiento el defensor de menores.

Así lo dispone el art. 843 del Código de Procedimiento Civil: "Declarada por sentencia firme la interdicción del disipador, del demente o del sordomudo, se procederá al nombramiento de curador, en la forma prescrita por el artículo 839. / Pueden pedir este nombramiento el defensor de menores y las mismas personas que, conforme a los artículos 443, 444 y 459 del Código Civil, pueden provocar el respectivo juicio de interdicción. / Declarada la interdicción provisional, habrá lugar al nombramiento de curador, conforme a las reglas establecidas en el Código Civil".

Refiere Claro Solar, aludiendo al art. 443, que, "La ley no establece un orden prelativo entre las personas llamadas a provocar la interdicción. Así, si el cónyuge no la provoca, puede provocarla un ascendiente o un descendiente del supuesto disipador o un colateral (...). Cada una de las personas llamadas a provocar el juicio de interdicción tiene un derecho propio y personal que puede ejercitar independientemente, aunque el disipador sea casado o aunque haya un pariente más próximo que se abstiene de obrar".²⁰⁵

d) Prueba de la disipación.

Se refiere a la prueba el art. 445 del Código Civil: "La disipación deberá probarse por hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia. / El juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos, autorizan la interdicción".

Como puede observarse, los actos de disipación deben haberse reiterado en el tiempo, señalando la ley tres ejemplos:

- i.- El juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio.
- ii.- Donaciones cuantiosas sin causa adecuada.
- iii.- Gastos ruinosos.

Estos tres casos constituyen presunciones de una conducta dilapidadora de un sujeto que justifican su interdicción por tal causa.

Claro Solar señala que dos condiciones deben concurrir para que los actos de un individuo constituyan prodigalidad:

- i.- "Por una parte, estos actos deben representar un gasto excesivo para las fuerzas del patrimonio, de suerte que amenacen su pérdida o disipación. La prodigalidad tiene que ser apreciada de una manera absolutamente relativa, habida consideración a los recursos de que el individuo puede disponer; pues lo que para unos sería evidentemente un acto de prodigalidad manifiesta, para otro no pasará de un gasto crecido, excesivo tal vez; pero que su fortuna le permite hacer, sin que pudiera ser calificado como disipador".
- ii.- "Por otra parte, es necesario que se trate de gastos locos, inspirados no por la necesidad o un móvil elevado sino por mero capricho en el sentido más amplio de la palabra. No toda disminución de patrimonio podría, en efecto, estimarse como prodigalidad. Así, la pasión del juego en que se arriesgan considerables porciones del

²⁰⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.389, p. 62.

patrimonio autoriza la interdicción porque arrastra al que se deja dominar por ella a pérdidas fatalmente inevitables; pero no podría confundirse con esta pasión ciega y que entrega todo al azar, la especulación sobre valores de bolsa u otros que exige siempre combinaciones serias de la inteligencia, ilustrada por los datos y antecedentes, sino infalibles, a lo menos basados en la experiencia, siempre que no se trate de operaciones disparatadas o de empresas insensatas, las cuales, sí, constituirían actos de prodigalidad”.²⁰⁶

Por ello es que, como afirma Claro Solar, “La apreciación de los antecedentes en que se hace consistir la prodigalidad es, por lo mismo, una cuestión de hecho, para la cual los tribunales tienen un poder muy amplio y que es fijada por ellos soberanamente”.²⁰⁷

e) *Interdicción provisoria del disipador.*

Esta posibilidad se contempla en el art. 446 del Código Civil: “Mientras se decide la causa, podrá el juez, a virtud de los informes verbales de los parientes o de otras personas, y oídas las explicaciones del supuesto disipador, decretar la interdicción provisoria”.

Se explica esta posibilidad, como expresa Claro Solar, pues siendo el juicio de lato conocimiento, “y puede durar algún tiempo, tal vez largo, la demanda de interdicción podría tener resultados contraproducentes si para limitar la libre disposición de los bienes del disipador, manifiestamente tal, hubiera de tener que esperarse que se dictara sentencia de interdicción. Siguiendo el disipador en sus derroches, y precipitándolos aún durante la secuela del juicio, la interdicción podría venir cuando el disipador estuviere reducido a la ruina y a la miseria, que con su interdicción se trata de evitar”.²⁰⁸

Si se decreta la interdicción provisional deberá nombrarse un curador interino mientras dure la tramitación del juicio y se decrete la interdicción definitiva (o se niegue lugar a la misma). Las facultades de este curador interino o provisional -dice Claro Solar- son las mismas que las de un curador definitivo, pues el primero es un curador general, designado tanto para la persona cuanto para los bienes del disipador.²⁰⁹

Si se decreta la interdicción definitiva, se nombrará el curador definitivo, que, usualmente, será la misma persona designado en calidad de interino.

f) *Formalidades de publicidad.*

Se refiere a ellas el art. 447 del Código Civil: “Los decretos de interdicción provisoria o definitiva deberán inscribirse en el Registro del Conservador y notificarse al público por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquella no lo hubiere. /La inscripción y notificación deberán reducirse a expresar que tal individuo, designado por su nombre, apellido y domicilio, no tiene la libre administración de sus bienes”.

Dos son por ende las formalidades de publicidad:

i.- La sentencia (o “decreto”, en el lenguaje del Código), sea la que declare la interdicción provisoria o la que declare la interdicción definitiva, deberá inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces que corresponda al territorio del Tribunal que la dictó.

²⁰⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.380, pp. 52 y 53.

²⁰⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.380, p. 53.

²⁰⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.398, p. 68.

²⁰⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.403, p. 75.

ii.- Un extracto de esta sentencia deberá también publicarse mediante tres avisos, en la forma señalada en el precepto.

Un ejemplo del contenido de la publicación es el siguiente: "De conformidad con sentencia Rol V-Nº _____, dictada por el _____ Juzgado Civil de _____, don (doña) _____ ha quedado privado(a) de la libre administración de sus bienes".

g) *Personas a quienes se puede deferir la curaduría.*

Dispone al efecto el art. 448 del Código Civil: "Se deferirá la curaduría:

1º. A los ascendientes, pero el padre o madre cuya paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente contra su oposición o que esté casado con un tercero no podrá ejercer este cargo;

2º. A los hermanos, y

3º. A otros colaterales hasta en el cuarto grado.

El juez tendrá libertad para elegir en cada clase de las designadas en los números anteriores la persona o personas que más a propósito le parecieren.

A falta de las personas antedichas tendrá lugar la curaduría dativa".

Lo dispuesto en el Nº 1, en cuanto se priva de la posibilidad de ser guardador al padre o madre, es armónico con lo que se expresa en el art. 203 del Código Civil.

En el caso de la curaduría dativa, el juez "elegirá libremente la persona o personas que deben desempeñar la curatela. No podría, por la misma naturaleza de la interdicción, tener cabida aquí el derecho que el art. 437 reconoce al menor adulto de designar la persona que ha de ser su curador, aunque el interdicto fuera menor de edad".²¹⁰

h) *Situación cuando el disipador estuviere casado o tuviere hijos menores de edad.*

Establece el art. 449 del Código Civil: "El curador del marido disipador administrará la sociedad conyugal en cuanto ésta subsista y ejercerá de pleno derecho la guarda de los hijos en caso de que la madre, por cualquier razón, no ejerza la patria potestad. / El curador de la mujer disipadora ejercerá también, y de la misma manera, la tutela o curatela de los hijos que se encuentren bajo la patria potestad de ella, cuando ésta no le correspondiera al padre".

A su vez, agrega el art. 450 del Código Civil: "Ningún cónyuge podrá ser curador del otro declarado disipador. / La mujer casada en sociedad conyugal cuyo marido disipador sea sujeto a curaduría, si es mayor de dieciocho años o después de la interdicción los cumpliere, tendrá derecho para pedir separación de bienes".

Por su parte, el art. 4º Nº 4 de la Ley Nº 4.808, sobre Registro Civil, ordena subinscribir al margen de la inscripción matrimonial la interdicción del marido: "En el libro de los matrimonios se inscribirán: (...) 4º. las sentencias ejecutoriadas en que se declare la nulidad del matrimonio o se decrete el divorcio perpetuo o temporal; la simple separación de bienes de los cónyuges; los instrumentos en que se estipulen capitulaciones matrimoniales y las sentencias ejecutoriadas que concedan a la mujer o a un curador, la administración extraordinaria de la sociedad conyugal y las que declaren la interdicción del marido. Estas subinscripciones podrán solicitarse también del Conservador del Registro Civil, quien ordenará que se haga la subinscripción en el libro de la comuna que corresponda".

