

DE LA ACTUACIÓN DE LOS TUTORES Y CURADORES EN LAS COMPRAVENTAS EN DERECHO ROMANO

Por

NÚRIA COCH ROURA
Lectora de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Barcelona

nuria.coch@uab.cat

Revista General de Derecho Romano 39 (2022)

RESUMEN: Tras una breve referencia al contrato de compraventa y su evolución, hemos centrado nuestro trabajo en el examen de las posibilidades de actuación tanto del tutor como del curador en relación a la compraventa de bienes pertenecientes a sus pupilos. Hemos alternado el estudio de ambas instituciones, tutela y curatela, ya que en las fuentes existe un tratamiento paralelo; en muchos casos el tratamiento sobre esta materia de la tutela servirá como punto de partida para la regulación paralela en el caso de la curatela.

Describimos la evolución que tiene lugar en las fuentes jurídica. Partiendo de la época arcaica, donde la gestio o negotiorum gestio realizada por tutores y curadores implicaría actos de disposición, ya que como indica Bonfante, se trataba de una gestión dominical, no de una gestión representativa. Con el tiempo esta primitiva gestión dominical desaparece. Se va imponiendo un componente público que supondrá una limitación en la capacidad de actuación, emerge la administratio. En un principio las facultades de tutores y curadores siguen manteniendo un contenido amplio, (D. 26, 7, 27, 0 Paul. 7 ad Plaut., D. 43, 24, 11, 7 Ulp. 71 ad ed., y D. 50,17,157 Ulp 71 ad Ed) permitiendo un extenso margen de actuación. Sin embargo, progresivamente se va implantando restricciones en la capacidad de enajenación de los bienes de tutelados y curatelados, ya sea a consecuencia de la elaboración de la jurisprudencia cautelar, o de determinadas constituciones imperiales. Este proceso culmina con la Oratio Severi del 195 d.C. que prohíbe las enajenaciones de bienes, si antes no se incoaba un procedimiento ante el pretor en que se debía justificar la necesidad de las mismas.

Analizamos las distintas fuentes clásicas que encontramos sobre la materia, pero sin entrar en la cuestión de la autocontratación de tutores y curadores, que dejamos para un posterior estudio.

PALABRAS CLAVE: compraventa, furiosus, prodigus, enfermedad mental, discapacidad, capacidad jurídica, apoyo, salvaguardas, curatela, tutela, Convención de los Derechos de las personas con discapacidad

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.-De la época arcaica a la compraventa obligacional. 3.- La compraventa obligacional romana. 4.- Unificación y armonización del derecho de obligaciones y en especial de la compraventa. 5.- La intervención de tutores y curadores en compraventas. 5.1.- La tutela. 5.2 La curatela. 5.3 Evolución: La auctoritas y la gestio; 6.- Premisa para enajenar bienes de pupilos por parte de tutores y curadores: concurrencia de facultades de administración D. 46, 6, 4, 3 Ulp. 79 ad ed. 7.- Limitación para la enajenación de bienes por parte de tutores y curadores: Potestas alienandi. 8.- Limitaciones a la enajenación en función de los intereses del curatelado. 9.- Limitaciones en la enajenación: la buena fe; el Rescripto de Trajano y Adriano: D. 26, 7, 12, 1 Paul. 38 ad ed. 10.- Limitaciones en la enajenación: el furtum. 11.-Prohibición de enajenar: la Oratio Severi; 12.- Conclusiones: 12.1.- La circunstancia decisiva para determinar la capacidad de actuación de tutores y curadores es precisamente la atribución o no de la facultad de gestión. (D. 26, 7, 48, 0 Hermog. 1 iuris epit.; D. 12, 2, 17, 2 Paul. 18 ad ed.); 12.2.- Limitación para enajenar:

Potestas alienandi; 12.3.- Limitaciones a la enajenación en función de los intereses del curatelado; 12.4.- Limitaciones en la enajenación: la buena fe; el Rescripto de Trajano y Adriano: D. 26, 7, 12, 1 Paul. 38 ad ed.

ON THE ACTIONS OF GUARDIANS AND CURATORS IN SALES AND PURCHASES UNDER ROMAN LAW

ABSTRACT: After a brief reference to the contract of sale and its evolution, we have focused our work on the examination of the possibilities of action of both the guardian and the curator in relation to the sale and purchase of goods belonging to their wards. We have alternated the study of both institutions, guardianship and curatorship, as there is parallel treatment in the sources; in many cases the treatment of guardianship will serve as a starting point for the parallel regulation in the case of curatorship.

We describe the development that takes place in the legal sources. Starting from the archaic period, where the *gestio* or *negotiorum gestio* carried out by tutors and curators would imply acts of disposition, since, as Bonfante points out, it was a dominical management, not a representative management. Over time, this primitive dominical management disappeared. A public component gradually took over, which meant a limitation in the capacity to act, and the *administratio* emerged. Initially, the powers of guardians and curators continued to be broad in content (D. 26, 7, 27, 0 Paul. 7 ad Plaut., D. 43, 24, 11, 7 Ulp. 71 ad ed., and D. 50, 17, 157 Ulp. 71 ad Ed.) allowing a wide scope for action. However, restrictions on the ability to dispose of the property of wards and conservatees were gradually introduced, either as a result of the development of prudential jurisprudence or as a consequence of certain imperial constitutions. This process culminated in the *Oratio Severi* of 195 A.D., which prohibited the alienation of property unless a procedure had been initiated before the praetor to justify the need for it.

We will analyse the different classical sources on the subject, but without going into the question of the self-contracting of guardians and curators, which we will leave for a later study.

KEYWORDS: purchase, *furiosus*, *prodigus*, mental illness, disability, legal capacity, support, safeguards, curatorship, guardianship, Convention on the Rights of Persons with disabilities.

1.-INTRODUCCIÓN

Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación de la URV¹ que trata sobre la tradición romanística ante las grandes reformas del derecho de la compraventa². El tema es de una gran actualidad y de una tremenda importancia práctica.

¹ Proyecto de investigación 'La tradición romanística ante las grandes reformas del derecho de la compraventa' Convocatoria 2019 ref. PID2019-110899GB-100', financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el que participo como investigadora en la línea referente a la capacidad para contratar. Al amparo del mismo pude realizar una estancia de investigación en la Universidad de Turín durante los meses de marzo y abril del presente año. Agradezco profundamente al Profesor Andrea Trisciuglio que pusiera a mi disposición los medios materiales y personales necesarios para que pudiera llevar a cabo mi estudio, que queda plasmado en el presente artículo.

² FERNÁNDEZ DE BUJAN, A "La Compraventa" Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje a José Luis Murga. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid 1994. Págs. 548 y ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A Derecho Privado Romano 11ª edición. Iustel.2022. pág. 645 y ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Derecho Romano. 6ª edición. Dykinson 2022 pág. 367

Cuando inicié mis investigaciones romanísticas lo hice precisamente en materia de derecho de obligaciones y contratos³. Ahora me ha tocado volver a sumergirme en este ámbito, pero centrándome en el contrato que posibilitó el desarrollo de Roma como potencia mundial y, que sigue siendo el más utilizado en la actualidad, la compraventa.

El profesor José Luis Linares Pineda me sugirió aprovechar mis investigaciones hechas recientemente sobre las medidas de soporte para las personas con discapacidad⁴ y tratar sobre las posibilidades de actuación de tutores y curadores en relación a la enajenación onerosa -en especial la compraventa de bienes de las personas que precisaban su soporte-⁵. Siguiendo sus indicaciones, me he adentrado en el estudio de este contrato.

2.-DE LA ÉPOCA ARCAICA A LA COMPRAVENTA OBLIGACIONAL

En la época arcaica al no existir una mercancía que se pudiera utilizar en todos los intercambios, se recurría al trueque o permuta. La dificultad de establecer una equivalencia en los cambios hizo que una mercancía se utilizara como medida-valor, se acudió pues a objetos como las cabezas de ganado, y a los pedazos de metales no acuñados, como principales elementos de cambio. Indica FERNÁNDEZ DE BUJÁN que la primera moneda que se acuña en Roma es el as y que la introducción de esta puede señalarse a partir de la Ley de las XII Tablas.. A la moneda acuñada ya se refiere Paulo en D.18.1.1. *pr*⁶ *Libri 32 ad edictum*.

³ COCH ROURA, N *La flexibilidad del sistema contractual romano. Estudio especial de la stipulatio*. Trabajo de investigación que fue defendido en la Universidad de Girona el 16 de julio de 1.999. COCH ROURA, N *La forma estipulatoria: una aproximación al lenguaje directo en el Digesto*. Madrid 2017. Dykinson.

⁴ También han sido objeto de una reforma radical con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica para adaptarse a la Convención de Nueva York para la protección de las personas con discapacidad. *Vide*, COCH ROURA, N “Sistemas de protección para las personas con enfermedad mental, de las XII Tablas a la nueva reforma de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, referencia especial a la *cura furios*” RGDR 37 (2021) .COCH ROURA, Núria “*La curatela a luz de la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furios*” [La Notaria, Nº. 1, 2018](#). Este artículo también se publicó en, RGDR, Nº. 31, 2018. COCH ROURA, Núria “Modificación de la capacidad de obrar: los casos del *Furiosus* y el *Prodigus* de las XII Tablas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” RGDR, Nº. 30, 2018.

⁵ Hemos decidido dejar para un trabajo posterior el estudio de la prohibición de la autocontratación en este ámbito.

⁶ PAULO; Comentarios al Edicto, libro XXXIII.- El origen del comprar y del vender comenzó en las permutas; porque antiguamente no había moneda como ahora, ni una cosa se llamaba mercancía y otra, precio, sino que cada uno permutaba según la necesidad de los tiempos y de las cosas las inútiles por las útiles, ya que muchas veces sucede, que lo que a uno le sobra, a otro le falta. Pero porque no siempre, ni fácilmente, ocurría, que cuando tu tuvieses lo que yo deseara, yo a mi vez tuviera lo que tu quisieras recibir, se eligió una materia, cuya pública y perpetua

“*Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.*”

La existencia de un *pretium* y una *merx* es lo que distingue a la antigua permuta de la incipiente compraventa, real, al contado, la moneda deja de ser propiamente *libral*.

La compraventa real al contado se iniciaría en el ámbito de las *res nec mancipi*, utilizando para las *res mancipi*, la *mancipatio*, como compraventa formal. Hay que tener en cuenta que la compraventa de cosas genéricas era desconocida en la Roma arcaica. ZIMMERMANN⁷ indica que se explica por dos motivos; un primer motivo histórico puesto que el intercambio de las mercancías se producía en los mercados, la mercancía se podía examinar y era elegida por el comprador, con lo cual el objeto de la compraventa ya se especifica; el segundo motivo por el cual no se desarrolló la compraventa de género -cuando es indiscutible que se debían producir estos intercambios al menos con respecto al grano y al vino- es porque se podía realizar dos estipulaciones cruzadas obteniendo el mismo resultado.

3.- LA COMPRAVENTA OBLIGACIONAL ROMANA

El paso a una compraventa consensual y obligacional⁸ se produce a finales de la República, es entonces cuando el simple acuerdo entre las partes, sin necesidad de entrega del precio, ni de la mercancía, sería suficiente para perfeccionar el contrato. Roma ante la necesidad de crear en el *Ius Gentium* una institución que regulase el intercambio de mercancías con extranjeros debido a la proliferación de relaciones

estimación subviniere con la igualdad de cantidad a las dificultades de las permutas; y esta materia acuñada con forma pública, da uso y dominio, no tanto por la sustancia, como por la cantidad, y después no se llama mercancía a ambas cosas, sino precio a una de ellas.

⁷ ZIMMERMANN, R. *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press. 1996. Pág. 236 y ss.

⁸ ARANGIO-RUIZ, V *La compravendita in diritto romano* I Napoli 1952; II Napoli 1954 pág. 45-62. Una de las teorías más sugestivas sobre los orígenes de la compraventa obligacional fue defendida por dicho autor: la compraventa romana surgiría del intercambio de dos estipulaciones independientes, una en la que se prometería entregar una cosa y otra en la que se prometería el precio. A pesar de que esta teoría mantiene un carácter consensual y obligacional, ha sido progresivamente arrinconada.

comerciales -y al no poder acudir a la *mancipatio, in iure cesio, sponsio*- concibe una compraventa consensual obligacional, de buena fe.

El hecho de que la compraventa consensual tenga su origen en el *Ius Gentium* hace que se deba buscar una nueva solución para la transferencia de los objetos de las compraventas, la adquisición de la propiedad en sede de *Ius Gentium* sacudiría los pilares del sistema romano de intercambio de la propiedad, se había de buscar una salida: la transmisión de la posesión y la garantía pacífica de la misma. Esta idea nos aboca a la génesis del nuevo contrato de compraventa consensual y obligacional.

Esta brillante creación jurídica fue aceptada también por el pueblo romano. Del criterio de la buena fe, la jurisprudencia romana extrae y justifica la necesidad de realizar cualquier acto necesario para la transmisión de la cosa, la *traditio* en las *res nec mancipi*.

En el Digesto podemos distinguir la estructura de una compraventa consensual obligacional⁹

D.18,1,25,1 (*Ulp; 34 ad Sabinum.*)

*Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulantis spopondit.*¹⁰

Y este mismo principio, la no obligación de transmitir la propiedad, ha sido formulado en las fuentes, tanto en el mismo sentido negativo del anterior texto de Ulpiano, como podemos ver en D.19.1.30.1 (*Afr. 8 quaest.*) y C.8.44.3 (Severo y Caracalla, año 210), como en sentido afirmativo al indicar de modo directo que la obligación esencial del vendedor es la entrega de la posesión de la cosa vendida, como podemos ver en D.19.1.50 (*Lab. 4 post. a lav. Ep.*), D.18.1.78.2 (*Lab. 4 post. a lav. Ep.*), D.19.1.11.8 (*Ulp. 32 ad ed.*) y D.19.1.11.13 (*Ulp. 32 ad ed.*).

Es evidente que, aunque en derecho romano no se le exigía al vendedor la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, el fin económico de la compraventa es la transferencia del dominio¹¹. Los juristas romanos no desconocieron que la indiscutible función económica de este contrato es, precisamente, que el derecho del comprador sobre la cosa devenga firme¹².

⁹ La doctrina mayoritaria admite la inexistencia de la compraventa como negocio obligatorio entre los derechos griegos y greco egipcios. Vid. ARCHI, G., *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Milano. Ed. Cedam, 1934, pp. 198 y ss.

¹⁰ El que lo vendió, no tiene necesidad de hacer del comprador el fundo, como está obligado el que

prometió el fundo al que estipula,

¹¹ PEREZ ALVAREZ, María Pilar "La compraventa y la transmisión de la propiedad Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho". Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 14, 2006, págs. 201-248.

¹² D.18.1.80.3 (*Lab. V Post lav. Epit.*)- *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id igitur, ne ad emptorem transeant, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.* No puede

La separación entre perfección del contrato de compraventa¹³ que crea obligaciones y el cumplimiento de estas obligaciones, mediante el cual se produce la transmisión de la propiedad, ha sido interpretado de diversas formas a lo largo de la historia.¹⁴

En realidad, de la compraventa consensual romana surgieron tres posibles sistemas de transmisión de la propiedad que se implantaron en la edad moderna: el sistema español también denominado del título y el modo; el sistema francés o consensual; y el sistema alemán del contrato real abstracto¹⁵.

El que partamos de uno u otro sistema, y en especial de sí el vendedor tiene o no la obligación de transmitir la propiedad hace que las soluciones a las que lleguemos en dos cuestiones fundamentales como la responsabilidad por evicción¹⁶, y las adquisiciones a *non domino* sean diferentes.

