

fojas 21 ya citado, contestando en su consecuencia don Juan Manuel Rodríguez el traslado de dúplica que se halla pendiente. Hágase saber. — *Zegarra*.

Ante mí. — *Federico Romero*.

Procede de Arequipa. — Cuaderno Núm. 422.

El administrador de una testamentaría tiene opción al premio que por las rentas que recaude corresponde á los albaceas ó ejecutores testamentarios.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Amalia González viuda de Condemarín en la causa que sigue con don Adolfo Bar sobre cantidad de soles.

Excmo. Señor:

En la sentencia de vista de fojas 206 vuelta, la Ilustrísima Corte Superior del Departamento ha confirmado la de primera instancia de fojas 161 vuelta, en que se declara que doña Amalia González viuda de Dávila Condemarín debe abonar á don Adolfo Bar la suma de siete mil setecientos cinco soles billetes fiscales, como saldo de la cuenta de fojas 4; con lo demás que dicha sentencia contiene.

Investigando qué es lo demás que dicha sentencia contiene, se encuentra que se manda abonar á Bar como equitativa remuneración de sus servicios el 2 $\frac{1}{2}$ por ciento anual, en soles de plata sobre el valor de los bienes administrados por este último.

No se determina en la sentencia cantidad alguna, en cuanto al monto de esa remuneración, ni se expresa cuáles son los bienes que Bar hubiera administrado, ni cuáles son los servicios que imponen esa remuneración, ni el documento en que ella hubiera sido estipulada.

En suma, en la sentencia se manda pagar el saldo de una cuenta, y se declara la existencia de una obligación de remunerar á Bar con el 2 $\frac{1}{2}$ por ciento anual, sobre el valor de unos bienes.

La sola enunciación de los términos de esta sentencia, deja desde luego conocer que ella no está ajustada á los preceptos de la ley.

Este convencimiento se robustece examinando detenidamente los autos: en ellos se descubre que desde la demanda hasta la sentencia todo ha guardado cierto encadenamiento ó cierta armonía en una serie de irregularidades, en que no se han observado ni las formalidades del procedimiento, ni los principios de derecho. La demanda ha sido vaga, las pruebas deficientes, el juez tuvo necesidad de la prueba de oficio y los peritos contadores no han venido á dictaminar sobre los hechos, sino á resolver las cuestiones de derecho; y expresando que no se conocían los servicios que se iban á remunerar, han fijado la cuota de la remuneración, y los jueces en las sentencias han seguido el dictamen de los peritos.

No son estas apreciaciones exageradas, sino que léjos de eso, las verá V. E. confirmadas con el examen detenido de los autos.

Doña Amalia González viuda de Dávila Condemarín confirió á don Adolfo Bar dos poderes: uno en enero de 1882, autorizándolo para que la ayudase y defendiese en juicio y dándole facultades generales y especiales; y otro en 25 de enero, amplio y general también, para la administración de sus intereses, gestión de todos los negocios, autorizándolo para contratar en su nombre con toda clase de persona y sobre todo género de negocios, para comprar, vender, hipotecar y ejecutar cualquiera operación mercantil.

El primer poder de 11 de enero de 1882 lo substituyó Bar como consta á fojas 191, en don Emilio Puyó, para que lo ejerciera en todo lo relativo á pleitos.

De consiguiente respecto á este poder no hay cuestión alguna que ventilar en este proceso, porque las que existan deben ventilarse por separado entre la mandante señora González y mandatario sustituto señor Puyó.

Lo único relativo á ese poder que se ventila en este juicio, es las partidas de la cuenta de fojas 4, ascendentes á *sesenta y seis mil ochocientos* soles billetes entregados por el apoderado principal al sustituto por vía de adelantos.

El segundo poder de 25 de enero de 1882 para administrar los bienes de la señora González y contratar á nombre de ella, es el único sobre cuyos efectos versa la presente cuestión.