Se desprenden de estas normas las siguientes reglas:

i.- Si el disipador fuere el marido y el régimen matrimonial fuere el de la sociedad conyugal, el curador asumirá la administración de ésta. Se trata de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal (art. 1758, inc. 2º del Código Civil). Esta

²¹⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, Nº 2.406, p. 81.

administración comprenderá tanto los bienes del marido (con los cuales están confundidos los bienes sociales) y los bienes propios de la mujer.

ii.- El curador también podría ejercer la guarda de los hijos. Sin embargo, esto ocurrirá sólo en el caso de que la madre no pueda ejercer la patria potestad. También podría haber ocurrido que el disipador hubiere tenido la guarda de un hijo mayor de edad, caso en el cual ella será ejercida por el curador de dicho disipador. Se justifica lo anterior, pues, como afirma Claro Solar, "No era posible que el padre a quien se ha privado de la administración de sus propios bienes, continuara administrando los de los hijos que tiene bajo su patria potestad o bajo su tutela o curaduría".²¹¹

iii.- Si fuere la mujer la disipadora, su curador ejercerá también la guarda de los hijos de la primera si estuvieren bajo su patria potestad, pero siempre que dicha patria potestad no le corresponda al padre. No le corresponderá, por ejemplo, si opera lo previsto en el art. 203 del Código Civil, respecto del padre privado de la patria potestad.

iv.- Si el disipador o la disipadora estuviere casado o casada, su curador no podrá ser el otro de los cónyuges.

v.- Si el disipador fuere el marido casado bajo el régimen de sociedad conyugal, la mujer podrá demandar el término de este régimen. Se justifica lo anterior, porque según se expresó, el curador también administraría los bienes propios de la mujer. El art. 1762, en las normas de la sociedad conyugal refrenda lo señalado por el art. 450: "La mujer que no quisiere tomar sobre sí la administración de la sociedad conyugal, ni someterse a la dirección de un curador, podrá pedir la separación de bienes; y en tal caso se observarán las disposiciones del Título VI, párrafo del Libro I". La norma es coherente con lo previsto en el art. 155, inc. 1º, si los actos de disipación del marido ya han provocado su insolvencia: "El juez decretará la separación de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido".

vi.- La sentencia que declare la interdicción por disipación del marido deberá subinscribirse en el Servicio de Registro Civil al margen de la inscripción del matrimonio.

i) *Derecho a nombrar al hijo disipador un curador en el testamento.*

Dispone el art. 451 del Código Civil: "El padre o madre que ejerza la curaduría del hijo disipador podrá nombrar por testamento la persona que, a su fallecimiento, haya de sucederle en la guarda".

Advierte Claro Solar que éste es el único caso en que a un curador legítimo sucede un curador testamentario, modificándose la regla general del art. 369 del Código Civil.²¹²

j) *Derecho del disipador para solicitar la intervención del ministerio público.*

Confiere al disipador este derecho el art. 452 del Código Civil: "El disipador tendrá derecho para solicitar la intervención del ministerio público, cuando los actos del curador le fueren vejatorios o perjudiciales; y el curador se conformará entonces a lo acordado por el ministerio público".

Será el disipador quien tendrá que acreditar en qué sentido lo actuado por el curador le es vejatorio o perjudicial.

El "ministerio público" al que se refiere la norma es el judicial, es decir, el integrado por los fiscales de las Cortes de Apelaciones y por el Fiscal de la Corte Suprema.

²¹¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.409, p. 83.

²¹² Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.404, p. 75.

k) *Actos para los que el disipador conserva autonomía.*

Se refiere a la materia el art. 453 del Código Civil: "El disipador conservará siempre su libertad, y tendrá para sus gastos personales la libre disposición de una suma de dinero, proporcionada a sus facultades, y señalada por el juez. / Sólo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo a la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios".

Con relación a la "libertad" del disipador, ésta debe entenderse, por regla general, para los actos jurídicos extrapatrimoniales y no así para los de carácter patrimonial, con las salvedades expresadas en el precepto, en cuanto a poder disponer "de una suma de dinero, proporcionada a sus facultades, y señalada por el juez".

Expresa al efecto Ramos Pazos: "La incapacidad del disipador alcanza únicamente a los actos patrimoniales, no a los de familia, lo que puede realizar personalmente, sin intervención del curador".²¹³

Así, por ejemplo, el disipador podrá contraer matrimonio (el art. 5 de la Ley de Matrimonio Civil no lo incluye entre quienes están impedidos de celebrar dicho contrato) y también celebrar el contrato de acuerdo de unión civil (art. 7 de la Ley N° 20.830: "Para la validez de este contrato será necesario que los contrayentes sean mayores de edad y tengan la libre administración de sus bienes. No obstante lo anterior, el disipador que se halle en interdicción de administrar lo suyo podrá celebrar, por sí mismo, este acuerdo").

El disipador también podrá demandar la nulidad del matrimonio o el divorcio, actuando por sí solo. Así lo establecen los arts. 46, inc. final ("El cónyuge menor de edad y el interdicto por disipación son hábiles para ejercer por sí mismos la acción de nulidad, sin perjuicio de su derecho a actuar por intermedio de representantes") y 58 ("El interdicto por disipación es hábil para ejercer por sí mismo la acción de divorcio, sin perjuicio de su derecho a actuar por intermedio de representantes"), ambos de la Ley de Matrimonio Civil.

Para celebrar capitulaciones matrimoniales, sin embargo, deberá contar con la autorización de su curador, según dispone el art. 1721 del Código Civil: "El que se halla bajo curaduría necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales". Pero esto no significa que sea el curador quien celebre las capitulaciones matrimoniales, pues en ellas no se admite representación. El rol del curador es *asistir* al pródigo, pero es éste quien personalmente celebra las capitulaciones. Señala al efecto Claro Solar: "El curador del pródigo no puede (...) tomar la representación de éste en el contrato de capitulaciones matrimoniales: es el pródigo el único llamado a celebrar un contrato que va a fijar los respectivos derechos de los cónyuges en orden a la administración de sus bienes y a contener las donaciones o concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro, actos todos ellos esencialmente personalísimos. Pero como sería de temer que el pródigo pudiera ser víctima de las asechanzas de la familia de la persona con quien va a casarse o de la avidez de ella misma que podría especular sobre las pasiones, la ceguera o el espíritu disipador del pródigo, el legislador ha querido que sea asistido en este contrato por el curador. La celebración de capitulaciones matrimoniales es un acto que depende exclusivamente de la voluntad del interdicto. Si éste no quiere celebrar este contrato, no podría el curador proceder a celebrarlo en su nombre, porque ello equivaldría a imponer al pródigo restricciones a su libertad personal que él conservará siempre".²¹⁴

²¹³ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 875, p. 630.

²¹⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.412, p. 87.

El disipador interdicto puede también otorgar testamento. El art. 1005 del Código Civil, no lo incluye entre las personas inhábiles para otorgar este acto jurídico. Así lo ha entendido también nuestra doctrina: "El pródigo puede disponer libremente de sus bienes por testamento, sin perjuicio naturalmente de sus asignatarios forzosos, porque la ley no lo enumera entre las personas que no son hábiles para testar; y el curador del pródigo no puede ejecutar este acto, ni tener en él la menor intervención, porque el testamento es acto de una sola persona, el testamento y la facultad de testar es indelegable"²¹⁵; "puede testar el interdicto por disipación, puesto que el testamento no implica administración de bienes sino disposición de ellos para después de sus días".²¹⁶

El disipador también puede reconocer un hijo. Señala al efecto Claro Solar: "El pródigo puesto en entredicho de administrar sus bienes puede reconocer a un hijo (...) y el curador ni podría efectuar en su representación tal reconocimiento, ni tendría que concurrir al acto para autorizar el reconocimiento hecho por el pródigo. Este reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce al hijo, cumpliendo un deber natural sagrado".²¹⁷

El disipador igualmente es hábil para repudiar el reconocimiento de la paternidad o maternidad (art. 191, inc. 3º del Código Civil: "El disipador bajo interdicción no necesitará autorización de su representante legal ni de la justicia para repudiar").

l) Rehabilitación del disipador.

El art. 454 del Código Civil alude a esta posibilidad: "El disipador será rehabilitado para la administración de lo suyo, si se juzgare que puede ejercerla sin inconveniente; y rehabilitado, podrá renovarse la interdicción, si ocurriere motivo".

Agrega el art. 455 del mismo Código: "Las disposiciones indicadas en el artículo precedente serán decretadas por el juez con las mismas formalidades que para la interdicción primitiva; y serán seguidas de la inscripción y notificación prevenidas en el artículo 447; que en el caso de rehabilitación se limitarán a expresar que tal individuo (designado por su nombre, apellido y domicilio) tiene la libre administración de sus bienes".

La rehabilitación, en consecuencia, requerirá de una nueva sentencia que así lo disponga y del cumplimiento de las mismas formalidades de publicidad que se cumplieron al decretarse la interdicción. Se pedirá por ende al respectivo Conservador de Bienes Raíces que proceda a cancelar la inscripción que sen su momento había realizado y se publicarán los tres avisos dando cuenta de la rehabilitación.

En palabras de Claro Solar, "La privación de la administración de sus bienes por la interdicción, ha tenido que influir en los sentimientos del pródigo; lo ha hecho reflexionar en las consecuencias desastrosas que sus actos de disipación tenían para su porvenir y el de su familia; y con las luces de su inteligencia, ha podido medir el abismo a que sus pasiones lo arrastraban, y enmendarse. Vuelto a la normalidad y a la cordura, obtenido el propósito de la ley, es natural que se restituya al interdicto a la plenitud de sus derechos. La interdicción es un correctivo, un remedio contra la enfermedad de la disipación; y si el enfermo sana, debe ser devuelto a la normalidad de su vida civil, porque de otro modo degeneraría en esclavitud y opresión".²¹⁸

²¹⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.412, p. 89.

