

**LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL MAGISTRADO
EN LA TUTELA Y CURATELA PATRONAL**

TERESA DICENTA MORENO
Barcelona - España

LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL MAGISTRADO EN LA TUTELA Y CURATELA PATRONAL .

En un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano¹ se alude a un Senadoconsulto de la época de Trajano que vino a introducir la posibilidad de que el pupilo pudiera ejercitar, contra el magistrado que hubiera nombrado a su tutor o curador, una *actio utilis*, llamada *subsidiaria*, dirigida a resarcirle por aquellos créditos que contra éste, no hubiera logrado cobrar². Como es sabido, el reconocimiento de esta reclamación podía justificarse por varios motivos: porque el magistrado no había exigido, al proceder al nombramiento del tutor o curador, la *cautio rem pupilli salvam fore*³, porque exigiéndola, ésta hubiera resultado insuficiente⁴ ó bien, porque el nombrado fuese inadecuado⁵.

De esta manera, tras finalizar la tutela ó curatela, el pupilo podía interponer contra su tutor la *actio tutela* ó contra el curador la *actio negotiorum gestio*. Ante la no obtención de un resarcimiento pleno, ya fuera por cualquiera de las tres causas

¹ C.5.75.5. *Impm. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Eugeniae: In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerit solvendo nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitis nomine actionem utilem ompete ex senatus consulto, quod auctore divo Traiano parente nostro factum est, constitit.(a.294?)*

Vid., con alusión al mismo Senadoconsulto, D. 27.8.2. (Ulp. 3 *Disp*). *Proponebatur, duos tutores a magistratibus municipalibus datos cautione non exacta, quorum alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum satis pupillo fecisse; et quaerebatur, an tutor iste adversus magistratum municipalem habere possit aliquam actionem, cuum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad magistratus redire posse, neque tutorem, cuum nunquam tutor adversus magistratus habeat actionem; Senatus enim consultum pupillo subvenit, praesertim cuum sit, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non exegit, vel suspectum non fecit, si scit, ut proponitur, magistratibus eum non cavisse.*

² Sobre el carácter y nombre de esta acción, vid. B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1965, p.613 ; A. GUZMAN *Caucion tutelar en Derecho Romano*, Pamplona, 1974, p.105 y ss.; E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, pp. 371 y ss.; y más recientemente GOMEZ IGLESIAS, *Régimen procesal de la caución tutelar*, *SDHI*, 58 (1992) pp. 60 y ss.

³ Consistió en una promesa realizada mediante *stipulatio*, en la que el curador garantizaba con fiadores, la recta administración y la conservación del patrimonio pupilar. De ella nos da noticia los siguientes textos: D.23.2.60.1 (*Paul .libro singulari ad Orationem Divi Antonini et Commodi*). *Sed si propter alterius personam periculum ad eum pervenit, videamus, en extra sententiam Senatusconsulti sit, veluti si Magistratus in tutelae periculum incidit, vel fideiusserit quis pro tutore vel curatore, quia nec numerum trium tutelarum haec imputantur; et consequens est, hoc probare.* D.26.3.11.1.(*Scaev 20 Dig*). *Item quaesitum est, an iste curator satisdare nepotibus debeat? Respondit, quasi curatorem non debere, sed cuum fideicommissum ab eo peti posset, fideicommissi nomine satisdare debe.*; D.26.7.39.5 (*Papin 5 Resp*). *Curatores adolescentis mutui periculi gratia cautionem invicem sibi praebuerunt, et in eam rem pignora dederunt; cuum officio deposito solvens fuissent, irritam cautionem esse factam, et pignoris vinculum solutum, apparuit.*

⁴ *Cfr. ad exemplum*, D.26.5.21.6. (*Modest. 1 Excusat*). *Semper autem maxime hoc observent magistratus, en creent eos, qui se ipsos volunt ingerere, ut creentur, quique peciniam dant; hos enim et poenae obnoxios esse promulgatum est.*

⁵ A nivel de manual, *cfr.* por todos, PANERO, *Derecho Romano*, Valencia, 1997, p. 286, nt. 41.

antes mencionadas, el pupilo se acogería a lo previsto en el Senadoconsulto, y entonces, sólo tras una reclamación sin éxito contra el tutor ó curador, sería cuando el pupilo podría ejercitar la acción subsidiaria prevista en dicho Senadoconsulto contra quien lo nombró. Por ello, el *periculum tutoris* ó *curatoris* sobrevendría al magistrado, dado el carácter subsidiario de la acción.