Acompañando este poder y la cuenta de fojas 4, el señor Bar interpuso la demanda de fojas 6, pidiendo se le pagara por la señora González la cantidad de *cinco mil doscientos nueve soles*, billetes sal-

do de esa cuenta y *cuatro mil soles de plata* en remuneración de sus servicios.

Al fundar esta demanda, el señor Bar se limita á aseverar que la señora viuda de Condemarín atravesaba una situación difícil en la época en que le dió el poder, que no tenía sino la expectativa de una ruina completa y que Bar ejercitando las varias y amplísimas facultades que le habían sido conferidas, y debido á sus innumerables molestias, á los múltiples gastos y á sus nunca bien remunerados servicios, había logrado proporcionar á dicha viuda el goce de sus bienes.

En los términos de esta demanda no se encuentra sino una vaguedad y generalidad de que no puede deducirse el conocimiento de la verdad, desde que se habla de servicios sin expresar cuáles son estos.

El poder había sido dado para administrar los bienes de la señora González, ¿pero cuáles eran los bienes que Bar había administrado efectivamente?

El poder había sido dado para vender, hipotecar, ejecutar operaciones mercantiles ¿pero, cuáles son esas operaciones, esos contratos, en suma esos servicios para cuya prestación se habrán ejercitado las facultades del mandato?

Bar asegura en la demanda que ejercitando esas amplias y vastísimas facultades de vender, de hipotecar, de ejecutar operaciones mercantiles, de transar etc. había logrado proporcionar á la señora Condemarín el goce de sus bienes.

Pero, en juicio y para obtener una remuneración, no basta que un apoderado diga: ejerciendo las vas-

tas facultades que me han sido conferidas he prestado servicios que me deben ser remunerados y he proporcionado á mi poderdante el goce de los bienes, sino que se necesita algo más: es preciso, presentar la razón detallada de los servicios cuya remuneración se demanda.

En el término probatorio el señor Bar no ha presentado ni razón de sus servicios ni prueba alguna que los acredite.

La única prueba es genérica, es la confesión de la demandada que dice ofreció una remuneración.

Mas esto mismo todavía no da luz alguna.

Convenido que la remuneración esté ofrecida, pero como no consta la efectividad ni el valor, ni la razón de los servicios, la cuestión subsiste siempre en pié.

Para salvar la dificultad que las omisiones y vacíos del proceso presentaba, el juez de primera instancia por la providencia de fojas 86, hizo uso de la facultad que le acuerda el artículo 670 del Código de Enjuiciamientos Civil, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1055 del mismo, ordenó se procediese al examen de la cuenta por peritos que nombrasen los interesados.

Estos peritos como lo indica la misma ley invocada en la providencia de fojas 86, esto es según el artículo 1055, son peritos contadores.

Los peritos contadores eran necesarios para examinar la cuenta de fojas 4, pero no tenían atribución ninguna que ejercer respecto á los 4000 soles de la remuneración: esta no era materia de cuenta; era y es una cuestión de derecho.

Como ni en la ley citada ni en la providencia de fojas 86 podía comprenderse como materia del peritaje de contar, la cuestión de la remuneración de los 4000 soles, se enunció en el escrito de fojas 91 « que los puntos sobre que debía recaer el reconocimiento de los peritos no podían ser otros sino los comprendidos en la demanda, á saber: la cuenta instruída á la demandada y lo relativo á la remuneración ».

El juez se limitó á mandar poner ese escrito en conocimiento de los peritos para que lo tuvieran presente.

Mandar tener presente lo expuesto en ese recurso, no era decidir que la cuestión de la remuneración la fallasen los peritos.

No podía ser esto, porque la ley no permite el nombramiento de peritos sino para cuestiones de hecho que requieran conocimientos especiales, á tenor de lo mandado en el artículo 256 del Código Civil y no puede tener lugar su nombramiento para cuestiones de derecho que deben ser resueltas por el juez aplicando la ley y los principios jurídicos. El aforismo jurídico, muy conocido de V. E. á que obedece el nombramiento de peritos, es el siguiente: « ad questiones facti respondent juratores, ad questiones juris iudices ».