²¹⁶ Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil chileno*, Volumen 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 96.

²¹⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.412, p. 91.

²¹⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.415, p. 94.

Como refiere Ramos Pazos, "La ley no dice quiénes pueden pedirla [la rehabilitación], debiendo entenderse que serán las mismas personas que pueden pedir la interdicción. Además, parece lógico que pueda hacerlo el mismo interdicto".²¹⁹

De igual forma, afirma Claro Solar que también podría pedir la rehabilitación del disipador su curador: "Del mismo modo que el interdicto, creemos que podría pedir su rehabilitación el curador, aunque no figure, como naturalmente no podría figurar entre las personas que pueden provocar la interdicción desde que sólo viene a ser nombrado después que la interdicción se decreta. Nadie, en efecto, mejor que el curador puede apreciar si el pródigo que ha modificado sus hábitos puede ejercer la administración de sus bienes sin inconveniente".²²⁰

Si posteriormente a la rehabilitación la persona rehabilitada incurriere nuevamente en conductas reiteradas de disipación, podrá ser nuevamente declarado bajo interdicción.

4.- Reglas relativas a la curaduría del demente.

a) Normas que la regulan.

El Título XXV, "Reglas especiales relativas a la curaduría del demente", del Libro I del Código Civil, regula la materia. Integran este Título los arts. 456 a 468.

b) Casos en que el demente fuere menor de edad.

Los arts. 456 y 457 del Código Civil distinguen según si el demente fuere menor adulto o aún impúber.

Dispone el art. 456, inc. 1º: "El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos".

La palabra "adulto", como está dicho, alude a un "menor adulto". Si el menor adulto estuviere bajo patria potestad, no será necesario provocar su interdicción y guarda. Esta sólo será necesaria cuando alcance el hijo demente la mayoría de edad.

¿Qué ocurre si el padre o madre que eran titulares de la patria potestad no solicitan la interdicción de su hijo que ya ha cumplido 18 años? El punto debemos relacionarlo con el art. 970 del Código Civil, que establece una indignidad para suceder. Por ello, afirma Claro Solar: "La omisión en que el padre [o la madre o ambos] incurriera no provocando la interdicción de su hijo demente mayor de edad, dentro del año siguiente, para que se le pueda nombrar curador como demente, está sancionada (...) por el art. 970, con la indignidad para heredarle".²²¹

Por su parte, establece el art. 457: "Cuando el niño demente haya llegado a la pubertad, podrá el padre de familia seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad; llegada la cual deberá precisamente provocar el juicio de interdicción".

Lo dispuesto en este último precepto confirma que mientras subsista la patria potestad, no es necesario provocar la interdicción y curaduría por causa de demencia.

Pero si el impúber demente estuviere bajo tutela (situación que supone que ninguno de sus padres detenta la patria potestad), el tutor no podrá continuar como curador cuando el menor cumpla 12 (pupila) o 14 años (pupilo), siendo necesario una nueva sentencia que lo designe en el cargo. Así lo previene el art. 458, inc. 1º: "El tutor del pupilo demente no podrá después ejercer la curaduría sin que preceda interdicción judicial, excepto por el tiempo que fuere necesario para provocar la

²¹⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 877, p. 631.

²²⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.416, p. 97.

²²¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.429, p. 111.

interdicción. / Lo mismo será necesario cuando sobreviene la demencia al menor que está bajo curaduría”.

A su vez, según se desprende del inc. 2º del art. 458 recién transcrito, si le sobreviene al menor (entiéndase “menor adulto”) bajo curaduría demencia sobreviniente, su curador no podrá continuar ejerciendo su cargo, siendo necesario que se decrete la interdicción del menor por causa de demencia y se le designe a un curador (que podría ser la misma persona que hasta ese momento era curador del menor).

Pero en los dos casos previstos en el art. 458, la tutela o la curaduría no expira *ipso facto*, pues el respectivo tutor o curador podrá continuar desempeñando su cargo “por el tiempo que fuere necesario para provocar la interdicción” por causa de demencia.

Se justifica esta última regla, pues en caso contrario, el menor quedaría desprovisto de protección.

c) Clases de curaduría.

“La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa” (art. 456, inc. 2º del Código Civil).

Como expresa Ramos Pazos, “El padre o madre puede nombrar curador por testamento al hijo adulto, aun antes de que esté declarado en interdicción, bastando que esté demente. Este derecho corresponde al padre y a la madre”.²²²

Regirán aquí los arts. 357 a 359 del Código Civil, a los que ya aludimos al tratar de la guarda testamentaria.

De no existir un curador testamentario, la guarda será legítima, llamándose a desempeñar el cargo de curador del demente a una de las personas indicadas en el art. 462 del Código Civil, a las que nos referiremos más adelante.

Si ninguna de las personas señaladas en el art. 462 asumiere la guarda del demente, la curaduría será dativa, rigiendo al efecto lo previsto en el art. 843, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil, al que aludimos al referirnos a la curaduría del disipador.

El art. 464 del Código Civil establece que podrá designarse a más de un curador, quienes podrán asumir -según lo disponga la sentencia respectiva- uno de ellos el cuidado personal del demente y el otro de ellos la administración de sus bienes: “Si se nombraren dos o más curadores al demente, podrá confiarse el cuidado inmediato de la persona a uno de ellos, dejando a los otros la administración de los bienes. / El cuidado inmediato de la persona del demente no se encomendará a persona alguna que sea llamada a heredarle, a no ser su padre o madre, o su cónyuge”.

d) Quiénes pueden solicitar la interdicción del demente y la designación del curador.

Dispone al efecto el art. 459 del Código Civil: “Podrán provocar la interdicción del demente las mismas personas que pueden provocar la del disipador. / Deberá provocarla el curador del menor a quien sobreviene la demencia durante la curaduría. / Pero si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también el procurador de ciudad o cualquiera del pueblo provocar la interdicción”.

En consecuencia:

i.- Se aplicará lo dispuesto en los arts. 443 y 444 del Código Civil, pudiendo solicitar la interdicción: i) El cónyuge, salvo si existiere separación judicial de los cónyuges; ii)

²²² Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 884, p. 633.

Cualquiera de los consanguíneos del disipador, hasta el cuarto grado; iii) El defensor público; iv) El competente funcionario diplomático o consular, si el disipador fuere extranjero.

ii.- El curador del menor, si a éste le sobreviene la demencia durante su curaduría.

iii.- Cualquiera persona del pueblo (en Chile, no existe actualmente el "procurador de la ciudad").

La demanda interpuesta por alguna de las personas mencionadas "se notifica al demente, pues mientras no se pruebe, en el mismo juicio, su demencia, se le presume plenamente capaz. Pero como sería ilógico emplazar a una persona que carece de razón, se deberán acompañar los antecedentes que acrediten su estado mental, y con esa prueba, pedir que se le designe un curador ad litem, a quien se le debe también notificar la demanda para que lo represente en el juicio".²²³

El juicio de interdicción deberá promoverse ante un Juzgado de familia si el demente fuere menor de edad (art. 8, N° 6 de la Ley N° 19.968) o ante un Juzgado de Letras en lo Civil, si fuere mayor de edad.

e) *Prueba de la demencia.*

Conforme al art. 456, inc. 1° del Código Civil, "El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos".

La privación de la razón ha de ser de carácter permanente, aunque en apariencia la persona tenga períodos en los que parece tener lucidez.

Al respecto, dispone el art. 460 del Código Civil: "El juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oír el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia".

Para generar la prueba, el juez, esencialmente, deberá oír a los parientes y recibir los informes periciales de facultativos.

Señala al efecto Claro Solar: "La información sobre la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, no es privada o personal del juez, sino que el juez debe convocar a los parientes e inquirir de ellos esos datos en el comparendo a que les cite y del cual habrá de levantarse acta, pues es necesario que quede constancia en los autos de las informaciones recibidas y que suministran datos de convicción para establecer la demencia habitual, base necesaria de la interdicción. Quiere también la ley que el juez oiga el dictamen de facultativos de su confianza, independientemente de los informes médico-legales que haya presentado el demandante en apoyo de su acción, para evitar así cualquiera posible sorpresa, sobre la efectividad de la demencia y su naturaleza".²²⁴

f) *Interdicción provisoria del demente.*

Establece el art. 461 del Código Civil que lo dispuesto en el art. 446 del mismo Código para la interdicción provisoria de los disipadores, se aplicará al caso de demencia.

Como expresa Claro Solar, "Si la interdicción es provisoria, debe nombrarse un curador interino que durará en funciones hasta que se de lugar a la interdicción definitiva y entra en funciones el curador que deba desempeñar la guarda, o se falla la causa, negando lugar a la interdicción y rehabilitando al supuesto demente para la administración de sus bienes. Este curador interino es dativo; y respecto de su

²²³ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 881, p. 633.

