

DE LAS GUARDAS EN GENERAL¹

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 haberse 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.- Facultades administrativas en los actos de mera conservación del patrimonio.
- 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.

¹ Fecha de última modificación: 31 de enero de 2022.

VI.- INCAPACIDADES Y EXCUSAS PARA EJERCER LA GUARDA.

- 1.- Reglas generales.
- 2.- Causales de Incapacidad.
- 3.- Causales de Excusas.

VII.- REMUNERACIÓN DE LOS GUARDADORES.

- 1.- Monto de la remuneración.
- 2.- Pérdida de la remuneración.

VIII.- DE LA REMOCIÓN DE LOS GUARDADORES.

- 1.- Concepto.
- 2.- Efectos de la remoción.

I.- GENERALIDADES SOBRE LAS GUARDAS

1.- Regulación

Regula el Código Civil las guardas en el Libro I, Títulos XIX al XXXII. 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”.

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”.²

Genéricamente, las personas que se encuentren bajo tutela o curatela, se denominan “pupilos” (art. 346).

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

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. 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° 7.612,³ 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’.⁴

La distinción entre ambas, afirma Rossel, responde a las siguientes consideraciones:

- a) Solo puede darse tutor al impúber (art. 341). 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). La curatela puede no estar referida a la persona; usualmente, se refiere a la administración de los bienes

² Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Tomo II, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, N° 760, p. 575.

³ 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.

⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 761, pp. 575 y 576.

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.⁵ 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”.⁶

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
- 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 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”.⁷

La “nueva legislación” a la que aludía Pedro Lira, correspondía a la Ley N° 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, que dispone: “Habrá 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).

⁵ Rossel Saavedra, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 7ª edición, N° 478, pp. 347 y 348.

⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 761, p. 576.

⁷ Lira Urquieta, Pedro, *El Código Civil y el Nuevo Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, Imprenta Nascimento, 1944, p. 119.

A su vez, conforme al art. 253, 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).

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). Además, los tutores y curadores generales tienen el cuidado personal del pupilo (art. 340).

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).

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).

e) Así como el guardador debe ser una sola persona, 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).

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).⁸

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).

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

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).

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).

⁸ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 479, pp. 346-348; Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 763, pp. 577 y 578.

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).

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). Se presenta esta forma de curaduría, en los casos siguientes:

i.- En el caso del art. 253: “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: “Habrá 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: “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: “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: “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”.⁹

Son curadores *especiales*, aquellos designados para un negocio particular (art. 345).

Por ejemplo:

- i.- El que se da al hijo para que litigue contra el padre (curador *ad litem*).
- ii.- El que se da a la mujer menor de edad y casada en sociedad conyugal, para demandar la separación total de bienes (art. 154).

⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 764, pp. 579 y 580.

iii.- El que se da a los hijos bajo patria potestad o bajo guarda del padre o madre que desea contraer nuevas nupcias, para cumplir así con el impedimento impediendo matrimonial (art. 124).¹⁰

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

Son guardas testamentarias aquellas que se constituyen por acto testamentario. Esta guarda surte sus efectos 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.

Son guardas legítimas aquellas que se confieren por ley a los parientes o al cónyuge del pupilo.

Son guardas dativas aquellas conferidas por la justicia.

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).

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):

i.- A sus hijos nacidos (art. 354). 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. 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).

En lo tocante al hijo pródigo, aunque los arts. 354 y 355 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.¹¹

ii.- A sus hijos que estén por nacer (art. 354). 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).¹²

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

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 habría correspondido el

¹⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 764, p. 580.

¹¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 483, p. 351.

¹² Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 483, p. 351.

ejercicio de la patria potestad.¹³ El carácter condicional, por lo demás, se admite expresamente en la ley, disponiendo al efecto el art. 365: “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):

- 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);
- 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.

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).

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 (art. 359). Por lo tanto:

- i.- Los guardadores ejercerán simultáneamente la guarda (art. 361: “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: “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: “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”.

De esta forma, tal facultad podría incluso ser ejercida por el padre o madre impedidos por alguna de las causales del art. 357. 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.¹⁴

d) Características de la guarda testamentaria.

- 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).

¹³ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 483, p. 351.

¹⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 486, p. 352.

