

NOTAS ACERCA DE LA RETRIBUCION E INDEMNIZACION AL TUTOR *

SUMARIO.—I. *Introducción.*—II. *La retribución al tutor.*—III. *Bases del arbitrio judicial.*—IV. *Indemnización por daños y perjuicios sufridos por el tutor.*—V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Al reflexionar acerca de la protección de los derechos de menores e incapaces, parece evidente la necesidad de hacer una referencia a la institución que, precisamente, está destinada a la guarda de la persona y bienes de aquellos cuando no están sometidos a la patria potestad: la tutela; y si se tiene en cuenta la reciente reforma de nuestro Código civil en dicha materia, parece quedar justificada una atención preferente a los problemas planteados por la protección de los derechos de menores e incapaces sometidos a tutela.

No es, sin embargo, intención del autor realizar en las páginas que siguen un estudio completo y sistemático de institución tan compleja como la tutela; ni siquiera se pretende exponer los aspectos más sobresalientes o llamativos de la reciente reforma experimentada en esta materia por el Código civil. La finalidad del presente trabajo es, como indica su título, mucho más modesta: se trata de realizar algunas refle-

* Las siguientes páginas constituyen básicamente la comunicación presentada al I Congreso Jurídico Nacional de Derecho Civil sobre *La tutela de los derechos del menor* (Córdoba, 28-31 de marzo de 1984), bajo el título «Algunas reflexiones acerca de la retribución e indemnización al tutor en la nueva regulación de la tutela», con algunas modificaciones para su publicación en *Anales de Derecho*.



xiones sobre la retribución e indemnización al tutor en la nueva regulación de la tutela, es decir: un comentario a los artículos 274 y 220 del Código civil. No se intentará en consecuencia agotar el tema, sino más bien suscitar problemas surgidos al hilo de la lectura de dichos preceptos.

El Código civil, tras declarar en el artículo 216 que las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda judicial, contiene una serie de preceptos tendentes a hacer verdad dicha declaración y, especialmente, a evitar que los intereses de tutelado y tutor puedan entrar en conflicto, o a solucionar dicho conflicto una vez planteado; y en tal sentido pueden verse las prohibiciones establecidas en los artículos 221 y 244-4, o la declaración del artículo 237 bis ¹.

Quedan, sin embargo, algunos supuestos en los que determinados intereses de tutor y pupilo pueden entrar en conflicto, como ocurre significativamente en el caso de la retribución del tutor, que se hace a cargo del patrimonio del pupilo, o en el de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el tutor en el ejercicio de la tutela, a que, con cargo también al patrimonio del tutelado, tiene derecho el tutor cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 220.

En tales casos puede ocurrir que la tutela, constituida en beneficio del menor o incapacitado, se convierta de hecho en una carga para el sometido a ella, como más adelante se verá. Se impone, en consecuencia, un análisis de la finalidad y límites de la retribución e indemnización al tutor a costa del tutelado.

II. LA RETRIBUCIÓN AL TUTOR

Aunque el ejercicio de la tutela constituye un deber para el llamado a ella, sólo excusable en los casos previstos por la ley (en los artículos 251 a 258), se trata, sin embargo, de un deber remunerado ², al me-

¹ Similares en la intención de evitar conflictos de intereses eran los antiguos artículos 275 y 237, 7, 8 y 9. Acaso la nueva redacción del Código pueda considerarse en este punto de mayor claridad: se prohíbe ser tutor a quienes tengan importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado (art. 244-4), y se prohíbe asimismo a los tutores adquirir, onerosa o gratuitamente, bienes del tutelado, así como representarlo cuando exista conflicto de intereses (art. 221), a no ser que haya más de un tutor, en cuyo caso el tutelado sería representado en el acto concreto por el tutor que no tuviera incompatibilidad u oposición de intereses (art. 237 bis).

² En Derecho Romano el cargo de tutor era gratuito, pero el testador o el magistrado podían, en caso de pobreza del tutor, o de ser muy onerosa la administración, señalarle un salario (D. 26. 7.33. 3). La Ley 3, Tít. 3, Lib. 4 del Fuero Juzgo,



nos para el tutor que no lo sea sólo de la persona del pupilo³, tal y como dispone el artículo 274 del Código civil, según el cual «El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del cuatro por ciento, ni exceda del veinte por ciento del rendimiento líquido de los bienes».

