

cuyas cosas administró, para obtener la indemnización, *L. 3. C. De arbitr. tut.* Esto es fácil de entender: lo único que todavía merece nuestro exámen, es la razon por que esta accion se llama *útil*, cuando la otra que compete entre el tutor y el pupilo, se llama *directa*? Una vez por todas esplicaremos esto, pues ocurrirá con frecuencia en adelante. Todas las acciones que se derivan de las *mismas palabras* de la lei, se llaman *directas*; las inventadas por los juriconsultos por medio de la interpretacion, por cuanto no se derivan de las palabras sino de la *razon de la lei*, se llaman *útiles*; y finalmente las que introduce el pretor sin atender á las palabras de la lei, llevan el nombre de *acciones in factum*. De esto hai un notable ejemplo en el §. *últ. Inst. De L. aquil.*, donde se explica la accion de la lei aquilia *directa, útil é in factum*. Así que, como las leyes de la XII Tablas hicieron mencion de la *accion de tutela*, sin que añadiesen ni una palabra acerca de los curadores, creyeron los juriconsultos que esta accion de tutela se podia tambien acomodar á los curadores, porque *donde hai la misma razon, debe haber la misma disposicion del Derecho*; y por eso á esta accion la llamaron *accion útil de tutela*.

§. CCLXXVII. IV°. Resta manifestar, *qué cosa sea actor*. Actor significa algunas veces la persona que entabla una accion en juicio; pero aquí se toma esta palabra en un sentido mui distinto. Aquí *actor* quiere decir *mandatario del tutor ó curador*; porque así como el que en juicio ó fuera de él no puede administrar sus cosas, da comision para ello á un *procurador*; del mismo modo el tutor ó el curador las da á un *actor*, §. *últ. Inst. h. t.* Pudiera esto parecer una sutileza de palabras, porque ¿qué importa usemos del nombre de *procurador* ó de *actor*? Resp. Hai grandísima diferencia: 1° el *procurador*, como adelante veremos, se hacia parte; luego solo podia ser constituido

por el dueño, *L. 4. ff. De procur.*: es así que el tutor y curador no son dueños, sino administradores; por consiguiente no podian constituir *procurador*, sino *actos*. Debe pues tenerse presente la diferencia de los vocables; el dueño nombra *procurador*; una universidad, *sindico*; y el tutor ó curador, *actor*. 2° El *procurador* legitima su persona simplemente *con un mandato del dueño*; pero el *actor necesita de dos legitimaciones*. En primer lugar presenta el *mandato actorio* dado por el tutor ó curador, y despues el *tutorio*, es decir, el instrumento por el cual el tutor ó curador ha sido nombrado por el magistrado.

§. CCLXXVIII. [Aunque una lei de Partida declara incapaz al marido para ejercer la curaduría de su mujer, la *L. 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Recop.* da facultad al marido, mayor de diez y ocho años, para administrar sus bienes y los de su mujer.]

TÍTULO XXIV.

DE LAS FIANZAS DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

§. CCLXXIX. Pasamos ahora á tratar de ciertas cosas que dijimos ser comunes á tutores y curadores, cuales son la *dacion de fianzas*, de que se hablará en este título, la *escusacion*, materia del siguiente, y el *delito de sospechoso*, objeto del último. En este esplicaremos 1° qué cosa sean fianzas, §. 279; 2° por qué las dan los tutores, §. 280; 3° quiénes las dan, §. 281 hasta el 283, y 4° cuáles sean los efectos de estas fianzas, §. 284 y 285.

