

Tutela de Hecho. Derogación de la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*. *Dies a quo*: Prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual. Accidente de circulación
(Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992)

M.^a ANGELES PARRA LUCÁN

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I.—La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992. 1. El supuesto de hecho. 2. Fundamentos de derecho. 3. Delimitación de las cuestiones que se plantean.—II. Prescripción de la acción. 1. En general. 2. Derogación de la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*. 3. La doctrina jurisprudencial relativa al cómputo de la prescripción a partir de la notificación del auto ejecutivo.—III. Actuación de tutores de hecho.—IV. La intervención del Ministerio Fiscal en representación de menores.

I. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1992

1. El supuesto de hecho

Los hechos que dan lugar a la sentencia objeto de este comentario son los siguientes: el 30 de agosto de 1979, al colisionar el vehículo turismo en el que viajaban con una furgoneta conducida por Don Pedro Díaz Marín, fallecen Don Manuel López Morales (conductor) y su esposa, Doña Carmen Palomino Villalobos (acompañante), dejando cuatro hijos menores de edad.

En las actuaciones penales abiertas a raíz del accidente se personó Don Salvador López Campoy, abuelo paterno de los menores, pero que carecía de nombramiento de tutor. El proceso penal terminó por auto de sobreseimiento, por no ser los hechos constitutivos de infracción

penal. El Juez penal dicta auto ejecutivo determinando la cantidad líquida máxima que podía reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los perjudicados (los menores huérfanos) al amparo del seguro obligatorio. Dicho auto ejecutivo le fue notificado al abuelo con fecha 10 de marzo de 1982, pero sin que en el año siguiente se presentara la oportuna demanda.

El 11 de abril de 1985 comparece en las archivadas actuaciones penales, solicitando notificación de ofrecimiento de acciones y testimonio del auto ejecutivo, Don José Villalobos Peregrina, que se atribuye la condición de tutor de los menores huérfanos desde el 28 de marzo de 1981.

El 14 de abril de 1988, Don Manuel López Palomino (el mayor de los hijos huérfanos y que ha alcanzado ya la mayoría de edad) y Don José Villalobos Peregrina (en su carácter de tutor de los demás hermanos) presentan demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Don Juan Pedro Díaz Marín (conductor de la furgoneta que participó en el accidente) y las compañías de seguros Previsión Española, S.A. (aseguradora de la furgoneta, a lo que deduzco), Zurich (según parece, aunque no se dice en la sentencia, aseguradora del vehículo en el que viajaban los fallecidos) y Seguros Ofesauto —esta última declarada en rebeldía—. Se solicita, en primer lugar, condena solidaria de todos los demandados al pago de doce millones de pesetas por la muerte de la madre (tres millones para cada hijo). Y, en segundo lugar, condena solidaria del conductor de la furgoneta y de Previsión Española, al pago de doce millones de pesetas por la muerte del padre (tres millones para cada hijo).

Con fecha 30 de enero de 1989, el Juzgado de Primera Instancia de Caravaca dicta sentencia desestimando la demanda en todas sus pretensiones. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial de Murcia dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 1989, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de primera instancia.

Se interpone por los actores recurso de casación, al amparo de los números 3, 4 y 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, condenando a los recurrentes al pago de las costas.

Es ponente de la sentencia el Excmo. Sr. Don Jaime Santos Briz.

2. Fundamentos de Derecho

Primero.—La sentencia recurrida en casación confirmando la dictada en primera instancia, desestimó la demanda que habían interpuesto don Manuel López Palomino y don José Villalobos Peregrina, éste en su carácter de tutor de los menores Antonio, Salvador y Silvia López Palomino, cuyos padres fallecieron en accidente de circulación ocurrido el día 30 de agosto de 1979, al colisionar el vehículo turismo

que conducía el fallecido don Manuel López Morales, que iba acompañado de su esposa doña Carmen Palomino Villalobos, con una furgoneta conducida por el demandado don Juan Pedro Díaz Marín. Fueron además demandadas las Compañías de seguros Previsión Española, S.A., Zurich y Seguros Ofesauto. Todos los demandados fueron absueltos en primera y segunda instancia en base a los siguientes hechos que expone la Sala «a quo»: a) A raíz del accidente referido se personó en las actuaciones penales don Salvador López Campoy, abuelo de los menores como padre del fallecido don Manuel López Morales, aquél siguió las actuaciones en concepto de tutor de los dichos menores, representado por la Procuradora doña Juana Montiel Moreno, haciéndose cargo de los cadáveres para su enterramiento, así como de los menores huérfanos. b) A dicho Sr. López Campoy, una vez dictado auto señalando la indemnización por sobreseimiento de las actuaciones penales, le fue notificado aquél con fecha 10 de marzo de 1982, suscribiendo la citada Procuradora Sra. Montiel Moreno la diligencia de notificación, pero sin presentar la oportuna demanda dentro del año siguiente. c) Con simultaneidad parcial a dichas actuaciones promovidas por el abuelo paterno de los menores huérfanos, según manifiesta don José Villalobos Peregrina, arrogándose la tutela de los mismos menores desde el 28 de marzo de 1981, compareció en las archivadas actuaciones penales el 11 de abril de 1985, es decir más de cuatro años después, solicitando notificación de ofrecimiento de acciones y del auto de fijación de cantidad máxima a resarcir y entrega de testimonio para ejercitar las acciones pertinentes, lo que llevó a efecto por demanda presentada el 14 de abril de 1988; demanda que, como ya se indica, fue desestimada en primera y segunda instancia por haberse apreciado la excepción de prescripción de la acción ejercitada.

Segundo.—El recurso de casación formulado por el demandante Sr. Villalobos Peregrina se integra en un primer motivo, apoyado en el artículo 1.692, n.º 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil «por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». El desarrollo del motivo parte de considerar erróneo que don Salvador López Campoy que compareció representando a los menores era su tutor y que el único tutor que tuvieron aquéllos fue el actor ahora recurrente Sr. Villalobos Peregrina, que —dice— fue nombrado tutor por el Consejo de familia debidamente constituido. Y después el motivo indica que contando el plazo desde la comparecencia en abril de 1985 del citado actor, y con las varias interrupciones del plazo acontecidas, no se ha producido la prescripción en que se funda la sentencia impugnada en casación. El motivo es totalmente desestimable: a) En primer lugar no se preocupa de demostrar el supuesto error que dice existir en la apreciación de la prueba por parte de la Sala de instancia, ya que lo que argumenta es la calidad de tutor del demandante y que no ha transcurrido el plazo de prescripción con interpretación, aunque no los cita en este motivo, de los artículos