Sin embargo, como acertadamente pone de manifiesto STAGL una cosa es que se incluya dentro del contenido del contrato de compraventa la obligación de transmitir la propiedad y otra cosa distinta como se produce efectivamente esta transferencia.¹⁷

4. UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y EN ESPECIAL DE LA COMPRAVENTA

Sin entrar en los distintos sistemas de transmisión de la propiedad a los que nos hemos referido -y otras soluciones intermedias-, las corrientes unificadoras y armonizadoras del Derecho Privado, tanto a nivel internacional como a nivel europeo tienden a la expansión del principio generalizador de que se incluya entre las obligaciones del vendedor la transmisión de la propiedad, poniendo en primer plano la finalidad económico-social de la transferencia del dominio en la compraventa. Esta

considerarse que alguien vendió aquella cosa, respecto de cuyo dominio se trata, que no pase al comprador, sino que esto es o una locación u otro género de contrato.

¹³ SANSON RODRIGUEZ, M^a VICTORIA, "Responsabilidad del vendedor por vicios jurídicos en derecho romano y derecho comparado. Problemas que plantea su modernización". RGDR 37 (2021) págs.. 1-31

¹⁴ *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (= el dominio de las cosas se transfiere por tradiciones y usucapiones y no por meros pactos, Diocl. C. 2, 3, 20) y *Numquam nuda traditio tranfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur* (= nunca una mera tradición transfiere el dominio a menos que preceda una compraventa u otra justa causa, Paul. D. 41,1,31 pr.)

¹⁵ Esta estructura está siendo modificada a raíz de la armonización de normas internacionales y europeas como pondremos de manifiesto más adelante.

¹⁶ Teniendo en cuenta que originariamente la responsabilidad por evicción se limitaba a la *mancipatio*, en un principio partimos de una compraventa al contado, pero posteriormente se puede celebrar o no (*dicta in mancipia*), posteriormente puede derivar de una *stipulatio (duplae* o no), hasta que la responsabilidad por evicción deviene un elemento natural del contrato de compraventa.

¹⁷ STAGL, J *La vida de los hombres mismos vista desde un lado particular. Ensayos de derecho civil chileno y comparado*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021. Pág.166 y ss.

tendencia se ha dejado sentir en las modificaciones legislativas¹⁸ de Alemania, Holanda, Italia, Suiza y también en nuestro país¹⁹.

Podemos tomar como punto de partida la Convención de Viena²⁰ de 1980 (CISG Convention International of Sales of Goods) que en su artículo 30 indica que “el vendedor deberá entregar las mercancías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.” Esta cierta inclinación a incluir la obligación de transmisión de la propiedad dentro del contrato de compraventa, se recoge también en el Draft Common Frame of Reference (DCFR), en el proyecto de normativa común de la Comunidad europea (CESL), y posteriormente en la Directiva 1999/44/CE de 25 de mayo de 1.999 sobre compraventa de bienes de consumo entre profesionales y consumidores. Sin embargo, hay que aclarar que únicamente el DCFR como proyecto de Código Civil europeo regula tanto la compraventa como la transmisión de la propiedad. Como indica STAGL,²¹ el CESL y la CISG dejan la cuestión de la transmisión de la propiedad al derecho internacional privado de los estados miembros.

Si la comparamos con nuestro sistema, la Convención de Viena (CISG) incorporó importantes cambios, ya que como hemos visto en el artículo 30, exigía la transmisión de la propiedad en la compraventa, y en el artículo 41 indicaba “el vendedor deberá entregar las mercancías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones”. Es decir, no basta con la transmisión de la propiedad, necesitaríamos también asegurar un comportamiento que parece englobar el de “garantizar la posesión pacífica” pero sin limitarse únicamente a éste. La Convención de Viena -además de

¹⁸ Lo que no quiere decir que todos sigan el mismo sistema de evicción o de incumplimiento, ver en este sentido SANSON RODRIGUEZ, M^a VICTORIA, “Responsabilidad del vendedor por vicios jurídicos en derecho romano y derecho comparado. Problemas que plantea su modernización”. RGDR 37 (2021) págs. 1-31

¹⁹ La adaptación a la Directiva 1999/44 de 25 de mayo sobre determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo, se realizó en el ordenamiento español no a través de la reforma del Código Civil si no mediante una ley especial, la Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que posteriormente se refundió en Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Aunque con un ámbito limitado de aplicación supone un cambio importante teniendo en cuenta la regulación del contrato de compraventa civil de nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito autonómico el concepto de compraventa regulado en el Libro Sexto del Codi Civil de Catalunya incorpora un concepto obligacional de la compraventa, incluyendo dentro de las obligaciones del vendedor la transmisión de la titularidad de los bienes, y siguiendo el sistema de conformidad por influencia de las normas unificadoras europeas.

²⁰ Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG) 1980.

²¹ STAGL, J *La vida de los hombres mismos vista desde un lado particular. Ensayos de derecho civil chileno y comparado*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021. Pág.166 y ss.

establecer la obligación del vendedor de transmitir la propiedad- requiere un principio más amplio, el de conformidad que vendría a sustituir a la garantía por vicios ocultos, materiales y, recogidos en los códigos del siglo XIX.

La Convención de Viena (CISG) fue ratificada por la gran mayoría de países europeos, en el ámbito de las compraventas internacionales de mercaderías, y también lo ha sido la referida regla o principio de conformidad. Las normas inspiradoras de la misma (contrato de compraventa que incluye la obligación de transmitir la propiedad y principio de conformidad) se recogen también en la Directiva 1999/44/CE de 25 de mayo de 1.999 sobre compraventa de bienes de consumo entre profesionales y consumidores²². Desde la entrada en vigor de la misma, existía una obligación de los estados miembros de asumir la mencionada normativa, que se ha ido realizando mediante tres procedimientos diferentes: En primer lugar, una reforma del Código Civil de cada país miembro, lo que podría comportar unificar el régimen de todas las compraventas, pero sólo algunos países han optado por este sistema; la promulgación de un Código de Consumidores, que supondría la recepción de los principios comunitarios solamente a la venta entre consumidores y profesionales; y, la utilización de una ley general especial para consumidores, que ha sido la opción de España. Primero se promulgó la Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, y posteriormente se refundió en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En nuestro país, por tanto, existirían tres regulaciones de la compraventa; la compraventa civil regulada en el Código Civil con una impronta romana importante, la compraventa mercantil (por influencia de los diversos tratados de compraventas internacionales de mercancías) y la compraventa de consumidores. Estos tres sistemas suponen al menos dos sistemas de protección al comprador posibles (el sistema de la conformidad o el sistema de los vicios ocultos, materiales y jurídicos del Código Civil). La Comisión General de Codificación en esta materia ha realizado 'una propuesta' que nos decantaría hacia un sistema de conformidad, apartándonos de la esencia de nuestras normas civiles.

El sistema de conformidad supone un alcance más amplio, incluye no solo la responsabilidad por vicios materiales y jurídicos, las diferencias de calidad, que se entregue algo totalmente distinto, problemas de cantidad, y falta de entrega e implica además un cambio de terminología.

Apuntamos para terminar estos apartados introductorios que tratar sobre la compraventa hace que nos planteemos entre otras cuestiones los distintos sistemas de

²² Insistimos en la limitación por cuanto se refiere a compraventas de bienes de consumo, y además cuando una de las partes intervinientes es un profesional.

transmisión de la propiedad, la distinta consideración de las transmisiones a *non domino* de bienes muebles, distintos sistemas de responsabilidad por evicción (mitigada o no), por incumplimiento, por conformidad, sin excluir que el vendedor deberá entregar las mercaderías libres de derechos y pretensiones de terceros.

La unificación y armonización de esta materia es compleja ya que como indicaba KASER²³ - nos hallamos aquí ante uno de los problemas centrales de todo el Derecho Privado, en el cruce entre el Derecho de obligaciones y los Derechos reales. Los principios que aquí aparecen, determinan en gran medida la ordenación de todo el Derecho Patrimonial-.

Perfilado en estos términos el contrato de compraventa y su evolución, nos centraremos en el objeto principal del estudio, es decir examinar específicamente la actuación de tutores y curadores en las compraventas de bienes que afecten a las personas a las que deban prestar soporte, materia a la que nos ceñiremos a continuación.

5. LA INTERVENCIÓN DE TUTORES Y CURADORES EN COMPRAVENTAS

El punto de partida ha de ser forzosamente el examen de las posibilidades de actuación de los distintos sujetos implicados²⁴, tanto el tutor²⁵ como el curador²⁶ y en consecuencia haremos una breve referencia a ambos regímenes para centrar el objeto de este estudio²⁷.

5.1. La tutela

²³ KASER, M., "Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática jurídica moderna", Valladolid, 1962,

²⁴ BONFANTE, Pietro Corso p.553 El autor indica que en el derecho romano antiguo la tutela y la cura aparecen netamente delimitadas: la tutela es la institución más antigua, la cura la más moderna; la tutela es una institución familiar, la cura es una institución con las más variadas aplicaciones, trascendiendo del derecho de familia y del derecho privado; la tutela tiene una tendencia involutiva, la cura una tendencia evolutiva; la tutela aparece como un poder (*manus, potestas*), la cura nace como una institución de protección.

²⁵ SOLAZZI, Siro *Istituti tutelari*. Napoli Jovene 1929 pp 1 y ss.; VARELA, Esteban "Consideraciones sobre la historia de la tutela testamentaria" en Fundamentos de derecho sucesorio actual. Marcial Pons; Colegio Notarial de Catalunya. 2018. pag 1303 y ss. VARELA MATEOS, Esteban *De contutoribus*. Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho Romano Universidad Autónoma de Madrid. 1979 pag. 107

²⁶ ARCHI G Curatela (Diritto Romano), *Scritti di Diritto Romano*, vol 1, Milano, 1981 pág. 179-191; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S *Discapacidad y Derecho Romano*. Reus Editorial. Noviembre 2019, pág. 158 y ss.

²⁷ En particular sobre las curatelas públicas ver MARTINEZ DE MORENTÍN, M Lourdes "Tutela y Curatela en derecho romano" RGDR 35. Diciembre, 2020. "Se trataba de curatelas o funciones referidas al cuidado y administración de las cosas públicas (*cura aquarum, cura annonae, cura viae*, etc) ejercidas por un magistrado, cuya designación era siempre legal o pública".

La primera de estas instituciones en aparecer es la tutela legítima²⁸ relacionada con el *consortium* que se forma a la muerte del *pater familias*, cuando se disuelve este *consortium*, se escogerá entre los agnados²⁹ -herederos presuntos de la persona sometida a protección- a la persona que se encargue de la gestión tutelar.

No existe una manifiesta contradicción de intereses³⁰, puesto que el tutor, podría ser también *heres*, y por tanto se entiende que hará una buena gestión de los bienes hereditarios³¹. Es por esta razón que su margen de maniobra es muy grande, y originariamente no se consideraba necesario un sistema de exigir responsabilidad muy desarrollado.³² La institución se configura como un *ius* para quien la ejerce. Posteriormente la tutela testamentaria se conformará como un acto de confianza que el testador deposita en el tutor, sin exigirle en un principio un régimen de responsabilidad, aunque posteriormente se extenderá al tutor testamentario el régimen de la *Lex Atilia* (186 a.C.). A partir de ésta se estructura una tutela dativa, con un componente de carga, *onus, munera, munus publicum*³³ para quien la ejercita y empieza a configurarse como un derecho por quien está sometido a ella. BONFANTE³⁴ emplea el término *ufficcio* para referirse a la actividad del tutor.

La tutela legítima comienza siendo una actividad familiar para convertirse en una obligación jurídica. El tutor legítimo gestiona intereses que en un futuro le pueden llegar a pertenecer. En la tutela testamentaria predomina la confianza depositada, mientras que en la tutela dativa el magistrado impone una administración.

En la tutela dativa, se percibe este componente de carga impuesta por el poder público y se utilizan fundamentalmente dos medios para conseguir que los tutores nombrados puedan responder de la gestión del patrimonio bajo su cargo. Bien obteniendo garantías a través de la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, mediante la cual el

²⁸ FERNANDEZ DE BUJAN, A, *Derecho Romano*. Dykinson 2022, 6ª ed. pág. 156 “la tutela de los menores concebida durante siglos como un poder que se atribuye al tutor el cual es llamado, conforme a lo previsto en las XII Tablas, al ejercicio de la tutela, al propio tiempo que es considerado como un heredero del pupilo si este falleciese, evolucionó al igual que sucedió con la patria potestad, en el sentido de considerar prevalente la defensa de los intereses del pupilo, y de ser entendida más como una carga que como el ejercicio de un derecho, con lo que se aproxima al ámbito del *ius publicum*.” SOLAZZI, S *Istituti Tutelari Napoli Jovene* 1929 pág. 1

²⁹ All' época delle XII Tavole colui, cui solo in prosieguo di tempo sarà dato il nome di curator furiosi, si presenta come titolare della potestas, que non è azzardato ritenere piena ed assoluta in tutto analoga a quella del *pater familias*.

³⁰ Se habla en la doctrina de concurrencia de intereses en este caso.

³¹ BURDESE, A *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* Università di Torino, 1950. Págs. 11 y ss.

³² En el ámbito civil, en el ámbito penal ya está presente en la Ley de las XII Tablas la *actio de rationibus distrahendis*.

³³ SOLAZZI, S *Istituti Tutelari Napoli Jovene* 1929 pág. 1

³⁴ BONFANTE, Pietro *Corso di Diritto Romano I Diritto di Famiglia* Milano 1963. pp 599 y ss.

pupilo que llega a la pubertad puede exigir responsabilidades, o bien, a través de las acciones tutelares especialmente con *actio tutelae* cuando sea viable, pero esta solo se puede interponer si existe una efectiva gestión por parte de los tutores³⁵.

Encontramos pues los distintos tipos de tutela surgidos en momentos distintos, pero lo realmente decisivo es la conversión en una institución tuitiva con un componente público que exige un control de la actuación de los tutores³⁶.

5.2. La curatela

El antecedente de la *curatela* nos aparece en la Ley de las XII Tablas³⁷

“Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto”
(Tab. 5,7^a)

En este fragmento se alude a la *potestas* que sobre el enajenado y sus bienes tendrán los agnados y gentiles. Esta institución se configura ya como una actividad más o menos sustitutiva de la voluntad, que apunta a la esfera patrimonial y personal³⁸. El texto decenviral propiamente no se refiere a la curatela³⁹ sino a la ‘*potestas*’. A partir de la ‘*potestas*’ sobre los ‘*furiosi*’, se irá desarrollando la ‘*cura*’, que pasará a adquirir una sustantividad propia, por un proceso de especificación similar al que se produce con el poder del ‘*paterfamilias*’ cuando se proyecta sobre distintos sujetos (*patria potestas, manus, mancipium*).

Esta referencia al poder sobre la persona y los bienes del ‘*furiosus*’, tanto podría ser debida a la falta de diferenciación entre tutela y la embrionaria institución de la curatela, como a la necesidad de una intervención exhaustiva y rápida ante la posible peligrosidad

³⁵VARELA MATEOS, Esteban “*De contutoribus. Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho Romano*” Universidad Autónoma de Madrid. 1979 pág. 73. Esto llevo a la ampliación del contenido del término *genere*

³⁶ Hay una carencia en las fuentes clásicas de criterios precisos para establecer hasta donde llega la responsabilidad, BIONDI en sus *Istituzioni* pag.360 4^aed Milan 1972 dice que los juristas se valen para la resolución de cada caso en concreto de algunos conceptos intuitivos sacados de la realidad de la vida, presentando tal variedad que hace difícil recogerlos en una formulación rígida y definitiva. Por otra parte, VARELA, E. *De Contutoribus* Madrid 1979. pág. 108 Indica que se debe tener en cuenta las no pocas modificaciones introducidas por Justiniano, lo que hace que este problema de la responsabilidad de los tutores presente dificultades desde punto de vista dogmático e histórico”.