Afianzar á veces se toma en sentido general, á veces en sentido especial, y otras en sentido especialísimo ó estrictísimo. *En general* se llama fianza toda caucion, ya se dé con fiadores, ya con prendas, ya con juramento, ó bien con simple promesa, v. gr. en la *L. 61. ff. De V. S. L.*

49. ff. *De solut.* Más especialmente se entiende por fianza a caucion dada con fiadores y prendas, cuyas cauciones se llaman tambien *idóneas* otras vezes, *L. 59. ff. ult. § mand.* Y en el sentido *especialísimo* fianza es la caucion que se da por medio de fiadores, *L. 1. ff. Qui satisd. coguntur.* Aquí se toma en este último sentido la palabra fianza, de suerte que los tutores y curadores no pueden prestar ninguna otra clase de caucion mas que la *fideyusoria*; y esto por dos razones: 1^a porque esta caucion es pretoria, y se manda que la exija el pretor; y las cauciones pretorias siempre se deben prestar con fiadores, segun la *L. 7. ff. De præs stip.*, que se debe tener mui presente. 2^a No puede saberse en cuánto podrá estar interesado el pupilo, es decir cuánto daño le haya de causar el tutor. Por lo mismo si se dan prendas estimadas en mil florines, y despues el tutor causa daños en valor de diez mil, poco se habrá mirado por la seguridad del pupilo con esta caucion pignoraticia. Por esto se necesitan fiadores que aseguren para todo evento, y prometan que *los intereses del pupilo quedarán á salvo.*

§. CCLXXX. De aquí se puede inferir, por qué causa se ha inventado esta fianza. 1^o El tutor, aunque se dé primariamente á la persona, administra sin embargo tambien los bienes del pupilo; mas el curador se da primariamente á las cosas. Ahora pues, segun una regla general del Derecho, los que administran cosas ajenas, deben dar cuentas y afianzar; y así es que los administradores y procuradores del fisco, los arrendatarios, y aún los usufructuarios tienen obligacion de afianzar, porque usan de cosas ajenas. Luego tambien los tutores y curadores deben prestar fianzas. 2^o Á esto se agrega el favor especial concedido á los pupilos; pues importa al bien de la república que los pupilos, destituidos de todo ausilio, tengan asegurados sus intereses por la vigilancia de los

magistrados: y esto no podria conseguirse, si no se mandase á los tutores y curadores dar fianzas.

§. CCLXXXI y CCLXXXII No obstante como no á todos los tutores ó curadores se obliga indistintamente á dar fianzas, se trata aquí la tercera cuestion, á saber, *á quiénes incumbe ó no incumbe el darlas?* Para resolverla sentaremos, segun nuestra costumbre, un axoma general, y de él sacaremos despues conclusiones particulares. El axioma general es: *están obligados á dar fianzas todos aquellos tutores ó curadores, en quienes recae alguna sospecha.* Esto se infiere del mismo fin de estas fianzas, del cual hablamos en el §. 280. Se afianza para que las cosas del pupilo queden intactas: no apareciendo pues ningun peligro de que el tutor ó curador usurpe los bienes del pupilo, esto es, cesando la causa, justo es que cese tambien el efecto, es decir, la presentacion de fianzas. Por este axioma venimos en conocimiento, 1^o de quién no afianza, y 2^o de quién está obligado á afianzar.

1^o No están obligados á afianzar, 1^o los tutores testamentarios (1). Por qué? Porque parece que el padre habrá examinado cuidadosamente las costumbres y fide-

(1) En España nada se halla espresamente establecido sobre la necesidad de imponer ó dispensar de la fianza á los tutores dados en testamento. Pero atendiendo á que la *L. 94. tit. 18. Part. 3.* y la *L. 9. tit. 16 Part. 6.*, que imponen á los tutores esta obligacion, hablar solo de los legitimos, parece probable que los testamentarios, segun el espíritu de dichas leyes, están esentos de dar fianzas. Esto mismo confirma la particula adversativa *pero*, con que empieza la segunda cláusula de dicha lei, que habla de la fianza. Véase á Greg. López en la *glos. 5* de la misma *L. 9.* donde tambien aprueba las disposiciones del Derecho romano sobre el patrono y sus hijos, y los tutores dados con inquisicion, diciendo no obstante, que en la práctica á todos los dativos se exige la fianza. Por lo que hace á la madre y á la abuela, á quienes, faltando tutores testamentarios, se confiere la tutela por orden sucesivo, es decir, primero á la madre, y despues á la abuela, quieren Aso v de Manuel (*Inst. de Castilla, lib. 1. cap. 3. vers. Como*