²²⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.435, p. 119.

nombramiento, le son aplicables las mismas reglas establecidas para el curador interino del pródigo".²²⁵

g) *Formalidades de publicidad.*

La sentencia que decrete la interdicción provisoria o la definitiva del demente, deberá cumplir con los mismos trámites de publicidad previstos para el caso del disipador (art. 461 en relación con el art. 447, ambos del Código Civil).

h) *Personas a quienes se puede deferir la curaduría.*

El art. 462 del Código Civil se refiere a estas personas, disponiendo al efecto: "Se deferirá la curaduría del demente:

- 1º. A su cónyuge no separado judicialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 503;
- 2º. A sus descendientes;
- 3º. A sus ascendientes, pero el padre o madre cuya paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente contra su oposición o que esté casado con un tercero no podrá ejercer el cargo;
- 4º. A sus hermanos, y
- 5º. A otros colaterales hasta en el cuarto grado.

El juez elegirá en cada clase de las designadas en los números 2º, 3º, 4º y 5º, la persona o personas que más idóneas le parecieren.

A falta de todas las personas antedichas tendrá lugar la curaduría dativa".

Establece el art. 503 del Código Civil: "El marido y la mujer no podrán ser curadores del otro cónyuge si están totalmente separados de bienes. / Con todo, esta inhabilidad no regirá en el caso del artículo 135, en el de separación convencional ni en el evento de haber entre los cónyuges régimen de participación en los gananciales, en todos los cuales podrá el juez, oyendo a los parientes, deferir la guarda al marido o a la mujer".

En consecuencia, un cónyuge no podrá ser curador del otro cónyuge demente, en los siguientes casos: i) Si por una sentencia hubieren quedado separados judicialmente, conforme a las normas de la Ley de Matrimonio Civil (arts. 26 a 41 de dicha Ley); ii) Si por una sentencia hubieren quedado separados de bienes, según lo dispuesto en el Código Civil (arts. 152 a 158 del Código Civil).

En cambio, un cónyuge sí podrá ser curador del otro cónyuge demente, en los siguientes casos: i) Si estuvieren casados bajo el régimen de sociedad conyugal; ii) Si la separación total de bienes fuere convencional; iii) Si los cónyuges hubieren celebrado el matrimonio en el extranjero; iv) Si estuvieren casados bajo el régimen de participación en los gananciales.

i) *Situación cuando el demente estuviere casado o tuviere hijos menores de edad.*

El art. 461 del Código Civil dispone que se aplicará al demente lo previsto en el art. 449 para el disipador.

Pero a diferencia de lo señalado en el art. 451, que impide al otro cónyuge detentar la curaduría de su cónyuge disipador, el art. 462 admite expresamente esta posibilidad, salvo si estuvieren separados judicialmente o separados judicialmente de bienes.

El art. 463 del Código Civil se refiere al caso en que los cónyuges se encontraren casados bajo el régimen de sociedad conyugal: "La mujer curadora de su

²²⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.439, p. 121.

marido demente, tendrá la administración de la sociedad conyugal. Si por un impedimento no se le defiriere la curaduría de su marido demente, podrá a su arbitrio, luego que cese el impedimento, pedir esta curaduría o la separación de bienes”.

La administración que asuma la mujer de la sociedad conyugal será la extraordinaria.

Si ella no pudiere o quisiere asumir la curaduría de su marido, podrá demandar el término de la sociedad conyugal (art. 1762 del Código Civil).

j) Inversión de los dineros del demente.

Establece al respecto el art. 467 del Código Civil: “Los frutos de sus bienes, y en caso necesario, y con autorización judicial, los capitales, se emplearán principalmente en aliviar su condición y en procurar su restablecimiento”.

Como se desprende de la norma, el curador que administre los bienes del demente deberá:

i.- Emplear los frutos que produzcan los bienes del demente, para lo cual no requiere pedir autorización judicial.

ii.- Sólo si fuere necesario, empleará el curador los capitales del interdicto. Pero en tal caso, tiene que pedir autorización judicial, lo que se justifica, dado que en este caso se producirá una disminución en el patrimonio del demente.

k) Interdicción del discapacitado mental.

Rige la materia la Ley N° 18.600, sobre “Deficientes mentales” y la Ley N° 20.422, que “Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad”.

En este caso, el procedimiento para declarar la interdicción del demente no será contencioso. El tribunal declarará la interdicción previa audiencia donde será oído el discapacitado y previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

i.- Que las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) hayan certificado la discapacidad.

ii.- Que se inscriba al discapacitado en el Registro Nacional de la Discapacidad.

iii.- Que quienes pidan la interdicción sean el padre o la madre del discapacitado o en caso de ausencia o impedimento de los padres, los parientes más cercanos.

Cumpliendo con estos requisitos, el juez designará como curador a uno u otro de los padres o a ambos padres o a falta o impedimento de ellos a otro pariente del deficiente mental.²²⁶

Dispone al efecto el art. 4 de la Ley N° 18.600: “La constatación, calificación, evaluación y declaración de la discapacidad mental, así como la certificación de ésta, se hará de conformidad al procedimiento señalado en el Título II de la ley N° 19.284 y en el reglamento.²²⁷ / Cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la ley N° 19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente. Si el cuidado permanente lo ejercen los padres de consuno, podrá deferir la curaduría a ambos. El juez procederá con conocimiento y previa citación personal y audiencia del discapacitado. En caso de ausencia o impedimento de los padres, los parientes más cercanos podrán proceder de igual forma, sin perjuicio de lo establecido en el artículo

²²⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 884 bis, pp. 634 y 635.

²²⁷ Regirá la materia en realidad la Ley N° 20.422, que derogó a la Ley N° 19.284.

18 bis. Se aplicará a la persona discapacitada interdicta lo que prevén los artículos 440 y 453 del Código Civil para la guarda del menor adulto y del disipador, respectivamente. La suma de dinero que se asigne al discapacitado para sus gastos personales podrá ser fijada prudencialmente por el mismo curador, de acuerdo con su grado de discapacidad. La persona interdicta podrá celebrar contratos de trabajo con la autorización del curador”.

l) Libertad personal del demente.

La ley cautela que el demente no sea privado de su libertad personal, a menos que dicha privación resultare necesaria para la protección del propio demente o de la sociedad.

Establece el art. 466 del Código Civil: “El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros. / Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador, o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas”.

El Libro VII del Código Sanitario, titulado “DE LA OBSERVACION Y RECLUSION DE LOS ENFERMOS MENTALES, DE LOS ALCOHOLICOS Y DE LOS QUE PRESENTEN ESTADO DE DEPENDENCIA DE OTRAS DROGAS Y SUBSTANCIAS”, con sus arts. 130 a 134, complementa lo dispuesto en el Código Civil. El art. 130 se refiere a la “internación” de la persona con discapacidad mental, y el art. 131 expresa que dicha internación puede ser voluntaria, administrativa, judicial o de urgencia.

Igualmente, debe tenerse presente en esta materia lo dispuesto en el Código Procesal Penal (arts. 458 a 465), si el demente hubiere realizado conductas constitutivas de un ilícito penal. Su art. 457 establece dos medidas de seguridad: i) Internación en un establecimiento psiquiátrico; o ii) Custodia y tratamiento. Su inc. 2º advierte que “En ningún caso la medida de seguridad podrá llevarse a cabo en un establecimiento carcelario. Si la persona se encontrare recluida, será trasladada a una institución especializada para realizar la custodia, tratamiento o la internación. Si no lo hubiere en el lugar, se habilitará un recinto especial en el hospital público más cercano”.

m) Actos jurídicos del demente anteriores y posteriores a su interdicción.

El art. 465 del Código Civil establece los principios aplicables: “Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. / Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente”.

Se desprende entonces de este precepto que:

i.- En principio, los actos jurídicos realizados por el demente antes de su interdicción son válidos. Pero será posible probar que, al ejecutarlos, ya padecía demencia, y en tal caso, la respectiva sentencia deberá declararlos nulos.

ii.- Todos los actos jurídicos que el demente realizare por sí mismo después de su interdicción, serán nulos, de nulidad absoluta, sin que pueda alegarse nada en contrario.

iii.- Se descarta el “intervalo lúcido”, tratándose de los actos jurídicos realizados por el demente después de su interdicción.

Como señala Claro Solar, “Decretada la interdicción, la ley considera que todos los actos o contratos del interdicto son actos o contratos de un demente; y no admite la alegación de haberse ejecutado el acto o celebrado el contrato en un intervalo

lúcido. Rechaza, así, la prueba de la voluntad y discernimiento del interdicto, estableciendo una presunción de derecho, *juris et de jure*, de que se trata de un acto o contrato de un demente absolutamente incapaz de todo acto o declaración de voluntad (...). Por consiguiente, tratándose de actos o contratos posteriores a la declaración de interdicción del demente, no hay necesidad de entrar a probar la demencia. El juez debe declararlo nulo sin más que establecer que se ha realizado con posterioridad a la interdicción y antes que el interdicto haya sido rehabilitado. Todo queda reducido a una simple cuestión de fechas”.²²⁸

Respecto de los actos jurídicos ejecutados por el interdicto antes de declararlo en tal condición, usualmente la prueba tendiente a demostrar que al momento de otorgarlos o celebrarlos se encontraba demente, consistirá en la combinación de declaraciones de testigos, informes periciales, instrumentos en los que conste su historia clínica o médica y presunciones judiciales. Por cierto, la carga probatoria recaerá en quien alegue la demencia que ya afectaba a la persona que otorgó o celebró el acto o contrato que se intenta impugnar.

