

PERDIDA DE LEGADOS POR EXCUSA DEL TUTOR EN EL DERECHO ROMANO

por

Ana Inés Ovalle Faíndez

I. INTRODUCCIÓN

Un tutor podía ser nombrado por el *pater* en su testamento para los descendientes impúberes que, por su muerte, se convertían en *sui iuris*. Entre los varios textos pertinentes, es suficiente recordar a Gayo 1.144:

Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent testamento tutores dare.

El tutor testamentario comenzaba a ejercer su cargo tan pronto el testamento alcanzaba plena eficacia por la aceptación del instituido heredero en él; pero aquél podía rehusarse libremente de servir la tutela mediante la *abdicatione tutelae*, que consistía en una declaración, seguramente pronunciada ante testigos y probablemente de carácter formal, de no querer ejercerla. Este acto civil, además de poner fin a la tutela testamentaria, daba lugar a la tutela legítima.¹

II. LA DESIGNACIÓN DEL TUTOR Y LA ASIGNACIÓN DE UN LEGADO EN RAZÓN DE LA TUTELA

Los ascendientes solían elegir como tutores de sus descendientes a las personas relacionadas con ellas por lazos de amistad y de fidelidad y que en su concepto eran las más idóneas para administrar los bienes de estas personas impúberes, incapaces por ello, de administrarlos por sí solas.²

Como una forma de estimularles al ejercicio del cargo, el testador solía acumular al nombramiento como tutor la asignación de un legado en favor del mismo nombrado.³

Resulta muy probable que bajo la sola vigencia del régimen de la *abdicatione tutelae* esta práctica de acumular un legado al nombramiento como tutor ya estuviese en uso; más aún, es precisamente porque

¹ Ulpiano 11,17: Si capite deminutus fuerit tutor testamento datus, non amittit tutelam: sed si abdicaverit se tutelam, desinit esse tutor: abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse. In iure cedere autem tutelam testamento datus non potest: nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest.

² D. 27.1.36. pr. (Paul IX Resp.): Amisicimos quidem et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solere,...

³ D. 27.1.36. pr. (Paul IX Resp.): ...et ideo ad suscipiendum onus tutelae etiam honore legati eos persequi;...

la *abdicio tutelae* era un acto libre del tutor que justificaba el estímulo del legado para así evitar la *abdicio*.⁴

III. LA EXCUSA DE LA TUTELA

A fines del siglo I d. C., el tutor testamentario es privado de su libertad para rehusar el cargo mediante *abdicio* y se le obliga a alegar una excusa que justificara su negativa a aceptar la tutela: Gayo 1.182:

Praeterea senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit, sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo facto prior tutor amittit tutelam.

Esta reforma, que en la época del senadoconsulto que Gayo menciona en este pasaje, estaba ya consumada justamente por ese senadoconsulto, comenzó como práctica de los cónsules que hicieron al tutor testamentario responsable de los daños que se produjeran por rehusar sin motivo el desempeño del cargo. De acuerdo con el texto de *Fragmenta Vaticana* 155, los cónsules de alguna manera habrían prohibido la práctica de la *abdicio tutelae*. Solazzi⁵ y últimamente Guzmán,⁶ han demostrado que fue debido a estos magistrados que por vez primera se hizo responsables a los tutores testamentarios que no asumían el cargo, mediante la emisión de un decreto *de periculo tutoris*, con el cual, si el tutor incurría en *cessatio* (abdicara o no), quedaba expuesto a una *actio tutelae utilis*. El senadoconsulto recordado por Gayo 1.182, probablemente de época de Adriano,⁷ habría reemplazado el sistema del decreto *de periculo tutoris* por el de excusas, para evitar una serie de inconvenientes derivados del mismo decreto.⁸

IV. RÉGIMEN SOBRE LAS RELACIONES ENTRE TUTELA TESTAMENTARIA Y LEGADOS EN FAVOR DE UNA NUEVA PERSONA

Precedentemente hemos dicho que es posible que, mientras existió la *abdicio tutelae*, los testadores usaron interesar a los tutores a administrar y evitar de este modo la *abdicio*, instituyéndolos como legatarios. Ahora debemos verificar que, de acuerdo con fuentes fidedignas, bajo el régimen sustitutivo de la *abdicio*, es decir, bajo el régimen de la *excusatio*, una práctica así era usual.