ndad del que nombra por tutor de sus hijos, y conocido bien su honradez y aptitud, *L. 7. §. 5. C. De cur. furios.* No recayendo pues sobre ellos sospecha alguna, segun nuestro axioma, es justo que se les exima de la carga de dar fianzas. 2º Los nombrados por magistrados mayores, como los pretores, cónsules, presidentes de las provincias. La razon es, porque estos magistrados mayores no pueden nombrar tutor, sino previa inquisicion. Si pues inquirieron ó averiguaron con cuidado sus costumbres, es claro que se halló que eran diligentes y dignos de confianza, *L. 13. §. últ. ff. De tut. dat.* Si se halló que son tales, ninguna sospecha recae sobre ellos: luego segun nuestro axioma, no hai en este caso necesidad de caucion.

IIº Por el contrario se conoce tambien fácilmente quiénes están obligados á afianzar, á saber, 1º todos los legítimos, *L. 5. §. 1. ff. De leg. tut.* Estos ni son elegidos por el testador, ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la lei; no porque sean mas diligentes que los demas, sino porque son los parientes mas próximos. Luego recae sobre ellos sospecha; y tanto mas, quanto que son próximos herederos, y es fácil que prefieran tener la herencia á esperarla (§. 218 y sig.). Por consiguiente, segun nuestro axioma, deben afianzar. 2º Los nombrados por magistrados menores, porque estos

que no están obligadas á dar fianzas, fundándose en la *L. 9. tit. 16. Part. 6.* Pero es mucho mas probable la opinion contraria, que defiende Greg. López en la *glos. 8.* de dicha lei, y Gutiérrez *De tutel. part. 1. cap. 12. n. 16,* apoyados en que, sin embargo de que la citada *L. 9.* no requiere especialmente la fianza en la madre ni en la abuela, la requiere indistintamente en los tutores legítimos; y no hai duda que la madre y la abuela son tutoras legítimas, ó que por lo ménos se deben considerar como tales, si es que á su tutela se quiere dar el nombre de anómala, como algunos hacen. Véase á Gutiérrez en *dicho num. 16,* donde examina esta cuestion con estension y profundidad. (Sala. *om. hisp. lib. 1. nota al pr. del tit. 24.*)

no nombran tutores con inquisicion; y como de esta manera no está averiguada la fidelidad de los tutores y curadores nombrados, recae sospecha sobre ellos, y por lo mismo están obligados á afianzar. 3º Tambien lo están los testamentarios legítimos y dativos que se ofrecen á la administracion, §. 1. *Inst. h. t.,* porque se presume que no se ofrecerian, si no desearan lucrar: en los que desean ganar con los bienes del pupilo, recae sospecha; luego tienen que dar fianzas. Hé aquí toda la doctrina, y su conexion con el principio arriba establecido. Pero aquí ocurre una duda: si hai muchos tutores, ó nombrados por testamento, ó legítimos de un mismo grado (pues á todos estos dijimos arriba en el §. 220, 3., llama la lei al mismo tiempo) *se ha de conceder á todos la administracion, ó á uno solo de ellos; y en este caso quién debe ser el preferido?* Fundadamente creyeron los jurisconsultos que no conviene al pupilo que á un mismo tiempo administren su hacienda muchos tutores, porque las mas veces la administracion de muchos produce negligencia y confusion, *L. 3. §. 6. ff. De admin. tut.* Por eso se distingue si la tutela es de corta entidad, ó si es importante y se halla esparcida en diversos puntos: si *es de importancia ó se halla esparcida en diversos puntos,* entónces puede dividirse la administracion, de suerte que uno cuide de los intereses que hai, v. gr., en Holanda, otro de los que hai, por ejemplo, en Frisia, otro ponga á interes el dinero del pupilo etc. Mas si la tutela es *corta,* y no pasan de medianas las facultades del pupilo, en tal caso la administracion se confía á uno solo de los muchos tutores nombrados, *L. 3. §. 2. ff. eod.* Pero á quién se confiará con preferencia? Antes que todos, á aquel que se ofrece, porque este queda obligado á prestar la culpa levisima, *L. 53. §. 3. ff. De furt.;* de lo cual daremos adelante la razon en el §. 788. Si nadie se ofrece, es preferido el designado por el testador, por quanto este