³⁷ RANDAZZO, S. “Furor e lucidi intervalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza” *IURA* 2014;XXII Jovene Napoli pág. 171 y ss. “Una difficoltà a cui ha iniziato a dare una risposta - prevalentemente in chiave diagnostica- la moderna psicoanalisi

³⁸ PUGLIESE, G con al collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca.” *Istituzioni....*” pag “Le XII tavole attribuirono agli agnati e ai gentiles la potestas sul furioo e sui beni”. Esta configuración se mantendrá en la época clásica, así en D. 27,10,7 pr. Juliano insiste en que el curador del enajenado debe cuidar con prudencia y trabajo, no solo del patrimonio sino también el cuerpo y la salud del *furiosus*.

³⁹ Sin embargo, la tutela sí que aparece citada en la Tab. V

de la persona con enfermedad mental a la que se refieren bastantes fragmentos del Digesto⁴⁰, o bien a que el enajenado carece -según las fuentes- totalmente de voluntad, o al concurso de todas estas razones. Lo que parece claro es que a diferencia de las legislaciones europeas que surgieron con las codificaciones, que de una forma rígida atribuían a la curatela un contenido eminentemente patrimonial, el “poder” sobre las personas con enfermedad mental se proyectaba también en el ámbito personal.

La institución de protección que deriva de la regulación de las XII Tablas será la curatela legítima, sin contemplar en un principio la testamentaria, y es muy posible como apunta MARTINEZ DE MORENTIN que los supuestos de la *Lex Atilia de tutore dando* de la tutela, se aplicarían a la curatela, gestando la “*curatela dativa*”.

Este poder, que se ejercita sobre la persona que sufre enfermedad mental, no se configura en la época arcaica⁴¹ como una institución de protección del individuo⁴², sino más bien de la *gens* y consiguientemente va dirigida a la perpetuación de la misma⁴³ sin embargo esta consideración se transformará en la época clásica por influjo de la tutela.

⁴⁰ D. 1, 18, 13, 1 (*Ulp. 7 de off. procons.*) *Furiosis, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundum est: scilicet ut carcere contineantur. et ita divus Pius rescripsit. sane excutiendum divi fratres putaverunt in persona eius, qui parricidium admiserat, utrum simulato furore facinus admisisset an vero re vera compos mentis non esset, ut si simulasset, plecteretur, si fureret, in carcere contineretur.*

D. 1, 18, 14 (*Macer 2 de iudic. publ.*) *Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: " Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit. si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiat: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint. "*

⁴¹ BONFANTE, P. *Corso di diritto romano* 11^a reimpr. Milano 1.963, Es el primero en formular una teoría sobre la relación entre tutela y *hereditas* que resolvía con la confusión entre la figura del tutor y el heredero

⁴² GUZMAN, A. *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1976 pág. 60 y ss. El Derecho arcaico no conoció una institución cuya función consistiera en proteger bienes (y menos la persona) del pupilo. Antes de que surgiera la *actio negotiorum gestorum*, los pupilos no tenían medios eficaces para exigir de su tutor las cuentas de su administración; solo por los hurtos, a través de la *actio rationibus distrahendis*, y una vez terminada la tutela.

⁴³ PUGLIESE, G. con al collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca. "Istituzioni..."pág.274 "Nel periodo antico la tutela non era concepita come un istituto a protezione dell'impubere o della dona, bensí come un potere spettante al tutore nell'interesse propio e della familia de cui era esponente.

Si examinamos los sujetos sobre los que se puede proyectar la *curatela* encontramos en primer lugar al *furiosus* quién paradójicamente desde el punto de vista de la capacidad, tendría un tratamiento asimilable -como observa FERNANDEZ DE BUJAN⁴⁴- al del “*infans*”, a quienes se les atribuye como medida de protección, la tutela, por carecer totalmente de capacidad de obrar “*qui fari non potest*”.⁴⁵ En segundo lugar encontramos al *pródigo*⁴⁶, que a diferencia del *furiosus*, mantiene en todo caso cierta capacidad de obrar, cuanto menos para enriquecerse y su posición se asemejaría al *infantia maior*⁴⁷.

Ambos sujetos, *furiosus* y *prodigus* estarían afectados de manera diferente en su capacidad de obrar- y, no obstante, gozaron de similar protección, la *curatela*. Esta institución que, observada desde la dogmática moderna, no pretende sustituir la voluntad de la persona afectada, sino complementar o reforzar la capacidad, pero que, en Roma, podría utilizarse para tanto para sustituirla como para complementarla.

El punto de partida será la *cura furiosi* porque es donde queda preferentemente de manifiesto esta sustitución de la voluntad, que vamos a examinar al analizar la capacidad de enajenación de bienes del pupilo por parte del curador. Sin embargo, en las fuentes se nos deja entrever momentos evolutivos distintos, así en D.27,10,1 pr. (*Ulp 1 ad Sab*). vemos que, en un primer momento, la actuación protectora del pródigo se realizaría con la *interdictio*, con la prohibición de realizar determinados actos (*mancipationes* y otorgamiento de testamentos); mientras en la época clásica, la protección se extiende a una amplia actividad de administración por parte del curador. Estas dos formas de protección se mantendrán coexistiendo hasta que predomine la administración del curador.⁴⁸

En la época clásica, el curador podía realizar actos de administración ordinaria y extraordinaria, aunque respecto a estos últimos, la posibilidad de efectuarlos se va

⁴⁴ FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho Romano*. Dykinson 2022 pág. 161 “el enfermo mental, *demens o insanus*, no puede, en consecuencia, ni contraer matrimonio, ni otorgar testamento, si bien la enajenación sobrevenida ni disuelve el matrimonio, ni anula el testamento ya otorgado.”, y en forma análoga FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho privado romano* 6ª Ed.lustel 2013 pág. 219

⁴⁵ D. 28, 1, 20, 4 (*Ulp. 1 ad Sab.*) *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit: sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest: testamentum quoque, quod ante furorem consummavit valebit et bonorum possessio ex eo testamento competit.*

⁴⁶ MARTINEZ DE MORENTÍN, M Lourdes “Régimen jurídico de la prodigalidad: de Roma a la Ley 8/2021 de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.” RGDR 38 (2022).

⁴⁷ Nos centramos en estos dos tipos de curatela por ser las más representativas, pero teniendo en cuenta la gran variedad de curatelas que existían (*cura debiliū personarum, cura bonorum, cura absentis, curator hereditatis iacentis, curator ventris*) sin olvidar las de derecho público (*cura aquarum, cura annonae, cura viae*)

⁴⁸ más propia y adaptada a las necesidades del tráfico jurídico de la época clásica

reduciendo progresivamente desde el momento en que en las instituciones de protección adquieren un componente público (D.27,10,12 (*Marcell 1 dig.*)), hasta llegar a la *Oratio Severi*, del 195 d.C. que prohíbe las enajenaciones con carácter objetivo.

Aunque el ámbito de actuación de los curadores es muy amplio, hay una serie de actos excluidos⁴⁹ de la esfera del curador, apuntamos como una muestra de ello, los poderes que afectaban a la *patria potestas*, y evidentemente la posibilidad de otorgar testamento.

Para nuestro trabajo partiremos fundamentalmente de la *cura furiosi* prescindiendo de su consideración en la época arcaica -representada en la prohibición de realizar determinados actos o *interdictio*- centrándonos -a semejanza de lo que ocurre con la tutela- en una institución que supone una mayor intervención (administración o *cura* en sentido amplio).

5.3. Evolución: La auctoritas y la gestio

La actividad del tutor (al que podemos asimilar el curador) puede ser de dos tipos: la gestión de los asuntos de las personas que precisaban ayuda o soporte (*gestio* o *negotiorum gestio*) y la intervención o cooperación en determinados actos jurídicos (*auctoritas*, *auctoritatis interpositio*⁵⁰).

Por la temática de nuestro artículo nos vamos a centrar en la *gestio* o *negotiorum gestio*; se puede observar como las facultades de los tutores respecto al patrimonio que gestionaban fueron disminuyendo, pasando de una autonomía amplia en la época arcaica a una facultad de gestión ordinaria -tal como la entendemos hoy en día- en la época justiniana.

En un primer momento los tutores podían realizar con el patrimonio pupilar toda suerte de negocios de disposición, ya que se trataría como indica Bonfante⁵¹ de una gestión dominical, no de una gestión representativa. De este modo el tutor adquiriría no para el pupilo sino para sí y asumiendo ellos las consiguientes obligaciones *domini loco habetur*. Sólo al final de la tutela estará obligado a transferir los bienes y créditos adquiridos en la gestión.

⁴⁹CASTAN PEREZ-GOMEZ, S *Discapacidad y Derecho Romano*. Reus Ed. Noviembre 2019 pág.203; COCH ROURA, N "Sistemas de protección para las personas con enfermedad mental, de las XII Tablas a la nueva reforma de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, referencia especial a la *cura furiosi*" RGDR 37 (2021) pp. 14 y ss.

⁵⁰ BONFANTE, Pietro *Corso di Diritto Romano I Diritto di Famiglia* Milano 1963. pp 599 y ss. Indica el autor que *la auctoritas* no es una autorización en el sentido moderno, sino una cooperación en un acto del pupilo, un complemento del mismo.

⁵¹ BONFANTE, Pietro *Corso di Diritto Romano I Diritto di Famiglia* Milano 1963. pp 603

Con el tiempo esta primitiva gestión dominical desaparece, y la actividad se reconduce a una *administratio*, que sigue manteniendo este contenido tan amplio, permitiendo un vasto margen de actuación al tutor.

6. PREMISA PARA ENAJENAR BIENES DE PUPILLOS POR PARTE DE TUTORES Y CURADORES: CONCURRENCIA DE FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN D. 46, 6, 4, 3 ULP. 79 AD ED.

En la época clásica tanto la tutela⁵² -como a la curatela- revisten un carácter tuitivo y gozan de un componente público, en consecuencia se inicia un proceso tendente a limitar las facultades dispositivas de tutores y curadores, haciéndose hincapié en las responsabilidades civiles de los mismos. Este procedimiento de paulatina restricción será llevado a cabo por la jurisprudencia cautelar, complementada con diversas Constituciones Imperiales. La *Oratio Severi* supondrá un punto de inflexión en cuanto a la enajenación de bienes de los tutores y curadores. La posibilidad de disposición onerosa mediante la compraventa de bienes de personas sujetas a tutela y curatela se restringirá radical y objetivamente.

La primera proposición que elabora la jurisprudencia se refiere a la necesidad de que tutores y curadores administren efectivamente el patrimonio de las personas que precisan soporte.

D. 26, 7, 27, 0 Paul. 7 ad Plaut.

*Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.*⁵³

En este texto de Paulo se manifiesta perfectamente, las dos funciones a las que nos hemos referido la *auctoritas* y la *gestio*. En el caso de que el tutor sea también administrador *qui tutelam gerit* tendrá unas facultades muy amplias, como si fuera el

⁵² D. 26, 1, 1, *pr. Paul. 38 ad ed.*

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa. Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.

La tutela es como definió Servio, “un poder sobre una persona libre que permite y otorga el derecho civil, para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo”. Este texto según MARTINEZ DE MORENTIN nos ha llegado probablemente abreviado, pues únicamente se refiere a la tutela de los impúberes, cuando en la época de Servio, existía aún la tutela de las mujeres, que desapareció definitivamente en la época Justiniana.

⁵³ El tutor que gestiona la tutela debe ser tenido como propietario en cuanto respecta al cuidado del patrimonio

propietario. Ya no existe la gestión dominical, pero el tutor sigue manteniendo facultades parecidas a las del *dominus*⁵⁴.

El fragmento es una muestra de la técnica de la jurisprudencia clásica, no simplifica, pero delimita perfectamente: especifica tanto que se trata de una semejanza “*loco*”, y perfila el contenido de la tutela, en el sentido que sólo debe ser tenido como “propietario” el tutor que esté gestionando el patrimonio de la persona que precisa ayuda o soporte.

Hermogeniano distingue dentro de la curatela, -que es la institución que es más difícil de definir por la variedad de situaciones que contempla- una separación clara entre: por una parte la institución del *curator ventris* y la de la *cura bonorum*, -de las que dice el curador tiene únicamente la custodia⁵⁵ de los bienes y por tanto, sostiene el jurista, sólo podría enajenar aquellos que estuvieran en peligro de desaparecer- y por otra, la curatela del *furiosi*, del *prodigi* o bien de los menores de 25 años que tendría un contenido más amplio ya que a estos curadores se les encarga la gestión-administración.

D. 26, 7, 48, 0 *Hermog. 1 iuris epit.*

*Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.*⁵⁶

Es en el siguiente fragmento de Paulo donde se ve más claramente el tratamiento paralelo entre tutores y algunos curadores (el *curator de furiosi vel prodigi*). El texto toma un enfoque más procesal, pero también en este ámbito podemos apreciar la amplitud del contenido de sus funciones -ya que siempre que se realice una administración- serán válidos los juramentos de los tutores en juicios. El texto continua haciendo un paralelismos con la posibilidad de enajenar, extinguir deudas mediante el pago, o intervenir en procedimientos judiciales.

D. 12, 2, 17, 2 *Paul. 18 ad ed.*

⁵⁴ En este sentido D. 43, 24, 11, 7 *Ulp. 71 ad ed.*

*An ignoscitur servo, qui obtemperavit tutori aut curatori? nam ad quaedam, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his, **qui vice dominorum sunt**, obtemperaverint. quod et in hoc casu admittendum est.*

¿Se perdonará acaso al esclavo que obedeció al tutor o al curador, -puesto que en ciertas cosas que no contienen la atrocidad de un delito o de un crimen se perdona a los esclavos si hubieren obedecido a sus dueños, o a los que hacen las veces de sus dueños-? Lo que también se ha de admitir en este caso.

En este mismo sentido D.50,17,157 *Ulp 71 ad Ed.*

⁵⁵ Cuestión esta que estaría relacionada con las responsabilidades derivadas de la curatela

⁵⁶ Hay gran diferencia entre el curador del que ha de nacer o el de un patrimonio y el de un loco, pródigo o el del pupilo, porque a estos se les encarga de la administración de los bienes, mientras que a los dos primeros únicamente de su custodia y de la venta de los bienes que puedan deteriorarse.

*Si tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam et alienare res et solvi eis potest et agendo rem in iudicium deducunt.*⁵⁷

Tanto si se trata del tutor como del curador -singularmente se hace referencia del curador *furiosi vel prodigi*- las funciones sobre el patrimonio de la persona que precisa ayuda o soporte, son extensas de hecho hemos visto que para hacer una aproximación explicativa los juristas escogen el “paralelismo” con el propietario, *loco domini*.

La actuación de los curadores y tutores aunque la eficacia de sus actos de enajenación se fundamenta en su poder de disposición, no se puede asimilar a la actual representación directa⁵⁸, esta no fue admitida en derecho romano en los negocios obligatorios⁵⁹

En relación con la necesidad de administración por parte de tutores y curadores surge la problemática de que la *actio tutelae* resultaba insuficiente para proteger el patrimonio de los beneficiarios de estas medidas de soporte, ya que se concedía únicamente contra los tutores que efectivamente administraron. La no gestión en principio no conllevaba riesgo ninguno para el tutor. Es Ulpiano quien en el siguiente fragmento -procedente de sus comentarios al edicto- centra de una forma más precisa el problema.

D. 46, 6, 4, 3 Ulp. 79 ad ed.

*Sed enim qui non gessit, omnino non tenebitur: nam nec actio tutelae eum qui non gessit tenet, sed utili actione conveniendus est, quia suo periculo cessavit: et tamen ex stipulatu actione neque ipse neque fideiussores eius tenebuntur. compellendus igitur erit ad administrationem propterea, ut stipulatione quoque ista possit teneri.*⁶⁰

⁵⁷ Si el tutor que administra la tutela, o el cuidador de un loco, o de un pródigo, hubiere deferido el juramento, éste debe ser considerado válido; porque pueden enajenar los bienes; se les puede pagar a ellos, y ejercitando una acción, deducen la cosa en juicio.