- ii.- Puede ser pura o simple o sujeta a modalidades, consistiendo estas últimas en condiciones suspensivas o resolutorias, plazos suspensivos o extintivos (art. 365).
- iii.- Pueden designarse uno o varios guardadores que ejerzan simultáneamente la guarda o que se la dividan entre sí (art. 361).
- iv.- Pueden designarse varios tutores o curadores que se sustituyan o sucedan uno a otro (art. 364).¹⁵

2.- Guarda legítima

Dispone el art. 366: “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.¹⁶

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 le cumpliere la condición resolutoria de la que dependía que cesare en el cargo.¹⁷

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.

iv) Cuando el menor es emancipado, ya sea legal o judicialmente.

v) Cuando se suspende la patria potestad.¹⁸

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;

¹⁵ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 487, p. 352; Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 769, pp. 582 y 583.

¹⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 770, p. 583.

¹⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 770, p. 583.

¹⁸ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 488, p. 353.

- 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) 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.¹⁹

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).

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).

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.²⁰

b) Características de la guarda dativa.

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

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. 2°).

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. 3° Código Civil y 840 Código de Procedimiento Civil).²¹

¹⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 772, p. 584.

²⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 491, p. 355.

²¹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 776, p. 586.

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”.

De acuerdo a 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 previos al ejercicio de la guarda, en lugar de este distingo entre “diligencias y formalidades”.

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.²²

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

²² Claro Solar, Luis, N° 2091, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, De las Personas, Tomo IV, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1926, pp. 256 y 257.

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”.²³

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 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.

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 del 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

²³ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2091, p. 257.

que den garantías de una correcta administración”.²⁴ 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”.²⁵

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.

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”.²⁶

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.

²⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2094, p. 259.

²⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2094, p. 259.

²⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2095, pp. 259 y 260.

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.²⁷

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”.²⁸

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 1° 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 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”.²⁹ 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”.³⁰

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

²⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 778, p. 587.

²⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia, Apuntes de clases del profesor don Manuel Somarriva*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936, p. 538.

²⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2097, p. 262.

³⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2099, p. 264.

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”.³¹

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”.³²

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:

i.- “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 N° 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”.

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.

³¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2099, p. 264.

³² Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2099, p. 265.

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 (“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 Código Civil (“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).

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

- 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 fianza³³ (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. En este caso, la mayoría ha estimado que también podría relevarse al usufructuario de la segunda obligación).

3.- El inventario.

El guardador debe hacer inventario solemne antes de entrar en el desempeño de su cargo (art. 374, inc. 2º 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. 1º 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. 2º).

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 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)

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).

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

³³ Rossel Saavadra, Enrique, ob. cit., N° 497, p. 357.

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. 2°).

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”.³⁴

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”.³⁵

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 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”;³⁶ 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”.³⁷

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.

³⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2117, p. 280.

³⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2117, p. 280.

³⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 541.

³⁷ López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo II, Santiago de Chile, Librotecnia, 2005, N° 503, p. 609.

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”.³⁸

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 mismo 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 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”.

³⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2101, p. 267.

¿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”.³⁹

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: “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 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”.⁴⁰

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

³⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 2100, pp. 265 y 266.

⁴⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 780, pp. 588 y 589.

artículo 377, que dice que los actos son nulos. Ahora bien, la cuestión interesante [sería]: estos actos, ¿serán nulos absoluta o relativamente?”.⁴¹

¿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 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 los siguientes comentarios de Claro Solar, al comparar el art. 407 del antiguo Código Civil argentino⁴², 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

⁴¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 538 y 539.

⁴² 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”.

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”.⁴³

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 Suprema⁴⁴ 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”.⁴⁵

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

⁴³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Nº 2100, p. 266.

⁴⁴ En realidad, se trata de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca.

⁴⁵ 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.

resultar perjuicio al pupilo, y dado que lo absolutamente nulo no puede ser ratificado”.⁴⁶ 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. 499.⁴⁷

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”.⁴⁸

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 la nulidad de la primera clase no admite ratificación ni saneamiento de ninguna especie”.⁴⁹

ii.- Tesis que sostiene que habría nulidad absoluta.

⁴⁶ *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.

⁴⁷ *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.

⁴⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 26, 2ª parte, sec. 1ª, p. 499.

⁴⁹ 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.

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”.⁵⁰

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’”.⁵¹

⁵⁰ *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.

⁵¹ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., N° 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, N° 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”.⁵²

ii.- Tesis que sostiene que habría nulidad relativa.

Sostienen esta doctrina, Fernando Fueyo (*Derecho Civil*, tomo VI, N° 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 “concuera 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”.⁵³

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

⁵² *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.