En definitiva, nada podrá reclamar de éste, si la gestión de aquél no le provocó algún perjuicio, y sólo una mala gestión, o una gestión incompleta llevada a cabo por el tutor o curador, con aquél efecto, provocaría la posibilidad de que la responsabilidad subsidiaria por su gestión recayera sobre el magistrado⁶. En cualquier caso, hay que suponer que se trataría de una decisión del pupilo (o de quien le aconseje) la que determinaría que la reclamación se dirigiese en primer lugar contra el tutor o curador como responsable por lo que él directamente ha gestionado, y en su caso, subsidiariamente, contra el magistrado que tenía el deber jurídico de responder por el *periculum tutoris o curatoris*⁷.

Pero supongamos que el nombramiento de tutor o curador, recae sobre el patrono de una liberta, tal como se expresa en:

D. 26.5.13.2. (*Papin. 11 Quaest.*) *Sed si puella duodecimum annum impleverit, tutor desinit esse: quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent, si curator patronus petatur, fides inquisitionis pro vinculo cedit cautionis.*

Respecto al supuesto recogido en el texto, PAPINIANO nos muestra que al cumplir la niña los doce años de edad, *-sed si puella duodecimum annum impleverit-* debiendo cesar el tutor en el cargo, *-tutor desinit esse-* como es costumbre que se nombren curadores a los menores que lo deseen *-quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent* -si el patrono fuere propuesto como su curador-*si curator patronus petatur-* se suplirá la caución, con una verídica información *-fides inquisitionis pro vinculo cedit cautionis-*.

A nuestro juicio, compartiendo la opinión de CASADO CANDELAS, parece desprenderse del texto que la persona elegida como curador, su patrono *-si curator patronus petatur-*, había ya desempeñado la tutela antes de alcanzar su carácter de núbil o *viripotens*, por lo que se trataría entonces de un caso de curatela patral, basada, como es sabido, en la relación que media entre tutela -o curatela- y herencia⁸.

⁶ En este sentido, SOLAZZI, *Tutele e curatele, Scritti di Diritto romano*, 2, Napoli, 1957, 60 (= RISG 53 (1913) pp. 263-292) y VOCI, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, *Iura* 20 (1969), p.323.

⁷ Nos referimos a un sentido de la responsabilidad en sentido objetivo, siguiendo los trabajos de M. LAURIA *Periculum tutoris, Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 3, 1974 (reimpr. 1ª de. Palermo 1936), pp. 285-317 y de DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel Diritto romano*, Bari, 1960, p. 179.

⁸ *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972, p.120. La autora, además, se inclina por mantener interpolada la palabra *curator*, debiéndose entender en su lugar, *tutor*. Cuestión de la que ya dudaba SOLAZZI en *Studi sulla tutela, Scritti III*, Napoli, 1963, pp. 98-113. Frente a esta opinión, cabe destacar también la de otros autores como ALBANESE, *Le persone nel Diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 521, nt. 482 ; y CERVENCA en *Osservazioni sul "curator" della donna minore di venticinque anni*, *IURA*, 40, 1989, p.12, los cuales consideran el texto como genuino. Consultado LEVY-RABEL, *Index Interpolationum quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur*, Tom. II, Weimar, 1931 p. 834, efectivamente, parece desprenderse que este texto bien podría calificarse de interpolado, debiendo sustituirse la palabra *curator* por *tutor*. En cualquier caso, y teniendo en cuenta la polémica doctrinal suscitada acerca de esta cuestión, sea una u otra la postura que adoptemos, en nada afecta a nuestro tema de debate, que se centra en valorar la responsabilidad subsidiaria del magistrado en la tutela ó curatela patral.

Consecuentemente, destacamos también del texto, la frecuente relación de patronato que solía unir a tutores y curadores con sus pupilos, que como ya puso de manifiesto parte de la doctrina, consistía en una cierta práctica que hemos de suponer habitual, por la que el patrono o su hijo, eran elegidos como tutor ó curador del liberto⁹.

Continuando con la lectura del texto transcrito, se nos permite observar un cierto privilegio de que goza el patrono nombrado curador de su liberta, y que ya fue puesto de manifiesto por SOLAZZI¹⁰, seguido a su vez, de GUZMAN¹¹. A saber, que la obligación de prestar la *cautio rem pupilli salvam fore*, a que estuvo sujeto todo tutor ó curador que administrase el patrimonio pupilar, en este supuesto, se ve suplida por una verídica información ante el magistrado *-si curator patronus petatur, fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis-*¹².

DESANTI¹³ justifica este trato privilegiado, manifestando que esta medida es suficiente, al ser el patrono el elegido para ostentar el cargo, puesto que a su juicio, en él resulta incuestionable su idoneidad, por lo que debe considerarse superflua la ulterior prestación de caución, al estar incardinada la relación entre ambos, en el derecho de patronato.

Por tanto, si el magistrado otorga tal trato de favor al patrono de la liberta, eximiéndole de presentar fiadores que avalen su gestión, *-fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis-* y suple tal garantía con una verídica información, la pregunta parece obligada, ¿ en qué consistía realmente la *inquisitio* del magistrado, que en definitiva le hará responsable subsidiario de la gestión de la curatela patronal?