Este artículo parece consagrar el arbitrio judicial en todo lo referente a la retribución del tutor. Así, el Juez no solamente habrá de fijar la cuantía de la misma, sino también su modo de percepción, e, igualmente, corresponde al órgano judicial tomar la fundamental decisión previa de si el patrimonio del tutelado permite o no el pago de una retribución al tutor.

En tal sentido el texto del artículo 274 difiere notablemente del anterior artículo 276, que no supeditaba el derecho a la retribución del tutor a las posibilidades del patrimonio del pupilo, que encerraba la retribución en unos rígidos límites comprendidos entre el cuatro y el diez por ciento de las rentas o productos líquidos de los bienes del tutelado y que, por último, permitía a los que nombraron tutor testamentario fijar ellos mismos su retribución⁴.

En contra, el actual artículo 274 parece permitir la intervención judicial incluso en este último caso, en consonancia con la orientación

asignó al tutor la décima de los frutos, y en el mismo sentido la Ley 2, Tít. 7, Lib. 3 del Fuero Real. Posteriormente el Código francés guardó silencio en este punto, aunque, según García Goyena (en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid 1852, reedición de 1973, t. I, p. 247), pronto la jurisprudencia francesa admitió la necesidad de una disposición especial para que el tutor pudiera pedir la remuneración. En España, el Proyecto de 1851 reconoció en su artículo 253 el derecho del tutor a una retribución, estableciendo los límites del 4 y el 8 por 100 de las rentas líquidas del patrimonio del menor; límites que fueron ampliados hasta el 10 por 100 en el artículo 276 del Código civil, hasta la reciente reforma, donde el límite (que ya no es rígido) se fija en el 20 por 100.

³ Así lo piensan Díez PÍCAZO y GULLÓN (en *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 5.ª ed., Madrid, 1984, p. 277), autores para los que el tutor que no tenga atribuciones patrimoniales de administración de los bienes del pupilo no tiene derecho a la retribución, lo que se infiere del artículo 274 que hace depender la cuantía de la retribución del valor y rentabilidad de los bienes, lo que únicamente tiene sentido si es el tutor retribuido el que va a administrar dichos bienes.

⁴ De hecho, el anterior artículo 276 parecía partir de considerar como normal el que la retribución fuera fijada en testamento. Esto se ve aún más claro en el artículo 253 del Proyecto de 1851, según el cual la retribución sería fijada por «el padre o la madre en testamento, y en su defecto (por) el Consejo de familia».



dada a la reforma, que hace hincapié en que *la tutela se establece siempre en beneficio del tutelado*; beneficio este que es de apreciación judicial. Con base en estas ideas se permite incluso que el juez destituya al tutor testamentario (art. 224), o que nombre tutor a quien fue expresamente excluido por el padre o la madre (art. 245). Y teniendo el juez tales facultades, parece lógico pensar que también podrá revisar, aunque el Código no lo señale expresamente, la retribución al tutor fijada en testamento, y modificarla cuando el beneficio del tutelado así lo exija, es decir, cuando la retribución fijada en testamento no se sujete a los límites establecidos en el artículo 274.

El Código no hace referencia a esta posible revisión judicial, porque no llega a prever la posibilidad de que se fije una retribución al tutor en el testamento que lo nombre. Tan sólo en el artículo 275 se hace mención de que los padres pueden establecer para el tutor, en disposiciones de última voluntad, la modalidad de retribución conocida como «frutos por alimentos»⁵, es decir, que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos; y cuando tal ocurra, se dice en el citado artículo, el juez podrá, en resolución motivada, disponer otra cosa. Por lo demás, el artículo 274 parece pensar que la retribución que no sea en la modalidad de frutos por alimentos la fijará el juez en todo caso. Lo cual no quiere decir que el testador no pueda, al tiempo que nombra un tutor, fijar él mismo una retribución, que puede consistir en una cantidad periódica de dinero, o en la entrega de uno o más bienes de la herencia al tutor.

Esta última posibilidad —retribución al tutor testamentario mediante un legado— acaso pudiera encajar en el supuesto de hecho del artículo 257, según el cual el tutor testamentario que se excusa al tiempo de la delación perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiese dejado el testador⁶. Evidentemente el supuesto de hecho de este

⁵ Sobre esta modalidad de retribución véase LETE DEL RÍO: *Tutor testamentario con asignación de frutos por alimentos*, libro homenaje al Profesor Serrano, I, Valladolid, 1965, pp. 475 y ss.