Como señala Claro Solar, “Si no se ha decretado la interdicción, faltarán este antecedente poderoso para la prueba de la demencia en la época de la realización del acto o contrato; pero aunque la dificultad de la prueba aumente sin duda, no cambia de naturaleza: la cuestión de lucidez de espíritu es completamente de hecho y su prueba puede ser suministrada por testigos, por los informes facultativos que han de precisar la clase de demencia, sus caracteres y su desarrollo, y por las presunciones que de estos antecedentes ha de deducir el juez, con tal que sean graves, precisas y concordantes, caso de no poder ser establecida la perturbación de las facultades mentales del que ejecutó el acto o celebró el contrato en el momento mismo de la ejecución o celebración directamente y en forma inequívoca”.²²⁹

Por cierto, no exige la ley que la persona que contrató con el demente haya tenido conocimiento de tal estado que afectaba al segundo. Nuestro Código no establece como requisito que la demencia haya sido “notoria”: “Para obtener la nulidad de los contratos celebrados, sin previa interdicción, no se necesario acreditar que el tercero con quien el insano contrató conocía su estado mental, del mismo modo que no es necesario acreditar en el caso de contratos celebrados por un interdicto que el otro contratante conocía la interdicción. Aunque nuestro Código no exige que la demencia del demente que no ha sido declarado en interdicción sea notoria, la demencia afecta a la capacidad de la persona y la buena o mala fe del tercero que contrata con el demente no puede tener influencia en la capacidad de éste para validar un acto que, obra de un demente, es absolutamente nulo”.²³⁰

En la práctica -y no puede ser de otra manera-, los tribunales son muy exigentes en cuanto a la acreditación de la demencia al momento de ejecutarse el acto jurídico.

n) *Rehabilitación del demente.*

Alude a esta posibilidad (bastante improbable, a decir verdad) el art. 468 del Código Civil: “El demente podrá ser rehabilitado para la administración de sus bienes si apareciere que ha recobrado permanentemente la razón; y podrá también ser inhabilitado de nuevo con justa causa. / Se observará en estos casos lo prevenido en los artículos 454 y 455”.

Los arts. 454 y 455, como revisamos, se refieren a la curaduría del disipador, aplicables también al demente.

²²⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.451, pp. 136 y 137.

²²⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.461, p. 149.

²³⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.646, p. 153.

5.- Reglas relativas a la curaduría del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente.

a) Normas que la regulan.

El Título XXVI, "Reglas especiales relativas a la curaduría del sordo o sordomudo", del Libro I del Código Civil, regula la materia. Integran este Título los arts. 469 a 472.

b) Clases de curaduría.

La curaduría del sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente y ha llegado a la pubertad, puede ser testamentaria, legítima o dativa.

Dispone al efecto el art. 469 del Código Civil: "La curaduría del sordo o sordomudo, que no puede darse a entender claramente y ha llegado a la pubertad, puede ser testamentaria, legítima o dativa".

De esta norma se desprende -como previene Ramos Pazos-, que sólo procede la interdicción si el sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente ha llegado a la pubertad. Si fuere impúber, no requiere curaduría, pues por el solo hecho de ser impúber será absolutamente incapaz.²³¹

En efecto, siendo impúber, el sordo o sordomudo se encontrará, o bien bajo la patria potestad de sus padres o de uno de ellos, o a falta de ambos, bajo la tutela respectiva.

En realidad, la sola circunstancia de que el sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente llegue a la pubertad, no supone que necesariamente y en todo caso haya que declararlo interdicto y designarle un curador. Esto sólo ocurrirá ante la falta o inhabilidad de ambos padres.

De no encontrarse el hijo sordo o sordomudo bajo patria potestad porque ha alcanzado la mayoría de edad y con ello se ha emancipado (art. 270 del Código Civil), los padres o aquel de ellos que hasta ese momento hubiere sido titular de la patria potestad deberán solicitar la interdicción del hijo. En este caso, usualmente será el mismo padre o madre quien será designado como curador.

Si el padre o madre omitieren la solicitud de interdicción del hijo mayor de edad, se harán indigno de sucederlo, conforme a lo previsto en el art. 970 del Código Civil.²³²

Si el sordo o sordomudo se encontraba bajo tutela y llega a la pubertad, será el tutor quien deberá pedir la declaración de interdicción.

c) Normas contempladas para los disipadores y los dementes aplicables a los sordos y sordomudos que no pueden darse a entender claramente.

Se aplicarán las siguientes normas del Código Civil (art. 470 del Código Civil):

i.- El art. 449, referido al curador del marido disipador y de la mujer disipadora (en el entendido que la incapacidad hubiere sido posterior a la celebración del matrimonio, pues si era previa el matrimonio adolecería de nulidad, por infracción al art. 5 de la Ley de Matrimonio Civil).

ii.- El art. 457, referido al niño demente que llega a la pubertad.

iii.- El art. 458, inc. 1º, que alude al tutor del pupilo demente.

iv.- El art. 462, que alude a las personas a quienes puede deferirse la curaduría del demente.

²³¹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 891, p. 637.

²³² Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.480, p. 166.

v.- El art. 463, que trata de la mujer curadora del marido demente (misma observación que la hecha a propósito del art. 449).

vi.- El art. 464, que se refiere al curador a quien se confía el cuidado de la persona del demente.

El art. 470 no hace aplicable al sordo o sordomudo los arts. 446 y 461, de manera que no hay interdicción provisoria en este caso.²³³

d) *Personas que pueden solicitar la interdicción del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente.*

Nada señala el Código Civil acerca de este punto. Ramos Pazos concluye que serían las mismas personas que pueden solicitar la interdicción del demente o del disipador. Frente a esta laguna legal, considera que ella debiera llenarse usando las mismas reglas del demente, pues el criterio del Código es aplicar, en todo orden de cosas, las mismas disposiciones, como lo prueba el art. 470.²³⁴

Lo mismo había sostenido Claro Solar, afirmando que, dada la similitud que establece la ley entre la curaduría del sordomudo (y hoy también del sordo) y la curaduría del demente, hay que llegar a la conclusión de que pueden provocar la interdicción del sordomudo (o del sordo) las mismas personas a quienes la ley faculta para provocar la interdicción del demente, a pesar de que el art. 470, en las referencias que hace a los artículos del título anterior que se extienden al sordomudo (o al sordo), no cita el art. 459. Esta omisión, agrega Claro Solar, no ha podido ser intencionada.²³⁵

e) *Empleo de los frutos que produzcan los bienes del sordo o sordomudo y de sus capitales.*

Conforme al art. 471 del Código Civil, habría que distinguir:

i.- En cuanto a los frutos que produzcan los bienes del sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente, "se emplearán especialmente en aliviar su condición y en procurarle la educación conveniente".

ii.- En cuanto a los capitales del sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente, se les dará el mismo destino, pero, a diferencia de los frutos, será necesario, para emplearlos, obtener autorización judicial.

Se explica esta preocupación del legislador de emplear los frutos y capitales en procurarle al sordo o sordomudo "la educación conveniente", pues con ello, cabe la posibilidad de que la persona afectada por la discapacidad deje de ser incapaz, una vez que pueda darse a entender claramente, sea porque aprende a leer y a escribir, sea porque domine el lenguaje de señas. Señalaba al efecto Claro Solar: "En el sistema de nuestro Código que declara absolutamente incapaz al sordomudo [hoy, también el sordo] que no entiende ni puede darse a entender por escrito [hoy, que no puede darse a entender claramente]; y que reconoce la plena capacidad civil del sordomudo [o del sordo] que habiendo aprendido a leer y a escribir puede entender y darse a entender por la escritura [o de otra forma, pero siempre "claramente"], es de la mayor importancia, por lo tanto, que todos los esfuerzos del curador se contraigan a procurar esta educación de su pupilo que ha de poner término a su desgraciada incapacidad".²³⁶

f) *Cese de la curaduría.*

²³³ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 892, p. 637.

²³⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 893, pp. 637 y 638.

²³⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.482, p. 167.

²³⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.468, p. 169.

Dispone el art. 472 del Código Civil que cesará la curaduría siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- i.- Que el sordo o sordomudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido claramente.
- ii.- Que el mismo sordo o sordomudo solicite el cese de la curaduría.
- iii.- Que se acredite que tiene la suficiente inteligencia para la administración de sus bienes.
- iv.- Que el juez tome los informes competentes.

6.- Reglas relativas a la curaduría de bienes.

a) Generalidades.