⁵³ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., N° 398, p. 354.

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 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.⁵⁴ 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'''.⁵⁵

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

⁵⁴ 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".

⁵⁵ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., N° 400, pp. 355 y 356.

una de las solemnidades de que está revestido el nombramiento mismo de tutor o curador”.⁵⁶

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 manifiesta que ‘según los artículos 1693 y siguientes del Código Civil, la ratificación sana 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”.⁵⁷

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”.⁵⁸

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”.⁵⁹

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

⁵⁶ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., N° 401, p. 356.

⁵⁷ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., N° 402, p. 357.

⁵⁸ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., N° 402, p. 357.

⁵⁹ Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., N° 402, p. 357.

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 pendiente, 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 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 1°).

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).⁶⁰

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 administración (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.

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.- Facultades administrativas en los actos de mera conservación del patrimonio.

⁶⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 500, p. 362.

El guardador puede ejecutar por sí solo los actos de mera administración, como por ejemplo cobrar los créditos que se deban al pupilo, interrumpir prescripciones, recibir el pago que se haga al pupilo, etc. (arts. 391 y 405).

Puede enajenar también, sin restricciones, los bienes muebles del pupilo que no tengan el carácter de “*preciosos*” o un gran valor de afección.⁶¹

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).

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.⁶²

¿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. Pero la duda se plantea respecto de la pública subasta. 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 raíces de

⁶¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 503, p. 361.

⁶² Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 797, p. 598.

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 compra-venta 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”.⁶³

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.

¿Qué debemos entender por *bienes preciosos* o con *valor de afección*? ¿Se trata de una sola categoría o de dos categorías de bienes? 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”.⁶⁴

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

⁶³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.172, pp. 343 y 344.

⁶⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2.180, pp. 348 y 349.

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”.⁶⁵

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.”.⁶⁶

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

Adicionalmente, podríamos agregar otro argumento: 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 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 comprar 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

⁶⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2180, p. 348; Borja, Luis F., *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, Tomo 6, N° 147, p. 188.

⁶⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936, p. 548.

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.

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.⁶⁷

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”.⁶⁸

La sentencia a que alude Ramos Pazos es de la Corte de La Serena, de 1 de mayo 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 (...) 394, 394 (...) del Código Civil. Todas estas 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”.⁶⁹

⁶⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 799, p. 599.

⁶⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 799, p. 599.

⁶⁹ *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.

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.

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).⁷⁰

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”.

¿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 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”.⁷¹

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”.⁷²

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.

⁷⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 506, p. 362.

⁷¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2157, p. 326.

⁷² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2157, pp. 327 y 328.

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 *los mejores* y, por consiguiente, han de ser de preferencia la hipoteca, la prenda o una fianza abonada”.⁷³

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 partidor: dispone la ley que si alguno de los coasignatarios no tuviere la libre disposición de sus bienes, el nombramiento de partidor 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 partidor (art. 1325).⁷⁴

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

⁷³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2159, pp. 329 y 330.

⁷⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 507, pp. 362 y 363.

vez celebrados tales actos, deberá solicitarse su *aprobación* judicial, es decir *a posteriori*, todo ello bajo pena de nulidad.⁷⁵

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 N° 7.612, de 21 de octubre de 1943, elevándose la primitiva cuantía a diez mil pesos. Por el Decreto Ley N° 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 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”.⁷⁶

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”.⁷⁷

¿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

⁷⁵ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 508, p. 363.

⁷⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 803, p. 602.

⁷⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2202, pp. 369 y 370.

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”.⁷⁸

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”.⁷⁹ 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

⁷⁸ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3ª edición, pp. 210 y 211.

⁷⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2204, pp. 370 y 371.

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 exija *para toda transferencia* de dominio por acto entre vivos de los bienes raíces de los pupilos’”.⁸⁰

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 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”.⁸¹

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.

⁸⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2204, pp. 370-373.

⁸¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2206, p. 378.

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).⁸²

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”.⁸³

De esta manera, “En el hecho los intereses del menor quedan garantizados 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

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).⁸⁴

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*, señala 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

⁸² Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 509, p. 363.

⁸³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2207, p. 378.

⁸⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 510, p. 364.

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 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 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”.⁸⁵

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”.⁸⁶

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

⁸⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2207, pp. 378-380.

⁸⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2211, pp. 380 y 381.

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 adquiriera 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, 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”.⁸⁷

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

⁸⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2214, p. 383.