Tiene, pues, V. E. que sin prueba, sin determinarse cuáles eran los servicios, contra los preceptos de la ley, contra las reglas del derecho, y sin que siquiera hubiera un auto expreso en que se ordenara tal irregularidad, se somete á los peritos una cuestión de derecho sobre la remuneración deman-

dada por un mandatario, que decía haber prestado servicios, sin expresar cuáles eran: y que luego, después se acepta por los jueces el dictamen de los peritos injurídico, sin valor alguno, como una prueba plena de la acción del demandante.

Además, hecho ese irregular nombramiento de los peritos, resultó lo que se debía esperar. El tercero dirimente á fojas 134, dice: «en autos no existe prueba alguna de la importancia más ó menos grande de los servicios prestados por Bar y no veo en qué los referidos peritos han podido fundar la asignación de una remuneración fija».

Y sin embargo este mismo dirimente, que con veracidad y exactitud expresaba que no sabía en qué se podían fundar los peritos para dar una asignación fija, incurre á su turno en el error de asignar una remuneración, creyendo que se trataba de bienes hereditarios comprometidos. No había tal cosa; el poder es para verificar actos de administración y los servicios que se suponen prestados, es ejercitando, como dice el señor Bar, las vastas facultades que le habían sido conferidas.

De otro lado, el perito incurre en el error de señalar el 2 y $\frac{1}{2}$ por ciento anual por la administración de esos bienes.

Si los bienes eran hereditarios, esa remuneración á lo más, podía ser la determinada en el artículo 830 del Código Civil, esto es el $\frac{1}{2}$ por ciento por una sola vez, de los bienes inventariados, el 4 por ciento de las rentas recaudadas; y el 1 por ciento del valor de los bienes que no produzcan renta.

El administrador no cobra sobre el valor del bien, sino sobre la renta. Por eso vé V. E. que la ley da el 4 por ciento sobre la recaudación de las rentas, no señala premio alguno sobre el valor del bien que la produce y que sólo señala premio sobre el bien que no produce renta.

En el hecho, pues, y en derecho, ese dictamen es erróneo y sin valor: la designación del 2 $\frac{1}{2}$ por ciento es arbitraria y nula, porque no ha estado en la potestad de un perito señalar esa cuota.

Para apreciar el juez la remuneración, debía ante todo haber conocido cuáles eran los servicios prestados. Si no había razón ni prueba de estos, debía declarar sin lugar la remuneración.

Los jueces pueden aclarar las dudas que existan en el proceso por medio de las pruebas de oficio: pero su potestad no vá hasta el punto de que puedan mandar prueba de oficio para acreditar el hecho que el actor no ha probado.

Faltando esa prueba debe absolverse al reo.

En el caso actual esa remuneración ó era una donación ó era el cumplimiento de un contrato de «dout fatias» de parte de la González, ó «fatio ut des» de parte de Bar.

Si era una donación, entonces debía cumplirse lo prevenido en el artículo 596 del Código Civil que dice «sin escritura pública no es válida la donación que exceda de quinientos pesos».

De consiguiente Bar no podía pedir por donación remuneratoria más de cuatrocientos soles.

Y que la remuneración de servicios es una donación, lo enseña claramente el artículo 603 del Cód-

go Civil cuando dice: que en las donaciones remuneratorias si el valor de la cosa donada fuese mayor que el de los servicios etc.; lo que revela que la remuneración de servicios, cuando la ley no impone la obligación de pagarlos, como sucede en el mandato que según el artículo 1982 del Código Civil se entiende gratuito, es una donación sujeta á las reglas prescritas en el Código Civil.