Pero en esas mismas fuentes figura un régimen especial para estos legados: si el tutor se excusa para administrar la tutela pierde el legado. Es a este tema al que dedicamos el presente trabajo.

⁴ A. Guzmán, Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana. Pamplona, 1976, pág. 270.

⁵ S. Solazzi, Istituti tutelari. Napoli, 1929, págs. 16 y ss.

⁶ A. Guzmán, ob. cit., págs. 235 y ss.

⁷ A. Guzmán, ob. cit., pág. 250.

⁸ A. Guzmán, ob. cit., págs. 256-257.

Tutela y legado

a) *Doctrina de los jurisconsultos*

La mayor parte de las fuentes relacionadas con esta materia son de origen jurisprudencial, revelándonos de esta manera que fueron los jurisconsultos quienes idearon un régimen para sancionar a los tutores testamentarios que se excusaban de servir dicho cargo, no obstante haberseles favorecido con una liberalidad. En efecto, éstos decidieron que se debía de privar del legado al tutor testamentario que se excusaba, puesto que si rechazaba el cargo también rechazaba el beneficio.

En la parte final de D. 27.1.32 se plantea el siguiente problema: ¿siempre el tutor ha de ser repelido del legado, o sólo cuando se le diere la liberalidad en relación con la administración de la tutela?

D. 27.1.32. (Paul VII Quest.)

Non semper tamen existimo, eum, qui onus tutelae recusavit, repellendum a legato, sed ita demum, si legatum ei ideo adscriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum iniunxit, non quod alioquin daturus esset, etiam sine tutela. Id apparere potuit, si posueris testamento legatum adscriptum, codicillis vero postea factis tutorem datum; in hoc enim legato potest dici, non ideo ei relictum, quia et tutorem esse voluerit testator.

La solución es diferente según la posición que se adopte. Si se acepta la teoría que siempre debe ser castigado, toda controversia se descarta; por el contrario, si sólo debe ser castigado cuando la liberalidad está relacionada con la administración de la tutela, puede el tutor tomar posesión del legado y no administrar la tutela cuando el nombramiento conste en un codicilo posterior.

Termina con esta discusión Paulo, D. 27.1.33 diciendo:

Sed haec nimium scrupulosa sunt, nec admittenda, nisi evidenter pater expresserit, velle se dare, etiamsi tutelam non administravit; semper enim legatum aut antecedit, aut sequitur tutelam.

Los bienes que comprende el legado denegado al tutor pasan a engrosar los bienes del pupilo, que queda desamparado en virtud de la renuncia de aquél.

D. 34.9.5.2 (Paul I iure Fisc.).

Sed hoc legatum; quo tutori denegatur, non ad fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cuius utilitates desertae sunt.

Los jurisconsultos entienden que el tutor que no quiso administrar los bienes del pupilo, sin haberse excusado formalmente, de alguna manera está renunciando a asumir dicha carga, como si hubiera incurrido en la misma conducta sancionada con la pérdida del legado, esto es, en la *excusatio*; en consecuencia debe aplicársele la misma disposición.

D. 27.1.35 (Paul XXIII Quest.)

Quid autem, si se non excusaverit, sed administrare noluerit, contentus, quod ceteri idonei essent? Hic poterit conveniri, si ab illis res-

servari non potuisset. Sed hoc non quaerendum est, sed contumacia punienda est, eius, qui quodammodo se excusavit.

De la misma manera debe ser sancionado el tutor testamentario que es removido de la tutela como sospechoso, dado que en este caso la confianza depositada por el difunto es manifiestamente violada, puesto que para removerlo del cargo se ha tenido que seguir un proceso en su contra, en el cual debe quedar fehacientemente probado lo indigno de su proceder.

D. 27.1.35 final (Paul XXIII Quest.)

Multo magis quis dicere debebit indignum iudicio patris, qui ut suspectus remotus est a tutela.

