

TRIBUNAL SUPREMO, SALAS I Y V

SALA I

CULPA EXTRA CONTRACTUAL

En 2 de agosto de 1969, el demandado y hoy recurrente, que por encargo del dueño del solar donde se levantaba el edificio —y en concepto de contratista— realizaba las obras de construcción del mismo, concertó con la empresa «Saga, S. L.» la instalación de un ascensor-montacargas en dicho edificio, conviniendo entre ambos la obligación por parte del recurrente de efectuar determinadas obras auxiliares y complementarias para la perfecta instalación del referido aparato elevador, tales como todas las obras de albañilería necesarias, acondicionamiento del hueco donde había de ser instalado, colocación de andamios, abrir agujeros para la instalación de palomillas y otras análogas, para lo cual, y a fin de llevar a cabo lo cordado, envió al hijo de los demandantes —que como obrero a sus órdenes trabajaba en la construcción del inmueble— para la realización de tales obras, con órdenes concretas de llevar a cabo los trabajos necesarios a las mencionadas obras auxiliares y complementarias de la instalación del ascensor, para lo que, previamente, el constructor demandado, en unión de dicho obrero y de otro de la citada empresa instaladora de aquél, procedió al montaje del indispensable andamio-plataforma en el interior del hueco donde la cabina del ascensor había de instalarse, cuyo andamio, colgado por medio de dos cables de sujeción de acero, insertados en los extremos del mismo, carecía de barandilla en todo su contorno y otros elementos de seguridad, lo que le hacía poco estable, circunstancia ésta que era conocida del constructor recurrente, y en estas condiciones, cuando el 28 de julio de 1970 se encontraba el hijo de los actores y el productor de la empresa instaladora del ascensor colocando unas palomillas para la sujeción de vigas del mismo, súbitamente basculó el andamio, saliendo despedido aquél hacia el vacío y golpeándose contra el suelo, lo que ocasionó heridas de tal gravedad que determinaron

su posterior fallecimiento, ocurrido el 6 del siguiente mes de agosto (1.^{er} considerando).

Contra la sentencia de la Audiencia que confirmando la del juez de 1.^a Instancia, estimó la demanda y condenó al pago de la indemnización correspondiente, en forma solidaria, a los cuatro demandados —constructor, arquitecto director facultativo de las obras de edificación, aparejador y empresa instaladora del ascensor—, se prepararon por todos ellos sendos recursos de casación por infracción de ley y de doctrina legal, y habiendo sido caducados los de los tres últimos, ha quedado subsistente solamente el del primero, que lo interpuso formalizándolo en el plazo legal, con base en un único motivo, formulado al amparo del número 1 del artículo 1962 de la ley de Enjuiciamiento Civil, por supuesta infracción del artículo 1.902 del Código civil, por su indebida aplicación, alegando que, contrariamente a lo que la resolución impugnada declara, al haber cedido la empresa instaladora del ascensor-montacargas el productor accidentado se liberó de toda responsabilidad en el orden civil, más al argumentar así olvida la base fáctica de aquélla, y que antecedentemente ha quedado expuesta, según la cual no hubo tal cesión de operario en el sentido que el recurrente pretende, o sea, desligándose total y absolutamente de él, sino que, por el contrario, por orden suya intervino en las obras de instalación de aquél a fin de realizar las auxiliares y complementarias de albañilería a que, como constructor del edificio, venía obligado el recurrente por haberlo así convenido con dicha empresa instaladora, es decir, que el hijo y causante de los demandantes, al ocurrir el siniestro, estaba y actuaba a las órdenes del recurrente, y como los hechos que la sentencia recurrida declara probados —al aceptar los considerandos de la dictada en primer grado que así lo establece— ponen de manifiesto, de manera clara y concluyente, la inobservancia de las más elementales normas de precaución y cautela exigibles en la realización de la obra de referencia, y que por su condición de constructor debía conocer, hasta el extremo de no reunir el andamio-plataforma las mínimas garantías de protección que el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo de la Construcción, de 20 de mayo de 1952, exige en sus artículos 20, 21 c) y 30, al carecer de toda clase de barandilla, lo que determinó la caída del obrero al bascular dicho andamio, es visto lo improcedente del motivo del recurso, que por ello debe perecer, ya que tales afirmaciones de carácter fáctico constituyen la base de la declaración de culpabilidad y consiguiente corresponsabilidad en unión de los otros tres demandados, que en el orden civil hace la resolución objeto del recurso, las cuales no han sido combatidas por la única vía factible al efecto, como lo es la del número 7 del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, pues sabido es el respeto absoluto que los hechos probados han de merecer, en tanto no sean desvirtuados por el indicado y adecuado cauce legal, y de tales hechos se deduce con claridad meridiana, la ilicitud de la conducta del recurrente en los expresados he-

chos y la relación de causalidad que entre éstos y el lectuoso acontecimiento ha producido, que pone de relieve la perfecta e ineludible aplicación al caso del artículo 1.902 del Código Civil, como así lo ha hecho la sentencia impugnada (2.º considerando). (Sentencia de 30 de septiembre de 1977. Ref. Ar. 3.524/77.)