Como expresa Claro Solar, las curadurías de bienes son aquellas que se dan únicamente a los bienes, sin tomar en consideración a la persona del propietario de ellos. La curaduría no se extiende entonces a la persona, sino en lo estrictamente necesario para el cuidado y conservación del patrimonio. De esta manera, a diferencia de la tutela y de las curadurías generales, que se extienden tanto a la persona como a los bienes de los individuos sometidos a ellas, en el caso de las curadurías de bienes, ellas no tienen otro objeto que la conservación de bienes determinados que en una situación dada no se hallan o no pueden hallarse atendidos por el propietario.²³⁷

En similares términos se pronuncia Somarriva, quien expresa que la gran diferencia entre los curadores generales y los curadores de bienes la encontramos en las facultades que tienen unos y otros. Las reglas del Título XXI del Libro Primero del Código Civil sólo se aplican a los tutores y curadores generales, pero no a los curadores de bienes. Éstos tienen casi las mismas facultades de un mero depositario o simple administrador (como aquellas descritas en el art. 2132 del Código Civil, en las reglas del mandato), y ello es así porque las curadurías de bienes son por un poco tiempo, para situaciones excepcionales.²³⁸

Como señala Ramos Pazos, la función de los curadores de bienes es:

- i.- Custodiar y conservar el patrimonio puesto a su cuidado.
- ii.- Cobrar los créditos.
- iii.- Pagar las deudas.

Sólo por excepción, y previa autorización judicial, podrá enajenar bienes y con su producto, propender a la efectiva conservación de las restantes especies.²³⁹

Lo precedentemente expuesto se desprende de los arts. 487 y 488 del Código Civil.

Dispone el art. 487: "El curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente, el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, están sujetos en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores, y además se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados".

Establece el art. 488: "Se les prohíbe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos, y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas la requiera".

En consecuencia, se prohíbe a los curadores de bienes:

- i.- Alterar la forma de los bienes que tengan bajo su custodia y conservación.

²³⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.489, p. 175.

²³⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 569 y 570.

²³⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 898, p. 639.

ii.- Contraer empréstitos (entendemos que la palabra "empréstito" está aquí circunscrita al contrato de mutuo y no al de comodato).

iii.- Enajenar los bienes, aun los bienes muebles que no sean corruptibles (*a contrario sensu*, el curador sí podrá enajenar los bienes muebles corruptibles, es decir, sujetos a un rápido deterioro), a no ser que: (i) Esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente; o, (ii) Que el pago de las deudas la requiera.

Con todo, el art. 489 establece una salvedad, ante lo previsto en los arts. 488 y 489: los actos a que se refieren estos preceptos serán válidos, si fueren autorizados previamente por el juez y siempre que acredite su necesidad o utilidad. De no mediar dicha autorización, el dueño de los bienes podrá demandar la nulidad y hacer responsable al respectivo curador de todo perjuicio ocasionado a dicho dueño o a un tercero. Dispone la norma: "Sin embargo de lo dispuesto en los artículos precedentes, los actos prohibidos en ellos a los curadores de bienes serán válidos, si justificada su necesidad o utilidad, los autorizare el juez previamente. / El dueño de los bienes tendrá derecho para que se declare la nulidad de cualquiera de tales actos, no autorizado por el juez; y declarada la nulidad, será responsable el curador de todo perjuicio que de ello se hubiere originado a dicha persona o a terceros".

Advierte Somarriva que podría discutirse de qué nulidad adolecen estos actos, y agrega que, aunque a primera vista pudiera creerse que el art. 488 es una disposición prohibitiva, el art. 489 le quita ese carácter, por cuanto permite ejecutar esos actos con autorización judicial, por lo que la omisión de la autorización trae consigo la nulidad relativa del acto.²⁴⁰

Concordamos con esta opinión. Del tenor de los arts. 488 y 489 se desprende que estamos ante normas imperativas de requisito y no ante normas prohibitivas, y que la nulidad tiene como causa la omisión de una formalidad habilitante (autorización judicial), y que por ende la sanción es la nulidad relativa (art. 1682, inc. 3º).

A su vez, el art. 490 dispone que los curadores de bienes tendrán legitimación activa y pasiva, y por ende, podrán demandar y ser demandados: "Toca a los curadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores".

Tres son las clases de curadurías de bienes (art. 343 del Código Civil):

i.- Curaduría de los bienes del ausente.

ii.- Curaduría de la herencia yacente.

iii.- Curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer.

Estas tres curadurías se regulan en el Título XXVII del Libro Primero del Código Civil, arts. 473 a 491. Los arts. 473 a 480 se refieren a la curaduría del ausente. Los arts. 481 a 484 a la curaduría de la herencia yacente. Los arts. 485 y 486 a la curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer. Los arts. 487 a 491 se refieren a las tres curadurías de bienes.

Las normas del Código Civil relativas al nombramiento del curador del ausente deben complementarse con las contempladas en el Código de Procedimiento Civil. En el caso de la curaduría de bienes del ausente, se aplicarán los arts. 284, 285, 844, 845, 846, 847 y 848. En el caso de la herencia yacente, el art. 849. Tratándose de los derechos eventuales del que está por nacer, el art. 850.

b) *Curaduría de los bienes del ausente.*

b.1) Requisitos para el nombramiento de un curador de bienes del ausente.

El art. 473 del Código Civil los señala:

²⁴⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 570.

- i.- Que no se sepa el paradero de una persona o que al menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos.
- ii.- Que de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros.
- iii.- Que la persona ausente no haya constituido procurador o sólo le haya constituido para cosas o negocios especiales.

Como advierte Claro Solar, para que tenga cabida el nombramiento de curador es necesario que a la *no presencia* de una persona se una la incertidumbre sobre su existencia y el abandono de sus bienes e intereses.²⁴¹

Agrega el mismo autor que dos condiciones deben concurrir entonces:

- i.- La falta de noticias del ausente, es decir, que haya incertidumbre sobre su existencia.
- ii.- El abandono en que ha dejado o se hallan sus negocios.

De esta forma, "Estas dos condiciones deben concurrir, porque son los perjuicios originados por esta concurrencia y causados al mismo ausente o a terceros, los que hacen necesario el nombramiento de un curador que tome la administración de los bienes del ausente".²⁴²

Para acreditar la ignorancia del paradero del ausente y la falta de comunicación con los suyos, así como los perjuicios que ello ocasione, el art. 845 del Código de Procedimiento Civil, en su inc. 1º, dispone que estos hechos se justificarán con la declaración de dos testigos contestes o de tres singulares, que den razón satisfactoria de sus dichos. Podrá también exigir el tribunal que los hechos se comprueben por medio de información sumaria de la que se desprenda cuál fue el último domicilio del ausente y que no ha dejado allí poder a ninguno de los procuradores del número, ni lo ha otorgado ante los notarios de ese domicilio durante los dos años que precedieron a la ausencia, o que dichos poderes no están vigentes.

El mismo art. 845 agrega, en su inc. 2º, que, las diligencias expresadas, se practicarán con citación del defensor de ausentes; y si este funcionario pide que se practiquen también algunas otras para la justificación de las circunstancias requeridas por la ley, el tribunal accederá a ello, si las estimare necesarias para la comprobación de los hechos.

El art. 474, inc. 3º del Código Civil, agrega entre los ausentes, "al deudor que se oculta".

En efecto, señala Claro Solar, "puede presentarse el caso del deudor que procura sustraerse a la acción de su acreedor ocultándose. No se trata de un individuo que haya abandonado su domicilio o que haya desaparecido sin dejar apoderado general que lo represente; sino de un individuo presente en su acostumbrada residencia; pero que evita la notificación de la demanda y el emplazamiento para entrar al juicio. El acreedor que se ve así burlado, puede pedir también al juez que se nombre curador a su deudor".²⁴³

El art. 847 del Código de Procedimiento Civil señala, por su parte, que la ocultación a que se refiere el inc. Final del art. 474 del Código Civil, se hará constar, con citación del defensor de ausentes, a lo menos en la forma que expresa el inc. 1º del art. 845 del Código de Enjuiciamiento.

La curaduría del ausente no debe confundirse con el procedimiento tendiente a declarar presuntivamente muerta a una persona que ha desaparecido y se ignora si vive o no, pero siempre y cuando transcurra el plazo previsto en la ley (arts. 80 a 94 del Código Civil). Por ello, "el art. 473 no fija plazo alguno para pedir el nombramiento de curador de los bienes del ausente, sino que toma únicamente en cuenta los

²⁴¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.494, p. 177.

²⁴² Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.495, p. 177.

²⁴³ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2-503, p. 185.

perjuicios que el ausente o terceros puedan sufrir con motivo del abandono en que se hallen los bienes y la falta de representación del ausente”.²⁴⁴

El art. 844 del Código de Procedimiento Civil establece que también habrá lugar al nombramiento de curador de bienes del ausente en el caso previsto en el art. 285 del mismo Código. Este último artículo debe relacionarse con el art. 284. Alude este precepto al caso en que haya motivo fundado para temer que una persona se ausente en breve tiempo del país. En tal supuesto, el art. 285 señala que podrá pedirse que aquel cuya ausencia se teme, constituya en el lugar donde va a entablarse el juicio apoderado que le represente y que responda por las costas y multas en que sea condenado, bajo apercibimiento de nombrársele un curador de bienes.