1.968, n.º 2.º, y 1969 del Código civil; extremos ambos que no están probados en autos. b) Efectivamente, el recurrente ignora, como ya observa la Sala «a quo», que en 1979 cuando ocurrió el desgraciado accidente de circulación en que murieron los padres de los menores demandantes compareció una persona que era el abuelo paterno de aquéllos, ciertamente no como tutor nombrado conforme a las leyes entonces vigentes, sino como tutor de hecho, cualidad que hay que considerar tenía al comenzar sus funciones de proveer al cuidado de los menores huérfanos sin dar cumplimiento a los requisitos legales; pero ejerciendo la «guarda», que ya desde Las Partidas tiene un significado amplio en nuestro Derecho, y que equivale a tutela en sentido amplio. Actuaciones, por tanto, válidas y lícitas que no pueden ignorarse y que concluyeron con la notificación del auto de 10 de marzo de 1982, dejando posteriormente prescribir la acción por haber transcurrido con exceso el plazo de un año que señala para estos supuestos el artículo 1.968, n.º 2.º, del Código civil. c) En cuanto al supuesto tutor que ha comparecido como demandante y ahora recurrente, es de observar que a pesar de que se dice, por referencia a una certificación expedida por el Secretario del Registro civil de Orgiva, que es tutor de los menores en cuestión según acta de 28 de marzo de 1981, tal referencia de la escritura de poder no constata más que lo que le consta al Notario, que no es ciertamente el nombramiento de tutor sino el testimonio de un documento cuya verdad intrínseca no le consta al Notario ni figura en autos, hasta el punto de que la Sala «a quo» en su segundo fundamento de derecho señala que «la condición de tutor de los menores que se atribuye don José Villalobos Peregrina no ha sido probada, con prueba directa»; ya que el acta de su nombramiento no se halla en autos, ni tampoco fue presentada a la Compañía aseguradora Zurich a pesar de que la exigió en su carta, obrante en autos, de 28 de abril de 1986, donde deniega la indemnización y no hace, como sostiene con error el recurso, ninguna renuncia a la prescripción ganada. d) Pero aunque se considerase al recurrente como tutor según alega, también habría que considerar prescrita la acción, ya que él mismo afirma que el acta de su nombramiento es de fecha 28 de marzo de 1981, de lo que se deduce indubitablemente que conocía el accidente causante de la muerte de los progenitores de los menores demandantes desde aquella fecha, luego conocía el daño causado desde entonces (28 de marzo de 1981), a los efectos del n.º 2.º del artículo 1.968, y además, a los efectos del artículo 1.969, desde aquel día pudo ejercitar la acción; en cuanto el daño efectivo fue la muerte de unas personas, no el día en que se le comunicó la valoración indemnizatoria a efectos del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de acciones de circulación. Por lo tanto, es indudable que la acción, que ya prescribió para el tutor legal (el abuelo paterno de los menores), prescribió también para la persona que se dice ser nuevo tutor, sin que consten, por otro lado, las razones concurrentes en tal persona para ostentar aquel cargo de tutor. En consecuencia debe ser desestimado el motivo primero del recurso.

Tercero.—El motivo segundo se formula al amparo del artículo 1.692, n.º 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y señala como infringidos los artículos 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el 1.968.2 del Código civil. De lo actuado en autos resulta que no fue infringido ninguno de esos preceptos legales, en cuanto consta probado que en las diligencias penales seguidas por el accidente intervino el abuelo paterno de los menores, tutor legal conforme al artículo 311, n.º 1, a la sazón vigente, del Código civil, o al menos, según antes se ha expuesto, como tutor de hecho de aquellos menores, y obvio es decir, que entonces tal representante legal tuvo conocimiento de los hechos, así como el propio recurrente tuvo conocimiento de los mismos al menos desde la fecha en que manifiesta que fue nombrado tutor en el año 1981, manteniendo seguidamente una actitud pasiva que subsistió hasta el mes de abril de 1985, pudiendo haber ejercitado la acción en cuanto supo los hechos, pues nada consta probado en contrario. En definitiva, debe ser rechazado también el motivo aludido.

Cuarto.—El último de los motivos, se aduce al amparo del artículo 1.692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte»; normas las supuestamente infringidas que no se citan y menos se acredita que hayan producido indefensión para los recurrentes. Con independencia de que las que se citan (art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 1.968.2 del Código civil) no han sido infringidas, según se ha hecho notar con anterioridad en esta resolución ni el artículo 109 citado forma parte de formas esenciales de este juicio civil. Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado y con él la totalidad del recurso.

Quinto.—La desestimación del recurso trae consigo por imperativo legal la imposición de costas a la parte recurrente, conforme exige el artículo 1.715, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, norma que se hará efectiva, dada la concesión de defensa judicial gratuita declarada a favor de los recurrentes, cuando éstos lleguen a mejor fortuna.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don Manuel López Palomino y Don José Villalobos Peregrina, contra la sentencia de fecha diez de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, que dictó la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, condenando a dichos recurrentes al

pago de las costas de este recurso para cuando lleguen a mejor fortuna; líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

3. Delimitación de las cuestiones que se plantean

En la sentencia de 20 de febrero de 1992 la cuestión fundamental suscitada es la de la prescripción de la acción de responsabilidad civil por daños derivados de accidente de circulación. En este sentido, la sentencia viene a sumarse a una jurisprudencia reiterada, según la cual, el cómputo del plazo de prescripción de un año se cuenta, en su caso, a partir de la notificación del auto ejecutivo que señala la cantidad máxima que puede reclamarse por los perjudicados al seguro obligatorio.

Lo que sucede es que, en el caso concreto, los perjudicados son menores de edad. Menores que, en un primer momento, carecen de tutor nombrado legalmente. Se produce la actuación de su abuelo paterno. En particular, se persona en las actuaciones penales y a él se le notifica el auto ejecutivo, pero después ni interpone la demanda declarativa de indemnización de daños ni la demanda ejecutiva derivada de dicho auto. Se plantea, por tanto, cuáles son, para los menores, las consecuencias de la intervención de su abuelo en el proceso penal, a efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción declarativa. Acción declarativa —que da pie a la sentencia del Supremo que ahora se comenta— y que, por otra parte, es interpuesta por un (segundo) supuesto tutor de los menores, que no llega a acreditar debidamente su nombramiento.

En una primera aproximación, y a tenor de lo dispuesto en el art. 1932 del Código Civil —que ni se menciona en la sentencia—, la prescripción de acciones corre también contra los menores, aunque carezcan de la debida representación legal —según la doctrina mayoritaria—. En principio, y por aplicación de lo dispuesto en este precepto, no haría falta, por tanto, entrar a valorar la calidad en que intervienen uno y otros «tutores». La acción prescribiría en todo caso, por el transcurso del año desde que se notifica el auto ejecutivo. Con un matiz —a lo que creo—: que el auto de ejecución no hubiera sido notificado al representante de los perjudicados. Cuestión que convendrá analizar en el presente caso.

El Tribunal Supremo que, como digo, no aplica —formalmente, al menos— la regla del art. 1932, se esfuerza en aclarar que las actuaciones del abuelo paterno de los menores son válidas y eficaces. Y que, en todo caso, el supuesto segundo tutor también dejó pasar el tiempo previsto para el ejercicio de las acciones correspondientes. Con esta finalidad el Supremo realiza algunas declaraciones en torno a la intervención, en primer lugar, del abuelo y, en segundo lugar, del nuevo tutor con nombramiento no probado, a los que no duda en calificar de «tutores de hecho».

Lo que sucede es que estas afirmaciones son realizadas por el Alto Tribunal de un modo superficial, de pasada casi, sin detenerse en el análisis de la normativa sobre tutela que pudiera servirles de apoyo. De tal forma que, en mi opinión, no puede generalizarse la doctrina contenida en la sentencia acerca del concepto de tutor de hecho ni tampoco de las consecuencias que de su actuación se derivan para los menores.

II. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

1. En general

El argumento de fondo presente en el recurso de casación interpuesto por los demandantes es que, puesto que el abuelo no llegó a ser tutor, no produciría ningún efecto la notificación que se le hizo en el día 10 de marzo de 1982, una vez sobreseído el proceso penal, del auto ejecutivo. Hecha la notificación a quien no era Tutor, y por tanto representante legal de los menores, habría que entender que el plazo de prescripción no empezó a correr hasta que se tuvo conocimiento de la posibilidad de ejercicio de la acción por el tutor.