⁶ El antecedente de este artículo es el antiguo artículo 251, donde se decía que «El tutor testamentario que se excusa de la tutela perderá lo que *voluntariamente* le hubiese dejado el testador». Obsérvese que la nueva redacción añade «en consideración al nombramiento», lo que lleva a la necesidad de determinar cuándo algo ha sido dejado en tal consideración y cuándo, por el contrario, fue dejado al margen del nombramiento de tutor. En principio, partiendo del antecedente constituido por el artículo 251, parece que podría presumirse que todo lo dejado «voluntariamente» por el testador al nombrado tutor fue en consideración a dicho nombramiento, pero admitiéndose prueba en contrario. Por otra parte, el actual artículo 257 hace referencia a que la excusa sea «al tiempo de la delación», con lo que se da a entender

artículo es muy problemático. En principio se podría pensar que se trata de una especie de legado modal, con la carga de aceptar el nombramiento de tutor; aunque ello tiene el inconveniente de que mientras la carga impuesta por el modo es accesoria a la atribución patrimonial que constituye el legado⁷, en el artículo que nos ocupa parece que el fin principal de la disposición testamentaria sería el nombramiento de tutor⁸, y «en consideración al nombramiento» se le deja algo en testamento al nombrado tutor. Se trataría entonces más bien de una disposición condicional, bajo la condición potestativa de aceptar el nombramiento⁹ y desempeñarlo.

Sea como fuere, lo que aquí nos interesa es determinar si ese legado realizado en testamento, a favor del nombrado tutor en el mismo, puede ser considerado retribución, y si, en tal caso, puede el juez intervenir para modificarlo. La solución parece que habrá de ser buscada en una interpretación de la voluntad del testador, que puede pretender «premiar» al tutor, o «pagarle»: darle algo equivalente al sacrificio o al trabajo que puede suponer el cargo de tutor¹⁰. Y en este último caso parece que si el tutor no se excusa él mismo, pero es destituido por el juez, o está incurso en causa de prohibición del ejercicio de la tutela, no tendría derecho a lo dejado en testamento «en consideración al nombramiento», pues, al tratarse de una retribución, difícilmente puede entregársele a quien de hecho no llegue a ser tutor¹¹.

que la excusa posterior no llevaría consigo la pérdida de lo dejado en testamento en consideración al nombramiento, sobre todo si se tiene en cuenta que la anterior redacción del Código no mencionaba este extremo.

⁷ Así, LÓPEZ VILAS: «Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento», *ADC*, 1966, p. 586.

⁸ LUNA SERRANO (en «Disciplina del modo testamentario imposible», *ADC*, 1968, página 126), admite la imposición de un modo en el que el gravamen resultara el único motivo que ha determinado al testador a disponer de sus bienes en favor de aquel a quien impone la obligación o modo.

⁹ En este sentido, SCAEVOLA (en *Código civil*, t. IV, 5.ª ed., Madrid, 1942, p. 701): «Obedece este precepto —el antiguo artículo 251— a la consideración de que el legado en este caso es condicional, puesto que se otorga como adelantada recompensa». Igualmente, MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. II, 6.ª ed., Madrid, 1944, p. 389.

¹⁰ Reconoce LÓPEZ VILAS (en *ob. cit.*, p. 590) la posibilidad de que una atribución patrimonial testamentaria pueda ir acompañada de una contraprestación, es decir, de una equivalencia entre la atribución y el sacrificio de la otra parte. En este caso no habría para el autor modo, pues este es accesorio y gratuito, y no guarda con la atribución, o disposición principal a la que grava, esa relación de interdependencia y coordinación características de la contraprestación, y tampoco tiene para quien lo impone esa significación o consideración de prestación equivalente.