⁵⁸ ANGELINI, P *Il procurator*. Milano A. Giufré. 1971; SANSON RODRIGUEZ, M^a V^a, *La transmisión de la propiedad*. Marcial Pons.1998. pp 100 y ss

⁵⁹ D. 44, 7, 11, 0 Paul. 12 ad Sab.

Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

Cualesquiera cosas que hayamos hecho, como quiera que traen su origen de un contrato nuestro, si no tomaran de nuestra persona el principio de la obligación, hacen baldío nuestro acto; y por lo mismo no podemos ni estipular, ni comprar, ni vender, ni contratar, de modo que otro litigue con derecho en su propio nombre,

⁶⁰ Pero el que no administró no estará de ningún modo obligado; porque la acción de tutela no obliga al que no administró, si bien éste ha de ser demandado con la acción útil, porque a su riesgo dejó de administrar; y, sin embargo, ni él ni sus fiadores estarán obligados por la acción de lo estipulado. Así, pues, deberá ser compelido a administrar, a fin de que pueda estar obligado también por esta estipulación.

El jurista describe claramente la problemática, la administración de los bienes es un presupuesto para solicitar la *actio tutelae*, y también nos da la solución, una acción útil. Lo razona el jurista diciendo que el tutor pudo administrar y no lo hizo por tanto debe quedar sujeto a responsabilidad. Sigue explicando Ulpiano que ni el tutor ni sus fiadores quedaran obligados por la acción de lo estipulado, la *satisfatio* en este caso, mientras no administre efectivamente, y añade que deberá ser obligado a administrar para que pueda quedar vinculado a través de la *satisfatio*, ya que desde el Principado el tutor legítimo si quiere administrar debe prestar la *satisfatio rem pupilli salvam fore* de manera obligatoria. El diferente tratamiento reside en que la *actio tutelae* es una acción de buena fe, mientras la *satisfatio* es una acción de derecho estricto.

Quienes no participan en la administración no pueden ser demandados como responsables. El tutor no es responsable de la gestión tutelar más que cuando efectivamente interviene en la administración. Esta ausencia de responsabilidad en caso de abstención de los tutores vendrá sancionada de distintas formas.⁶¹ Con la regulación de la tutela dativa, se consigue en gran medida solucionar el problema pues el magistrado obligaba a la asunción de la tutela y así convertía a un tutor no gerente en un tutor gerente, pero el remedio definitivo para evitar la inactividad de la administración de los tutores fue la aplicación del principio del *suo periculo cessat*, que fue aplicado por los cónsules, desde la época de Claudio, pronunciando caso por caso en el nombramiento, hasta que el emperador Marco Aurelio -que instituyó el *praetor tutelaris*- sancionó como norma que fueran considerados responsables todos los tutores que no gestionasen el patrimonio, si no habían hecho valer sus excusas para aceptar el cargo en el plazo de 50 días. De esta manera el sometido a tutela está protegido y de otra la asunción efectiva de la tutela se convierte por primera vez obligatoria para los tutores testamentarios, dativos y también legítimos.

Desde este momento los tutores *cessans* (que no realizan una administración del patrimonio) soportan el riesgo de su inactividad, el *periculum cessationis*. Contra estos tutores *cessans* no se puede interponer la *actio tutelae* directa, pero si una *actio utilis*, como se puede ver el fragmento anterior (D. 46, 6, 4, 3 Ulp. 79 ad ed), y también en el que veremos a continuación (D. 26, 7, 5, 3 Ulp. 35 ad ed.).

⁶¹ VARELA, E. *De Contutoribus* Madrid 1979. pág. 74 El tutor nombrado por el magistrado será obligado indirectamente a participar en la administración. En el caso de los tutores testamentarios -suprimida la *abdicatorio*- se le hace responsable con el decreto *periculo suo eum cessare*. A este decreto parece referirse Justiniano I. 1.20.3 - "Mas, dejóse de dar a los pupilos tutores conforme a estas leyes, después que primeramente los cónsules, en virtud de información, y posteriormente los pretores, con arreglo a las constituciones, comenzaron a dárselos a los pupilos de ambos sexos. Porque en las susodichas leyes nada se disponía ni sobre la caución que se debía exigir a los tutores para que quedaran a salvo los intereses de los pupilos, ni sobre el modo de compeler a los tutores a la administración de la tutela".

La facultad de vender del tutor y curador dependerá pues de que tengan atribuida la facultad de administrar. En caso de varios co-tutores sólo es válida la enajenación hecha por el que tiene atribuido esta facultad. Pero si el comprador desconociera esta circunstancia y pensare que el cotutor⁶² que le estaba vendiendo un bien, tenía atribuida la administración, entonces se incoaba la usucapición. VARELA concluye que, en la época clásica a partir de Marco Aurelio, los tutores cesantes si no intervienen en la gestión pupilar lo hacen a su riesgo, pudiendo ser demandados por un *actio tutelae utilis*. Pero Marco Aurelio no modificó el rango de responsabilidad de manera que, aunque los tutores cesantes respondían *in solidum*, lo hacen subsidiariamente, es decir sólo en caso de insolvencia de los tutores gerentes⁶³.

Otra forma de hacer efectiva la responsabilidad de los tutores mediante la *actio tutelae*, fue ampliar considerablemente el concepto de *genere* (se considera que gestionó la tutela el que mando administrar a otro, el que se conformó con recibir garantías por parte de otro co-tutor) de esta manera se hace una aplicación extensiva de la *actio tutelae*. hasta que aparece la *actio tutelae utilis* con la que se puede demandar al tutor que no ha comenzado a administrar. Lo vemos a través de diversos fragmentos:

D. 26, 7, 5, 1 Ulp. 35 ad ed.

*Gessisse autem videtur tutor, qui quid omnino pupillare attigit etiamsi modicum, cessantque partes eorum, qui solent cessantes cogere administrare.*⁶⁴

Cualquier mínima actuación del tutor se considera una muestra de que está administrando y al asumir como tutor la responsabilidad por la gestión cesa la de las personas que deben incentivar la asunción de la gestión de los tutores.

D. 26, 7, 5, 3 Ulp. 35 ad ed.

*Quod si quis tutelam mandaverit gerendam gesta que fuerit ab eo cui mandatam est, locus erit tutelae actioni: videtur enim gessisse qui per alium gessit. quod si non accessit is cui mandatam est, utili actioni convenitur.*⁶⁵

⁶² También se admite en el caso de los protutores D. 27, 5, 2, 0 Cels. 25 dig.

Si is, qui pro tutore negotia gerebat, cum tutor non esset, rem pupilli vendidit nec ea usucapta est, petet eam pupillus, quamquam ei cautum est: non enim eadem huius quae tutoris est rerum pupilli administratio. Si el que administraba los negocios como tutor, no siendo tutor,

vendió alguna cosa del pupilo, y esta no fue usucapida, la pedirá el pupilo, aunque se le haya dado acción; porque no es la misma la administración de este, que la del tutor de los bienes del pupilo. La diferencia fundamental es que los protutores no tienen atribuida la administración de la cosa.

⁶³ VARELA, E. *De Contutoribus* Madrid 1979. pág. 170.

⁶⁴ Se considera que administró el tutor que de alguna manera intervino en el patrimonio pupilar aunque fuera mínimamente; cesa entonces el deber de los que han de obligar a administrar a los tutores inactivos.

⁶⁵ Si alguno hubiera mandado que se administrase la tutela y hubiera sido administrada por su mandatario, tendrá lugar la acción de la tutela, porque se considera que administró el que lo hizo

Ulpiano insiste y nos indica claramente que la gestión del tutor se puede considerar realizada a través de un mandatario y por tanto se podría interponer la acción de la tutela. Si el mandatario no llega a realizar ningún acto que se pueda considerar como gestión, entonces como hemos venido diciendo, cabe interponer la acción útil de la tutela.

D. 27, 1, 37, 1 *Scaev. 2 resp.*

*Item quaero, si adquevisset sententiae, an ob id, quod non gessit tutelam, utilis actio in hunc dari debeat. respondi, si errore potius (quod se pro iure trium liberorum, quod allegabat, excusatum crederet) quam malitia ab administratione cessasset, utilem actionem non dandam.*⁶⁶

Escévola introduce la cuestión en fragmentos anteriores de que ocurre si el nombrado tutor testamentario comparece ante el pretor diciendo que el pupilo tiene un tutor legítimo y él tiene excusa al tener tres hijos. El pretor decretó qué si se ha sido nombrado tutor de alguien que tenía un tutor legítimo, no precisará excusas. A continuación, en este fragmento el jurista plantea la cuestión del error ante esta cuestión compleja (sobre la administración de la tutela o no de un padre con tres hijos). Resuelve el jurista diciendo que, si la falta de gestión ha sido debido al error de creerse excusado para la tutela, no procede la acción útil y si en cambio la falta de gestión es por malicia debemos entender que sí procedería la acción.

D. 26, 7, 55, 2 *Tryph. 14 disp.*

*Non solum ergo gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram eique permisit administrationem totius tutelae, nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent ante conveniri eum qui gessit.*⁶⁷

En el fragmento se insiste en la aceptación de la gestión de la tutela a través de un mandatario y se plantea el caso de los co-tutores. Si el co-tutor no gestor acepta la fianza del gestor, y le deja administrar queda obligado *in solidum* y no puede utilizar para defenderse las constituciones que indican que se demande primero al que gestionó.

por intermediario; pero si el mandatario no entró en funciones puede ser demandado con la acción útil de la tutela

⁶⁶ Preguntó también: si hubiera aceptado el decreto y por eso no administró la tutela ¿deberá darse acaso una acción útil contra él? Respondí: si abandono la administración no por malicia sino antes bien por error (al creerse excusado por el hecho de tener tres hijos que alegaba), no debe darse contra él acción útil

⁶⁷ Por tanto, se entiende que administró la tutela, no sólo el que mandó a otro que la gestionase sino también el que recibió de su co-tutor la fianza de que quedaría a salvo el patrimonio del pupilo y le permitió la administración de toda la tutela; y no puede valerse para su defensa de las constituciones que disponen que sea demandado primero el que gestionó.

SOLAZZI⁶⁸ indica que los cónsules contribuyeron a “la transformación de la tutela da potestà in un ufficio obligatorio”, muchos autores piensan que no es posible que la exigencia de una caución sea iniciada por los cónsules (con la tutela testamentaria) porque dicen que no tiene sentido que los cónsules hayan creado una institución pretoria. El problema parte de la confusión entre la *satisdatio* necesaria que no es pretoria, y la *satisdatio* voluntaria prevista en el edicto. En el edicto “*de administratione tutorum*” se disponía que en caso de que hubiese más de un tutor testamentario se debía encomendar la gestión a quien ofreciese *satisdatio*. La *satisdatio* necesaria no está recogida en el edicto, Justiniano dice que fue introducida por los cónsules y sancionada por Marco Aurelio, pero para entender el origen y desarrollo de la institución consular, hay que partir de la institución pretoria.

La *satisdatio* necesaria o *stipulationes* consulares fue incluida por los cónsules y se aplicaba en un principio a los tutores legítimos, tenía la función de crear una obligación para el tutor, no de garantizar una obligación existente.

7. LIMITACIÓN PARA LA ENAJENACIÓN DE BIENES POR PARTE DE TUTORES Y CURADORES: POTESTAS ALIENANDI

Si nos estamos planteando las posibilidades de enajenación y singularmente cuando se produce en la compraventa realizada por tutores y curadores, hemos de analizar si los mismos tenían o no *potestas alienandi*.

El concepto romano de *potestas alienandi* no parte de un concepto de poder de disposición derivado de un derecho subjetivo (*dominium*). La idea romana de *potestas alienandi* parte de un concepto más amplio del poder de disposición normalmente vinculado -pero no necesariamente- a la titularidad del dominio⁶⁹.

Según SANSÓN la jurisprudencia romano clásica usa el concepto de *potestas alienandi*⁷⁰, como un poder que dimana de la titularidad del derecho de propiedad, salvo que este poder se excluya por ley o bien se confiera a un tercero *non dominus* (*curator, procurator*)

Gai 2, 62-64

Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator ...(0, 5)...; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris

⁶⁸ SOLAZZI, S *Istituti Tutelari* Napoli Jovene 1929 pág. 89

⁶⁹ BURDESE, Alberto *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*.Turin pp11 y ss.

⁷⁰ Ver por todos SANSON RODRIGUEZ, M^a VICTORIA, *La transmisión de la propiedad*. Marcial Pons.1998. pp 8 y ss.

*intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*⁷¹

Gayo trata sobre la facultad de enajenar de sujetos que no son titulares del *dominium* como el curador del *furiosí*, el *procurator* y del acreedor pignoraticio. En el caso de la prenda se justificaba la enajenación del acreedor en el *pactum de distrahendo*⁷² que presupone el consentimiento por parte del propietario. BURDESE justifica la ausencia del tutor de este fragmento, aduciendo que su forma más habitual de actuación se canalizaba a través de la *auctoritatis interpositio*⁷³.

Este poder para enajenar faculta a las personas que prestan soporte para vender, con efectos obligatorios, y para realizar la *traditio*⁷⁴ en nombre ajeno.⁷⁵ Esta facultad de enajenación se irá limitando con el paso de los años pero nunca desaparecerá⁷⁶.

Ulpiano -en D. 27, 10, 10, 1 *Ulp. 16 ad ed.*⁷⁷ compara dos supuestos, un primer caso en el que el curador de una persona que sufre enfermedad mental entrega una cosa suya, para algún asunto del sometido a potestad, circunstancia que comportar la

⁷¹ Sucede, a veces, que el que es dueño no tiene la potestad de enajenar una cosa, y el que no es dueño puede enajenarla. Por el contrario, el agnado curador de un loco puede enajenar una cosa de éste, en virtud de lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas; del mismo modo, el procurador [... ilegible una línea y media...] también el acreedor puede enajenar la prenda en virtud de pacto, aunque la cosa no sea suya. Pero esto quizá se hace así porque se considera que la prenda es enajenada con la voluntad del deudor, el cual pactó que al acreedor le fuera permitido vender la prenda si no fuera pagada la deuda

⁷² FERNANDEZ DE BUJAN, A *Derecho Romano*. Dykinson. 2022. Pág. 314 En la época de los Severos, a finales del s.II se admitió que el *pactum de distrahendo*, se entendía tácitamente pactado, salvo expresa disposición en sentido contrario

⁷³ BURDESE A *Lex commissoria nella fiducia nel pignus nella fiducia nel pignus*. Torino 1949. Pág 315 y ss. justifica la omisión de la figura del tutor.

⁷⁴ En algunos casos se consideró discutible la posibilidad de realizar *mancipatio* e *in iure cessio* por parte del curador, sin embargo, al final se consideró que era posible salvo, en el caso del pignus según BURDESE.

⁷⁵ SOLAZZI, Siro *Scritti di diritto romano*. Napoli. 1972. VI El autor entiende que en virtud del texto gayano y de D.27,10,12 (Marc 1 dig) se constata que no se prohibía la alienación al curador del *furiosí*. Pag 586

⁷⁶ D. 27, 10, 12, 0 Marcell. 1 dig.

Ab adgnato vel alio curatore furiosi rem furiosi dedicari non posse constat: adgnato enim furiosi non usquequaque competit rerum eius alienatio, sed quatenus negotiorum exigit administratio

Consta que ni el curador agnado ni otro cualquiera puede consagrar una cosa del loco; al agnado se le permite la enajenación, no sin límites, sino en la medida en que lo exige la administración de los negocios.

⁷⁷ D. 27, 10, 10, 1 *Ulp. 16 ad ed. Curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit et dominium transferre: rem vero furiosi si quasi suam tradat, dicendum, ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit*

El curador del furioso podrá entregar una cosa verdaderamente suya como siendo del furioso, y transferir el dominio; pero si entregara una cosa del furioso, como suya propia, se ha de decir, que no transfiere el dominio, porque no la entregó siendo gestor de negocios del furioso.

transmisión de la propiedad y en el segundo planteado, el curador de la persona con enfermedad mental entrega una cosa de éste, pero como si fuera suya, y para sus propios asuntos; el resultado es distinto ya que el jurista mantiene que en este caso no se produce transmisión de la propiedad, porque no entregó la cosa en concepto de administrador de éste, si no en su propio interés.