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”.⁸⁸

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 hiciera no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo 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).⁸⁹

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 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

⁸⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2224, p. 390.

⁸⁹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 513, pp. 364 y 365.

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”.⁹⁰

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”.

Distinguiamos 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).⁹¹

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

⁹⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N°s. 2228 y 2229, pp. 395-397.

⁹¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 514, p. 365.

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”.⁹²

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 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”.⁹³

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”.⁹⁴

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

⁹² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N°s. 2215-2218, pp. 383-386.

⁹³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2219, p. 386.

⁹⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2220, p. 387.

servicio y que la ley no prohíbe ni aun a un simple mandatario general que es absolutamente inhábil para donar, art. 2139”.⁹⁵

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”.

16.- Anticipaciones hechas por el tutor o curador.

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.”⁹⁶ 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”.⁹⁷

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 limita al reembolso del capital, incrementado con intereses corrientes.
- 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”.⁹⁸

⁹⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2223, p. 389.

⁹⁶ 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”.

⁹⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2231, pp. 398 y 399.

⁹⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2231, p. 399.

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”.⁹⁹

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”.¹⁰⁰

18.- Actos entre el guardador y el pupilo.

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)¹⁰¹.

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).¹⁰²

⁹⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N° 2234, p. 402.

¹⁰⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo IV, N°s. 2235 y 2236, pp. 403 y 404.

¹⁰¹ 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”.

¹⁰² Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 515, p. 365.

V.- OBLIGACIONES DEL GUARDADOR Y RESPONSABILIDADES INHERENTES AL CARGO

1.- Obligaciones del guardador.

Son las siguientes

- 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. 1°).
- d) Debe restituir los bienes que tenga en su poder a quien por derecho corresponda, al término de su cargo (art. 415, inc. 1°).
- e) Debe pagar el saldo que resulte en su contra, después de discutida y aprobada la cuenta (art. 415, inc. 1°). 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).

2.- Responsabilidad del guardador

El guardador responde en su gestión hasta de la culpa leve (art. 391). Tiene además sanciones penales, cuando incurre en fraude en su administración.

Estas reglas no se alteran si se nombró un consultor (art. 392), pero sí en los casos en que haya varios guardadores (art. 419).

Si todos los guardadores administran de consuno, responderán solidariamente.

Si la administración se ha dividido, cada guardador sólo será responsable de sus propios actos. 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, inciso 2°, 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.

Las acciones para hacer efectiva esta responsabilidad prescriben en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje (art. 425).

VI.- 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 (art. 496).

Las incapacidades son de orden público; las excusas son de interés particular y pueden o no hacerse valer.

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

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.

2.- Causales de incapacidad.

- a) Por defectos físicos o morales (art. 497).
- b) Por razón de edad (art. 500).
- c) Por razón de relaciones de familia (arts. 502 a 504).
- d) Por existir oposición de intereses (arts. 505 y 506).
- e) Por incompatibilidad religiosa (art. 508).
- f) Por falta de idoneidad jurídica (arts. 497 números 4, 5 y 6).

3.- Causales de excusa

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

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).

VII.- REMUNERACIÓN DE LOS GUARDADORES.

1.- Monto de la remuneración

La remuneración del guardador, por regla general, es la décima parte de los frutos que administra (art. 526). Esta remuneración sólo se refiere a los guardadores generales y adjuntos. 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).

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

2.- Pérdida de la remuneración

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

- a) Si contrae matrimonio con su pupilo o pupila sin estar aprobada la cuenta (art. 116);
- b) 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);
- c) 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
- d) Si se trata de un curador incapaz (art. 531).

VIII.- DE LA REMOCIÓN DE LOS GUARDADORES.

1.- Concepto

La remoción es la separación del cargo que sufre el guardador por sentencia judicial, dictada en alguno de los casos contemplados en el art. 539.

Dado que no hay reglas especiales, el juicio de remoción se tramitará conforme a las normas del juicio ordinario; mientras se sustancia, debe nombrarse un guardador interino. En el juicio, deberá oírse a los parientes y al Ministerio Público.

Puede iniciar la acción de remoción cualquiera consanguíneo del pupilo, su cónyuge, el pupilo púber y cualquiera del pueblo (art. 542, caso de “acción popular”). Incluso podrá promoverla el juez de oficio.

2.- 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.

Si el guardador ejercía varias guardas y es removido de una de ellas, será también removido de las otras (art. 541).