

EL DERECHO A UNA RETRIBUCIÓN AL TUTOR EN EL EJERCICIO DE SU CARGO

Juan José Reyes Gallur

Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia de Málaga

En el presente artículo trataré la problemática que suele plantearse respecto de la retribución al tutor en ejercicio de su cargo y, en particular, si las fundaciones tutelares que se han ido creando con ayudas públicas y privadas, pueden solicitar tal retribución.

En primer lugar, tal y como mantienen los profesores Castan y Bercovitz¹, “*la posibilidad de retribuir al tutor debe ser valorada positivamente. La retribución contribuye a la consecución de una dedicación real del tutor, en tiempo y trabajo, al ejercicio de su función de protección y representación personal y patrimonial del tutor. Ello resulta más importante todavía en una sociedad en la que los vínculos familiares se han debilitado y en un ordenamiento que ha abandonado -justificadamente- el modelo de tutela familiar y se ha acogido a la tutela judicial*”.

Sentado lo anterior, es el artículo 274 del Código Civil el que recoge el derecho a la retribución y su cuantía cuando nos indica que :

“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 la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido”.

El citado artículo recoge el derecho a una retribución por el tutor en el ejercicio de su cargo si bien dicha retribución tiene una limitación, cual es la “que el patrimonio del tutelado lo permita”, por lo que el presupuesto previo para el derecho a esa retribución es precisar y determinar qué entendemos por patrimonio del tutelado.

Esta limitación de la retribución al patrimonio del tutelado responde a los criterios imperantes en el Derecho Comparado, acordes con una construcción estrictamente iusprivatista de la tutela.

En la mayor parte de los tutelados a los que se les impone un tutor nos encontramos con un patrimonio prácticamente inexistente o extremadamente reducido, pues aquellos que poseen patrimonio ya sus padres se ocuparon de buscarles tutores o tienen familiares deseosos de cuidarlos, de manera que este estudio se dirigirá hacia aquellos cuyo patrimonio sea reducido y para los casos de fundaciones tutelares.

Ya en los prolegómenos de la reforma del artículo 274 operada por Ley 15/1982, de 13 de julio, y en su debate parlamentario se intentó salvar ese inconveniente con propuestas al proyecto de ley por el grupo UCD y por las enmiendas número 39 del grupo comunista y 74 del grupo socialista, en los que en definitiva preveían que la retribución sería satisfecha supletoriamente por la Administración o el Estado si el tutelado no tenía bienes suficientes. Tales enmiendas no prosperaron por el importante coste presupuestario.

En la segunda parte del artículo recoge que es el juez el encargado de fijar la retribución y establecen los factores de acuerdo con los cuales éste fijara, en su caso, el importe de la retribución y el modo de percibirla, siendo dichos factores el trabajo a realizar, el valor de los bienes y su rentabilidad.

La retribución, en base a esos factores, vendrá determinada por la cantidad de tiempo, la intensidad que se requiera para el ejercicio de la tutela en relación con el tutelado, la dificultad de la tutela, el volumen de trabajo y responsabilidad procedente de la existencia de un patrimonio complicado, por su cuantía, por la necesidad de una atención personal, etc.

El trabajo del tutor tiene que medirse tanto por la cualificación profesional que el mismo implique como por la cantidad de tiempo y la intensidad que requiera, lo que determinará por tanto el incremento o no de dicha retribución. La dificultad en el ejercicio de la tutela no se deriva exclusivamente de la existencia o gestión de un patrimonio importante, sino que deberá ser tenida en cuenta la dedicación personal que requieren en nuestro caso, la mayoría de los tutelados.

El rendimiento líquido de los bienes o su rentabilidad² constituye el último factor para la determinación de la retribución del tutor, especificando el citado artículo que el juez debe procurar “*en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 de ese rendimiento*”, por lo que podrá establecer una retribución por encima o por debajo de dichos porcentajes de forma excepcional. Se trata de una limitación que se relaciona con los incrementos netos

que va experimentando el patrimonio del tutelado, una vez deducidos los gastos de producción de esos incrementos.