La valoración adecuada de este problema ha de partir, en mi opinión, del análisis de una serie de datos:

- En primer lugar, de lo dispuesto en el art. 1932 del Código civil, según el cual, la prescripción corre contra todo tipo de personas. Incluidas, por tanto, los menores. ¿También si carecen de representante legal, como parece ser el caso que da pie a la sentencia objeto de este comentario?
- Ahora bien, aun respondiendo de forma positiva a esa primera cuestión, ello no implicaría necesariamente que en el caso concreto hubiera empezado a correr el plazo de prescripción en el momento en que se produjo el accidente. Porque, ¿cuál debe computarse como momento inicial? De acuerdo con una jurisprudencia reiterada, la notificación del auto ejecutivo señalando la cuantía máxima indemnizable a cargo del seguro obligatorio. En principio, y de la misma manera que si no se notifica al interesado no empieza a correr el plazo de prescripción, tratándose de menores no emancipados la notificación del auto debiera hacerse a su representante legal. Procede examinar, por tanto si así se hizo y cuál es en su caso la consecuencia de que la notificación se hiciera a un primer tutor de hecho —el abuelo de los menores—. Si se considera, como hace el Supremo, que a partir de ese momento empieza a correr el plazo de prescripción, y la acción llega a extinguirse por prescripción, ya no tendría sentido examinar, en segundo lugar, la posibilidad de que el segundo

tutor ejercitase con éxito la demanda en juicio declarativo. Cosa que, sin embargo, hace el Tribunal Supremo.

2. Derogación de la regla contra *non valentem agere non currit praescriptio*

Al comentar el art. 1932 del Código civil, la doctrina pone de relieve cómo, a través de este precepto, nuestro Código se aparta de los precedentes históricos acerca de quiénes son los sujetos pasivos de la prescripción, es decir, contra quiénes puede darse la prescripción.

Frente al sistema anterior al Código (1), y a lo previsto en algunos modelos de Derecho comparado de nuestro entorno jurídico (2), el art. 1932 I del Código ni establece una excepción ni hace distinción alguna: «Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas». De forma tal que la doctrina mayoritaria entiende que, cualquiera sea la condición del sujeto pasivo, capaz o incapaz, la prescripción se produce (3).

(1) Así lo advierten SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil* III, ed. 2, Madrid, 1891, p. 294; ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, p. 184. Recientemente, para una exposición sucinta del alcance de la regla *contra non valentem agere* en el Derecho español, F.A. RODRÍGUEZ MORATA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albadalejo y S. Díaz Alabart, Tomo XXV vol. 1, Madrid, 1993, pp. 93 y ss.

(2) Así, por ejemplo, el art. 2252 del Código civil francés establece que la prescripción no corre contra menores no emancipados ni mayores sometidos a tutela, salvo algunos casos especiales de prescripción (las de los arts. 2271 y ss.). La regla se justifica en el principio contra *non valentem* y en el temor a la negligencia del tutor (TROPLONG, *De la prescription*, en *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Commentaire du Titre XX du Livre III du Code Civil*, T. II, ed. 3, núms. 702, 703 y 709; A. WEILL-F. TERRE, *Droit civil. Les obligations*, ed. 4, París, 1986, p. 1049 y la remisión a A. WEILL, *Droit Civil. Les biens*, ed. 2, París, 1974, p. 393). El art. 2042.1 del Código civil italiano establece que se suspende el plazo de prescripción contra los menores no emancipados y los incapaces por enfermedad mental, *durante el tiempo que no tengan representante legal* y durante los seis meses siguientes al nombramiento del mismo o a la cesación de la incapacidad (se establece, por tanto, un plazo de seguridad). La jurisprudencia ha aplicado la regla incluso cuando había nombrado representante legal pero existía un conflicto de intereses con el sometido (v. B. TROISI, en P. PERLINGIERI, *Codice civile Annotato*, Libro VI, ed. 2, Napoli, 1991, p. 595). Una regla semejante contiene el parágrafo 206 del B.G.B., según el cual, si una persona incapaz de celebrar negocios jurídicos o limitada en la capacidad negocial *está sin representante legal*, la prescripción que corra contra ella no se consuma antes del transcurso de seis meses contados a partir del momento en que la persona se hace capaz o cesa la falta de representación.

(3) Hasta la Compilación de 1960, en Cataluña no rigió en toda su amplitud el art. 1932 del Código civil (FAUS y CONDOMINES, *Compilación del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1960, p. 366). Así lo reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1918 (Colección Legislativa núm. 133; ponente: Excmo. Sr. Don Mariano Luján), donde se afirma lo siguiente: «Que al establecer el *Usatge Omnes cause*, título 2, libro 6, volumen 7 de las Constituciones de Cataluña, que las acciones

Se ha optado, por tanto, en el Código civil, por la seguridad jurídica, al mismo tiempo que los intereses del incapacitado o persona impedida para administrar sus bienes quedan salvaguardados por la acción de resarcimiento que el art. 1932 II les reconoce frente a sus administradores o representantes legales negligentes (4).

Es precisamente la existencia de la reclamación prevista en el art. 1932 II del Código la que permite argumentar a Gómez Corraliza que lo dispuesto en el primer párrafo del art. 1932 sólo se aplica cuando los menores o incapaces tienen representante legal, pero no cuando carecen de él (5). A su juicio, en este último caso, lo que se produce es una suspensión de la prescripción, porque la carencia de representación legal constituye un caso claro de imposibilidad de ejercitar la acción.

La doctrina mayoritaria, sin embargo, no comparte esta opinión. La prescripción corre, se dice, tanto si los menores e incapaces tienen representante legal, como si no lo tienen. Así se pronuncian expresamente B. Pérez González y J. Alguer (6), M. Albadalejo (7) y L. Díez Pícazo (8).

prescriben a los treinta años sin distinción de que sean buenas o malas las causas o motivos de la posesión, no quiere decir, ni puede entenderse, que por la fijación de ese tiempo haya quedado olvidado el principio de que la prescripción no empieza a contarse sino desde el día que la acción haya podido ejercitarse, *ni menos suponer que estén derogadas las disposiciones de excepción admitidas por el Derecho catalán y vigentes según la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo entre otras, cuando se trata de impúberes o menores de catorce años, contra los que no corre la prescripción mientras no salgan de esa edad, según establece la ley 1, Codicis, pár. 2 de Anuali excepcione, de completa armonía con el principio «contra non valentem agere non currit praescriptio»*. De hecho, la Compilación de 1960 recogió casos de suspensión de la prescripción, pero no todos los que estaban vigentes antes de su entrada en vigor (v. L. PUIG FERRIOL — E. ROCA TRIAS, *Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1987 p. 69).

(4) V. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III-IV, Madrid, 1852, p. 540.

(5) B. GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, Madrid, 1900, pp. 217 y ss. y 236 y ss.

(6) Destacan estos autores cómo el principio contra *non valentem* quedó totalmente derogado por el art. 1932 del Código, y al no existir en el Código español una regla correlativa al parágrafo 206 del B.G.B., entienden que no existe excepción ni siquiera cuando el incapaz carece de representación legal, debiendo entonces recaer, a su juicio, la responsabilidad a que se refiere el art. 1932 II sobre las personas de los —entonces vigentes— arts. 203 del Código —tutela provisional de la autoridad judicial y de los parientes obligados a prestar alimentos...—, 303 del Código —establecimientos de beneficencia—, etc. (*Anotaciones al Derecho Civil. Parte General*, de L. Ennecerus, ed. 13, vol. 2, revisada por H.C. Nipperdey, Barcelona, 1944).

(7) M. ALBADALEJO entiende que la prescripción corre aun cuando falte el representante porque lo único que la ley exige es que el derecho o la acción, en abstracto, sea ejercitable (*Derecho civil I-2*, Barcelona, 1989, p. 510).

(8) L. DÍEZ-PICAZO, *Artículo 1932*, en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, p. 2087.

