

## DE LAS GUARDAS EN GENERAL<sup>1</sup>

### I.- GENERALIDADES SOBRE LAS GUARDAS

#### 1.- Concepto

Se definen las guardas en el inciso 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.”*

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

La distinción entre ambas, 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
- 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.

#### 2. Caracteres comunes a tutelas y curadurías

- 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.

Excepcionalmente, procede nombrar guardador al que está sujeto a patria potestad, en el caso previsto en el art. 257 inciso 1 y cuando ésta 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).

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).

---

<sup>1</sup> Fecha de última modificación: 11 de febrero de 2011.

c) 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).

d) 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, inciso 1).

e) 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 (artículo 86, número 4, Ley General de Bancos).

### **3.- Clasificación de las guardas**

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

- Están sometidos a tutela: los impúberes (art. 341).
- 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 la representación del pupilo, la administración de su patrimonio y 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: los menores adultos, los pródigos interdictos por tal causa, los dementes que se encuentran en la misma situación y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente (art. 342);
- Están sujetos a curaduría de bienes: el ausente, la herencia yacente y 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, artículo 344 (se presenta esta forma de curaduría, en los casos de los arts. 253, 257 y 258);
- Son curadores especiales, aquellos designados para un negocio particular (art. 345). Por ejemplo, el que se da al hijo para que litigue contra el padre.

- 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 (art. 360)

b) Designación hecha por el padre o la madre

Pueden designar guardador a las siguientes personas o en las siguientes circunstancias (arts. 354 a 356):

- 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 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 designe 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 él o ella haya testado ejerciendo su guarda.
- 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).
- 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.

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

- 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);

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

#### c) Designación hecha por el donante

Tiene este derecho cualquier persona que hubiere hecho una liberalidad al incapaz (art. 360). 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 no podrán ser aquellos que se deban a título de legítima (lo anterior guarda armonía con el art. 1192).

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.

#### d) Características de la guarda testamentaria

1. 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).
2. Puede ser pura o simple o sujeta a modalidades, consistiendo estas últimas en condiciones suspensivas o resolutorias, plazos suspensivos o extintivos (art. 365).
3. Pueden designarse uno o varios guardadores que ejerzan simultáneamente la guarda o que se la dividan entre sí (art. 361).
4. Pueden designarse varios tutores o curadores que se sustituyan o sucedan uno a otro (art. 364).

## **2.- Guarda legítima (art. 366)**

#### a) Supuesto y casos en que opera.

1. Supuesto: establece la ley quien ha de ejercer la guarda de manera supletoria, cuando las personas que tienen derecho a designar guardador no lo han hecho, cuando expira la guarda testamentaria o cuando no hay personas con derecho a hacer tales designaciones
2. Los casos en que opera son los siguientes:
  - a. Cuando el padre o la madre no han ejercitado el derecho, en su testamento.
  - b. Cuando el designado era incapaz de ejercer la guarda o se excusó de hacerlo.
  - c. Cuando expiró la guarda testamentaria.
  - d. Cuando el menor es emancipado, ya sea legal o judicialmente.

#### 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.

1. Personas llamadas a la guarda legítima del **hijo de filiación matrimonial** (art. 367).  
En primer lugar: el padre del pupilo;  
En segundo lugar: la madre;  
En tercer lugar: los demás ascendientes;  
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.
2. 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, 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.

c) Características de la guarda legítima.

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

### **3.- Guarda dativa**

a) Supuesto y casos en que opera.

1. Supuesto: es la que confiere el magistrado cuando falta otra tutela o curaduría (art. 370).
2. Casos en que opera:
  - a. Cuando se trata de personas que no pueden quedar sometidas a guarda legítima.
  - b. Cuando se retarda por cualquier causa el discernimiento de una tutela o curaduría. Es este caso, el curador dativo será interino.

- c. Cuando durante el desempeño de una guarda, ocurre un percance que impide al guardador seguir ejerciendo su cargo.
- d. Cuando debe nombrarse un curador especial, pues estos siempre son dativos.

b) Características de la guarda dativa.

1. Es otorgada por el juez, previa audiencia de parientes del pupilo (art. 372).
2. 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, inciso 2°).
3. El curador dativo puede ser general, adjunto o especial y además definitivo o interino.
4. El menor adulto tiene derecho a proponer la persona que ha de desempeñar el cargo (arts. 437, inciso 3° CC y 840 CPC)

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

#### **1.- Enumeración**

Establecen los arts. 373 y siguientes tres formalidades previas al ejercicio de la guarda:

- a) El discernimiento;
- b) La fianza; y
- c) El inventario.

a) El discernimiento.

1. Definición: es el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer el cargo (art. 373, inciso 2°)
2. Requisitos formales del discernimiento: por regla general, el decreto judicial debe reducirse a escritura pública, que firmará el juez que lo concede (art. 854 del CPC). Conforme a lo dispuesto en el último inciso del citado art. 854, sólo se entenderá discernida la guarda desde que se otorgue la referida escritura pública.

Si bien toda guarda debe ser discernida (art. 373), no todo discernimiento debe reducirse a escritura pública. El art. 854, inciso 2° del CPC, no hace exigible esta formalidad en dos casos:

1. En el de los curadores ad-litem; y
2. En las demás guardas, cuando la fortuna del pupilo fuere escasa a juicio del tribunal.

En ambos casos, el decreto de nombramiento servirá de título suficiente.

El discernimiento es de gran importancia, porque señala la época en que se inicia la guarda, siendo al mismo tiempo un requisito de publicidad de la misma.