Aunque una de las formas posibles de fijación del importe de la remuneración es un tanto por ciento de los rendimientos líquidos a los que se refiere el artículo 274, parece lógico entender que dicha forma de cuantificación no es necesaria ni excluyente. Puede, e incluso como opinan comentaristas de este artículo, que sería más conveniente, para evitar que el tutor se fije en un exceso de celo en la rentabilidad, más que en velar por el tutelado, “*que se fije el importe de la retribución mediante una cuantificación estricta y quizás más respetuosa con el espíritu del artículo 221,2 del CC: se trata de evitar situaciones de posible conflicto de intereses entre tutor y tutelado y la mayor rentabilidad no es siempre lo más conveniente para este último, incluso en términos estrictamente patrimoniales*”³. Siguiendo esa línea doctrinal es evidente que la fijación de una cuota mínima para la administración de los tutelados cuyo patrimonio sea mínimo parece estar amparado legalmente.

Pasaremos ahora a analizar qué ha de entenderse por **rendimiento líquido**. Según nos indican los autores y doctrina autorizada, representa “*todo lo que produzca el patrimonio del tutelado, una vez detraídos los gastos necesarios para su administración. En dichos gastos deben incluirse las remuneraciones de cuantas personas contribuyen a dicha administración y cuyos servicios hayan sido contratados por el tutor. Los rendimientos líquidos comprenden las pensiones y sueldos que el tutelado pueda percibir*”⁴.

Hemos de tener en cuenta que el trabajo debe ponderarse conjuntamente, y que puede proceder tanto del cuidado de la persona del tutelado como de la administración de otros bienes del tutelado que no sean productivos o suficientemente productivos. Se trata de una rentabilidad que no procede de bienes en el sentido vulgar o económico del término, pero que sí que procede de un bien en sentido jurídico, puesto que deriva de un derecho de crédito, que, de acuerdo con el artículo 333 y siguientes del CC, debe ser considerado como un bien mueble y que por consiguiente habrá de fijarse no sólo en función de la rentabilidad, sino también del valor de los bienes del incapaz.

Como nos indica Rodrigo Bercovitz: “*Los rendimientos líquidos se calculan trayendo los gastos de los rendimientos brutos, salvo los gastos que suponen precisamente la retribución del tutor, puesto que éste se fija a partir de aquellos. Por otra parte, ya se ha dicho, que dicha retribución no responde únicamente al trabajo de administración de bienes. Sino también (o incluso únicamente) al trabajo de cuidado y protección personal del tutelado*”.

Esta forma de calcular la retribución del tutor que no atiende a la rentabilidad líquida de los bienes del incapazita-



do es la forma habitual que algunos juzgados vienen admitiendo.

En este mismo sentido se viene mostrando la Audiencia Provincial de Málaga, sección sexta, en los distintos autos que ha dictado en esta materia⁵ establece que:

“*Como ya ha sido resuelto por esta Sala (Auto 296/06), aunque la tutela es una función, el cargo de tutor es remunerado, determinando expresamente en este sentido el artículo 274 del Código Civil que el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita, retribución que se hará depender del hecho de que el patrimonio del tutelado lo permita, es decir, de su fortuna (patrimonio), estableciéndose por ley dos posibles formas de retribución, bien mediante un tanto por ciento -indicativo- del rendimiento líquido de los bienes (patrimonio), sin que en ningún caso sea inferior al 4% ni exceder del 20%, bien mediante la asignación de frutos por alimentos cuando concurran las circunstancias a que se refiere el artículo 275 del mismo cuerpo legal sustantivo, disponiendo la primera de las normas comentada como 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 la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes, lo que significa que serán las rentas o productos líquidos de los bienes los gravados por la retribución del tutor*”.

Otros juzgados por el contrario entienden que, si el patrimonio del incapaz es mínimo, o tiene una PNC aún

cuando tenga un remanente anual por tener cubiertas las necesidades por otras ayudas públicas, no se tiene derecho a retribución.

La tesis que mantienen algunas fundaciones tutelares sobre la necesidad de fijar una retribución mínima aún en patrimonios escasos, se deduce del hecho que a diferencia del artículo 276 del CC derogado, desde el momento en que la retribución del tutor no queda necesariamente condicionada a determinados porcentajes de las rentas del patrimonio del tutelado, y como ya dijera Bercovitz en la obra tantas veces citada:

*“tampoco existe obstáculo en el tenor literal del nuevo art. 274 del CC para que, en su caso, la retribución se produzca total o parcialmente a costa del propio patrimonio del capital del tutelado. Es obvio que se trata de un resultado en el que no se ha pensado, pero el texto legal lo admite y puede ser adecuado a determinadas circunstancias. Basta con pensar en patrimonios cuya rentabilidad sea pequeña. Es este momento oportuno para recordar que el tercer factor que el art. 274 CC recoge expresamente para fijar la retribución del tutor es el valor de los bienes como algo que se diferencia del trabajo que ese mismo valor puede determinar”*⁶.