Entendemos con BETTI⁷⁸ y BURDESE que no se trata de un tema de error (D. 41, 1, 35, 0 *Ulp. 7 disp.*)⁷⁹ se trata de un caso de enajenación a sabiendas en ambos casos, en el primero de que se está entregando una cosa propia, y en el segundo de que se está entregando una cosa que no es propia para cancelar una deuda propia.

BETTI entiende que el curador se excede de sus competencias y que existe un conflicto de intereses. En D. 27, 10, 10, 1 *Ulp. 16 ad ed* lo que considera decisivo el jurista es que se esté realizando o no, la gestión o administración de los bienes del sometido a curatela.

En el primer caso que presenta D. 27, 10, 10, 1 *Ulp. 16 ad ed.*, podría no producirse la transmisión de una propiedad civil ya que se habla de *traditio*, por lo que podríamos estar ante una transferencia de la propiedad pretoria. En todo caso ya sea civil o pretoria se produce una transmisión de propiedad.

En el segundo caso -que es el que nos plantea problemas- se trata de una enajenación en interés propio (*nomine proprio*) de una cosa ajena, dando a entender al adquirente que es una cosa propia, y que creemos que, por ello falta el requisito de la *potestas alienandi*; no es necesario acudir a otras consideraciones, como los intereses o la *bona fides*. Entendemos que se transmite la posesión, el adquirente podría ser el poseedor de buena fe si se tratara de una compraventa. Al final del texto nos aclara *quia non furiosi negotium gerens tradidit*, es decir el curador no está interviniendo como tal, y

⁷⁸ BETTI, Emilio *Esercitazioni romanistiche su casi pratici 1 Anormalità del negozio giuridico. Padova. 1930*

Explica muy claramente los dos supuestos:

a) El curador de un enfermo mental no encontrando en el patrimonio del administrado el dinero o la cosa para satisfacer una obligación del administrado, entrega al acreedor a título de cumplimiento de la obligación, dinero o una cosa de su propiedad.

b) No teniendo el curador dinero o bienes para satisfacer una obligación propia, entrega en cumplimiento dinero o cosas propiedad del sometido a potestad.

⁷⁹ D. 41, 1, 35, 0 *Ulp. 7 disp.*

Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

Si mi procurador o el tutor de un pupilo hubiere entregado a otro una cosa suya, como si fuese mía o del pupilo, no se separa de ellos el dominio, y es nula la enajenación, porque nadie, errando, pierde una cosa

suya.

por tanto falta la *potestas alienandi*, no transfiere la propiedad, pero se podría en su caso incoar la usucapión del poseedor de buena fe.

De hecho, Ulpiano trata este fragmento como ponen de manifiesto tanto VOCl como SANSÓN, en sede del comentario a la *actio publiciana* al poder tratarse en ambos casos de poseedores *ad usucapionem*.

Si resultare aplicable la prohibición de enajenar de la *Oratio Severi*, no se emplearía en el primer caso -lo que es lógico ya que el curador no tiene ninguna limitación para enajenar su propio patrimonio-y sí en el segundo, pues no tendría sentido la aclaración *quia non furiosi negotium gerens tradidit*, porque la prohibición de la *Oratio* es objetiva, si estuviese prohibido, lo sería tanto si está actuado como curador, como si no está actuando como curador. Entendemos pues, que este caso se planteó antes de la prohibición de enajenar de la *Oratio Severi*.

El tratamiento que hace Modestino sobre la *potestas alienandi* en *D. 50, 16, 109, 0 Mod. 5 pand*⁸⁰ -que se refiere directamente a la compra-venta- vendría a confirmar nuestra explicación.

Reiteramos que en las fuentes se asimilan las posibilidades de actuación de los tutores y de ciertos curadores (*furiosi vel prodigi*), teniendo en cuenta de que debe existir una administración o gestión de los patrimonios, no sólo referida al hecho de que exista un tutor-curador gestor sino también que la actuación del mismo estuviera circunscrita en el ámbito de la *potestas alienandi*, en estos casos estaría dentro del contenido de sus funciones la venta o enajenación y, siempre antes de la prohibición objetiva.

8. LIMITACIONES A LA ENAJENACIÓN EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES DEL CURATELADO

Prosiguiendo con este proceso de restricción o delimitación de las facultades de enajenación de tutores y curadores, Juliano tiene en consideración los intereses de la persona sujeta a una medida de soporte para decidir sobre la enajenación de bienes por parte del curador superando de esta manera una visión estrictamente formal (*D. 27, 10, 7, 1 Iul. 21 dig*)⁸¹.

⁸⁰ *D. 50, 16, 109, 0 Mod. 5 pand.*

" *bonae fidei emptor*" esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

Se considera que es comprador «de buena fe» el que ignoró que la cosa era ajena, o creyó que el que la vendió tenía derecho para venderla, por ejemplo, que era procurador o tutor.

⁸¹ *D. 27, 10, 7, 1 Iul. 21 dig.*

Curator dementi datus decreto interposito, uti satisdaret, non cavet et tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienavit. si heredes dementis easdem res vindicent, quas

Se plantea el nombramiento -mediante un decreto del pretor- de un curador para un enfermo mental. En el decreto se incluye -como era habitual a partir de *Lex Atilia*, que prestase garantía mediante una *satisfatio*⁸²- pero en este supuesto el curador no la presta. Se nos indica, que el curador enajenó “de forma legítima” algunos de los bienes de la persona sujeta a curatela. El texto no nos dice de qué forma se enajenó, ya que seguramente, los compiladores justinianos suprimieron cualquier rastro de la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Tampoco se refiere a la *traditio*. Aparece una puntualización que indica que la transmisión se hizo de forma legítima, quizás para mostrar, que el procedimiento de transmisión era correcto y que no era esta la cuestión que se quería plantear con este fragmento, aunque también puede ser un añadido posterior. El curador del *furiosi* tenía amplias facultades, si tenía atribuida la administración de los bienes, podía enajenar bienes, con las salvedades que hemos ido examinando. Si a consecuencia de la venta de los bienes se producía algún perjuicio para el sometido a la medida de apoyo, este quebranto se podía reparar con la *satisfatio* pero también con la acción propia de la curatela, paralela a la *actio tutelae*.

La cuestión que se plantea realmente es, si los herederos de la persona sujeta a curatela pueden reivindicar las mismas cosas que el curador transmitió. Se deduce del texto que los adquirentes podrán oponer la excepción “si el curador no las hubiere vendido”, es decir haciendo referencia a la especial protección de la compraventa como prototipo de los contratos de buena fe, que se le presupone al poseedor de las cosas vendidas (*bonae fidei emptor*). Los herederos a su vez podrían responder con una *replicatio* “alegando que el curador las había vendido, pero no había prestado la garantía que se establecía en el decreto”.

El jurista concluye que si el curador empleó el precio recibido en pagar a los acreedores de la persona que padece enfermedad mental, el pretor otorgará una *tríplica* de dolo contra los herederos y los poseedores (compradores) también de esta manera verán reforzada su posición, como adquirentes de buena fe.

curator alienavit, et exceptio opponetur "si non curator vendiderit", replicatio dari debet "aut si satisfatione interposita secundum decretum vendiderit". quod si pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli tutos possessores praestabit

Un curador nombrado para un demente, habiendo mediado decreto, a condición de que diese caución, no la dió, y sin embargo enajenó en legítima manera algunas cosas de los bienes de aquél; si los herederos del demente reivindicaran las mismas cosas que el curador enajenó, y se opusiere la excepción «si el curador no las hubiere vendido,» se debe dar la réplica, «o si las hubiere vendido habiéndose interpuesto fianza conforme al decreto;» pero si habiendo recibido el precio pagó el curador a los acreedores del furioso, la tríplica de dolo dará seguridad a los poseedores.

⁸² la garantía “*rem furiosi salvam fore*”.

El negocio es válido, la transmisión mediata de la propiedad puede producirse, y los herederos dispondrán únicamente de una *actio in factum* basada en la falta de *satisdatio*.

El jurista tiene en cuenta los intereses del curatelado/tutelado superando las objeciones formales: el curador empleó el precio de la venta en el pago a los acreedores del *furiosus*⁸³ y para el jurista el pago a los acreedores justifica la enajenación ya que busca la protección del tutelado/curatelado.

9. LIMITACIONES EN LA ENAJENACIÓN: LA BUENA FE; EL RESCRIPTO DE TRAJANO Y ADRIANO: D. 26, 7, 12, 1 PAUL. 38 AD ED.

Otro hito en el proceso de restricción en las facultades de actuación de tutores y curadores viene señalado, por un rescripto del tiempo de los emperadores Trajano y Adriano, en el cual se exige a los tutores no sólo una verdadera administración, si no también, buena fe

D. 26, 7, 12, 1 *Paul. 38 ad ed.*

*Quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Traiani et Hadriani: et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest: nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur, nemine scilicet emente. nec interest, tutor solvendo fuerit nec ne, cum, si bona fide res gesta sit, servanda sit, si mala fide, alienatio non valet.*⁸⁴

Paulo -que sirvió como jurista en época de Septimio Severo, cuando se promulgó la *Oratio Severi* que prohibirá la enajenación de bienes por tutores y curadores si no se hacen con el procedimiento establecido- hace mención a un anterior rescripto de Trajano y Adriano, en el que se venía a limitar la capacidad de tutores y curadores para enajenar bienes de sus pupilos. En el fragmento el jurista insiste en dos matices a tener en cuenta: en primer lugar, el presupuesto como hemos visto, es que se debe dar una administración -en este caso del tutor- y se matiza añadiendo que esta administración debe ser de buena fe.

El jurista razona con criterios prácticos, si no existe una confianza en el tráfico jurídico, -en las compraventas- la inseguridad va a ser perjudicial para los intereses

⁸³ La preeminencia de este principio “si con el precio se pagan las deudas” se pone de manifiesto constantemente en la jurisprudencia, el pago de las deudas además de ser un acto positivo para el sometido a la medida de apoyo, lo es también para sus herederos que si pudiesen reivindicar, obtendrían un enriquecimiento injusto.

⁸⁴ Lo que el tutor administró de buena fe se tiene por válido en virtud de los rescriptos de Trajano y Adriano, por consiguiente, el pupilo no puede reivindicar una cosa legítimamente enajenada por el tutor, ya que tampoco resultaría útil a los pupilos, toda vez que, si no se respeta la administración de los mismos, nadie querría comprarles nada. No interesa para ello que el tutor sea o no sea solvente, dado que si la cosa se hubiera realizado de buena fe se habrá de respetar lo hecho; si de mala fe, no vale la enajenación.

patrimoniales de los tutelados ya que nadie se arriesgaría a negociar con tutores. Lo que determina la validez o no de la transmisión es el criterio de la buena o mala fe, el texto descarta la solvencia o no, pues no es decisiva en cuanto a la cuestión que se está planteando. La solución que toma el jurista, la observancia del principio general de buena fe, y en especial mientras se está encargado de la administración, tiene una consonancia pretoria. La necesidad de que los actos de quien actúa por cuenta de otro se ajusten al principio de buena fe se hace valer en el *Ius Honorarium* mediante recursos procesales pretorios excepciones o *replicatios*, los juristas se plantean el problema desde punto de vista dinámico procesal. En realidad, lo que se protege de forma inmediata con la introducción del criterio de la buena fe, es la confianza en el tráfico jurídico y de forma mediata se preservaran los intereses de la persona que precisa un soporte.

BURDESE considera que este texto ha sido objeto de una glosa explicativa⁸⁵ por parte de los compiladores justiniano pero que en substancia no se modifica el sentido del mismo. Entiende que la conclusión final del texto respecto a que una enajenación de buena fe válida y una de mala fe, inválida, es genuinamente clásica. Dice el autor que le parece acertado que la jurisprudencia clásica, en una época algo avanzada esté de acuerdo en negar la validez de las enajenaciones de los tutores efectuadas contra los intereses del sometido a potestad-propietario, al menos en el caso de dolo consciente.

La buena fe del tutor y curador -buena fe del transmitente- afectaría a la enajenación de los bienes. Hay que tener en cuenta que el fragmento se refiere a una compraventa y esto conlleva la valoración de la posición del *bona fidei emptor*, que se intentaría garantizar siempre que fuera posible.

Si el tutor enajena de forma correcta los bienes (administrándolos de buena fe) la enajenación sería válida, se negaría la reivindicación del pupilo y el adquirente podría adquirir la propiedad civil en su caso, mediante la usucapión.

Vemos, por tanto, que la buena fe durante el desarrollo de la administración actuaba como un límite a la facultad de enajenar.

10. LIMITACIONES EN LA ENAJENACIÓN: EL FURTUM

Nunca se considerará válida la enajenación por parte de tutores y curadores, de cosas hurtadas, *res furtivae*, ni podrá ser subsanada la transmisión mediante usucapión. Sin embargo, la delimitación de los supuestos realizada por los juristas romanos nos proporciona información interesante que sirve para precisar la capacidad de actuación de tutores y curadores.

⁸⁵ BURDESE, Alberto *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*. Turin pp11 y ss. La presencia de la estructura de la frase “*nam....emente*” lo podría justificar

El autor de los dos primeros textos es Juliano, en el primero trata de un tutor que hurta una cosa del pupilo, vendiéndola a continuación, el jurista niega la usucapión, por mucho que el tutor sea administrador *cum tutelam administrat*. No se plantea la buena o mala fe, ya que se trata de una *res inhábil* para usucapir, *non cum pupillum spoliat*.

D. 41, 4, 7, 3 *Iul. 44 dig. Si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat: nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat*.⁸⁶

En el segundo Juliano nos muestra al tutor actuando como tal *loco domini*, reintegrando al patrimonio de su protegido una cosa furtiva, ya que tiene facultades para ello. También señala el texto que tanto el *curator furiosi* como el tutor podrán recobrar la cosa hurtada accionando mediante la *condictio*. La diferencia entre uno y otro fragmento radica en que en el primero se indica que el tutor realiza un *furtum*, por lo que no está actuando como tal, ya que, dentro de las facultades de administración, no se encuentra la sustracción de bienes, mientras que en el segundo el tutor actuando como tal en ejercicio de sus funciones *loco domini* recupera una cosa hurtada. Juliano se centra en determinar las facultades del tutor-gestor, si puede transigir con el ladrón la devolución de la cosa hurtada y lo compara -pues dice que lo mismo sucede- con el *curator furiosi*. Y concluye diciendo que ambos pueden utilizar la *condictio* para recuperar la cosa hurtada.

D. 47, 2, 57, 4 *Iul. 22 dig.*

*Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest et, si in potestatem suam redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse, quia tutor domini loco habetur. sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur. condicere autem rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt*⁸⁷.

La divergencia entre el primer texto, D.41,4,7,3 *Iul. 44 dig.* con el tratado en el apartado de las limitaciones de la buena fe, D. 26, 7, 12, 1 *Paul. 38 ad ed.* es clara. No es lo mismo una transmisión fraudulenta (*furtum*) en la cual la enajenación no es válida, no por la *iusta causa* sino porque la *res* no es *habilis* y por tanto nunca puede haber usucapión por parte del adquirente, que la enajenación dolosa del final de D. 26, 7, 12, 1 *Paul. 38 ad ed.*. En este último caso el problema lo encontramos en la *traditio* y aunque

⁸⁶ Si el tutor hubiere hurtado, y vendido, una cosa del pupilo, no tiene lugar la usucapión antes que la cosa vuelva a poder del pupilo; porque el tutor es considerado en calidad de dueño de las cosas del pupilo cuando administra la tutela, no cuando despoja al pupilo.