¹¹ El Proyecto de 1851 no sólo hacía perder lo dejado en testamento al tutor tes-



Más difícil es, sin embargo, admitir la posibilidad de que el juez pueda modificar tal retribución, pues, caso de hacerlo, esto únicamente sería posible cuando la retribución —dejaba en testamento mediante un legado— no se sujetara a los límites del artículo 274, es decir, cuando supusiera más del veinte por ciento del rendimiento líquido de los bienes del pupilo. Pero el legado hecho al tutor, aunque sea en consideración al nombramiento, y aunque el pupilo fuera heredero universal del testador, no forma parte de los bienes del tutelado, por lo que difícilmente puede afectar a los límites del artículo 274, que hacen referencia al patrimonio del pupilo. Además, la modificación judicial en estos casos podría suponer la reducción de un legado que para nada afectara a las legítimas, por lo que parece que debe desecharse tal posibilidad.

En cualquier caso, lo cierto es que, excluido este último caso de solución problemática, el Código civil deja al arbitrio del juez lo referente a la retribución del tutor. Pero este arbitrio no es arbitrariedad¹², sino que el mismo artículo 274 dicta los datos que debe el juez tomar en cuenta antes de resolver en un sentido u otro.

III. BASES DEL ARBITRIO JUDICIAL

Las bases o datos del arbitrio judicial vienen contempladas en el artículo 274, que habla del valor y rentabilidad de los bienes del tutelado y del trabajo a realizar por el tutor. Olvida, sin embargo, citar otro dato esencial que es el de las necesidades del pupilo.

tamentario que se excusara de su cargo, sino también al que fuera removido por sospechoso, después de haber sido admitido (cfr. art. 618), a lo que dice GARCÍA GOYENA que en tal caso es más culpable el tutor que en el de excusarse voluntariamente de su encargo (ver *ob. cit.*, t. II, p. 71). Igualmente, dice LUNA SERRANO (en *ob. cit.*, p. 126) que si el gravamen fue la única causa que determinó al testador para disponer de sus bienes, en caso de incumplimiento, aunque fuera por imposibilidad, el legado no tendría efecto.

¹² Véase ROCA JUAN: «Notas sobre la determinación de cuantía en la prestación de alimentos», *Anales de La Laguna. Derecho*, 1971, p. 5. Con referencia a la determinación de la cuantía de la prestación de alimentos, dice que la ley señala unas «bases que deben ser tenidas en cuenta para la determinación» evitándose así la rigidez de toda predeterminación, y consintiendo el máximo de adecuación de la regulación jurídica a las situaciones concretas. Se trata de un poder discrecional necesario. Ver también REVERTE NAVARRO: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980, pp. 11 y ss.: «El juez no está facultado para elegir a su arbitrio la solución del conflicto, sino para concretar la norma, mandando lo que la ley quiere». Las facultades atribuidas legalmente al juez entran en el ámbito de discrecionalidad que ha de moverse en los límites o datos establecidos en la ley.



Respecto al *valor y rentabilidad de los bienes del tutelado*, parece que habrá de atenderse fundamentalmente a la rentabilidad, y no al valor de los mismos¹³, pues puede ocurrir que el patrimonio del pupilo, aun teniendo gran valor, no produzca rendimiento alguno, o produzca un rendimiento muy bajo; y entonces, si la retribución al tutor ha sido fijada teniendo en cuenta el valor de los bienes, este debería venderlos para poder cobrarla, «comiéndose» así el patrimonio del incapaz, con lo que la tutela dejaría de ser una institución establecida en beneficio del pupilo para convertirse en una carga.

En cuanto al *trabajo a realizar por el tutor*, supone un límite máximo para la retribución, en el sentido de que, por muy grande que sea el rendimiento de los bienes del tutelado, la retribución únicamente ha de pagar el trabajo desarrollado, sin que pueda servir para que aquél se enriquezca a costa de la tutela.

Por último, el dato de *las necesidades del pupilo*, omitido por el artículo 274, es fundamental, y debe ser examinado por el juez previamente a la decisión de si el tutor tendrá o no una retribución; ya que al valorar si el patrimonio del tutelado permite o no la retribución, deberá tomar en cuenta si el rendimiento líquido de los bienes es o no suficiente para cubrir las necesidades de alimentos, vestidos, habitación y educación del pupilo por todo el tiempo que se prevea que haya de durar la tutela; y únicamente si esto es así, es decir, sólo cuando las necesidades del incapaz queden suficientemente cubiertas, cabrá la retribución al tutor, con lo que pueda sobrar o con lo que se prevea que haya de sobrar.