El art. 846 del Código de Procedimiento Civil, por su parte, dispone que, de existir un mandatario del ausente cuyo paradero se ignora, pero carezca el primero de facultades para contestar nuevas demandas, asumirá la representación del ausente el defensor respectivo, mientras el mandatario nombrado obtiene la habilitación de su propia personería o el nombramiento de otro apoderado para este efecto, conforme a lo previsto en el art. 11 del mismo Código de Procedimiento Civil.

Respecto de esta curaduría del ausente, Somarriva señalaba que la Corte de Santiago había resuelto que se aplicaba sólo a las personas naturales (citando una sentencia del tomo IV de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, sección segunda, p. 50).²⁴⁵

b.2) Quiénes pueden pedir el nombramiento de un curador de bienes del ausente.

De acuerdo con el art. 474, son las siguientes personas:

- i.- Las mismas personas que son admitidas a provocar la interdicción del demente.
- ii.- Los acreedores del ausente.

Respecto de los últimos, cabe tener presente una fórmula alternativa a la del nombramiento de un curador de bienes del ausente, conforme a lo dispuesto en el art. 367 del Código Orgánico de Tribunales, del siguiente tenor: “Puede el ministerio de los defensores públicos representar en asuntos judiciales a los incapaces, a los ausentes y a las fundaciones de beneficencia u obras pías, que no tengan guardador, procurador o representante legal”.

En virtud de la norma transcrita, un acreedor puede solicitar la designación de un defensor de ausentes en la causa que esté promoviendo en contra de su deudor. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando conste en la causa que el demandado ha sido buscado sin resultados positivos y la Policía de Investigaciones de Chile, a través de su Departamento de Migraciones, informe, en respuesta al respectivo oficio despachado por el tribunal de la causa, que el demandado salió del país, sin que conste que regresó. En este caso, no resulta posible notificar por avisos al demandado. Se podrá pedir entonces la designación del defensor de ausente, quien actuará como curador *ad litem* (sólo para ese juicio) y no como curador de bienes del ausente.

b.3) Quiénes pueden ser nombrados curadores de bienes del ausente.

Conforme al art. 475 del Código Civil, ellas son las mismas personas que pueden ser designadas para la curaduría del demente en virtud del art. 462 del mismo Código, y se observará el mismo orden de preferencia entre ellas.

Sin embargo, podrá el juez separarse de este orden, a petición de los herederos legítimos o de los acreedores, si lo estimare conveniente.

El juez podrá nombrar más de un curador y dividir entre ellos la administración, siempre que existieren bienes cuantiosos y ellos se encontraren situados en diferentes comunas.

²⁴⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, N° 2.499, p. 180.

²⁴⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 572.

En el nombramiento, intervendrá el defensor de ausentes (art. 476 del Código Civil). Es decir, será necesario oír previamente su informe.

Si el ausente ha dejado mujer no separada judicialmente, se observará lo prevenido para este caso en el título de la sociedad conyugal (art. 477 del Código Civil). Es decir, existiendo este régimen de bienes, la mujer asumirá la administración extraordinaria de la sociedad conyugal (art. 1758, inc. 1º del Código Civil).

Si la persona ausente es una mujer casada, no podrá ser curador el marido sino en los términos del art. 503 del Código Civil, al que ya nos referimos (art. 478 del Código Civil).

Si el ausente hubiere constituido procurador para ciertos actos o negocios, éste estará subordinado al curador que se designe. Sin embargo, dicho curador no podrá separarse de las instrucciones dadas por el ausente al procurador, sino con autorización del juez (art. 479 del Código Civil). Lo anterior deja en claro que el procurador podrá seguir actuando, sin que el nombramiento del curador suponga que el primero expire en su gestión.

A su vez, podría ocurrir que el ausente haya tenido hijos bajo su patria potestad. En tal caso, y a falta del otro progenitor, obviamente nadie más podrá ejercer la patria potestad, porque esta es privativa de los padres. Pero habría que preguntarse si, en tal caso, el curador de bienes del ausente asume también la guarda de tales hijos. Nada señala la ley al efecto, a diferencia de lo que acontece en el caso del disipador (art. 449 del Código Civil) y del sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente (a quienes se les aplica también el art. 449, por disposición del art. 470). En cuanto a los dementes, hoy nada establece la ley. El art. 463 del Código Civil, establecía en su inc. 1º que "La mujer curadora de su marido demente, tendrá la administración de la sociedad conyugal, y ejercerá de pleno derecho la guarda de sus hijos menores". Este precepto fue modificado primero por la Ley N° 19.585, en el año 1998 (art. 1, N° 61), quedando su texto como sigue: "La mujer curadora de su marido demente, tendrá la administración de la sociedad conyugal". Se explica la supresión de la frase "y ejercerá de pleno derecho la guarda de sus hijos menores", porque ante la inhabilidad del padre, corresponde a la madre ejercer por sí sola la patria potestad. Posteriormente, el inciso experimentó una nueva modificación, esta vez por la Ley N° 21.515, en el año 2022 (art. 2, N° 4). El texto actual del artículo es el siguiente: "La mujer curadora de su marido demente, tendrá la administración de la sociedad conyugal. Si por un impedimento no se le defiriere la curaduría de su marido demente, podrá a su arbitrio, luego que cese el impedimento, pedir esta curaduría o la separación de bienes". Subsiste sin embargo la duda, cuando el curador es una persona distinta que la cónyuge del demente. Somarriva (citado por Ramos Pazos), en su época (y sobre la base de lo que decía el art. 463 antes de la reforma del año 1998), sostenía que siendo la regla general (que se desprendía de los arts. 449, 463 y 470) que el guardador del padre o madre tuviere de pleno derecho la tutela o curaduría de los hijos menores de edad, se debía también concluir que la guarda correspondía de pleno derecho al curador del padre o madre. Pero Ramos Pazos discrepa de esta opinión, afirmando que no se puede, por analogía, establecer de pleno derecho una guarda.²⁴⁶ Concordamos con esta conclusión. Lo lógico sería que se pida formalmente la guarda de los menores.

b.4) Deber especial que se le impone al curador.

El primer deber del curador consistirá en averiguar el paradero del ausente, si éste se desconociere.

Sabido dicho paradero, hará el curador cuando esté de su parte para ponerse en comunicación con él (art. 480 del Código Civil).

²⁴⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 904, pp. 642 y 643.

b.5) Erogaciones con cargo al patrimonio del ausente.

De conformidad al art. 848 del Código de Procedimiento Civil, se sacarán de los bienes del ausente:

- i.- Las expensas de la litis.
- ii.- Los fondos necesarios para dar cumplimiento a los fallos que se expidan en su contra.
- iii.- Los fondos necesarios para cubrir los gastos que ocasione la curaduría.

b.6) Expiración de la curaduría de bienes del ausente.

Terminará la curaduría, de conformidad al art. 491, inc. 1º e inc. 4º del Código Civil:

- i.- Por el regreso del ausente.
- ii.- Por la circunstancia de hacerse cargo de los negocios del ausente un procurador general debidamente constituido.
- iii.- Por el fallecimiento del ausente, debidamente acreditado.
- iv.- Por el decreto judicial que, en el marco del procedimiento de declaración de muerte presunta, confiera la posesión provisoria o definitiva de los bienes del desaparecido.
- v.- Por la extinción o inversión completa de los bienes del ausente.²⁴⁷

c) *Curaduría de la herencia yacente.*

Para el estudio de la herencia yacente y su curaduría, remitimos al lector a nuestro apunte "Sucesorio 10: De las medidas conservativas que corresponden a los interesados", disponible en Apuntes/Derecho Sucesorio, en www.juanandresorrego.cl.

d) *Curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer.*

Esta curaduría está regulada en los arts. 485 y 486 del Código Civil.

Dispone el primero: "Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo, y en el tiempo debido, estarán a cargo del curador que haya sido designado a este efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el juez, a petición de la madre, o a petición de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo. / Podrán nombrarse dos o más curadores, si así conviniere".

Establece el segundo: "La persona designada por el testamento del padre para la tutela del hijo, se presumirá designada asimismo para la curaduría de los derechos eventuales de este hijo, si antes de su nacimiento, fallece el padre. / Lo dispuesto en este artículo y en el precedente no tendrá lugar cuando corresponda a la madre la patria potestad".

Sin embargo, esta curaduría, en nuestros días ya no tiene prácticamente aplicación. En efecto, operaba cuando la patria potestad estaba radicada sólo en el marido. Hoy, en cambio, corresponderá su ejercicio a los dos progenitores (haya o no matrimonio). En consecuencia, si antes del parto falleciere el padre, será la madre quien seguirá detentando la patria potestad. Esta, según se expresa en el art. 243 del Código Civil, se extiende también a los bienes del hijo que está por nacer: "La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. / La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer". El propio art. 486, en su inciso 2º, deja en claro lo anterior.

²⁴⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo V, Nº 2.513, p. 191; Ramos Pazos, René, ob. cit., Nº 907, p. 643.