En este mismo sentido, analizando la posibilidad de que una fundación pública sin ánimo de lucro pueda percibir retribución por los servicios prestados, se viene pronunciado de forma favorable la Audiencia Provincial de Málaga, sección sexta cuando en distintos autos⁷ nos indica que:

“Por lo que se refiere a la posibilidad discutida en la litis de que una persona jurídica, carente de ánimo de lucro, pueda percibir alguna retribución por los servicios que presta a la persona tutelada por ella, esta Sala considera, que existe dicha posibilidad por cuanto en el caso de los sometidos a tutela, el Código Civil no discrimina a las personas jurídicas para que no puedan solicitar el derecho a una retribución del cargo que ejercen. Sin embargo, cuando la persona jurídica que ejerce la tutela, es una fundación, resulta particularmente extraño el empeño en solicitar una retribución con cargo al patrimonio de la persona tutelada, sobre todo cuando, como ocurre en autos, se pretende en casos de personas con escasos ingresos, en los que precisamente la llamada al cargo de la fundación suele venir motivada por la imposibilidad de otros familiares para soportar las cargas, siempre onerosas, para quien la ejerce, de la función tutelar.

Ahora bien, el hecho de que la fundación tenga un patrimonio, que ha de ser suficiente para el cumplimiento de sus fines fundacionales con arreglo al artículo 10 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada de Actividades de Interés General, afecto a la realización de fines de interés general, no supone un obstáculo a que el mismo esté constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica y, en concreto, a

El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita.

que pueda obtener ingresos de sus actividades, según el artículo 24 de la citada ley, siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles benefactores, dada la dificultad de los poderes públicos de atender plenamente ese interés general y el protagonismo que la sociedad reclama y entrega a las fundaciones sin ánimo de lucro.

De ello cabe colegir que la retribución del cargo, será posible siempre que el patrimonio del tutelado lo permita y se ha de determinar teniendo en cuenta el trabajo a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes”.

Es evidente que el juez puede, motivadamente superar o reducir los límites fijados en el citado artículo, que no olvidemos no es un *numerus clausus*, y que por consiguiente desde el momento en que se acepta la posibilidad de que la retribución del tutor se obtenga al margen de las rentas líquidas del tutelado, no debe existir inconveniente para admitir que *“dicha retribución se pueda fijar y realizar incluso contra el patrimonio del tutelado que se encuentre en situación de insolvencia legal”*⁸.

No olvidemos que en algunos casos incluso se puede prescindir del criterio marcado en el citado artículo 274 del CC, como son los supuestos en que el testador o los progenitores plasmen su voluntad de una determinada forma de retribuir al tutor (223 y 224 CC).

En este sentido hemos de indicar que el Código Civil en el artículo 274 no establece un modelo de cómo o cuándo ha de fijarse la retribución del tutor, las posibilidades son, pues amplísimas, al igual que la forma de percibirse la retribución, puede ser en un solo pago o en mensualidades y una vez fijada no existe inconveniente en que el tutor la cobre directamente, si bien habrá de incluirla obviamente en la cuenta anual y precisará siempre de la autorización judicial. 

1-Comentarios a la reforma de nacionalidad y tutela. Tecnos, pág. 587, en su comentario al artículo 274 del CC.

2-El art. 276 derogado del CC se refería a “las rentas o productos líquidos de los bienes”. Las diferencias con el actual art. 274 del CC radican en que el máximo se ha aumentado y que ambos límites (mínimo y máximo) no son rígido, ya que antes de la reforma estaba la dicción “no podrá rebasar”, pudiendo ser por tanto tal retribución arbitraria del juez. Y adecuados o no a las circunstancias concretas de cada caso.

3-Pág. 591 obra antes citada.

4-Obra antes citada.

5-Autos Sección Sexta Málaga, Auto 290/2006, de fecha 28 de septiembre de 2006; Auto 304/2006, de 10 octubre, 316/2006, de 24 de octubre.

6-Pág. 593 obra citada.

7-Auto 310/2006 de fecha 18 de octubre de 2006; Auto 311/2006, de fecha 18 de octubre de 2006; Auto 327/2006, de fecha 31 de octubre de 2006.

8-Pág. 593 obra citada, en el mismo sentido se muestran otros autores citados en la nota 21 de la citada obra jurídica.