En consecuencia parece que el criterio fundamental a tener en cuenta por el juez es, en primer lugar, el del rendimiento líquido de los bienes; en segundo lugar el de las necesidades del tutelado; y, sólo en último lugar, habrá de entrarse en la consideración del trabajo a desarrollar por el tutor; trabajo este que será pagado tan sólo cuando el rendimiento líquido de los bienes del tutelado lo permita, una vez hayan quedado cubiertas sus necesidades.

Ahora bien, siendo el rendimiento líquido de los bienes un dato esencialmente variable, parece que la fijación de la cuantía de la retribución será una decisión *modificable en cualquier momento*. De manera que si el caudal del tutelado disminuye, es posible que la retribución del tutor deba disminuir igualmente, cuando el empobrecimiento del pupilo haya sido tal que el rendimiento líquido de sus bienes deje de permitir una retribución de tal cuantía, teniendo en cuenta que las

¹³ En este mismo sentido, LETE DEL RfO: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. IV, Madrid, 1978, p. 323.



necesidades del tutelado no tienen obligadamente que disminuir por el hecho de que su caudal haya disminuido¹⁴.

Por el contrario, si el caudal del pupilo sufre un aumento, pero la cantidad recibida en concepto de retribución sigue siendo *suficiente para pagar al tutor* —que no necesariamente sufrirá un aumento de trabajo proporcional al del caudal—, entonces no parece que el «quantum» percibido deba aumentar en proporción al caudal, sino que permanecerá inalterable, o aumentará tan sólo en lo que falte para que el trabajo del tutor quede totalmente retribuido.

Y esto nos lleva al planteamiento de una cuestión referente al modo de percepción de la retribución. De la lectura del artículo 274 parece desprenderse que la retribución ha de ser establecida de acuerdo con un criterio proporcional; es decir, que el juez establecerá un «tipo» de proporcionalidad abstracto, referido al rendimiento líquido de los bienes del tutelado, con arreglo al cual el tutor percibirá una retribución que será variable en su cuantía e invariable en su proporcionalidad.

Sin embargo, es posible que también aquí sea aplicable el criterio mantenido por Roca Juan en orden a la determinación de la cuantía de la prestación de alimentos. Para este autor, la ley no atribuye a los jueces el fijar un tipo de proporcionalidad entre el caudal del obligado a los alimentos y las necesidades del alimentista, como fracción abstracta, sino el determinar un «quantum» concreto, suficiente en cada caso, que cumpla la finalidad asistencial que la norma señala¹⁵.

La razón de la aplicación de este criterio también en la fijación de la cuantía de la retribución del tutor es que si ésta se configura como el pago de un trabajo concreto y determinado, parece que ha de consistir a su vez en *una cantidad concreta*, que será *fija en su «quantum» y variable en su proporcionalidad* con el rendimiento líquido de los bienes del tutelado. Y esto parece que debe ser así porque de otra forma, podría ocurrir que el tutor cobrara una cantidad que fuera independiente del trabajo realizado, lo que parece ir en contra de la finalidad de la retribución; finalidad esta que parece que ha de ponerse en relación con la obligatoriedad de la tutela y con la consideración de esta como un deber impuesto en beneficio del tutelado (cfr. art. 216).

Por tanto, con la retribución se intenta pagar un trabajo concreto,

¹⁴ *Idem*, pp. 323-324. Cabrá la modificación cuando en el transcurso de la tutela se produzcan alteraciones importantes en el capital del pupilo, en las necesidades de éste y en el trabajo que proporcione la administración a aquél. Sobre este último punto expresamos a continuación en el texto nuestras reservas.

¹⁵ Véase ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 7 y 8.



realizado obligatoriamente, y debe, en consecuencia, consistir en una cantidad también concreta, ya que una retribución establecida sobre un tipo de proporcionalidad parece pretender más bien estimular al tutor en su diligencia que pagarle un trabajo ¹⁶.

IV. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS SUFRIDOS POR EL TUTOR

Y en este punto el tema de la retribución al tutor entra en relación con el de la indemnización al mismo por los daños y perjuicios que pueda sufrir. Dicha indemnización viene prevista en el artículo 220 del Código civil, según el cual «La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de estos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento».