La jurisprudencia, por su parte, ha confirmado la regla objetiva que aparece en el art. 1932 I en alguna ocasión:

- En sentencia de 28 de noviembre de 1932 (Colección Legislativa núm. 56; ponente: Excmo. Sr. Don Felipe Fernández y Fernández de Quirós) el Tribunal Supremo declara que, dados los términos tan absolutos en que está redactado el precepto, se incluyen los menores de edad asistidos por sus representantes legítimos. En particular, entendiendo que el plazo de prescripción de la acción de rescisión de operaciones divisorias de una herencia ex art. 1074 del Código empezó a correr cuando se hizo la partición, y no desde que la recurrente alcanzó la mayoría de edad. En definitiva, la acción pudo ejercitarse por la madre de la menor dice el Tribunal. La acción se extinguió por prescripción, por lo que se desestima el recurso, «sin perjuicio de que la recurrente pueda entablar reclamaciones legítimas contra su legítima representante».
- En sentencia de 12 de junio de 1956 (Rep. Aranzadi núm. 2482; ponente: Excmo. Sr. Don Obdulio Siboni Cuenca) el Tribunal Supremo reitera que el hecho de que, al comenzar a correr el plazo de prescripción, fueran menores de edad los recurrentes perjudicados por la misma no impedía que accionaran por ellos sus representantes legales, y si éstos no lo hicieron queda a salvo el derecho de aquellos para reclamar contra los segundos, a tenor de lo dispuesto en el art. 1932 del Código.
- En sentencia de 25 de febrero de 1960 (Rep. Aranzadi núm. 928; ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Bonet Ramón), aun sin mencionar el art. 1932 del Código, el Tribunal Supremo mantiene que el plazo de prescripción corre contra menores de edad, sin que, en general, haya de contarse el plazo de prescripción de las acciones que les interesen desde el momento que alcanzan la mayoría de edad, porque esa interpretación choca con el —entonces vigente— art. 155 del Código, que reconoce a los padres el derecho y deber de representar a los hijos no emancipados en el ejercicio de las acciones que puedan redundar en su provecho.

En los supuestos de hecho de estas tres sentencias la declaración del art. 1932, en el sentido de que los derechos y acciones se extinguen en perjuicio de toda clase de personas, se aplica a menores provistos de representantes legales. Más interés ofrece por ello, aparentemente, la sentencia de la Sala Primera de 27 de mayo de 1904 (Colección Legislativa núm. 83; ponente: Excmo. Sr. Don Pascual Domenech), relativa a un incapacitado que, en el momento en que debió ejercitar un derecho, estaba desprovisto de representante legítimo.

En la sentencia de 27 de mayo de 1904 el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, en la que se declaró aplicable por analogía el art. 1932 del Código civil a un supuesto de caducidad de acciones de una Compañía por falta de pago de los dividendos pasivos. No hay que olvidar, por tanto, que no es éste en realidad un caso de prescripción, sino de caducidad de las acciones de una Compañía conforme a las estipulaciones de un contrato de sociedad. Hecha esta advertencia, parece conveniente sin embargo detenerse en esta resolución.

Por lo que aquí interesa, uno de los motivos del recurso de casación denunciaba infracción por indebida aplicación del art. 1932 del Código civil. Entendía el recurrente que «dicho artículo se refiere únicamente a la prescripción legal y no a casos como el presente, y *se presupone la existencia de representantes legítimos de los incapacitados y negligencia de éstos*, causa de la prescripción, supuestos que no existían ni se daban en el presente litigio». El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el tutor incapacitado fundándose, entre otras consideraciones, en que no existe disposición alguna que prevenga que a los incapacitados no le son aplicables las prescripciones legales que señalen términos o establezcan sanciones que les afecten (9).

¿Cual es, a este respecto, el planteamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de febrero de 1992? Como expondré más adelante, yo entiendo que en el caso concreto que da pie a esta sentencia, el abuelo no podía ser considerado como representante legal de los menores. Pero si se entiende, como parece que exigé el tenor del art. 1932 del Código, que la prescripción corre también contra los menores que carecen de representante legal, en principio —y sin perjuicio de lo que diré a continuación sobre la notificación del auto en el apartado II.3 de este comentario— habría que concluir afirmando la prescripción de la acción de reclamación de daños.

Ahora bien, la sentencia no se pronuncia expresamente sobre la aplicación del art. 1932 del Código civil a los menores que carezcan de representante legal porque da por sentado que el abuelo era representante legal de los menores: no hace falta cuestionarse si el art. 1932 del Código juega también en relación a los incapaces sin representante legal porque en el supuesto que nos ocupa los menores lo tenían.

En realidad, en la sentencia no se menciona en ningún momento el art. 1932 del Código civil, pero el razonamiento que hace del cómputo del plazo de prescripción permitiría deducir cierta actitud en este tema. En el fondo, casi me atrevería a decir que, implícitamente, el Tribunal Supremo parece considerar precisa la existencia de un representante

(9) Un comentario de esta sentencia, destacando su valor en la interpretación del art. 1932 del Código, en J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, ed. 6, revisada por J. J. Gómez Ysabel, Madrid, 1973, pp. 1027 y ss.

legal de los menores para que empiece a correr el plazo de prescripción de la acción. Así se entiende, en primer lugar, el análisis en torno a si empezó a correr el plazo de prescripción a partir de la notificación del auto ejecutivo al abuelo, centrado precisamente en la consideración de si su actuación podía o no valorarse como la de un tutor. Sobre el alcance de estas declaraciones del Tribunal en relación a la figura de la tutela de hecho volveré más adelante en el apartado III de este comentario. Pero así se entiende, sobre todo, el que, después de decir que la acción ya había prescrito para el abuelo, el Tribunal Supremo se molestó en explicar porqué también ha prescrito para el segundo tutor. La misma acción no puede prescribir dos veces. Si hubiera prescrito transcurrido un año desde la notificación al abuelo del auto ejecutivo, ya no podría revivir por el nombramiento de un tutor. Sin embargo, el Tribunal Supremo analiza la posibilidad de ejercicio de la acción por el tutor nombrado. Será porque en el fondo no estaba muy convencido de que realmente hubiera prescrito. ¿Quizás porque el abuelo no era representante legal de los menores?

Debe tenerse en cuenta a mi juicio, en este punto, una última consideración. Está claro que el art. 1932 del Código civil, al consagrar una regla objetiva, lo hace en relación a los sujetos pasivos de la prescripción, es decir, establece contra quién corre la prescripción: contra cualquier persona, sin hacer distinciones, y al margen de su condición. El art. 1932 no se pronuncia, en cambio, sobre el momento inicial del cómputo del plazo. Precisamente por el fundamento objetivo que inspira la regla del art. 1932, la doctrina suele ponerlo en relación con lo dispuesto en el art. 1969 del mismo Código, que sí contiene una regla sobre la determinación del momento inicial del cómputo de la prescripción (10). Se destaca de esta forma cómo, la posibilidad legal de ejercicio a que se refiere el art. 1969, ha de valorarse de forma objetiva, sin tener en consideración las circunstancias subjetivas del sujeto del derecho.

Ahora bien, las cosas deben plantearse de otra forma cuando se trata de una acción para exigir la responsabilidad civil extracontractual, como sucede en el caso que da pie a la sentencia que ahora comento. Porque entonces, aunque por aplicación del art. 1932 del Código haya que entender que la prescripción corre también contra los menores, aun sin representante legal —aunque eso aquí importa menos—, correrá también «en los términos prevenidos en la ley». Y, para la responsabilidad civil extracontractual, el número 2 del art. 1968 establece un criterio subjetivo («desde que lo supo el agraviado»). La cuestión, entonces, ya no parece tan sencilla. En el supuesto concreto que ahora

(10) Así, L. PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho civil*, I-1, segunda parte, Barcelona, 1979, p. 875; también J. PUIG BRUTAU, *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, 1986, p. 93.

nos ocupa hubo una previa actuación penal, por lo que resulta preciso analizar el tema con más detalle.

3. La doctrina jurisprudencial relativa al cómputo de la prescripción a partir de la notificación del auto ejecutivo

Con carácter general, la jurisprudencia mantiene que, seguido procedimiento ante los Tribunales penales, el plazo de prescripción para la posterior reclamación en vía civil empieza a correr a partir del día en que gane firmeza la resolución que ponga término a la causa criminal (11).