hecho indica que ha formado un juicio mui favorable de su fidelidad y diligencia. Si tampoco hai ninguno designado por el testador, pertenecerá la administracion á aquel, á quien la confiera la mayor parte de los tutores, porque siendo igual el derecho de todos ellos, nada parece mas justo que dar la preferencia al elegido por mayoría de votos. Finalmente, si tampoco eligen los contutores, toca al pretor interponer su oficio, designar uno solo, el que juzgue mas apto; porque en esta materia se deja mucha latitud al oficio y arbitrio del magistrado, tanto que no siempre está obligado á seguir la voluntad del testador, ni á preferir necesariamente al que se ofreció espontáneamente, si médian las causas que alega Ulpiano en *d. L. 3. §. 3. De admin. tut.* y en la *L. 17. §. 12. ff. De test. tutor.* Pero cualquiera que sea el que entre muchos tutores recibe solo la administracion, está, como dijimos, obligado á dar fianza á los demas de que los intereses del pupilo se conservarán intactos; y esto, bien sea el tutor testamentario, bien legitimo ó dativo. Pudiera alguno objetar, que nadie, segun nuestro Derecho, puede estipular mas que para sí, §. 4. *Inst. De inut. stipul.*, y aquí los contutores estipulan con el que toma la administracion, que el pupilo no recibirá daño en sus bienes, y por lo mismo no estipulan para sí, sino para otro, que es el pupilo; luego será inútil esta estipulacion. Se responde, que aquella regla es cierta, pero con esta escepcion; *á no ser que importe al estipulante*, §. 18. *Inst. eod.* (Véase adelante §. 833. 6. §. 866. 10.) Es así que en este caso importa muchísimo á los contutores el que los intereses del pupilo no reciban menoscabo, porque si lo reciben, son ellos responsables, y se da contra ellos la accion de tutela, para que resarzan al pupilo todo el daño (§. 263); luego podrán estipular por este.

§. CCLXXXIII. Pero *de qué modo* afianzan los tutores?

Resp. Afianzar es dar caucion por medio de fiadores; luego se deben presentar fiadores. Ademas la fianza es una especie de estipulacion, pues si uno se obliga por otro por medio de un pacto nudo, esto no será *haber afianzado*, sino *haber prometido* (*constituisse*) (§. 873). Siendo pues la fianza una especie de estipulacion, uno debia necesariamente preguntar: ¿prometes bajo tu palabra que no sufrirán menoscabo los intereses del pupilo? *Tanc fide tuá promittis rem pupillo salvam fore?* y el otro responder congruentemente: lo prometo bajo mi palabra: *fide meá promitto* (§. 829). Sobre quién habia de responder congruentemente, no cabe ninguna duda; debia ser el fiador: la dificultad estaba en saber, quién habia de preguntar. Si podia hablar el pupilo, es decir, si era mayor de siete años, él mismo podia preguntar, porque bien podia sin la autoridad del tutor hacer mejor su condicion (§. 251). Pero y si no podia hablar? si aún era infante? Parece que entónces ni el tutor podia preguntar, porque ántes de presentar fianzas aún no era tutor; ni el magistrado, ni los agnados, pues nadie podia estipular para otro, §. 4. *Inst. De inutil. stipul.* Cómo pues se componia esto? Decian los antiguos, 1º que en lugar del pupilo debia preguntar un siervo, porque el siervo con su estipulacion adquiere para su señor, y su estipulacion no vale sino por la persona del señor (§. 848). 2º Que si no tenia siervo, se le comprase. 3º Que si tampoco esto podia hacerse, entónces debia preguntar un siervo público, *L. 2. ff. Rem pup. salv. fore.* Porque es de saber que habia siervos públicos de varios géneros: unos eran ministros, que estaban siempre al lado del magistrado (*apparitores*), otros liectores, otros *viatores*, es decir, mensajeros para convocar ó llevar órdenes, otros *tabeliones* ó escribanos. Á estos últimos incumbia principalmente el preguntar en lugar de los pupilos, segun esplicó perfectamente el erudito