Si el contrato era de « doy para que hagas ó hago para que des », entonces conforme á los artículos 1632 y 1651, es preciso también que estén determinadas las obras ó los servicios.

De modo que sin que existiera un contrato prescrito en que la señora González se hubiera obligado á dar una remuneración determinada á don Adolfo Bar por los servicios que éste le prestase, sin saberse, y sin tratarse de averiguar cuáles eran esos servicios que imponían la obligación de remunerar, sin prueba alguna de la existencia y efectividad de esos servicios, se ha sometido de oficio y de un modo indirecto una cuestión de derecho, al dictamen de peritos é involucrando las atribuciones que corresponden al juez y al perito ha aceptado aquél como prueba la apreciación que éste había hecho y la ha sancionado en la sentencia de fojas

Tratándose además de una donación remuneratoria ó de un contrato de locación de servicios, se ha impuesto la obligación de donar cuatro mil soles, faltando el instrumento público que la ley exige.

Ante la fuerza de estas consideraciones, la consecuencia legal es la nulidad del fallo en la parte de la sentencia en que se manda que la señora Gonzá-

lez pague á Bar por remuneración de sus servicios el 2 $\frac{1}{2}$ por ciento del valor de los bienes administrados.

Sin embargo, como los jueces no pueden fallar sino por lo alegado y probado, aplicando la ley al hecho; como la demandada ha confesado que ofreció efectivamente una remuneración, y ante el mérito de esta confesión y la existencia del poder se debe acordar alguna remuneración á Bar; como esta no debe pasar, no existiendo documento escrito, del límite que le demarca la ley; como no están especificados, ni aun enunciados los servicios prestados, ni determinado su valor, y el único elemento para computar la remuneración es el tiempo durante el cual fué ejercido el mandato, esto es dos años; el Fiscal cree que, V. E. debe declarar la nulidad de la sentencia en la parte mencionada, pero que en mérito de la confesión de la señora González y en atención á que Bar desempeñó el mandato durante dos años, debe V. E. ordenar que la señora González pague á Bar por vía de esa remuneración prometida, la cantidad de cuatrocientos soles, por cada año que duró el mandato.

En cuanto á las cuentas de fojas 4, se advierte que se ha incurrido también en otras irregularidades.

El señor Bar pidió el pago del saldo de las cuentas.

La demanda planteada de este modo no era legal.

El mandatario está obligado á rendir cuentas y su derecho es pedir la aprobación.

Esto es lo que enseña el artículo 1053 del Código de Enjuiciamientos.

Rendidas las cuentas deben entregarse á la parte contra quien se rinden, para que las examine y apruebe ó tache: y éste es el derecho de la persona á quien se rinde una cuenta: no puede desconocerse ese derecho imponiéndosele la obligación de aprobar las partidas de la cuenta por medio de la absolución de posiciones: esto sería injurídico y abusivo.

No puede tampoco exigirse el saldo de una cuenta mientras ésta no sea depurada y liquidada: esto es lo que prescribe el artículo 863 del Código de Enjuiciamientos Civil.

De modo que ni aún ha debido sustanciarse ni admitirse la demanda de fojas 5 sobre pago del saldo, sin que primero se hubicra ventilado el juicio de cuentas, ni menos tolerarse que se tratara de aprobarla por medio de posiciones.

Pero como la demandada en la contestación de fojas 19, abandonando su derecho, aprobó esa cuenta, allanándose al pago del saldo; y como además esa cuenta ha sido examinada por los peritos contadores dentro de la órbita de sus atribuciones legales, la cuestión sobre cuentas está bien fallada por la Corte Superior en cuanto se manda pagar el saldo que de ellas resulta.