Tratándose de daños derivados de accidente de circulación, dictado el auto ejecutivo en el que se fija la cantidad líquida reclamable al seguro obligatorio (12), el perjudicado puede ejercitar, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, bien la acción ejecutiva, si con ella pretende obtener la reparación que entiende le es debida, bien la ordinaria al amparo del art. 1902 del Código civil reclamando mayor cantidad, o compatibilizar ambas, en este caso de forma subsidiaria por la diferencia. Además, el auto dictado en el procedimiento ejecutivo no produce excepción de cosa juzgada respecto de la acción del art. 1902 del Código civil.

(11) Para un análisis crítico de esta jurisprudencia, A. F. PANTALEÓN, *Comentario a la sentencia de 27 de mayo de 1983*, en CCJC núm. 2, pp. 617 y ss; también, más recientemente, R. DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid 1993, pp. 968 y ss.

(12) Previsto en el art. 10 del texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, aprobado por RD 632/1968, de 21 de marzo, sobre uso y circulación de vehículos de motor, y que no fue derogado por el RD leg. 1301/1986, de 28 de junio. Para un análisis de los requisitos del título ejecutivo, J. F. CABALLERO GEA, *Las responsabilidades, penal y civil, dimanantes del accidente de circulación*, ed. 2, reimpresión, Pamplona, 1986, pp. 465 y ss.; F. GÓMEZ DE LIAÑO, *La responsabilidad en el uso de vehículos de motor. Aspectos procesales. Juicio verbal*, ed. 3, Oviedo, 1992, pp. 196 y ss.

Hay que entender que el llamado juicio ejecutivo del automóvil —según la doctrina procesal realmente es un declarativo abreviado, sin limitación de cognición judicial: V. CORTES DOMÍNGUEZ, en VVAA, *Derecho procesal civil*, Tomo I, vol. 2, *Proceso civil 2*, Valencia, 1986, pp. 152 y 153— no ha quedado derogado por el nuevo sistema procesal instaurado por la LO 3/1989 de 21 de junio para los procesos civiles que se inicien como consecuencia de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor y de hecho, en la práctica, siguen dictándose autos ejecutivos. Así lo entiende J. MONTERO AROCA (en VVAA, *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil 2*, Barcelona, 1991, p. 235 y ss.) y M. A. FERNÁNDEZ (*Derecho procesal civil III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, ed. 3, Madrid, 1992, p. 57). Contra, sin embargo, considerándolo derogado, V. CORTES DOMÍNGUEZ, en VVAA, *Derecho procesal civil*, Tomo I, vol. 2, *Proceso civil 2*, ed. 6, Valencia, 1992, pp. 149 y 150.

El plazo de prescripción de un año (13) corre, en estos casos, dice la doctrina del Tribunal Supremo:

- a partir de la notificación del auto ejecutivo (sentencias de 2 de julio de 1979 (14), de 28 de marzo de 1981 (15), de 31 de marzo de 1981 (16), de 22 de octubre de 1981 (17); de 5 de noviembre de 1981 (18), de 1 de marzo de 1982 (19), de 8 de marzo de 1982 (20), de 29 de marzo de 1982 (21), de 13 de noviembre de 1982 (22), de 15 de noviembre de 1982 (23), de 29 de marzo de 1983 (24), de 27 de mayo de 1983 (25), de 19 de septiembre de 1983 (26), de 26 de junio de 1984 (27), de 30 de noviembre de 1985 (28), de 14 de mayo de 1990 (29), de 9 de octubre de 1990 (30), de 15 de julio de 1991 (31); contra, sin embargo, la sentencia de 9 de mayo

(13) El art. 4 del texto refundido de la Ley de 1962 establecía para la acción directa contra el asegurador un plazo de un año «a contar desde que se produjo el hecho que da lugar a la misma». En la actualidad, el art. 5 del RD leg. 1301/1986, de 28 de junio, mantiene para el ejercicio de la acción directa el plazo de un año «desde el día en que la misma pudo ejercitarse». Basada la reclamación en el art. 1902 del Código civil, el plazo de prescripción es de un año «desde que lo supo el agraviado».

- (14) Aranzadi núm. 2915. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Cantos Guerrero.
- (15) Aranzadi núm. 1136. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel González Alegre y Bernardo.
- (16) Aranzadi núm. 1142. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime Santos Briz.
- (17) Aranzadi núm. 3952. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime de Castro García.
- (18) Aranzadi núm. 4419. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Hernández Rodríguez.
- (19) Aranzadi núm. 1277. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Seijas Martínez.
- (20) Aranzadi núm. 1291. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Fernández Rodríguez.
- (21) Aranzadi núm. 1508. Ponente: Excmo. Sr. Don José María Gómez de la Bárcena y López.
- (22) Aranzadi núm. 6541. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Sánchez Jáuregui.
- (23) Aranzadi núm. 6544. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime Santos Briz.
- (24) Aranzadi núm. 1649. Ponente: Excmo. Sr. Don Cecilio de la Vega Benayas.
- (25) Aranzadi núm. 2916. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime de Castro García.
- (26) Aranzadi núm. 4547. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime de Castro García.
- (27) Aranzadi núm. 3437. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Sánchez Jáuregui.
- (28) Aranzadi núm. 5918. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.
- (29) Aranzadi núm. 3727. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.
- (30) Aranzadi núm. 7588. Ponente: Excmo. Sr. Don Gumersindo Burgos-Pérez de Andrade.
- (31) Aranzadi núm. 5348. Ponente: Excmo. Sr. Don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

de 1979 (32), que considera como momento inicial del plazo de prescripción para la acción declarativa la fecha del alta del lesionado, y no la notificación del auto ejecutivo), o

- habiendo seguido procedimiento ejecutivo contra el asegurado obligatorio, a partir de la fecha de la firmeza de la resolución definitiva en él recaída (sentencias de 17 de diciembre de 1979 (33), de 28 de abril de 1983 (34), de 22 de diciembre de 1989 (35), de 29 de abril de 1991 (36)).

En todos estos casos, el perjudicado no se reservó en el proceso penal el ejercicio de la acción civil porque, de acuerdo con el art. 10 del texto refundido de la ley de 1962, no se hubiera podido dictar el auto ejecutivo. Hay que entender, por tanto, que la prescripción de la pretensión de responsabilidad civil quedó interrumpida (art. 1973 del Código civil) hasta que el interesado tuvo conocimiento de la finalización de las actuaciones penales (art. 1968.2 del Código civil, analógicamente). La justificación de esta doctrina del Tribunal Supremo sobre el inicio del plazo de prescripción se basa, en ocasiones, formalmente, no en los arts. 1973-1968, sino en el art. 1969 (37). El resultado, finalmente, es el de la notificación del auto al perjudicado, criterio subjetivo del momento inicial del cómputo del plazo de prescripción. El auto debe notificarse a los perjudicados o, en su caso, a sus representantes legales (38).

En el caso de la sentencia que nos ocupa la notificación del auto ejecutivo se hace al abuelo de los menores. Yo entiendo, como he apuntado antes y explicaré después con más detalle, que el abuelo no era el representante legal de los menores. Desde este punto de vista, el plazo de prescripción no debiera empezar a correr desde ese momento.

(32) Aranzadi núm. 2838. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel González-Alegre.

(33) Aranzadi núm. 4363. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega y Benayas.

(34) Aranzadi núm. 2196. Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis Albácar López.

(35) Aranzadi núm. 8864. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

(36) Aranzadi núm. 3104. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

(37) Con carácter general, criticando la línea jurisprudencial que se apoya en el art. 1969 del Código civil para determinar el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad civil cuando previamente se sigue un procedimiento penal, A. F. PANTALEÓN, *Artículo 1902*, en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia II, Madrid, 1991, p. 1974.