Tutor que toma posesión del legado y luego renuncia

Se presentaba también otro problema; el caso del tutor que toma posesión de los bienes y posteriormente renuncia a la administración de la tutela. Al respecto se sostuvo que cuando tal caso se presentaba la excusa invocada debía ser rechazada.

D. 34.9.5.2 (Paul I iure Fisc.).

Amittere id, quod testamento meruit, et eum placuit qui tutor datus excusavit se a tutela; sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem.

Tutor que renuncia con posterioridad a la confirmación de su nombramiento

Al igual que en el caso anterior, se sostuvo que no puede quedar sin castigo quien incurra en el supuesto de renunciar después que su nombramiento nulo ha sido confirmado, puesto que si es confirmado por el magistrado, eso se hace siguiendo la voluntad del testador, de tal forma que si posteriormente renuncia está en la misma situación que cualquier otro tutor, por lo que debe ser privado del legado.

D. 27.1.32 (Paul VII Quest.).

Nesennius Apollinaris Iulio Paulo. Mater filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum aequae pupillum scripsit heredem, et Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adscripsit; Titius confirmatus excusavit se a tutela; quaero, an legatum amittat? Et quid, si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque a Praetore tutor excuset se, an aequae repellendus sit a legato; et an aliquid intersit, si a patre vel emancipatio pupillo tutor datus sit, vel puberi curator? Respondit, qui non iure datus sit vel tutor vel curator a patre, confirmatus a Praetore excusationis beneficio uti maluit, repellendus est a legato; idque et Scaevolae nostro placuit; nam et Praetor, qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur iudicium. Idem in matris testamento dicendum est. Similis est matri quivis extraneus, qui pupillum heredem instituit, eique et in tutore dando prospicere voluit, quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit, eum, qui recusat id, quod testator relinquit, ab eo, quod petit, quod idem dedit, repelli debere.

Excepciones a este principio

No de todos los legados ha de ser repelido el tutor testamentario que no asume la administración de los bienes del pupilo; existen casos en que se admite que tome posesión del legado.

1. Cuando el tutor recibe el legado en calidad de fideicomisario, no obstante que no asume la tutela, se admite que tome posesión del legado solamente para los efectos de restituirlo a quien va dirigido en definitiva.

D. 27.1.27 (Marc. V. Regl.).

Legatarius, qui rogatus est alii omne legatum restituere, si maluit se excusare a tutela, legatum propter fideicommissarium consequitur; cui similis est, qui de falso egit, nec obtinuit.

2. Cuando el objeto legado consiste en un esclavo con el encargo de manumitirlo; aun cuando el tutor no sea digno de recibir el legado, se acepta que lo adquiera; de esta manera se validan los fideicomisos de libertad.

D. 40.5.41.3 (Scaev. IV Resp.).

"Seio auri libras tres, et Stichum notarium, quem peto manumittas"; Seius eodem testamento tutor datus a tutela se excusavit; quaeritur, an nihilominus fideicommissa libertas debeat. Respondit, nihil proponi, cur non debeat.

En ambos casos se trata de no perjudicar a terceras personas que, de no mediar la excepción, se verían afectadas por la conducta del tutor, hecho del cual no son responsables.

3. Respecto del tutor que, no obstante estar dispuesto a administrar los bienes del pupilo, su nombramiento no es confirmado por el magistrado. En tal caso es un hecho ajeno al tutor lo que le impide asumir la tutela, por lo cual no debe ser castigado privándosele del legado.

D. 31.76.6 (Pap. VII Resp.).

Non iure tutori dato mater legavit; si consentiat, ut decreto Praetoris confirmetur, et Praetor non idoneum existimet, actio legati non denegabitur.

b) *Doctrina de los emperadores*

Nos encontramos con esta doctrina en el derecho clásico tardío, y consiste básicamente en darle carácter formal a la doctrina de los jurisconsultos; en efecto, aceptan la doctrina planteada y la confirman (Fragmenta Vaticana 205).

D. 27.2.1.3 (Ulp. XXXIV ad Edict.).

Certe non male dicitur, si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi iniunctam, denegari ei actiones debere exemplo tutoris testamento dati. Quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum;

ceterum si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio; et ita Divus Severus saepissime statuit.