⁸⁷ El que administra la tutela puede transigir con el ladrón; y si hubiere hecho volver a su poder la cosa hurtada, deja de ser hurtada, porque el tutor es considerado en lugar del dueño. Pero lo mismo se ha de decir también en cuanto al curador del furioso, quien de tal modo representa la persona del dueño, que se considera que también entregando una cosa del furioso la enajena. Mas el tutor y el curador del furioso pueden reclamar por la condictión a nombre de ellos la cosa hurtada.

la enajenación tampoco es válida sí que se puede subsanar mediante la usucapión y también el sometido a tutela puede reivindicar la cosa.

Tanto en D. 41, 4, 7, 3 *Iul. 44 dig.* como en D. 26, 7, 12, 1 *Paul. 38 ad ed.* se refieren a la compraventa, por lo que siempre hay que tener en cuenta el régimen protector hacia el *bona fidei emptor*.

El tercer fragmento que presentamos es de Ulpiano extraído de los comentarios al edicto, nos plantea una cuestión dudosa ya que según nos dice el mismo jurista ha sido objeto de *ius controversum*.

D. 44, 4, 4, 23 *Ulp. 76 ad ed.*

*Illa etiam quaestio ventilata est apud plerosque, an de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat. et ego puto utilius, etsi per eas personas pupillis favetur, tamen dicendum esse, sive quis emerit a tutore rem pupilli sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere, nec illud esse distinguendum, cautum sit ei an non, solvendo sit an non tutor, dummodo rem administret: unde enim divinat is, qui cum tutore contrahit? plane si mihi proponas collusisse aliquem cum tutore, factum suum ei nocebit.*⁸⁸

Se pregunta si a un pupilo que está reclamando judicialmente contra los que adquirieron algún bien de su tutor, se le puede oponer la excepción de dolo. El jurista establece un principio informador, “la actuación de los tutores es para el beneficio de los pupilos” pero entiende que se puede oponer la excepción de dolo, bien cuando se ha producido una compraventa -este es el caso más claro pues se tiende a proteger al comprador de buena fe-; bien cuando ha contratado con él sobre alguna cosa del pupilo -podría tratarse de un arrendamiento y que el pupilo estuviera reclamando la posesión de la cosa-; o bien, se ha producido alguna actuación del gestor con dolo, pero esta actuación ha ocasionado un enriquecimiento al pupilo, generándole un beneficio. Sigue diciendo Ulpiano que para solucionar estos problemas no se ha de tener en cuenta si el tutor es o no solvente, en el sentido de si ha prestado garantía al aceptar el cargo, sin embargo, lo que es imprescindible es que el tutor que tenga la administración de los bienes del pupilo.

Ulpiano persigue con su solución la protección del tráfico jurídico, la administración de los tutores se puede tener en cuenta por los contratantes, porque puede resultar

⁸⁸ También se ventiló por muchos la cuestión de si deberá perjudicarle al pupilo que litiga la excepción del dolo del tutor. Y yo creo que es más conveniente, que, aunque por medio de estas personas se favorece a los pupilos, se ha de decir, sin embargo, qué si alguno hubiere comprado al tutor alguna cosa del pupilo, o si con aquél se hubiera contratado para cosa del pupilo, o si el tutor hubiere hecho algo con dolo, y por virtud de él se hizo más rico el pupilo, debe perjudicarle al pupilo. Y no se ha de distinguir si se le haya dado, o no, caución, si es, o no solvente el tutor, con tal que administre los bienes; porque ¿cómo lo adivina el que contrata con el tutor? Y ciertamente qué si me dijeras que alguno hizo colusión con el tutor, le perjudicará su propio hecho.

indudable si un tutor se ocupa o no de los asuntos del pupilo. En cambio, no resulta tan evidente si el tutor ha prestado o no caución o si es o no solvente.

Es decir, las enajenaciones y negocios realizados por el tutor, incluso si hay dolo por su parte pero supongan un enriquecimiento para su pupilo -entendemos que ésta última cuestión es aceptada por algunos juristas entre los que se cuenta Ulpiano, pero no todos-, son válidas y el pupilo será rechazado en su reclamación con una excepción de dolo. Vemos una muestra de la protección del tráfico jurídico sancionando conductas de enriquecimiento injusto y admitiendo la *exceptio doli* contra el pupilo.

La excepción es que el tutor y el adquirente estén en connivencia, en este caso, al adquirente le perjudicará su propio acto y se sobreentiende que no se podrá interponer la excepción de dolo al pupilo que podrá recobrar el bien transmitido.

SANSON indica acertadamente que se admite una *exceptio doli* y no una *exceptio rei vendita et traditae* que implicaría la validez de la enajenación. También sostiene la autora que en D.44,4,4,23, la posibilidad de accionar con la *exceptio doli* depende de que el pupilo se haya enriquecido o no. Se introduce como hemos visto, una cuestión dudosa (*puto putem*) y Ulpiano se inclina por una solución afirmativa, siempre que se haya enriquecido con la transmisión. Nosotros creemos que esta última afirmación no es exacta ya que Ulpiano distingue tres supuestos, compraventa, otros negocios y contratos, y si con el dolo del tutor se hubiese enriquecido, desde nuestro punto de vista sólo en esta tercera opción se exigiría el enriquecimiento.

Vamos a terminar con otro texto de Ulpiano, en este caso procedente de sus comentarios a Sabino.

D. 47, 2, 33, 0 *Ulp. 41 ad Sab.*

Tutor administrationem quidem rerum pupillarium habet, intercipiendi autem potestas ei non datur: et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest. sed et furti actione tenetur, quamvis et tutelae agi cum eo possit. quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adulescentis ceterisque curatoribus.

El jurista comienza con un enunciado que no le presenta dudas, el tutor tiene la administración de las cosas del pupilo, y a continuación pretende determinar hasta dónde puede llegar la facultad de administración del tutor, y la primera delimitación que hace se refiere al *furtum*. El tutor no se puede apropiarse de las cosas como propias, si lo hace con intención fraudulenta comete hurto y al tratarse de una *res non habilis* no puede ser usucapida, por mucho que el adquirente sea un comprador de buena fe. Coincide en este sentido con lo manifestado en el primer texto por Juliano. El tutor responderá bien por la *actio furti*, o bien al terminar la tutela por la propia acción de la tutela. El texto termina extendiendo el contenido al curador del menor y demás curadores. Sorprende un poco esta referencia puesto que quien se suele comparar con

el tutor es el *curator furiosi*, no el del menor; la referencia a los demás curadores adolescentes parece un añadido demasiado generalizador probablemente justiniano.

En D.41,4,7,3 se produce un hurto, lo que conlleva que nunca va a darse la usucapión y se otorgará al pupilo la posibilidad de accionar mediante la Acción Reivindicatoria; mientras en D.44,4,4,23 podemos apreciar dolo, por lo que si será posible la usucapión, se otorgará la posibilidad de accionar mediante la Acción Reivindicatoria siempre que no se haya consumado la usucapión y también se podrá interponer al excepción de dolo.

En una constitución de la época de Diocleciano se encuentra reafirmado los principios que se han mantenido en este apartado (C. 5, 37, 16, 0 *Diocl./Maxim. AA. et CC. Proculo*)⁸⁹ sin embargo debemos interpretarla a la luz de la *Oratio Severi*, que continuará la evolución que hemos examinado

11.-PROHIBICIÓN DE ENAJENAR: LA ORATIO SEVERI ⁹⁰

La capacidad de enajenación de tutores sufre una limitación sustancial en el año 195 d.C., cuando un Senadoconsulto dado bajo el emperador Septimio Severo prohibió a los tutores enajenar y pignorar fundos rústicos y suburbanos, sin la autorización del pretor urbano o del Príncipe.

D. 27, 9, 1, 0 *Ulp. 35 ad ed.*

Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere.

Quae oratio in senatu recitata est Tertullo et Clemente consulibus idibus Iuniis et sunt verba eius huiusmodi: " Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus aedeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si

⁸⁹ C. 5, 37, 16, 0 *Diocl./Maxim. AA. et CC. Proculo Non omni titulo rerum pupilli potestatem alienandi tutores habent, sed administrationis tantum causa distrahentes, quae venum eis dare licet, iustam causam possidendi comparantibus praestant. cum itaque donare nulla ratione res eorum quorum administrant negotia potestatem habent, vindicare dominium a possidentibus non prohiberis. <a. 293 s. x k. Mai. Heracliae AA. cons.>*

Los mismos Augustos y Césares a Próculo.- Los tutores no tienen facultad para enajenar por todo título bienes del pupilo, sino que solamente enajenando por causa de su administración lo que les es lícito vender, dan a los que lo compran justa causa para poseer. Y así, como no tienen facultad para donar por ninguna razón bienes de aquellos cuyos negocios administran, no se le prohíbe que reivindique de los que los poseen el dominio.

⁹⁰ BISCARDI, Arnaldo "L'Oratio Severi e il divieto di obligare" Studi in Onore di Giuseppe Grosso. Torino 1970 pp 247 y ss *Oratio Severi de praediis pupillorum*. "La data dell'oratio e del relativo senadoconsulto, 13 giugno ci permette di attribuire il provvedimento al solo Settimio Severo"

creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum cseo".⁹¹

En el inicio del fragmento queda perfectamente datada la norma,⁹² a continuación entra en el fondo de la cuestión diciendo que prohibirá las enajenaciones salvo que los padres de los que precisan soporte lo hubiesen expresamente manifestado en su testamento o codicilo. En el caso de que las deudas del sujeto a potestad sean tan importantes, que no se pueden saldar de algún otro modo, entonces se debe acudir al pretor urbano, para que sea él el que aprecie lo que se debe vender y/o hipotecar. Se debe reservar al sometido a potestad una acción para el caso de que el pretor fuese objeto de engaño. El procedimiento para solicitar la autorización para enajenar es el mismo, tanto si el bien es objeto de cotitularidad, -y el otro propietario pidiera la división al sometido a potestad- como si un acreedor pignoraticio, pidiera la realización de su derecho.

Nos encontramos con la culminación de este proceso de restricción de las facultades de enajenación de los tutores y curadores, esta paulatina limitación ya se había producido a través de la jurisprudencia y de diversas disposiciones imperiales. A partir de la *Oratio Severi*, cuando se incumple el procedimiento de autorización necesario, la imposibilidad de acudir a la usucapión es objetiva.

La *Oratio Severi* tiene un tenor imperativo, delimita claramente los supuestos en los que se aplica: se prohíbe la venta a los tutores -de los bienes citados-, salvo autorización del pretor; Las exclusiones son: los casos en que la venta estaba prevista por el *pater* en su testamento, y el caso de las ventas forzosas (a consecuencia por ejemplo de la interposición de una acción divisoria de la cosa común). En todo caso la autorización para enajenar por parte del pretor sólo se daba después de una investigación motivada por necesidad, como por ejemplo el pago de deudas⁹³.

⁹¹ En virtud de un discurso en el senado del emperador Septimio Severo se prohíbe que los tutores y curadores vendan los predios rústicos o suburbanos. El cual discurso se leyó en el Senado siendo cónsules Tértulo y Clemente en el año 195 d.C. en los idus de junio y dice así: Por lo demás señores senadores prohibiré a los tutores y curadores que vendan los predios rústicos y suburbanos, a no ser que así lo hubiesen previsto los padres en su testamento o codicilo. Y si acaso las deudas del pupilo ascienden a tanto que no pueden pagarse con el resto de los bienes, entonces, acúdase al pretor urbano, varón excelentísimo, quien deberá apreciar con su criterio lo que se puede enajenar o hipotecar, reservándose al pupilo una acción por si luego pudiera probarse que el pretor fue objeto de engaño. Si la cosa es común y el socio del pupilo pidiera la división, o si un acreedor de su padre que recibió el predio en prenda exigiera realizar su derecho, dispongo que en nada se altere el derecho anterior.

⁹² Siendo cónsules Tertulo y Clemente, año 195 a.C. en los idus de junio

⁹³ El procedimiento para enajenación de bienes de las personas que precisan soporte de la actualidad se rige por el mismo principio de necesidad, también en Catalunya incluye la posibilidad de excluir los bienes testados de la necesidad de autorización. Así, en art.222.43.2 CCCat. indica que no es precisa la autorización judicial con relación a los bienes adquiridos por donación o a

Ha sido una cuestión controvertida si la prohibición se aplicaba únicamente a la enajenación de fundos o bien si también prohibía constitución de garantías reales sobre los mismos, especialmente la pignoración.⁹⁴

En una muestra más de evolución paralela a la tutela, el régimen de la *Oratio Severi* se extendió también a los curadores⁹⁵ (*cura minorum, cura furiosu, cura prodigi*).

En conclusión, en caso de no cumplirse las previsiones prescritas en la *Oratio Severi*, la venta es nula y por tanto no se puede subsanar incoando la usucapión, ya exista buena o mala fe.

12. CONCLUSIONES

En la época arcaica la *gestio* o *negotiorum gestio* realizada por tutores y curadores implicaría actos de disposición, ya que como indica Bonfante, se trataba de una gestión dominical, no de una gestión representativa. De manera que el tutor adquiriría no para el pupilo sino para sí y asumiendo ellos las obligaciones *domini loco habetur*. Sólo al final de la tutela estará obligado a transferir los bienes y créditos adquiridos en la gestión. Con el tiempo esta primitiva gestión dominical desaparece, y la actividad se reconduce a una *administratio*, aunque sigue manteniendo este contenido tan amplio, permitiendo un amplio margen de actuación al tutor.

Nuestro estudio se centra en la jurisprudencia clásica, y observamos un proceso de limitación de las facultades dispositivas de tutores y curadores; asimismo se hará hincapié en la progresiva atribución de responsabilidad a los mismos. No existirá la gestión dominical arcaica pero el tutor-gestor seguirá manteniendo facultades parecidas al *dominus* (*D. 26, 7, 27, 0 Paul. 7 ad Plaut.*, *D. 43, 24, 11, 7 Ulp. 71 ad ed.*, y *D. 50,17,157 Ulp 71 ad Ed*).⁹⁶

título sucesorio si el donante o el causante la han excluido expresamente. Debido a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el Libro II del CCCat. será objeto de una exhaustiva revisión legislativa.

⁹⁴ Ver por todos BISCARDI, Arnaldo "L'Oratio Severi e il divieto di obligare" Studi in Onore di Giuseppe Grosso. Torino 1970 pp 264 y ss "Cadono così, ad uno ad uno, gli argomenti addotti per sostenere la tesi abbastanza diffusa che il divieto di obligare non sarebbe stato originariamente compreso, accanto a quello di alienare nella oratio Severi de praedis pupillorum" y "Tuttavia sembra che noi abbiamo già a questo punto acquisito una più che sufficiente quantità di dati non soggetti a contestazione per difendere concludendo, la classicità del divieto di obligare nel testo stesso della disputada oratio Severi"

⁹⁵ CERVENCA "Studi sulla cura minorum". L'estensione ai minori del regime della Oratio Severi en BIDR 82, 1979 pág. 69 y 93 "Mi sembra si possa accogliere la tesi per cui, già all'epoca in cui scriveva questo giureconsulto, le disposizioni limitative dell'Oratio Severi venivano interpretate nel modo più ampio: fra i curatores nominatio nell'Oratio vengono ricompresi sia quelli dei minori, sia in base allo spirito della statuizione, tutti gli altri curatori." El estudio de Cervenca supera las posiciones defendidas por Solazzi, Albertario (entre otros), y matiza la defendida por Lenel.

⁹⁶ *D. 26, 7, 27, 0 Paul. 7 ad Plaut. Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.*

12.1. La circunstancia decisiva para determinar la capacidad de actuación de tutores y curadores es precisamente la atribución o no de la facultad de gestión. (D. 26, 7, 48, 0 Hermog. 1 iuris epit⁹⁷; D. 12, 2, 17, 2 Paul. 18 ad ed.)⁹⁸

La gestión delimitará también la responsabilidad de tutores y curadores, ya que la *actio tutelae* se concedía únicamente contra los tutores que efectivamente administraron. La no gestión en principio no conllevaba riesgo ninguno para el tutor; para evitar esta injusticia se acudiría a una acción útil. (D. 46, 6, 4, 3 *Ulp. 79 ad ed.*)⁹⁹.