(38) Así, por ejemplo, en el caso de la sentencia de 31 de octubre de 1981 (Aranzadi núm. 4008; ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Casares Córdoba) se considera que hasta que no se notifica el auto ejecutivo la tutora de sus nietos menores de edad, no empezó a correr el plazo de prescripción, pese a que con anterioridad se notificó a los herederos de otro de los perjudicados en el accidente.

El Tribunal Supremo dice que sí, y para ello se basa en explicar, a través de una argumentación criticable, que el abuelo era el representante legal de sus nietos por ser su tutor (de hecho o legal, no parece importarle mucho).

Ahora bien, después de declarar prescrita la acción por el transcurso de un año desde la notificación del auto ejecutivo al abuelo (por tanto, el día 11 de marzo de 1983), el Tribunal Supremo dice que también prescribió para la persona que se dice ser nuevo tutor —y que no lo acredita debidamente—. Si prescribió el 11 de marzo de 1983, no podría en modo alguno revivir la acción. Y si se admite que pudiera resurgir la pretensión indemnizatoria es porque no prescribió. Yo creo que, posiblemente, el Tribunal Supremo no hubiera tenido inconveniente en estimar el recurso de casación y mantener que no se había producido la prescripción si la intervención del que se dice tutor se hubiera producido dentro del año siguiente al momento en que fue nombrado representante de los menores. No puede tener otro significado la afirmación del Tribunal Supremo en el sentido de que, si el acta de nombramiento del tutor era de 28 de marzo de 1981, «conocía el accidente causante de la muerte de los progenitores de los menores demandantes desde aquella fecha, luego conocía el daño causado desde entonces, a los efectos del núm. 2 del art. 1968, y, además, a los efectos del art. 1969, desde aquel día pudo ejercitar la acción».

III. ACTUACION DE TUTORES DE HECHO

Producido el accidente de circulación en el que fallecen los padres de los menores, la primera intervención que se constata es la de su abuelo paterno. Según la Audiencia, en declaración recogida por la Sala Primera del Tribunal Supremo (primer Fundamento de Derecho), el abuelo de los menores «se personó en las actuaciones penales..., siguió las actuaciones *en concepto de tutor* de los dichos menores..., haciéndose cargo de los cadáveres para su enterramiento, así como de los menores huérfanos».

El primer motivo del recurso de casación denuncia error en la apreciación de la prueba, al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, entre otras razones, por considerar errónea la afirmación de la Audiencia —y las consecuencias que de allí se deducen— en el sentido de que el abuelo de los menores fuera su tutor. En relación a este argumento, la Sala Primera señala que la comparecencia del abuelo en las actuaciones penales fue «no como tutor nombrado conforme a las leyes entonces vigentes, sino *como tutor de hecho*, cualidad que hay que considerar tenía al comenzar sus funciones de proveer al cuidado de los menores huérfanos sin dar cumplimiento a los requisitos legales; pero ejerciendo la «guarda», que ya desde Las Partidas tiene su significado amplio en nuestro Derecho, y que equiva-

le a tutela en sentido amplio. Actuaciones, por tanto, válidas y lícitas...» (Fundamento de Derecho segundo). Más adelante, en el mismo Fundamento, el Tribunal dice que «la acción, que ya prescribió para el tutor legal (el abuelo paterno de los menores)...».

El segundo motivo del recurso, al amparo del núm. 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciaba, por lo que ahora interesa, violación del art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual, la instrucción de las acciones que correspondan a los perjudicados, cuando éstos carezcan de capacidad legal, deberá hacerse a su representante. Frente a esto, señala el Tribunal Supremo que: «En las diligencias penales seguidas por el accidente intervino el abuelo paterno de los menores, tutor legal conforme al art. 311 núm. 1, a la sazón vigente, del Código civil —en realidad debería decir art. 211—, o al menos, según antes se ha expuesto, como tutor de hecho de aquellos menores, y obvio es decir, que entonces tal representante legal tuvo conocimiento de los hechos...».

Se califica al abuelo, por tanto, de tutor legal o de tutor de hecho. Como si diera igual, porque en todo caso el Tribunal lo considera, definitivamente, el «representante legal» de los menores. A este respecto conviene hacer algunas observaciones.

De una parte, la normativa vigente en el momento de producirse los hechos se corresponde con el régimen de la tutela del Código civil en su redacción originaria. De acuerdo con dicho régimen, en efecto, el art. 211 atribuía en primer lugar al abuelo paterno la tutela legítima de los menores no emancipados. Pero la calificación de tutela legítima sólo significa que esa tutela es deferida por la ley, con carácter subsidiario, cuando falta la designación o llamamiento por testamento (argumento ex arts. 204 y 231 del Código civil en la redacción vigente hasta la reforma de la tutela por ley 13/1983 de 24 de octubre). Sin que ello suponga —fuera de la referencia que a continuación haré de la llamada tutela de hecho, que no tiene que referirse necesariamente a los «tutores legítimos»— que las personas llamadas por la ley a ejercer la tutela pudieran ejercerla y desempeñar las funciones propias del tutor sin cumplir previamente la serie de actos exigidos por el Código para la constitución de la tutela. A saber, esos actos que integraban la constitución de la tutela en el régimen anterior eran, someramente, los siguientes: 1. constitución del Consejo de Familia; 2. nombramiento del protutor; 3. que el tutor preste fianza —aunque, de acuerdo con el art. 260 el abuelo estaba exento de esta obligación—; 4. que el Consejo de familia confiera al tutor la posesión; 5. que el nombramiento de tutor se inscriba en el Registro de Tutelas (39).

(39) V. por todos, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, vol. 2, ed. 8, Madrid, 1966, p. 303.

En consecuencia, y aunque estuviera prevista en la legislación entonces vigente una delación o designación para el nombramiento de tutor al abuelo de los menores no emancipados, ello no confería al abuelo de forma automática, sin el cumplimiento de los requisitos formales de constitución de la tutela, la cualidad de tutor, ni, por tanto, el carácter de representante legal que al tutor le confería el entonces vigente art. 262 del Código civil.

Desde este punto de vista, las aseveraciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de febrero de 1992 en el sentido de que el abuelo paterno de los menores en cuestión era su «tutor legal», por el simple hecho de ser su abuelo, resultan inexactas y, por tanto, son criticables. Igualmente resulta falsa la consecuencia de allí derivada de que el abuelo fuera el representante legal de los menores, sus nietos.

De otra parte, la calificación del abuelo como «tutor de hecho», es realizada por el Tribunal Supremo en el marco de una genérica remisión al concepto de guarda de las Partidas («... ejerciendo la 'guarda', que ya desde las Partidas tiene un significado amplio en nuestro derecho, y que equivale a tutela en sentido amplio»; en alusión, supongo, a la definición de tutela recogida en las Partidas: «tutela en latín es tanto como decir guarda en romance»). Argumento jurídico un tanto lejano y vago si lo que se quiere es justificar la eficacia y validez de lo actuado por alguien que ejerció las funciones de tutor careciendo de la potestad correspondiente. También a este respecto conviene hacer algún matiz en las afirmaciones de la Sala Primera.

El planteamiento que realiza la Sala Primera de la tutela de hecho no resulta satisfactorio. Ni cuando se refiera a la intervención del abuelo paterno ni cuando somete a esta calificación al segundo tutor con nombramiento no probado. Las afirmaciones del Tribunal Supremo a este respecto no se corresponden con la construcción doctrinal de esta figura ni tampoco, siquiera, aun con las deficiencias que presenta (40), con el reconocimiento que de la misma hizo la reforma del Código civil en materia de tutela por Ley de 24 de octubre de 1983.