Este artículo no tiene equivalente en la anterior redacción del Código, lo cual no quiere decir que recoja una doctrina totalmente nueva. Antecedentes al mismo pueden encontrarse en el derecho al resarcimiento por gastos suplidos efectuados por el tutor, que concedía el Derecho Romano «para que más fácilmente gasten (los tutores) de lo suyo alguna cosa en pro de los pupilos, sabiendo que habrán de recuperar lo que hubiesen gastado» ¹⁷. E igualmente en el artículo 263 del Proyecto de 1851 donde se disponía que «serán abonados al tutor todos los gastos hechos debida y legalmente aunque de ellos no haya resultado utilidad al menor, si esto ha acontecido sin culpa del primero, y aunque lo haya anticipado de su propio caudal».

Este tipo de daños, previstos en los antecedentes citados, podría incluirse en el daño emergente, y serían, por tanto, resarcibles en virtud del actual artículo 220 del Código civil, siempre que no fuera de aplicación el artículo 275, al menos en cuanto a los gastos hechos por el tutor en los alimentos del pupilo cuando la modalidad establecida de retribución sea la de «frutos por alimentos» ¹⁸; pues en este caso hay

¹⁶ En este sentido dicen, tanto GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 247) como BOFARULL (en *El Código civil español, según la edición oficial, anotado y concordado*, 2.ª ed., Madrid, 1888, p. 98), que la décima parte de los frutos señalada por el Fuero Juzgo para el tutor, no era una remuneración de su trabajo, sino un estímulo a su diligencia y economía.

¹⁷ D. 27. 4. 1.

¹⁸ No se incluirían, sin embargo, en expresión de Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTROS, los «que se originen por el hecho mismo de desempeñar el cargo tutelar (por ejemplo, tiempo que a ello dedique y no a sus propias actividades), que ya es recompensado cuando impliquen una dedicación relevante» (véase *ob. cit.*, p. 265).



ya prevista una forma de recuperar o de compensar los gastos hechos por el tutor en la alimentación del pupilo (haciendo suyos a cambio los frutos de los bienes del tutelado); gastos estos que, en cualquier caso, tiene el tutor obligación de efectuar, tenga o no el pupilo patrimonio (art. 269), ya que en caso contrario ocurriría que el pupilo sin bienes no comería.

Sea como fuere, parece claro que cuando no se dé esta percepción de frutos en compensación por los alimentos prestados, los gastos efectuados en tal concepto serían indemnizables, de acuerdo con el artículo 220. E igualmente parecen tener cabida en este artículo todo tipo de daños que el tutor pueda sufrir con ocasión del ejercicio de la tutela, incluyéndose así los daños sufridos por accidentes, robos, etc.; pues, como señala García Goyena, si se concede una indemnización por tales daños en el mandato y en la sociedad, que son contratos voluntarios, ¿cómo negarla en la tutela? ¹⁹.

Pero según dispone el artículo 220, el derecho a la indemnización con cargo a los bienes del pupilo se tiene únicamente cuando no se pueda obtener por otro medio su resarcimiento. Y en este punto hay que tener en cuenta la existencia de seguros de responsabilidad civil, y de seguros obligatorios que cubren en gran medida los daños que hoy día más riesgo existe de sufrir. Por ello parece que la responsabilidad del pupilo únicamente quedaría para aquellos casos en que no hubiera un tercero responsable del daño sufrido por el tutor ²⁰, o cuando habiéndolo, éste resultase insolvente y el daño no quedara resarcido por otro medio.

En el primer caso el patrimonio del pupilo responderá de los daños que el tutor haya podido sufrir por caso fortuito o fuerza mayor, con lo que se traspassa al tutelado el riesgo de la actividad del tutor, quien se considera que no debe quedar perjudicado por el ejercicio de una actividad realizada en beneficio del pupilo. Sin embargo, parece que también aquí deberá ser de aplicación, al menos analógicamente, el

¹⁹ Ob. cit., p. 254.

²⁰ En contra, Díez PICAZO y GULLÓN (en *loc. cit.*, supra nota 18), autores para los que el caso fortuito no lo soporta ningún patrimonio, y el artículo 220 presupone que hay un derecho al resarcimiento del daño. Sin embargo, en nuestra opinión, de la literalidad de la norma no se puede excluir el caso fortuito, que de hecho es el supuesto más normal en el que el tutor no se podrá resarcir de otra manera. Parece que la ley ha incorporado una responsabilidad basada en la idea de que el que corre con el beneficio de una actividad corre también con el riesgo (lo que se ve aún más claro en el precedente del Proyecto de 1851), y en consecuencia el patrimonio del tutelado responde del caso fortuito.



límite del artículo 274, en el sentido de que no parece que el tutor pueda enajenar los bienes del pupilo para satisfacer su indemnización, hasta el punto de que le deje sin bienes suficientes para cubrir sus necesidades.