Luego aclara conceptos dudosos; por ejemplo, dispone que la tutela es una sola, independientemente de los bienes que la integran y de la ubicación que éstos tengan; de tal manera que quien asuma la administración de los bienes del pupilo no puede aceptar una parte y rehusar otra; si así lo hiciese se entiende que renuncia a dicha carga, y por lo tanto se le sanciona como tal, privándolo del legado con que ha sido honrado (Fragmenta Vaticana 205).

D. 30.111 (Mar. II Inst.).

Etiamsi partis bonorum se excusaverit tutor, puta Italicarum, vel provincialium rerum, totum, quod testamento datum est, ei aufertur; et ita, Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

En cuanto al régimen de excepciones, encontramos algunas innovaciones.

1. Se acepta el fideicomiso de libertad, confirmando al tutor que manumite al esclavo legado con tal encargo, como patrono de éste, pero privándolo de todas las utilidades del patronato.

D. 37.14.3 (Marc. II Inst.).

Si quis tutor datus, quum sibi legata esset ancilla, et regatus eam manumittere, manumiserit agnito legato, et tutela pupilli se excusaverit, Divi Severus et Antoninus rescripserunt, hunc esse quidem patronum, sed omni commodo patronatus carere.

2. Cuando el tutor, aun dispuesto a asumir la administración de los bienes del pupilo, no puede hacerlo por cuanto motivos religiosos se lo prohíben, se admite que tome posesión del legado con que fue honrado.

C. 6.37.8 (Emp. Antonino).

Ab administratione tutelae religio sacramenti Marcellum, quem vobis a patre tutorem datum testamento proponitis, eripit. Quae res, quominus legatum consequatur, non impedit; nec enim iuste ab ea petitione repellitur, quum, etiamsi vellet tutelam administrare, prohibeatur.

c) *Reafirmación de la doctrina por el Emperador Justiniano*

Es probable que en el transcurso ya del Bajo Imperio aún se admitiera una costumbre de separar la designación del tutor con el legado que le era asignado con motivo de dejarle el cargo; de tal suerte que aún se permitiera aceptar la asignación sin aceptar el cargo, lo cual constituía un abuso que la buena doctrina no podía aceptar. Esto habría llevado al Emperador Justiniano a dictar una constitución por la cual reafirmó la antigua jurisprudencia, dándole un aspecto más formal y disponiendo que cuando había un legado deferido en favor de un tutor, si éste rechazaba el cargo no podía aceptar la respectiva asignación, asignación que pasaba de esta manera a engrosar los bienes del pupilo.

C. 6.37.25 (Justiniano).

Si legatarius celaverit testamentum, et postea hoc in lucem emergerit, an posset legatum sibi relictum is qui celaverit, ex eo testamento vindicare, dubitabatur. Quod omnimodo inhibendum esse censemus, ut non accipiat fructum suae calliditatis, qui heredem voluit hereditate defraudare; sed huiusmodi legatum illi quidem auferatur, maneat autem quasi pro non scripto apud heredem, ut, qui alii nocendum esse existimavit, ipse suam sentiat iacturam, quemadmodum, si legatarius, cui propter tutelam gerendam aliquid relictum sit, non subierit tutelam, ei quidem legatum aufertur, pupillo autem assignatur, cui ille utilis esse noluit.

Por medio de la misma constitución, Justiniano amplió el alcance de la disposición, contemplando el caso del legatario que con la finalidad de defraudar al heredero, hubiere ocultado el testamento.

Origen de esta doctrina

Sobre el origen de la doctrina de privar del legado deferido al tutor con motivo de nombrarlo para el cargo, nada concreto sabemos; sólo podemos expresar que existió y que probablemente fue una forma de suplir los defectos que existían antes de que la tutela testamentaria fuera obligatoria; probablemente ese legado se construía como condicional, en que la condición suspensiva de su adquisición era la aceptación por el tutor-legatario del cargo tutelar. En un momento posterior la jurisprudencia, sobre la base de esta práctica, quizás decidió que aunque no se hubiere insertado expresamente la condición, se entendía que el tutor que abdicaba o se excusaba perdía el legado.