Ese desajuste con la construcción de la guarda o tutela de hecho no se produce en la determinación de los supuestos encuadrables en la guarda de hecho. Porque, aunque discutido, si se acepta una postura amplia al respecto —si bien no compartida por toda la doctrina (41)— no parece que hubiera especial problema en los supuestos que se plantean en el presente caso: situación previa a la constitución de la tutela

(40) Sobre lo cual, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Artículos 303 a 306, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, 1986, pp. 784 y ss. También, C. ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, especialmente pp. 28 y ss. y 155.

(41) Para una exposición completa de las distintas posturas doctrinales mantenidas antes y después de la reforma del Código civil de 1983, en relación a los distintos supuestos encuadrables en la guarda de hecho, C. ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, pp. 37 a 53.

(para la actuación del abuelo paterno) y supuesto tutor que no acredita debidamente su nombramiento.

En cambio, las consecuencias que extrae la sentencia del Supremo acerca de la actuación de estos «tutores de hecho» no pueden compararse. Porque, fundamentalmente, lo que se persigue a través de la construcción de la figura de la tutela de hecho es lograr una mejor protección de la persona sometida a ella: someter al tutor de hecho a los deberes de la tutela, ineficacia de todos los actos del mismo que no sean de mera conservación del patrimonio del tutelado y no reconocimiento a su favor de los derechos propios de un tutor legal (42). Desde este punto de vista se explica, en especial, el esfuerzo por mantener la validez de ciertos actos realizados por el tutor de hecho sin representación —y que, en principio deberían ser nulos, *ex art.* 1259 del Código civil— y que, con más o menos acierto consagra hoy el art. 304 del Código civil.

Frente a este planteamiento, el Tribunal Supremo recurre a la tutela de hecho para concluir que es válido todo lo actuado por el abuelo paterno y por el supuesto tutor cuyo nombramiento no ha quedado probado de forma directa. Porque considera que uno y otro son representantes legales de los menores. Pero ésto no es cierto. Una cosa es que en atención a los intereses que se desean proteger la doctrina, antes de la reforma de 1983, recurriera a la anulabilidad con el fin de conservar la eficacia de los actos de conservación de los bienes llevados a cabo por el guardador de hecho (43) —y que el actual art. 304 del Código civil prescinda de la naturaleza de los actos y se centre en su utilidad para permitir su validez— y otra bien distinta que se reconozca plena validez a todo lo actuado por un tutor de hecho.

No quiero detenerme más en esta cuestión porque en realidad, como ya he apuntado más arriba, la resolución del supuesto que se plantea en la sentencia requiere un análisis de lo dispuesto en el art. 1932 del Código civil. De acuerdo con este precepto, en efecto, transcurrido el plazo de prescripción previsto para el ejercicio de la acción, como así resulta en el caso, la prescripción se produce aun cuando los menores carecieran de representante legal o, teniéndolo, éste no ejerciera la acción (¿aunque no se utilizase debidamente el auto ejecutivo?). La solución alcanzada sería, posiblemente, la misma que resulta en este caso de la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo. Sin embargo, los razonamientos realizados acerca de la tutela de hecho no me parecen correctos. Por ello, si me parece conveniente resaltar que la aplicación de la construcción de la tutela de hecho no permite calificar con

(42) Por todos, L. Díez-PICAZO, *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 220.

(43) A lo que el proyecto particular realizado por los profesores L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ, C. ROGEL, A. CABANILLAS y J. CAFFARENA (*Estudio para la reforma del Código civil relativos a la tutela*, Madrid, 1977, art. 309) añadía el requisito de la utilidad.

carácter general al tutor de hecho como representante legal del menor. Ni deducir de allí que todo lo actuado por el tutor de hecho es siempre perfectamente válido y eficaz.

IV. LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN REPRESENTACION DE MENORES

El resultado final del supuesto de hecho que da pie a la sentencia objeto de este comentario es que los menores huérfanos como consecuencia del fallecimiento de sus padres en accidente de circulación, no cobran ninguna indemnización. De una parte porque no llega a prosperar la demanda de juicio declarativo interpuesta por el supuesto segundo tutor. Pero también porque no llega a presentarse demanda ejecutiva del auto señalando la cuantía máxima a cargo del seguro obligatorio.

El profesor García Cantero, que anota la sentencia de la Sala Primera de 20 de febrero de 1992 en la Sección de Jurisprudencia de este mismo volumen del Anuario de Derecho civil, advierte que: «Cabría cuestionarse la intervención del Ministerio Fiscal, que tiene estatutariamente encomendada la defensa de las personas en situación de desamparo». Efectivamente, esta es una cuestión que requiere algún comentario.

Es cierto que, en la legalidad actualmente vigente, el Ministerio Fiscal está llamado a cumplir un papel, temporal y provisional si se quiere, en la defensa y representación de menores. En este sentido, el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, establece que, para el cumplimiento de las misiones atribuidas al Ministerio Fiscal, le corresponde: «*Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores desvalidos*». Como complemento, el art. 5.2 del Decreto de 27 de febrero de 1969 —que aprobó el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, y según la disposición final segunda del Estatuto hay que considerar vigente— establece que: «En general, (los fiscales) cuando intervengan en representación de personas incapaces... *actuarán como el más celoso defensor...*».

En la reforma del Código civil en materia de tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983 se desarrolló la previsión del art. 3.7 del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981, al introducir un art. 299 bis, en el que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en la defensa y representación de los menores en el período que va desde que el organismo judicial tiene conocimiento de que una persona ha de quedar sometida a tutela, hasta que el Juez dé posesión de su cargo al tutor de-

signado (art. 259) (44). La doctrina entiende que en este precepto hay una atribución al Ministerio Fiscal de funciones de tutor provisional (45). Funciones de representación y defensa de la persona que ha de quedar sujeta a tutela que presuponen una actuación intermitente del Ministerio Fiscal: cuando haya de llevarse a cabo algún acto que afecte a los intereses del menor o incapacitado, y que de haberse constituido la tutela debería llevar a cabo el tutor en su condición de representante legal (art. 267 del Código civil). Se considera, de esta forma, que la actuación a que está llamado el Ministerio Fiscal en este precepto es compatible y coexistirá normalmente con la actuación de otras personas que cuiden al menor: fundamentalmente con el guardador de hecho (46).

Pero la regla del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981 no es una novedad en nuestro Ordenamiento. Ya la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 establecía como competencia del Ministerio Fiscal, en el núm. 6 del art. 838, la de «representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes, hasta que se les provea de tutores o curadores para la defensa de sus propiedades y derechos». De la misma forma se pronunciaba el art. 2.5 del Real Decreto de 21 de junio de 1926 —derogado por el Estatuto de 1981—, por el que se aprobó el Estatuto del Ministerio Fiscal.

Vigente la Ley de 1870 y el Estatuto de 1926 —y cuando, por tanto, se produce el accidente de automóvil en el que fallecen los padres de los menores que ahora reclaman—, el Código civil no atribuía, sin embargo, esa función de tutor provisional al Ministerio Fiscal. En efecto, el art. 203 del Código civil, en su redacción originaria, vigente hasta

(44) El legislador catalán, recientemente, ha considerado que el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no exigía la atribución de esas funciones de tutor provisional al Ministerio Fiscal. En efecto, el art. 86.b) de la Ley del Parlamento de Cataluña 39/1991, de 30 de diciembre, de Tutela Instituciones Tutelares, preve el nombramiento por el Juez de un defensor judicial «cuando lo exijan las circunstancias del menor o incapacitado mientras no constituya la tutela o no sea declarado el desamparo». Se sigue, en este punto, la previsión contenida en el proyecto privado elaborado por los profesores L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, C. ROGRL, A. CABANILLAS y J. CAFFARENA, *Estudio para la Reforma del código Civil relativos a la tutela*, Madrid, 1977, pp. 28 y 60 (art. 301.2 del proyecto). Más problemas plantea, en mi opinión, la previsión del Decreto de Castilla y León 57/1988, de 7 de abril, sobre protección de menores, que atribuye a la Consejería de Cultura y Bienestar social nada menos que la «representación legal de los menores que carezcan de ella».