Esto parece que ha de ser así porque si se establece la tutela en beneficio del tutelado, parece que cuando los intereses de tutor y pupilo entren en conflicto, aquellos deben ceder en beneficio de estos. Además hay que tener en cuenta que en el fondo retribución e indemnización persiguen una misma finalidad: que el tutor, para quien el ejercicio de la tutela constituye un deber, no se beneficie a costa del pupilo, pero tampoco quede perjudicado, en la medida de lo posible, por el cumplimiento de tal deber; quedando siempre a salvo el interés prioritario del tutelado. Por ello, siendo igual la finalidad de una y otra, parece que también los límites han de ser los mismos: los establecidos en el artículo 274.

Por otra parte, respecto a la indemnización de perjuicios, hay que decir que puede suponer una contradicción el concederla en aquellos casos en que la tutela esté retribuida, ya que, en principio, tanto la indemnización como la retribución parecen pretender una misma finalidad. Sin embargo, al declarar la ley expresamente la posibilidad de una indemnización de perjuicios, acaso lo único que pueda hacerse sea constatar la dificultad de prueba que tales perjuicios tendrán en los supuestos de tutela retribuida, lo cual puede hacer que, en la práctica, no llegue a tener efectividad esta indemnización prevista en la ley. Aunque acaso también pudiera considerarse que la referencia a la indemnización por perjuicios la hace el Código para los supuestos de funciones tutelares no retribuidas, como puede ser el guardador sólo de la persona, o el curador, a quienes el Código no concede derecho a retribución. Esta interpretación vendría abonada por el hecho de que el artículo 220 se encuentra en el Capítulo primero del Título I del Libro I, referido a las disposiciones generales. Podría, en consecuencia, pensarse que el tutor retribuido ya tiene compensados los perjuicios —o algunos de ellos— con la retribución, y que la indemnización por perjuicios se refiere más bien a personas que ejerzan funciones tutelares no retribuidas.



V. CONCLUSIÓN

En conclusión cabe decir, respecto a la retribución, que ésta, que es fijada o revisada por el juez, excepto cuando haya sido fijada en testamento mediante un legado, tiende a pagar un trabajo concreto, y por ello ha de consistir en una cantidad concreta. Sin embargo, no siempre se pagará todo el trabajo desarrollado por el tutor, sino que el «quantum» de la misma está limitado por el rendimiento líquido de los bienes del pupilo y por sus necesidades; de forma que únicamente habrá derecho a la retribución cuando el pago de ésta no obligue a enajenar los bienes del tutelado, y cuando el rendimiento líquido de los bienes garantice que quedan cubiertas las necesidades del pupilo. Si esto es así, el tutor tendrá derecho a una retribución a cargo del rendimiento de los bienes, que tienda a pagar su trabajo de administrador, y que no exceda del 20 por 100 de tal rendimiento. Límite este que es aproximativo, sobre todo en cuanto la retribución no tiene por qué consistir en un tanto por ciento.

Al mismo tiempo, la retribución será variable en función de las variaciones del rendimiento de los bienes del pupilo; de forma que si éste se empobrece, el tutor habrá de recibir menos, o dejar de recibir retribución. Pero si el tutelado se enriquece, el tutor sólo tiene derecho a un incremento en su retribución cuando también haya aumentado su trabajo.

En cuanto a la indemnización, puede en determinados casos convertir al patrimonio del tutelado en una especie de «seguro» para el tutor que podrá, teóricamente, cobrarse de él los daños acaecidos por caso fortuito o fuerza mayor, así como los causados por un tercero que resulte insolvente. Por ello también en este caso es conveniente la aplicación de los límites establecidos por el artículo 274; de forma que la cuantía de la indemnización quede limitada por el rendimiento líquido de los bienes del tutelado, así como por sus necesidades, procurando que no exceda del veinte por ciento de dicha rentabilidad.

JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ

Profesor de Derecho Civil