Con la regulación de la tutela dativa, se consiguió en gran medida solucionar el problema pues el magistrado obligaba a la asunción de la tutela y así convertía a un tutor no gerente en un tutor gerente, pero el remedio definitivo para evitar la inactividad de la administración de los tutores fue la aplicación del principio del *suo periculo cessat*, que fue aplicado por los cónsules, desde la época de Claudio, pronunciando caso por caso en el nombramiento. Marco Aurelio -que instituyó el *praetor tutelaris*- sancionó como

El tutor que gestiona la tutela debe ser tenido como propietario en cuanto respecta al cuidado del patrimonio

D. 43, 24, 11, 7 *Ulp. 71 ad ed. An ignoscitur servo, qui obtemperavit tutori aut curatori? nam ad quaedam, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his, qui vice dominorum sunt, obtemperaverint. quod et in hoc casu admittendum est.*

¿Se perdonará acaso al esclavo que obedeció al tutor o al curador, -puesto que en ciertas cosas que no contienen la atrocidad de un delito o de un crimen se perdona a los esclavos si hubieren obedecido a sus dueños, o a los que hacen las veces de sus dueños-? Lo que también se ha de admitir en este caso

⁹⁷ D. 26, 7, 48, 0 *Hermog. 1 iuris epit. Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur*

Hay gran diferencia entre el curador del que ha de nacer o el de un patrimonio y el de un loco, pródigo o el del pupilo, porque a estos se les encarga de la administración de los bienes, mientras que a los dos primeros únicamente de su custodia y de la venta de los bienes que puedan deteriorarse.

⁹⁸ D. 12, 2, 17, 2 *Paul. 18 ad ed. Si tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam et alienare res et solvi eis potest et agendo rem in iudicium deducunt*

Si el tutor que administra la tutela, o el cuidador de un loco, o de un pródigo, hubiere deferido el juramento, éste debe ser considerado válido; porque pueden enajenar los bienes; se les puede pagar a ellos, y ejercitando una acción, deducen la cosa en juicio.

⁹⁹ D. 46, 6, 4, 3 *Ulp. 79 ad ed. Sed enim qui non gessit, omnino non tenebitur: nam nec actio tutelae eum qui non gessit tenet, sed utili actione conveniendus est, quia suo periculo cessavit: et tamen ex stipulatu actione neque ipse neque fideiussores eius tenebuntur. compellendus igitur erit ad administrationem propterea, ut stipulatione quoque ista possit teneri.*

Pero el que no administró no estará de ningún modo obligado; porque la acción de tutela no obliga al que no administró, si bien éste ha de ser demandado con la acción útil, porque a su riesgo dejó de administrar; y, sin embargo, ni él ni sus fiadores estarán obligados por la acción de lo estipulado. Así, pues, deberá ser compelido a administrar, a fin de que pueda estar obligado también por esta estipulación.

norma que fueran considerados responsables todos los tutores que no gestionasen el patrimonio, si no habían hecho valer sus excusas para aceptar el cargo en el plazo de 50 días. De esta manera el sometido a tutela estaba protegido y de otra, la asunción efectiva de la tutela se convierte por primera vez en obligatoria para los tutores testamentarios, dativos y también legítimos.

Desde este momento los tutores *cessans* soportan el riesgo de su inactividad, el *periculum cessationis*. (D. 46, 6, 4, 3 *Ulp. 79 ad ed* y D. 26, 7, 5, 3 *Ulp. 35 ad ed.*). A partir de Marco Aurelio, los tutores cesantes si no intervienen en la gestión pupilar lo hacen a su riesgo.

En caso de varios co-tutores sólo es válida la enajenación hecha por el que tiene atribuido esta facultad de administración. Pero si el comprador desconociera esta circunstancia y pensare que el cotutor ¹⁰⁰ que le estaba vendiendo un bien, tenía atribuida la administración, entonces se incoaba la usucapión.

Para responsabilizar a tutores y curadores se expandió el concepto de *genere* (D. 26, 7, 5, 1 *Ulp. 35 ad ed.* y D. 26, 7, 5, 3 *Ulp. 35 ad ed.*) ¹⁰¹ de esta manera se obtenía una aplicación extensiva de la *actio tutelae*. Incrementando los supuestos en que se incurre en administración, se aumentan los supuestos en los que se puede enajenar bienes de los tutelados por parte de tutores y curadores.

¹⁰⁰ También se admite en el caso de los protutores D. 27, 5, 2, 0 *Cels. 25 dig.*

Si is, qui pro tutore negotia gerebat, cum tutor non esset, rem pupilli vendidit nec ea usucapta est, petet eam pupillus, quamquam ei cautum est: non enim eadem huius quae tutoris est rerum pupilli administratio. Si el que administraba los negocios como tutor, no siendo tutor,

vendió alguna cosa del pupilo, y esta no fue usucapida, la pedirá el pupilo, aunque se le haya dado acción; porque no es la misma la administración de este, que la del tutor de los bienes del pupilo. La diferencia fundamental es que los protutores no tienen atribuida la administración de la cosa.

¹⁰¹ D. 26, 7, 5, 1 *Ulp. 35 ad ed. Gessisse autem videtur tutor, qui quid omnino pupillare attigit etiamsi modicum, cessantque partes eorum, qui solent cessantes cogere administrare.*

Se considera que administró el tutor que de alguna manera intervino en el patrimonio pupilar aunque fuera mínimamente; cesa entonces el deber de los que han de obligar a administrar a los tutores inactivos.

D. 26, 7, 5, 3 *Ulp. 35 ad ed. Quod si quis tutelam mandaverit gerendam gesta que fuerit ab eo cui mandatum est, locus erit tutelae actioni: videtur enim gessisse qui per alium gessit. quod si non accessit is cui mandatum est, utili actioni convenitur.*

Si alguno hubiera mandado que se administrase la tutela y hubiera sido administrada por su mandatario, tendrá lugar la acción de la tutela, porque se considera que administró el que lo hizo por intermediario; pero si el mandatario no entró en funciones puede ser demandado con la acción útil de la tutela

Si la falta de gestión ha sido debida al error de creerse excusado para la tutela, no procede la acción útil y si en cambio la falta de gestión es por malicia, debemos entender que sí procedería la acción (D. 27, 1, 37, 1 *Scaev. 2 resp*)¹⁰²

En el caso de que existan co-tutores, si el co-tutor no gestor acepta la fianza del gestor, y le deja administrar queda obligado *in solidum* y no puede utilizar para defenderse las constituciones que indican que se demande primero al que gestionó (D. 26, 7, 55, 2 *Tryph. 14 disp.*).¹⁰³

12.2. Limitación para enajenar: Potestas alienandi

La *potestas alienandi* o poder para enajenar faculta a las personas que prestan soporte para vender, con efectos obligatorios, y para realizar la *traditio*¹⁰⁴ en nombre ajeno.¹⁰⁵

No sólo es preciso que estemos ante un tutor-gestor, es necesario que este actúe como tal sin extralimitarse y sin buscar el propio interés. En D. 27, 10, 10, 1 *Ulp. 16 ad ed.*¹⁰⁶ se compara dos supuestos, un primer caso en el que el curador de una persona que sufre enfermedad mental entrega una cosa suya, para algún asunto del sometido a

¹⁰² D. 27, 1, 37, 1 *Scaev. 2 resp. Item quaero, si adquevisset sententiae, an ob id, quod non gessit tutelam, utilis actio in hunc dari debeat. respondi, si errore potius (quod se pro iure trium liberorum, quod allegabat, excusatum crederet) quam malitia ab administratione cessasset, utilem actionem non dandam.*

Preguntó también: si hubiera aceptado el decreto y por eso no administró la tutela ¿deberá darse acaso una acción útil contra él? Respondí: si abandono la administración no por malicia sino antes bien por error (al creerse excusado por el hecho de tener tres hijos que alegaba), no debe darse contra él acción útil.

¹⁰³ D. 26, 7, 55, 2 *Tryph. 14 disp. Non solum ergo gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram eique permisit administrationem totius tutelae, nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent ante conveniri eum qui gessit.*

Por tanto, se entiende que administró la tutela, no sólo el que mandó a otro que la gestionase sino también el que recibió de su co-tutor la fianza de que quedaría a salvo el patrimonio del pupilo y le permitió la administración de toda la tutela; y no puede valerse para su defensa de las constituciones que disponen que sea demandado primero el que gestionó.

¹⁰⁴ En algunos casos se consideró discutible la posibilidad de realizar *mancipatio* e *in iure cessio* por parte del curador, sin embargo, al final se consideró que era posible salvo, en el caso del *pignus* según BURDESE.

¹⁰⁵ SOLAZZI, Siro *Scritti di diritto romano*. Napoli. 1972. VI El autor entiende que en virtud del texto gayano y de D.27,10,12 (Marc 1 dig) se constata que no se prohibía la alienación al curador del furioso. Pag 586

¹⁰⁶ D. 27, 10, 10, 1 *Ulp. 16 ad ed. Curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit et dominium transferre: rem vero furiosi si quasi suam tradat, dicendum, ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit*

El curador del furioso podrá entregar una cosa verdaderamente suya como siendo del furioso, y transferir el dominio; pero si entregara una cosa del furioso, como suya propia, se ha de decir, que no transfiere el dominio, porque no la entregó siendo gestor de negocios del furioso.

potestad, circunstancia que comportar la transmisión de la propiedad y en el segundo planteado, el curador de la persona con enfermedad mental entrega una cosa de éste, pero como si fuera suya, y para sus propios asuntos; el resultado es distinto ya que el jurista mantiene que en este caso no se produce transmisión de la propiedad, porque no entregó la cosa en concepto de administrador de éste, si no en su propio interés. No hay error se trata de un caso de enajenación a sabiendas en ambos casos, en el primero de que se está entregando una cosa propia, y en el segundo de que se está entregando una cosa que no es propia para cancelar una deuda propia.

En el segundo caso, el curador realmente no está actuando como tal, el mismo texto lo aclara *quia non furiosi negotium gerens tradidit*, falta por tanto el requisito de la *potestas alienandi*. No es necesario acudir a otras consideraciones, como los intereses o la *bona fides*. No transfiere la propiedad, pero entendemos que sí que transmite la posesión, el adquirente podría ser poseedor de buena fe si se tratara de una compraventa, por lo que se podría incoar la usucapión del poseedor de buena fe. Esta interpretación vendría confirmada en *D. 50, 16, 109, 0 Mod. 5 pand*¹⁰⁷ -que se refiere explícitamente a la compraventa-.

Recapitulando, en las fuentes se asimilan las posibilidades de actuación de los tutores y de ciertos curadores (*furiosi vel prodigi*) en cuanto a la enajenación onerosa (compraventa) de bienes de sus pupilos, partiendo de la premisa de que debe existir una administración o gestión del patrimonio de los mismos y que los tutores/curadores deberán actuar como tal. Sin embargo la falta de *potestas alienandi* podría ser subsanada e incoarse la usucapión.

12.3. Limitaciones a la enajenación en función de los intereses del curatelado

La jurisprudencia cautelar, concretamente, Juliano valora los intereses de la persona sujeta a una medida de soporte para decidir sobre la enajenación de bienes por parte del curador superando de esta manera una visión estrictamente formal (*D. 27, 10, 7, 1 lul. 21 dig*)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ *D. 50, 16, 109, 0 Mod. 5 pand.*

" *bonae fidei emptor*" esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

Se considera que es comprador «de buena fe» el que ignoró que la cosa era ajena, o creyó que el que la vendió tenía derecho para venderla, por ejemplo, que era procurador o tutor.

¹⁰⁸ *D. 27, 10, 7, 1 lul. 21 dig.*

Curator dementi datus decreto interposito, uti satisdaret, non cavet et tamen quasdam res de bonis eius legitimo modo alienavit. si heredes dementis easdem res vindicent, quas

La cuestión que se plantea realmente es, si los herederos de la persona sujeta a curatela, pueden reivindicar las mismas cosas que el curador transmitió. Se deduce del texto que los adquirentes podrán oponer la excepción “si el curador no las hubiere vendido”, es decir haciendo referencia a la especial protección de la compraventa como prototipo de los contratos de buena fe, que se le presupone al poseedor de las cosas vendidas (*bonae fidei emptor*) y a la capacidad para enajenar del curador/tutor que hemos ido poniendo de manifiesto. Los herederos a su vez podrían responder con una *replicatio* “alegando que el curador las había vendido, pero no había prestado la garantía que se establecía en el decreto”. El jurista concluye que si el curador empleó el precio recibido en pagar a los acreedores de la persona que padece enfermedad mental, la protección del interés del pupilo se impone frente al defecto de forma, dictaminando la validez de la transmisión.

El jurista tiene en cuenta los intereses del curatelado/tutelado superando las objeciones formales: el curador empleó el precio de la venta en el pago a los acreedores del *furiosus*¹⁰⁹ este pago a los acreedores justifica la enajenación ya que persigue directamente la protección del tutelado/curatelado.

12.4. Limitaciones en la enajenación: la buena fe; el Rescripto de Trajano y Adriano: D. 26, 7, 12, 1 Paul. 38 ad ed.

Otro hito en el proceso de delimitación en las facultades de enajenación de tutores y curadores viene señalado, por un rescripto del tiempo de los emperadores Trajano y Adriano, en el cual se exige a los tutores no sólo una verdadera administración, si no también, buena fe (D. 26, 7, 12, 1 *Paul. 38 ad ed.*)¹¹⁰ que como en el caso anterior, se impondría frente a dificultades formales.

curator alienavit, et exceptio opponetur "si non curator vendiderit", replicatio dari debet "aut si satisfatione interposita secundum decretum vendiderit". quod si pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli tutos possessores praestabit

Un curador nombrado para un demente, habiendo mediado decreto, a condición de que diese

caución, no la dió, y sin embargo enajenó en legítima manera algunas cosas de los bienes de aquél; si los herederos del demente reivindicaran las mismas cosas que el curador enajenó, y se opusiere la excepción «si el curador no las hubiere vendido,» se debe dar la réplica, «o si las hubiere vendido habiéndose interpuesto fianza conforme al decreto;» pero si habiendo recibido el precio pagó el curador a los acreedores del furioso, la tríplica de dolo dará seguridad a los poseedores.

¹⁰⁹ La preeminencia de este principio “si con el precio se pagan las deudas” se pone de manifiesto constantemente en la jurisprudencia, el pago de las deudas además de ser un acto positivo para el sometido a la medida de apoyo, lo es también para sus herederos que si pudiesen reivindicar, obtendrían un enriquecimiento injusto.

¹¹⁰ D. 26, 7, 12, 1 *Paul. 38 ad ed. Quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Traiani et Hadriani: et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest: nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur, nemine scilicet emente. nec interest,*

El jurista razona con criterios prácticos, si no existe una confianza en el tráfico jurídico, -en las compraventas- la inseguridad va a ser perjudicial para los intereses patrimoniales de los tutelados ya que nadie se arriesgaría a negociar con tutores. Lo que determina la validez o no de la transmisión es el criterio de la buena o mala fe del tutor/curador. En realidad, lo que se protege de forma inmediata con la introducción del criterio de la buena fe, es la confianza en el tráfico jurídico y de forma mediata se preservan los intereses de la persona que precisa un soporte.

Si el tutor enajena los bienes (administrándolos de buena fe) la enajenación sería válida, aunque faltasen requisitos formales, como la prestación de garantías por parte del tutor/curador. Se negaría la reivindicación del pupilo y el adquirente podría adquirir la propiedad civil en su caso, mediante la usucapión.