(45) Así, J. M. LETE DEL RÍO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albadalejo, Tomo IV, ed. 2, Madrid, 1985, p. 476; L. PUIG FERRIOL, *Artículo 299 bis*, en *Comentarios a las Reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por M. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ, Madrid, 1986, pp. 774; también M. C. GETE-ALONSO y CALERA, *Artículo 299 bis*, en *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 856.

(46) Así, J. M. GÓMEZ OLIVEROS, *Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre*, en RCDI 1984, pp. 1410 y ss.

la reforma de la tutela de 1983, establecía una tutela interina o provisional a cargo de los Jueces municipales, cuando por la ley no hubiese otras personas encargadas de esta obligación (47). La atribución de esta responsabilidad se justificaba porque, confiado a los Jueces municipales el Registro civil de defunciones, ésta podía ser una ocasión para que conocieran la existencia de hijos menores del difunto necesitados de tutela (48).

La tutela provisional o interina de los Jueces municipales tenía carácter supletorio, es decir, «cuando por ley no hubiese otras personas encargadas de esa obligación». Aunque el Código no señalaba cuáles eran esas personas, se interpretaba por la doctrina que estaban llamados a hacerse cargo del cuidado del menor, hasta la constitución de la tutela, las personas obligadas a prestar alimentos, con arreglo al art. 143 del Código (cónyuge, ascendientes, descendientes o hermano del interesado) (49) y, en general, los llamados al desempeño de la tutela legítima (50).

Esa tutela provisional atribuida a la autoridad judicial significaba que el Juez debía dictar las medidas necesarias para atender a la persona y bienes del menor o incapacitado y constituir la tutela. Los comentaristas, sin embargo, seguían dando aplicación al art. 838 núm. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 —y, desde 1926, al art. 2.5 del Estatuto Orgánico—. En consecuencia, se consideraba que, no obstante la tutela provisional de la autoridad judicial —o de otras personas—, era el Ministerio Fiscal el que debía representar en juicio a los menores e incapacitados hasta que se constituyera la tutela (51).

A la vista de los datos expuestos cabe deducir, por tanto, que, el Ministerio Fiscal estaba llamado a representar en juicio a los menores hasta que se constituyera la tutela, tanto en el sistema de la tutela del Código en su redacción de 1889 —aunque la doctrina interpretaba que, pese al tenor del art. 203 ese momento había que referirlo a la constitución del Consejo de familia— como, actualmente, tras la reforma de 24

(47) Según el art. 203 del Código civil en su redacción original: «Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación.

Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados».

(48) V. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. 2, ed. 2, Madrid, 1912, p. 1321; J. M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tomo II, ed. 7, Madrid, 1957, p. 280.

(49) V. MANRESA, *op. cit.*, p. 282; C. VALVERDE, *Derecho civil español*, Tomo IV, Valladolid, 1938, p. 604.

(50) SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 1321; M. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, Teruel, 1956, p. 48.

(51) En este sentido, MANRESA, *op. cit.*, p. 280. También J. M. LETE DEL RÍO, *Tutela provisional*, en ADC 1967, p. 158.

de octubre de 1983. Tanto si el Juez o determinados parientes ejercían la tutela provisional (al amparo del ahora derogado art. 203 del Código civil) como si de la asistencia del menor se encarga un guardador de hecho (tras la reforma de 1983).

En el caso concreto que da pie a la sentencia de 20 de febrero de 1992, la actuación de abuelo podría calificarse, a mi juicio, como de tutor provisional o interino, al amparo del art. 203 del Código civil en su redacción originaria. No tutor legítimo, al amparo del art. 211 del Código civil, porque no llegó a constituirse la tutela. De forma tal que, en principio, los menores no estaban privados de asistencia, pero sí carecían de representante legal. En principio, por tanto, y de suscitarse controversia sobre cuestión que afectara a los intereses de los menores, era el Ministerio Fiscal el llamado a ejercitar su representación y defensa.

Lo normal es que el Ministerio Fiscal actuara en el proceso penal ejercitando la acción, al amparo del art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tuvo ocasión, por tanto, de conocer la situación de los menores. Además, es posible incluso que ejerciera de oficio la acción de responsabilidad civil (art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y de ahí que llegara a dictarse, producido el sobreseimiento de las actuaciones penales, el auto ejecutivo señalando la cuantía máxima de indemnización a cargo del seguro obligatorio. Este auto se notificó al abuelo, que no llegó a ejercitar siquiera la demanda ejecutiva. Pero el abuelo, vuelvo a repetir, no era el tutor ni, por tanto, el representante legal de los menores. El Ministerio Fiscal no debió desentenderse de la cuestión por la notificación del auto al abuelo, porque la legalidad le imponía esa función de representación de menores hasta la constitución de la tutela —o del Consejo de familia, en el momento en que sucedieron los hechos—.

La doctrina procesalista ha denunciado la falta de imaginación del legislador al atribuir al Ministerio Fiscal la defensa y representación de menores e incapaces (52). Se denuncia, con carácter general, cómo la función que se le atribuye en este ámbito, poco tiene que ver con su misión fundamental de defensa de la legalidad, ya que debe defender los intereses particulares y privados de su representado (53). Y cómo, en consecuencia, es perturbador que se encomiende al Ministerio Fiscal esa misión de suplencia en relación a las personas que carecen de representante legal.

(52) Recientemente, con cita de abundante doctrina, M. C. CALVO SÁNCHEZ, *Hacia una nueva configuración del Ministerio fiscal en el futuro modelo de enjuiciamiento civil*, en *La Ley*, 1992-2, p. 1154.

(53) V. L. PRIETO-CASTRO, *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, p. 7; FAIREN GUILLÉN, *El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil*, en *RGLJ* 1974-2, p. 665; M. SERRA DOMÍNGUEZ, *El Ministerio Fiscal (Estudio en Homenaje al Profesor Prieto-Castro)*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1979-1, p. 671.

Ahora bien, debe quedar claro que una cosa es la crítica que se haga de la previsión legal, y las posibilidades o alternativas que se señalen *de lege ferenda*, y otra bien distinta que, al amparo de esa crítica, los fiscales, haciendo dejadez de sus funciones, no ejerzan una representación prevista por ley. La falta de medios necesarios para llevar a cabo esta función ha llevado a calificar la actuación del Ministerio Fiscal en las actuaciones tutelares que se le encomiendan de «desmayada y carente de eficacia práctica» (54). Y en el caso que da pie a la sentencia que ahora se comenta así lo evidencia.

Una última cuestión que, a mi juicio, cabría apuntar. Puesto que, en primer lugar, el Ministerio Fiscal es el representante de quien debe quedar sometido a tutela mientras se constituye ésta, al amparo del art. 3 del Estatuto de 1981 y del art. 299 bis del Código civil actualmente vigentes. Y puesto que, en segundo lugar, el art. 1932 II del Código civil establece una acción de resarcimiento contra el representante legítimo cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción, ¿cabría exigir esa responsabilidad al Fiscal?

En principio, no habría porqué negar esta posibilidad. Lo dispuesto en el art. 1932 del Código civil debería completarse con el art. 60 del Estatuto Orgánico de 1981 y lo dispuesto, por la remisión que a estos preceptos se hace, en los arts. 411 a 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre responsabilidad de Jueces y Magistrados. Cuestión distinta es que, en la práctica, pueda imaginarse una reclamación de este tipo. Reclamación que, además, se encontraría con un problema fundamental a la hora de valorar si la inactividad del fiscal podía o no considerarse como culpable —porque así lo exige la Ley para ser generadora de responsabilidad por los daños ocasionados a los menores—.

(54) E. RUIZ AVADILLO, *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal*, en *Revista de Derecho Judicial*, 1960-2, p. 124.