3. Sanción por falta de discernimiento.

Los actos ejecutados por el guardador con anterioridad al discernimiento, adolecerán de nulidad (art. 377). Pero el decreto posteriormente obtenido validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiere podido resultar perjuicio al pupilo.

Tal como se indicó en una sentencia de la Corte Suprema, estamos ante una nulidad relativa, pues opera por la omisión de una solemnidad establecida en

consideración al estado o calidad de la persona y porque admite ratificación (el decreto judicial).

b) La fianza.

1. Requisitos.

El decreto de discernimiento debe ser antecedido por una fianza que puede ser sustituida por una prenda o hipoteca (arts. 374, inciso 1º y 376).

La fianza debe otorgarse por escritura pública y aprobarse por el juez con audiencia del defensor respectivo (art. 855 del CPC).

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 CPC).

La fianza podrá sustituirse por prenda o hipoteca “suficiente” (art. 376).

2. Personas 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 artículo 87 de la Ley General de Bancos, se establece que los Bancos nombrados curadores, no están obligados a rendir fianza (el artículo 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 fianza (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).

c) El inventario.

1. Requisitos: el guardador debe hacer inventario solemne antes de entrar en el desempeño de su cargo (art. 374).

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).

El citado plazo podrá ser restringido o ampliado por el juez, según las circunstancias

Recordemos que el inventario solemne es aquél que se realiza previo decreto judicial, de conformidad al art. 858 del CPC, ante un notario y dos testigos o ante otro ministro de fe, con las formalidades de publicación que tal precepto ordena

2. Contenido del inventario

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). El inventario debe comprender incluso aquellos bienes que sin ser propiedad del pupilo, se encontraren entre los que lo son, lo que obviamente no afecta el dominio de sus verdaderos dueños (art. 385)

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

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 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, a propósito de la interpretación de los contratos).

Están exceptuados de hacer inventario solemne (aunque no del simple), los guardadores que administren bienes demasiado exiguos (art. 380).

### 3. 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). En este caso, se aplica el art. 423, que establece una curiosa norma de evaluación de los perjuicios: el pupilo podrá apreciar la cuantía del perjuicio bajo juramento y el guardador deberá pagar la cantidad jurada, a menos que el juez la modere.

## **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).



## **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.**

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.

## **5.- Enajenación 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.

Excepcionalmente, no requerirá de la autorización y fundamentación anterior, la venta forzada de inmuebles, bastando en este caso el decreto de ejecución (art. 395). También se exceptúan las enajenaciones de inmuebles a consecuencia de una expropiación por causa de utilidad pública y la constitución de alguno de los gravámenes señalados,

sobre inmuebles transferidos al pupilo con la carga de constituir hipoteca, censo o servidumbre (art. 395).

#### **6.- Enajenación de bienes muebles preciosos.**

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.

#### **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 CC, en relación con la Ley General de Bancos y con el DFL 2 de 1959).

#### **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:

1. 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, inciso 1º). Con todo, esta autorización no será necesaria cuando la partición la provoca otro interesado que sea capaz;
2. 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);
3. 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).

#### **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 previa para proceder a la transacción o al compromiso y una vez celebrados tales actos, deberá solicitarse su aprobación judicial, todo ello bajo pena de nulidad (art. 1400).

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

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

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

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

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

Las reglas son idénticas:

1. El guardador sólo puede repudiar la herencia deferida al pupilo, previo decreto del juez dado con conocimiento de causa (arts. 397 y 1236).
2. La repudiación de una donación o legado debe hacerse previa autorización judicial dada con conocimiento de causa (arts. 398 y 1236)

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

El guardador no puede variar la destinación, salvo con autorización judicial con conocimiento de causa (art. 401).

### **13.- Fianza**

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:

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

### **14.- Arrendamiento de bienes del pupilo.**

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).

### **15.- Donación de bienes del pupilo.**

Distinguiamos según se trate de bienes raíces o muebles:

1. La donación de bienes raíces se prohíbe bajo todo respecto (art. 402, inciso 1º, norma prohibitiva)
2. La donación de bienes muebles puede hacerse reuniendo los siguientes requisitos (arts. 402, inciso 2º, norma imperativa de requisito):
  - a. Previo decreto judicial;
  - b. Que la donación sea proporcionada a los bienes del pupilo;

- c. Que la donación no menoscabe sus capitales productivos; y
- d. 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, inciso 3°).

### **16.- 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, inciso 1°, norma imperativa de requisito)<sup>2</sup>.

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, inciso 2°, norma prohibitiva).

## **V.- OBLIGACIONES DEL GUARDADOR Y RESPONSABILIDADES INHERENTES AL CARGO**

### **1.- Obligaciones del guardador.**

Son las siguientes

1. Debe llevar cuenta fiel y exacta y en cuanto fuere posible documentada, de todos sus actos administrativos (art. 415).
2. 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.
3. Debe exhibir su cuenta luego que termine su administración (art. 415, inciso 1°).
4. Debe restituir los bienes que tenga en su poder a quien por derecho corresponda, al término de su cargo (art. 415, inciso 1°).
5. Debe pagar el saldo que resulte en su contra, después de discutida y aprobada la cuenta (art. 415, inciso 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.

---

<sup>2</sup> El inciso final del número 4 del artículo 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.”

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 2º, 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.**

1. Por defectos físicos o morales (art. 497).
2. Por razón de edad (art. 500).
3. Por razón de relaciones de familia (arts. 502 a 504).
4. Por existir oposición de intereses (arts. 505 y 506).
5. Por incompatibilidad religiosa (art. 508).
6. 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:

1. Si contrae matrimonio con su pupilo o pupila sin estar aprobada la cuenta (art. 116);
2. 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);
3. 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
4. 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).