jurisconsulto Amaya, *Comment. ad. C. lib. 16. tit. 69. L. 3.* Pero ¿cómo es, se dirá, que un siervo público podia estipular que los intereses del pupilo no serian perjudicados? porque á la verdad el siervo en este caso estipulaba para otro contra la regla del §. 4. *Inst. De inutil. stipul.* Á esto respondo, que un siervo público era siervo de toda la ciudad ó república, y por consiguiente tambien del pupilo, como ciudadano de esta república. Luego no solo podia adquirir para toda la ciudad con su estipulacion, sino tambien para cada uno de los ciudadanos, si espresamente estipulaba para él, segun esplicó Jac. Gotofredo, *Comment. ad. R. J. p. 332.* Véase la *L. 3. ff. De præt. stip.* y la *L. 4. §. 4. ff. Ut legat.*

§. CCLXXXIV y CCLXXXV. Falta que ahora hablemos tambien del efecto de las fianzas que presentan los tutores. Este efecto consiste en que el pupilo, concluida la tutela, tiene tres acciones para conseguir las cosas que se le han defraudado. Porque 1º instituye la *accion de tutela* contra los tutores para que den cuentas y restituyan lo restante; de cuya accion hablamos arriba (§. 263). 2º Si con esta accion no recobra de los tutores su cosa, tiene la accion *ex stipulatu* contra los fiadores, para que resarzan el daño causado por los tutores; y lo mismo da que los tutores sean insolventes, ó estén huidos, ó que por estar ausentes no puedan ser demandados. De esta accion trata todo el *tit. ff. De fidejuss. et nominat.* Si tampoco los fiadores son idóneos, y el pupilo no puede recobrar de ellos su cosa, entónces recae la culpa sobre el magistrado que admitió estos fiadores poco idóneos, y se da contra él la accion *subsidiaria*, de que habla el *tit. ff. De magistr. convent.* Esta accion pues se da al pupilo, que concluida la tutela no puede recobrar su cosa, ni del tutor, ni de los fiadores (porque debe haber demandado á todos estos

antes de entablar su accion contra el magistrado). Se da no solo contra las personas pero no contra el colegio (ó corporacion) que nombraron tutor sin fiadores abonados, sino tambien si ha mediado culpa lata, contra sus herederos (no contra los sucesores singulares), para que sean resarcidos todos los daños causados. Pero esta accion se usa raras veces, y no se debe esperar de ella mucha utilidad, porque 1º siempre milita en favor del magistrado la presuncion de diligencia, hasta que se pruebe lo contrario; y esta prueba por lo comun es bastante difícil. 2º El magistrado queda libre, si hace ver que en el tiempo en que se han obligado los fiadores, eran idóneos, y que despues perdieron sus bienes, como sucede por lo regular, *L. 1. §. 13. ff. De mag. convent.* 3º Generalmente, segun reglas de jurisprudencia universal, es peligroso litigar con magistrados, y sobre esta materia hai una elegante disertacion de Tomasio; *De exiguo usu doctrinæ Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam fecit* (1).

§. CCLXXXVI. [Segun el Derecho español, el tutor, ademas de afianzar, está obligado á jurar el fiel y exacto desempeño de su encargo, y á hacer inventario.]

TÍTULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

§. CCLXXXVII y CCLXXXVIII. Ademas de las fianzas, tambien las escusas son comunes á tutores y curadores; por lo cual se trata de estas en el presente título. Tres son los puntos principales: 1º por qué se concede á los tutores y curadores el que se escusen. 2º Cuál es el significado

(1) Sobre los efectos que producen las fianzas que dan los tutores y curadores, pueden verse las leyes siguientes: *L. 23 y 26. tit. 13. Part. 5. L. 21. tit. 16. Part. 6. y L. 94. tit. 18. Part. 3.*