12.5. Limitaciones en la enajenación: el *furtum*

Nunca se considerará válida la enajenación por parte de tutores y curadores, de cosas hurtadas, *res furtivae*, ni podrá ser subsanada la transmisión mediante usucapión (D. 41, 4, 7, 3 *lul. 44 dig*)¹¹¹. Sin embargo, la delimitación de los supuestos realizada por los juristas romanos nos proporciona información interesante que sirve para precisar la capacidad de actuación de tutores y curadores.

En D. 41, 4, 7, 3 *lul. 44 dig*¹¹² nos muestra que el tutor actuando como tal *loco domini*, puede reintegrar al patrimonio de su protegido una cosa furtiva, ya que tiene facultades

tutor solvendo fuerit nec ne, cum, si bona fide res gesta sit, servanda sit, si mala fide, alienatio non valet.

Lo que el tutor administró de buena fe se tiene por válido en virtud de los rescriptos de Trajano y Adriano, por consiguiente, el pupilo no puede reivindicar una cosa legítimamente enajenada por el tutor, ya que tampoco resultaría útil a los pupilos, toda vez que, si no se respeta la administración de los mismos, nadie querría comprarles nada. No interesa para ello que el tutor sea o no sea solvente, dado que si la cosa se hubiera realizado de buena fe se habrá de respetar lo hecho; si de mala fe, no vale la enajenación.

¹¹¹ D. 41, 4, 7, 3 *lul. 44 dig. Si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat: nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat.*

Si el tutor hubiere hurtado, y vendido, una cosa del pupilo, no tiene lugar la usucapión antes que la cosa vuelva a poder del pupilo; porque el tutor es considerado en calidad de dueño de las cosas del pupilo cuando administra la tutela, no cuando despoja al pupilo.

¹¹² D. 41, 4, 7, 3 *lul. 44 dig. Si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat: nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat.*

Si el tutor hubiere hurtado, y vendido, una cosa del pupilo, no tiene lugar la usucapión antes que la cosa vuelva a poder del pupilo; porque el tutor es considerado en calidad de dueño de las cosas del pupilo cuando administra la tutela, no cuando despoja al pupilo.

para ello (*condictio*). Asimismo, en (D. 47, 2, 57, 4 *lul. 22 dig*)¹¹³ se admite que el tutor-gestor, puede transigir con el ladrón la devolución de la cosa hurtada (comparándolo explícitamente con el *curator furios*) y concluye diciendo que ambos pueden utilizar la *condictio* para recuperar la cosa hurtada.

La diferencia entre D. 41, 4, 7, 3 *lul. 44 dig* frente a D. 41, 4, 7, 3 *lul. 44 dig* y D. 47, 2, 57, 4 *lul. 22 dig* radica en que en el primero fragmento se indica que el tutor realiza un *furtum*, por lo que no está actuando como tal, ya que, dentro de las facultades de administración, no se encuentra la sustracción de bienes, mientras que en el segundo y tercer texto el tutor actúa como tal en ejercicio de sus funciones *loco domini*.

Ulpiano nos plantea una cuestión dudosa ya que según nos dice el mismo jurista ha sido objeto de *ius controversum*. En D. 44, 4, 4, 23 *Ulp. 76 ad ed.*¹¹⁴ se cuestiona si a un pupilo que está reclamando judicialmente contra los que adquirieron algún bien de su tutor, se le puede oponer la excepción de dolo. El jurista establece un principio informador, “la actuación de los tutores es para el beneficio de los pupilos” pero entiende que se puede oponer la excepción de dolo al pupilo, bien cuando se ha producido una compraventa -este es el caso más claro pues se tiende a proteger al comprador de buena fe-; bien cuando ha contratado con el tutor sobre alguna cosa del pupilo -podría tratarse de un arrendamiento y que el pupilo estuviera reclamando la posesión de la

¹¹³ D. 47, 2, 57, 4 *lul. 22 dig. Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest et, si in potestatem suam redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse, quia tutor domini loco habetur. sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur. condicere autem rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt*

El que administra la tutela puede transigir con el ladrón; y si hubiere hecho volver a su poder la cosa hurtada, deja de ser hurtada, porque el tutor es considerado en lugar del dueño. Pero lo mismo se ha de decir también en cuanto al curador del furioso, quien de tal modo representa la persona del dueño, que se considera que también entregando una cosa del furioso la enajena. Mas el tutor y el curador del furioso pueden reclamar por la condición a nombre de ellos la cosa hurtada.

¹¹⁴ D. 44, 4, 4, 23 *Ulp. 76 ad ed. Illa etiam quaestio ventilata est apud plerosque, an de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat. et ego puto utilius, etsi per eas personas pupillis favetur, tamen dicendum esse, sive quis emerit a tutore rem pupilli sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere, nec illud esse distinguendum, cautum sit ei an non, solvendo sit an non tutor, dummodo rem administret: unde enim divinat is, qui cum tutore contrahit? plane si mihi proponas collusisse aliquem cum tutore, factum suum ei nocebit*

También se ventiló por muchos la cuestión de si deberá perjudicarle al pupilo que litiga la excepción del dolo del tutor. Y yo creo que es más conveniente, que, aunque por medio de estas personas se favorece a los pupilos, se ha de decir, sin embargo, qué si alguno hubiere comprado al tutor alguna cosa del pupilo, o si con aquél se hubiera contratado para cosa del pupilo, o si el tutor hubiere hecho algo con dolo, y por virtud de él se hizo más rico el pupilo, debe perjudicarle al pupilo. Y no se ha de distinguir si se le haya dado, o no, caución, si es, o no solvente el tutor, con tal que administre los bienes; porque ¿cómo lo adivina el que contrata con el tutor? Y ciertamente qué si me dijeras que alguno hizo colusión con el tutor, le perjudicará su propio hecho.

cosa-; o bien, se ha producido alguna actuación del gestor con dolo, pero esta actuación ha ocasionado un enriquecimiento al pupilo, generándole un beneficio.

Para decidir sobre la validez de los actos no se ha de tener en cuenta los requisitos formales de si el tutor ha prestado o no garantía, lo fundamental es imprescindible es que el tutor que tenga la administración de los bienes del pupilo.

Ulpiano persigue con su solución la protección del tráfico jurídico, la administración de los tutores se puede tener en cuenta por los contratantes, porque puede resultar indudable si un tutor se ocupa o no de los asuntos del pupilo. En cambio, no resulta tan evidente si el tutor ha prestado o no caución o si es o no solvente.

Si el tutor y el adquirente estén en connivencia, adquirente le perjudicará su propio dolo y el pupilo que podrá recobrar el bien transmitido.

En definitiva, como ya hemos observado, se protege la confianza en el tráfico jurídico que repercutirá en la protección de las personas sujetas a tutela o curatela.

En (D. 47, 2, 33, 0 *Ulp. 41 ad Sab*)¹¹⁵ Ulpiano pretende determinar hasta dónde puede llegar la facultad de administración del tutor, y la primera delimitación que hace se refiere al *furtum*. El tutor no se puede apropiar de las cosas como propias, si lo hace con intención fraudulenta comete hurto y al tratarse de una *res non habilis* no puede ser usucapida, por mucho que el adquirente sea un comprador de buena fe. Coincide en este sentido con lo manifestado en el primer texto por Juliano. El tutor responderá bien por la *actio furti*, o bien al terminar la tutela por la propia acción de la tutela. El texto termina extendiendo el contenido al curador del menor y demás curadores. Sorprende un poco esta referencia puesto que quien se suele comparar con el tutor es el *curator furiosus*, no el del menor; la referencia a los demás curadores adolescentes parece un añadido demasiado generalizador probablemente justiniano.

En D.41,4,7,3 se produce un hurto, lo que conlleva que nunca va a darse la usucapición y se otorgará al pupilo la posibilidad de accionar mediante la Acción Reivindicatoria; mientras en D.44,4,4,23 podemos apreciar dolo, por lo que si será posible la usucapición, se otorgará la posibilidad de accionar mediante la Acción Reivindicatoria siempre que no se haya consumado la usucapición y también se podrá interponer al excepción de dolo.

¹¹⁵ D. 47, 2, 33, 0 *Ulp. 41 ad Sab*.

Tutor administrationem quidem rerum pupillarum habet, intercipiendi autem potestas ei non datur: et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest. sed et furti actione tenetur, quamvis et tutelae agi cum eo possit. quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adulescentis ceterisque curatoribus.

12.6. Prohibición de enajenar: la *Oratio Severi*¹¹⁶

La capacidad de enajenación de tutores sufre una limitación sustancial en el año 195 d.C., cuando un Senadoconsulto dado bajo el emperador Septimio Severo prohibió a los tutores enajenar y pignorar fundos rústicos y suburbanos¹¹⁷, sin la autorización del pretor urbano o del Príncipe. (D. 27, 9, 1, 0 *Ulp. 35 ad ed.*)¹¹⁸

Nos encontramos con la culminación de este proceso de restricción de las facultades de enajenación de los tutores y curadores, esta paulatina limitación ya se había producido a través de la jurisprudencia y de diversas disposiciones imperiales. A partir de la *Oratio Severi*, cuando se incumple el procedimiento de autorización necesario, la imposibilidad de acudir a la usucapión es objetiva.

La *Oratio Severi* tiene un tenor imperativo, delimita claramente los supuestos en los que se aplica: se prohíbe la venta a los tutores -de los bienes citados-, salvo autorización del pretor; Las exclusiones son: los casos en que la venta estaba prevista por el *pater* en su testamento, y el caso de las ventas forzosas (a consecuencia por ejemplo de la interposición de una acción divisoria de la cosa común). En todo caso la autorización

¹¹⁶ Ver supra nota 90 "La data dell'*oratio e del relativo senadoconsulto, 13 giugno ci permette di attribuire il provvedimento al solo Settimio Severo*"

¹¹⁷ Ha sido una cuestión controvertida si la prohibición se aplicaba únicamente a la enajenación de fundos o bien si también prohibía constitución de garantías reales sobre los mismos, especialmente la pignoración. Ver supra nota 94

¹¹⁸ D. 27, 9, 1, 0 *Ulp. 35 ad ed.*

Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere.

Quae oratio in senatu recitata est Tertullo et Clemente consulibus idibus Iunii et sunt verba eius huiusmodi: " Praeterea, patres conscripti, interdica[m] tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum cseo".

En virtud de un discurso en el senado del emperador Septimio Severo se prohíbe que los tutores y curadores vendan los predios rústicos o suburbanos. El cual discurso se leyó en el Senado siendo cónsules Tértulo y Clemente en el año 195 d.C. en los idus de junio y dice así: Por lo demás señores senadores prohibiré a los tutores y curadores que vendan los predios rústicos y suburbanos, a no ser que así lo hubiesen previsto los padres en su testamento o codicilo. Y si acaso las deudas del pupilo ascienden a tanto que no pueden pagarse con el resto de los bienes, entonces, acúdase al pretor urbano, varón excelentísimo, quien deberá apreciar con su criterio lo que se puede enajenar o hipotecar, reservándose al pupilo una acción por si luego pudiera probarse que el pretor fue objeto de engaño. Si la cosa es común y el socio del pupilo pidiera la división, o si un acreedor de su padre que recibió el predio en prenda exigiera realizar su derecho, dispongo que en nada se altere el derecho anterior.

para enajenar por parte del pretor sólo se daba después de una investigación motivada por necesidad, como por ejemplo el pago de deudas¹¹⁹.

En una muestra más de evolución paralela a la tutela, el régimen de la *Oratio Severi* se extendió también a los curadores¹²⁰ (*cura minorum, cura furiosu, cura prodigi*).

En caso de no cumplirse las previsiones prescritas en la *Oratio Severi*, la venta es nula y por tanto no se puede subsanar incoando la usucapión, ya exista administración de los bienes por parte de tutores/curadores, y sin contemplar otros criterios de justicia como la buena o mala fe.

BIBLIOGRAFÍA

ANGELINI, P *Il procurator*. Milano A. Giufré. 1971

ARANGIO-RUIZ, V “*La compravendita in diritto romano*” Napoli 1952; II Napoli 1954

ARCHI G Curatela (Diritto Romano), Scritti di Diritto Romano, vol 1, Milano, 1981

ARCHI, G., *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Milano. Ed. Cedam, 1934

BETTI, Emilio *Esercitazioni romanistiche su casi pratici 1 Anormalità del negozio giuridico*. Padova. 1930

BIONDI en sus *Istituzioni* pag.360 4ªed Milan 1972

BISCARDI, Arnaldo “L’*Oratio Severi* e il divieto di obligare” Studi in Onore di Giuseppe Grosso. Torino 1970

BONFANTE, Pietro Corso di Diritto Romano I Diritto di Famiglia Milano 1963

BURDESE A Lex commissoria nella fiducia nel pignus nella fiducia nel pignus. Torino 1949.

BURDESE, A “Autorizzazione ad alienare in diritto romano” Università di Torino, 1950

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S Discapacidad y Derecho Romano. Reus Editorial. Noviembre 2019

CERVENCA “Studi sulla cura minorum”. L’estensione ai minori del regime della *Oratio Severi* en BIDR 82, 1979

COCH ROURA, N “Sistemas de protección para las personas con enfermedad mental, de las XII Tablas a la nueva reforma de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, referencia especial a la *cura furiosu*” RGDR 37 (2021)

¹¹⁹ Ver supra nota 93

¹²⁰ Ver supra nota 95.

COCH ROURA, Núria “Modificación de la capacidad de obrar: los casos del *Furiosus* y el *Prodigus* de las XII Tablas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” RGDR, N^o. 30, 2018.

COCH ROURA, Núria “La curatela a luz de la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la *cura furiosi*” [La Notaria](#), N^o. 1, 2018. Este artículo también se publicó en RGDR, N^o. 31, 2018

COCH ROURA, N *La forma estipulatoria: una aproximación al lenguaje directo en el Digesto*. Madrid 2017. Dykinson

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A Derecho Privado Romano 11^a edición. Iustel.2022.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Derecho Romano. 6^a edición. Dykinson 2022

FERNANDEZ DE BUJAN, A “La Compraventa” Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje a José Luis Murga. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid 1994.

GUZMAN, A. “Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana” *Ediciones Universidad de Navarra*. Pamplona 1976

KASER, M., *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática jurídica moderna*, Valladolid, 1962,

MARTINEZ DE MORENTÍN, M Lourdes “Tutela y Curatela en derecho romano” RGDR 35. Diciembre, 2020

MARTINEZ DE MORENTÍN, M Lourdes “Régimen jurídico de la prodigalidad: de Roma a la Ley 8/2021 de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.” RGDR 38 (2022)

PEREZ ALVAREZ, María Pilar “La compraventa y la transmisión de la propiedad Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho”. Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, N^o. 14, 2006,

PUGLIESE, G con al collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca.” *Istituzioni di Diritto Romano*”3ed. Torino. G.Giappichelli. 1991.

RANDAZZO, S. “Furor e lucidi intervalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza” *IURA* 2014;XXII Jovene Napoli

SANSON RODRIGUEZ, M^a VICTORIA^a, *La transmisión de la propiedad*. Marcial Pons.1998. pp 100 y ss

SANSON RODRIGUEZ, M^a VICTORIA, Responsabilidad del vendedor por vicios jurídicos en derecho romano y derecho comparado. Problemas que plantea su modernización. RGDR 37 (2021)

SOLAZZI, Siro *Istituti tutelari*. Napoli Jovene 1929

SOLAZZI, Siro *Scritti di diritto romano*. Napoli. 1972. VI

STAGL, J *La vida de los hombres mismos vista desde un lado particular. Ensayos de derecho civil chileno y comparado*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021

VARELA MATEOS, Esteban “*De contutoribus*. Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho Romano” Universidad Autónoma de Madrid. 1979

VARELA, Esteban Consideraciones sobre la historia de la tutela testamentaria en Fundamentos de derecho sucesorio actual. Marcial Pons; Colegio Notarial de Catalunya. 2018

ZIMMERMANN, R. *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press.