Por todo esto el Fiscal de V. E. concretando sus demostraciones, concluye por opinar que V. E. debe declarar que no hay nulidad en la sentencia en cuanto se manda pagar el saldo de la cuenta, ascendente á siete mil setecientos cinco soles y en cuya suma están comprendidos los intereses: que sí hay nulidad en cuanto se ordena que, la señora González pague á Bar por vía de remuneración el

2 ½ por ciento anual en soles de plata sobre el valor de los bienes administrados por éste: y revocando en esta parte dicha sentencia y reformando en la misma la de primera instancia, declarar que la remuneración debe entenderse, año por año, en la cuota de cuatrocientos soles anuales.

Lima, 29 de setiembre de 1886.

ARANÍBAR.

Lima, 15 de diciembre de 1886.

Vistos: de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal, reproduciendo los fundamentos de la sentencia de primera instancia en lo relativo al pago de la cuenta de fojas 3; y teniendo en consideración respecto al segundo extremo de la demanda de don Adolfo Bar: que aun cuando doña Amalia González viuda de Dávila Condemarín absolviendo á fojas 35, la sexta de las posiciones de fojas 34, declara ser cierto que ofreció recompensar el trabajo del demandante, á quien había conferido su poder, no se ha probado de modo alguno cuál fuese la cantidad con que debían ser recompensados los servicios de ese mandatario: que la fijación de esa cantidad no es punto sujeto á operación pericial, sino la apreciación del juez y conforme á las leyes, por cuya razón no puede tomarse en cuenta el dictamen de los peritos á ese respecto: que no sería justo que la remuneración ofrecida quedase sin efecto, por no haber sido fijada en determinado

valor: que de autos no resultan comprobados otros servicios prestados por Bar á la viuda de Condemarín, que los relativos á la administración de los fondos, á que se contrae la yá citada cuenta de fojas 3, y son, por consiguiente esos servicios los que deben ser remunerados: que á falta de pacto expreso y de ley especial para el caso de que se trata, ha debido procederse en conformidad con lo prescrito en el artículo 9º del título preliminar del Código Civil, aplicándose lo dispuesto para casos análogos: que en tal virtud, y habiendo desempeñado Bar las funciones de administrador de la testamentaría del doctor don José Dávila Condemarín, respecto de los fondos que ha manejado, es aplicable por razón de analogía, el artículo 83º del código citado, en cuanto al premio que por las rentas que recauden corresponde á los albaceas ó ejecutores testamentarios: y que tanto la sentencia de primera, como la de segunda instancia se apartan de ese precepto legal, al fijar la remuneración que debe darse al demandante. Por tales fundamentos: declararon haber nulidad en la de vista de fojas 206 vuelta, su fecha 14 de agosto último, y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fojas 161 vuelta, en la parte relativa al pago de la cuenta de fojas 3; revocaron la misma sentencia, en cuanto señala como remuneración de los servicios de Bar, el 2 y $\frac{1}{2}$ por ciento en soles de plata, sobre el valor de los bienes de la testamentaría del doctor Dávila Condemarín, y resolvieron, que esa remuneración es la del 4 por ciento sobre los ciento diez mil cuatrocien-

tos veinte y dos soles sesenta y ocho centavos billetes, á que siendo el cargo de la recordada cuenta; y los devolvieron.

Muñoz. — Arenas. — Sánchez. — Alvarez. — Loayza. — Guzmán. — Tejeda.

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

Juan E. Lama.

Procede de Lima. — Cuaderno Núm. 280.

El actor no está obligado á exhibir documentos en instancia que no ha promovido.

Recurso de nulidad interpuesto por don Pedro Paz Soldán y Unanue en la causa que sigue con don Francisco Paz Soldán y otra sobre colación de bienes.

Excmo. Señor:

En el presente caso, no se trata de la acción de exhibición formulada por uno de los litigantes, en la que no hay lugar al recurso de nulidad, sino de la providencia expedida por el Tribunal Superior para mejor resolver, por la que se manda que don Pedro Paz Soldán y Unanue presente la escritura á que se refiere en la demanda de fojas 1; pero habiéndose expresado por don Pedro Paz Soldán que no tiene los recursos para presentar dichos testimo-