PEROZZI¹⁴ apunta, que puesto que del resultado de la *inquisitio* se derivará la calificación de idóneo en el candidato, el magistrado debería recabar en ella toda la información posible, teniendo en cuenta sus cualidades morales y su aptitud, haciendo especial incidencia en lo referente al compromiso de conservar intacto el

⁹ Cfr. en este sentido, DE ROBERTIS en *Invitus procurator, Scritti Varii di Diritto romano, I*, Bari, 1987, p. 128 que se expresa así: "...questa situazione di cose, (la relación de patronato) è stata presente con limpida chiarezza alla mente del Bonfante quando ha ricollegato l'istituto del "curator" e del "procurator", alla base patriarcale dell'antico diritto romano: normalmente si costituiva curatore o procuratore, il proprio patrono.."

¹⁰ SOLAZZI, *Tutele e curatele Administratio e satisfatio dei tutori*, Napoli, 1957, p. 78 (= *RISG*, 53, 1913, p.284), añade que la tutela patronal que ejerció el patrono o el hijo de éste sobre su liberta, se reguló por las normas del derecho de patronato, en el que se admite comúnmente, que al patrono tutor, le vienen reconocidos mayores derechos que a cualquier otro tutor, como fue la exención de deber prestar la preceptiva caución.

¹¹ GUZMAN, *Caución tutelar en derecho romano*, Pamplona, 1974, pp. 104 y ss.

¹² El *curator ventris* y el *curator Kalendarii* pudieron prestar la *satisfatio* de forma voluntaria. Cfr. D 27.10.8 (*Ulp. 6 de officio pro consulis*). *Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet; eumque rem salvam fore viri boni arbitrato satisfare Proconsul iubet; sed hoc, si non ex inquisitione detur, nam si ex inquisitione, cessat satisfatio* y D.50.8.12.4. (*Papir. lust.2 constitut*). *Item rescripserunt a curatore kalendarii cautionem exigere non debere, cum praeside ex inquisitione eligatur.*

¹³ DESANTI en *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, p. 217, nt.163, manifiesta sin embargo, que la rígida alternativa entre *inquisitio- satisfatio* que se impuso a algunos tutores y curadores, pese a que se utilizaba desde la época clásica, parece que no se generalizó hasta la época justiniana.

¹⁴ PEROZZI, *Il tutore impubere...cit*, p. 197, nt.2

patrimonio pupilar¹⁵. Para ello, oíría a quienes lo hubieren propuesto¹⁶ y a quienes pudieran atestiguar acerca de sus cualidades¹⁷, sin embargo, el resultado de estas indagaciones no tendrían carácter vinculante para él. Así, el magistrado designaría al candidato *causa cognita*, calificándolo de idóneo para ostentar el cargo, y como consecuencia, asumiendo la responsabilidad subsidiaria por su gestión¹⁸.

MARTINI¹⁹ mantiene por su parte, que la justificación a la responsabilidad subsidiaria del magistrado, se fundamenta precisamente en que su *inquisitio* no es más que una valoración discrecional y arbitraria que éste emite, acerca de las circunstancias personales del candidato. Criterio -a su juicio-, claramente subjetivo, frente a la objetividad que ofrece la prestación de la *cautio rem pupilli salvam fore* al suponer la presentación de fiadores solventes que avalen la gestión. Ese juicio discrecional y arbitrario del magistrado, es el que le hará responsable civil subsidiario de la gestión del tutor o curador.

Así, teniendo en cuenta la argumentación de MARTINI, pensamos que el magistrado corre mayor riesgo de tener que responder subsidiariamente, si exige al candidato de prestar la *satisdatio*, sustituyéndola por una *inquisitio* -por rigurosa y exhaustiva que ésta pueda ser-. A nuestro juicio, parece lógico pensar que las posibilidades de que el magistrado deba responder, son menores si existen fiadores solventes que avalen la gestión.

En esta línea, no debemos olvidar, que toda la doctrina está de acuerdo en que no es hasta el derecho justiniano cuando la responsabilidad de los fiadores se reconoce de forma general, como subsidiaria²⁰. Es sabido, que salvo en algún caso con-

¹⁵ Cfr. D 26.5.21.5. (*Modest. I Excusat*). *Cuum reliquis oportet magistratum et mores creandorum investigare, neque facultates enim, neque indignitas ita sufficiens est ad fidem, ut bona electio, vel voluntas, et benigni mores.* (Transcribimos el texto en latín, pese a que como es sabido, el original consta en griego).