El único caso que podemos imaginar en el que pueda tener aplicación esta curaduría en nuestros días, sería aquel en que un niño es gestado por una madre demente o con muerte cerebral o en otra condición de salud asimilable a la demencia, y el padre, para la eventualidad de que él falleciere antes del nacimiento de su hijo, designare en su testamento un tutor. En tal caso, dicho tutor será asimismo curador de los bienes del hijo que está por nacer, si el padre efectivamente muere antes del parto de su mujer. Si el padre fallecido antes del nacimiento de su hijo no hubiere designado un tutor por su testamento, sería necesario que pida la designación de un curador un tercero (asumiendo que la madre está en la aludida condición de demencia o de muerte cerebral), y en tal caso la guarda será dativa.

Expirará esta curaduría en dos casos:

- i.- Por el hecho del parto, aunque la criatura no alcance a vivir un instante siquiera.
- ii.- Por la extinción o inversión completa de los bienes (art. 491, incisos 3º y 4º, del Código Civil).

7.- Reglas relativas a la curaduría adjunta.

Son curadores *adjuntos*, como se expresó, aquellos que se dan en ciertos casos a las personas que están bajo patria potestad o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada (art. 344 del Código Civil).

Se presenta esta forma de curaduría, en los casos siguientes:

- i.- En el caso del art. 253 del Código Civil: "El que ejerza el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo tendrá su administración, y el que se encuentre privado de ésta quedará también privado de aquél. / Si el padre o la madre que tiene la patria potestad no puede ejercer sobre uno o más bienes del hijo el derecho legal de goce, éste pasará al otro; y si ambos estuviesen impedidos, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para la administración".
- ii.- En el caso del art. 257, inc. 1º del Código Civil: "Habrà derecho para quitar al padre o madre, o a ambos, la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo, o de grave negligencia habitual, y así se establezca por sentencia judicial, la que deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo".
- iii.- En el caso del art. 258 del Código Civil: "Privado uno de los padres de la administración de los bienes, la tendrá el otro; si ninguno de ellos la tuviese, la propiedad plena pertenecerá al hijo, y se le dará un curador para la administración".
- iv.- En el caso del art. 351 del Código Civil: "Si el tutor o curador, alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, pidiere que se le agregue un curador, podrá el juez acceder, habiendo oído sobre ello a los parientes del pupilo y al respectivo defensor. / El juez dividirá entonces la administración del modo que más conveniente le parezca".
- v.- En el caso del art. 352: "Si al que se halla bajo tutela o curaduría se hiciere una donación, herencia o legado, con la precisa condición de que los bienes comprendidos en la donación, herencia o legado, se administren por una persona que el donante o testador designa, se accederá a los deseos de éstos; a menos que, oídos los parientes y el respectivo defensor, apareciere que conviene más al pupilo repudiar la donación, herencia o legado, que aceptarlo en esos términos. / Si se acepta la donación, herencia o legado, y el donante o testador no hubiere designado la persona, o la que ha sido designada no fuere idónea, hará el magistrado la designación".
- vi.- En el caso del art. 348, inc. 2º del Código Civil: "No se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda en alguno de los casos enumerados en el artículo 267. / Se dará curador adjunto al hijo cuando el padre o la madre son privados de la administración de los bienes del hijo o de una parte de ellos, según el artículo 251".²⁴⁸

²⁴⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 764, pp. 579 y 580.

El Código Civil se refiere a estos curadores adjuntos en el Título XXVIII del Libro Primero, arts. 492 y 493.

Dispone el art. 492: "Los curadores adjuntos tienen sobre los bienes que se pongan 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 curadores de bienes".

Como refiere Claro Solar, cuando los curadores adjuntos se agregan al padre o madre titular de la patria potestad, los primeros no tienen, por lo tanto, las facultades que emanan de dicha patria potestad, sino las facultades que corresponden a los tutores o curadores generales. Los curadores adjuntos nombrados al hijo menor de edad tienen, en consecuencia, facultades administrativas más restringidas que las del padre o madre a quien se agregan. En cuanto a los curadores adjuntos agregados a un tutor o curador general o a un curador de bienes, -afirma Claro Solar-, puede decirse, en términos generales, que tienen idénticas facultades administrativas que el tutor o que el curador a que se agregan. Esas facultades son las mismas que corresponden a los tutores o curadores cuando se nombra curador adjunto a una persona que se halla bajo tutela o curaduría general. En cambio, cuando se nombra curador adjunto a una persona que se halla bajo curaduría de bienes, las facultades del curador adjunto son únicamente las de custodia y conservación de bienes (mismas facultades que corresponden a los curadores de bienes). Esta distinción, concluye Claro Solar, es natural, pues el curador adjunto no podría tener más ni menos facultades que el curador en funciones.²⁴⁹

Establece el art. 493: "Los curadores adjuntos son independientes de los respectivos padres, maridos, o guardadores. / La responsabilidad subsidiaria que por el artículo 419 se impone a los tutores o curadores que no administran, se extiende a los respectivos padres, maridos, o guardadores respecto de los curadores adjuntos".

Se explica esta disposición, pues los curadores adjuntos, como señala Claro Solar, son nombrados para que ejerzan una administración separada (según lo declara además el art. 344 del Código Civil). Por consiguiente, son independientes de los respectivos padres o guardadores. Si no lo fueren, no se conseguiría el propósito que la ley persigue de sustraer a la administración de los padres o guardador los bienes objeto de la curaduría adjunta. Sin embargo, esta independencia con que actúan los curadores adjuntos no los exime de la fiscalización que sobre sus actos ejerzan los padres o el guardador para prevenir o evitar cualquier abuso o cualquier acto de mala o torcida administración en que puedan incurrir aquellos. Por eso, el art. 419 extiende la responsabilidad a dichos padres o guardadores que no ejercen este deber de vigilancia de los actos del curador adjunto. Para Claro Solar, esta responsabilidad subsidiaria que pesa sobre los padres o guardadores por los actos de los curadores adjuntos que los primeros, con mediana diligencia y cuidado, pudieran evitar ejerciendo el derecho que les otorga el art. 416 para provocar la exhibición de la cuenta del curador adjunto, los constituye hasta cierto punto en fiadores de tales curadores adjuntos, haciéndolos responsables de las indemnizaciones debidas por los curadores adjuntos y que éstos no pudieran satisfacer.²⁵⁰

Las curadurías adjuntas pueden ser, por regla general, legítimas y dativas, y sólo excepcionalmente, testamentarias. Estas últimas en el caso de bienes donados o asignados por testamento al hijo sujeto a patria potestad o a la persona bajo guarda, con la expresa condición de que no los administren los padres o el guardador del donatario o asignatario (arts. 352 y 356 del Código Civil).²⁵¹

8.- Reglas relativas a la curaduría especial.

²⁴⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo V, N° 2.551, pp. 222 y 223.

²⁵⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo V, N° 2.552, p. 223.

²⁵¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo V, N° 2.553, p. 224; Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 917, pp. 646 y 647.

Son curadores *especiales*, aquellos designados para un negocio particular (art. 345 del Código Civil). Por ejemplo:

- i.- El que se da al hijo para que litigue contra el padre (curador *ad litem*).
- ii.- El que se da a los hijos bajo guarda del padre o madre que desea contraer nuevas nupcias, para cumplir así con el impedimento impediente matrimonial (art. 124).²⁵²

Se refiere el Código Civil a estas curadurías especiales en el Título XXIX del Libro Primero, arts. 494 y 495.

Dispone el art. 494: "Las curadurías especiales son dativas. Los curadores para pleito o *ad litem* son dados por la judicatura que conoce en el pleito, y si fueren procuradores de número no necesitarán que se les discierna el cargo".

Establece a su vez el art. 495: "El curador especial no es obligado a la confección de inventario, sino sólo a otorgar recibo de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición para el desempeño de su cargo, y de que dará cuenta fiel y exacta".

Ramos Pazos señala las siguientes características para estas curadurías especiales:

- i.- Son siempre curadurías dativas (art. 494).
- ii.- Cuando se trata de un curador *ad litem*, no exige la ley que el discernimiento se reduzca a escritura pública (art. 854 del Código de Procedimiento Civil) y si se designa a un procurador del número, ni siquiera se requiere el discernimiento del cargo (art. 494 del Código Civil).
- iii.- Los curadores especiales no están obligados a hacer inventario (art. 495 del Código Civil). Sin embargo, en el caso previsto en los arts. 124 y siguientes del Código Civil, el curador sí deberá confeccionar un inventario, pues el propósito de las normas que se refieren a este impedimento impediente es proteger la integridad de los bienes de los hijos "de precedente matrimonio".
- iv.- Los curadores especiales están obligados a: (i) Otorgar recibo de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición; y (ii) Dar cuenta fiel y exacta de su cometido (art. 495 del Código Civil).
- v.- Los curadores especiales no están obligados a rendir caución (art. 375 N° 3 del Código Civil).
- vi.- Los curadores especiales son designados por el juez, con audiencia del defensor respectivo, sin perjuicio de la designación que corresponda al menor en conformidad a la ley (art. 852 del Código de Procedimiento Civil).
- vii.- El nombramiento de un curador especial que represente al incapaz debe hacerse en cada asunto judicial en el que éste deba intervenir, siendo improcedente el nombramiento de un curador especial para varios asuntos a la vez.²⁵³

²⁵² Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 764, p. 580.

²⁵³ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 918, p. 647.