¹⁶ Los denominados *postulatores*, como se desprende de D. 26.6.2.5. (*Modest. I Excusat*). *Et Paulum libro nono rponsorum ita relatam est curatorem ignorante nec mandante pupilla non recte ei a tutore petitum videri periculumque eorum, quae curator non iure datus gessit, non sine ratione eum qui petit cogendum agnoscere. Et alia parte eiusdem libri ita respondit, si matris iudicium princeps secutus curatores filiae eius dedit, periculum administrationis eorum eam respicere debere.*

¹⁷ D. 26.2.17.1. (*Ulp 35 ad Ed.*). *Non omnimodo aute, is, qui satisdet, praeferendus est. Quid enim, si suspecta persona sit, vel turpis, cui tutela committi nec cum satisfactione debeat? Vel quid, si iam multa flagitia in tutela admisit, nonne magis repelli et reiici a tutela, quam solus administrare debeat? Nec satis non dantes temere repelluntur, quia plerumque bene probati et idonei atque honesti tutores, etiam si satis no dent, non debent reiici, quin imo nec iubendi sunt satisfacere.*

¹⁸ Cfr. C.5. 46.3. *Impp Diocletianus et Maximianus AA et CC. Gaiano. Ob tutorem non idoneum a matrem petitum, frustra vobis eam teneri condenditis, cuum non nisi specialiter, eius periculo dari, decreto fuisset comprehensum, ex ea obligatione obstricta est.* (a. 293-304) Vid. también, C.5.46.1. *Imp Alexander A. Brutiae. Svo potius periculo magistratus tutores, quos petiisti, dederunt, quam tu contra sexus consitionem alicui ex ea obligatione obstricta es, quod tuo periculo tutores fillis tuis dari postulasti.* (a.234).

¹⁹ MARTINI, *Il problema della causa cognitio pretoria*, Milano, 1960, pp. 166-169.

²⁰ Cfr., por todos, JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1965, (Trad. por L. Pietro Castro de la 2ª ed. alemana *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1935; reimpr. de la trad. de 1937) pp. 289-290; SOLAZZI, en *Tutele e curatele Scritti di diritto romano*, 2, Napoli, 1957, pp. 60-93 (= *RISG* 53, 1913, pp. 263-292); VOCI, *Garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, *IURA*, 20, (1969), pp. 325-344, p. 327 ; y más concretamente, sobre la naturaleza jurídica de esta institución, cfr. GONZALEZ SANCHEZ, " *Fideiussio indemnitas: ¿ forma de fianza o promesa de garantía?*, *Estudios en homenaje al Profesor Alvarez Suarez*, Madrid, 1978, pp. 193-199.

creto²¹, el régimen de responsabilidad de los fiadores que habían garantizado a un tutor o curador, se ajustaba al general, por tanto, en caso de haberse prestado la *satisfactio rem pupilli salvam fore*, el pupilo o pupila, acabada la tutela o la curatela, podía reclamar indistintamente tanto contra el tutor ó curador, como contra los fiadores del mismo, sin que nada obstara que pudiera demandar, a la vez, a tutores o curadores, y a garantes. Incluso se admitía, que la pupila pudiera reclamar, si así lo estimaba conveniente, contra el fiador de su tutor y no contra éste²².

Consecuentemente, debemos reconocer una clara diferencia entre la exigibilidad de responsabilidad del magistrado, que era subsidiaria, y la de los fiadores, que era accesoria, y que por tanto, nace como garantía de una obligación principal: la gestión del tutor o curador. A nuestro juicio, resulta evidente comprobar, que las garantías por gestión son mayores en caso de prestarse la *satisfactio rem pupilli salvam fore*, que con la sustitución de ésta por la *inquisitio* del magistrado.

Así, en el supuesto que nos presenta D. 26.5.13.2., -y siguiendo la opinión de DESANTI²³-, hallamos explicación a esta situación peculiar, en las relaciones de patronato que unen a curador y la pupila, y que justifican que a éste se le reconozcan mayores privilegios que a cualquier otro tutor o curador, aunque ello provoque que eventualmente, el magistrado deba asumir mayores posibilidades de responder subsidiariamente por la gestión, al carecer de fiadores solventes que respondan accesoriamente por ella.

Además, DE ROBERTIS²⁴ por su parte añade, que esa especial vinculación entre ambos, hizo que en la práctica no fuera muy frecuente la reclamación por gestión de la pupila liberta contra su patrono curador, habida cuenta de que entre ellos se entremezclaba una singular relación cuasipaternal, generadora de derechos y obligaciones recíprocos que hacían improbable la reclamación de uno contra otro.

²¹ Por ejemplo, la no posibilidad de solicitar la división en caso de pluralidad de fiadores que señala VOICI en *Garanti del tutore...cit.*, p.323.

²² Así lo manifiestan SOLAZZI, *Tutele e curatele...cit.*, p. 60; y VOICI, *Garanti...cit.*, p. 325.

²³ *De confirmando ...cit.*, p. 230.

²⁴ *Invitus procurator...cit.*, p.142.