SALA V

CLASES PASIVAS

Declaración de retirado a efectos de haberes pasivos: órgano competente.—Consecuente con la normativa mencionada (Estatuto de Clases Pasivas del Estado, aprobado por decreto de 22 de octubre de 1926, artículos 94, 49 y 50; orden ministerial de 25 de julio de 1935), y teniendo en cuenta que la cesación en el servicio activo puede obedecer a diversas causas, y que tanto la jubilación como el retiro son situaciones jurídicas generadoras de derechos pasivos, la jurisprudencia de esta Sala —sentencias de 24 de octubre de 1966, 22 de diciembre de 1969, 24 de noviembre de 1973, 24 de abril de 1974 y 8 de febrero de 1975, entre otras— ha consagrado la doctrina de que es obligado abrir cauce al funcionario civil o militar que cesa, por cualquier causa en el servicio activo, para que, si procede, se le conceda a él o a sus familiares la correspondiente pensión pasiva, lo que sólo puede lograrse mediante la declaración de voluntad del órgano competente de la Administración disponiendo el pase a la situación de retirado o jubilado, lo que no puede negarse por el Ministerio correspondiente, sin prejuzgar sobre el derecho a la percepción de haber pasivo, respecto al cual no puede pronunciarse por estar atribuido a la privativa competencia del Consejo Supremo de Justicia Militar para los militares, y al Centro directivo correspondiente del Ministerio de Hacienda, para los funcionarios civiles. (Sentencia de 24 de septiembre de 1977. Ref. Ar. 3.527/77.)

Porcentaje del sueldo regulador.—El recurrente fue retirado el 8 de julio de 1964, teniendo en cuenta al fijarle el porcentaje del haber regulador que se había acogido a la ley de 19 de diciembre de 1951, que dio opción a los funcionarios públicos ingresados antes de dicha ley, para optar por el régimen de derechos pasivos máximos y con arreglo al Estatuto de Clases Pasivas, que lo comprendía en el título II del mismo, y fue precisamente en atención a tales antecedentes por lo que se le señaló el 80 por 100 del sueldo regulador, acto administrativo que el interesado dejó firme y consentido, así como la actualización de su pensión, efectuada conforme a la ley 112/1966, de 28 de diciembre ... y el decreto 1.382/1967, de manera que al serle aplicada la ley 20/1973, de 21 de julio, y orden de 5 de febrero de 1974, no podía obtener una mejora del porcentaje, ya que al proceder la Administración a fijarle la pensión resultante conforme a las citadas normas, no contaba con nuevos y distin-

tos elementos para modificarlo, sobre el que ya había quedado definitivamente establecido, que a mayor abundamiento es el que le correspondía en el momento de la fijación de pensión revisada y actualmente aplicable según la ley 112/1966, frente a cuyas circunstancias no cabe alegar que la notificación de la revisión de la pensión mencionada hiciera alusión al 90 por 100 del sueldo regulador, pues se trata de un mero error material subsanable ... que fue posteriormente corregido ante las subsiguientes incidencias y reclamaciones del expediente y de ahí la conformidad a derecho del acto impugnado y que no sea pertinente la devolución del 5 por 100 satisfecho por el actor como cuota para obtener los derechos pasivos máximos, dado que dicho pago fue el determinante de que se le incluyese al ser retirado en el régimen pasivo de que disfruta. (Sentencia de 4 de julio de 1977. Ref. Ar. 3.434/77.)

Sueldo regulador.—Al accionante le fue asignada la base reguladora en función del coeficiente legalmente señalado al Cuerpo del Magisterio Nacional al que pertenecía, cuando fue jubilado el 13 de enero de 1972 y por tanto con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del decreto de 19 de octubre de 1972 que integró en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza General Básica a los maestros nacionales y por ello la jubilación acordada por la Administración ajustada a Derecho, ya que al ser jubilado era el 2,9, puesto que el decreto-ley de 11 de diciembre de 1970 estableció el coeficiente 3,6 fraccionadamente desde los años 1971 a 1975 en que será completado, para el Cuerpo de Profesores de E. G. B., en el que estaba prevista por dicha disposición general la integración de los maestros en la forma en que se determina por decreto, la cual tuvo lugar al publicarse el decreto 2.957/1972, de 19 de octubre, y sin que el recurrente formase parte del nuevo Cuerpo desde el referido decreto-ley de 11 de diciembre de 1970, sino al regir el decreto 2.957/1972, lo que comporta la desestimación de su demanda sin perjuicio del derecho a solicitar la actualización de su pensión pasiva con arreglo a las normas que rigen en la materia. (Sentencia de 10 de octubre de 1977. Ref. Ar. 3.783/77.)

Adopción menos plena: pensión de orfandad.—(Extracto de la sentencia de 5 de octubre de 1977. Ref. Ar. 3.685/77.) Según el artículo 27 de la ley de Derechos Pasivos —texto refundido aprobado por decreto de 13 de abril de 1972—, a los efectos de derechos pasivos, «la relación paterno-filial comprende la legítima, la natural y la adoptiva por adopción plena», precisión que excluye que otra clase de adopciones distintas de la plena pueda tener trascendencia a efectos pasivos, y no siendo suficiente, por tanto, la mera adopción hecha antes de la reforma llevada a cabo en esta Institución, por las leyes de 24 de abril de 1958 y 4 de julio de 1970, que no reunieran los requisitos que hoy configuran la adopción plena (1.º considerando).

La lectura del acta mediante la que se llevó a cabo la adopción, pone de manifiesto que la hija entonces adoptada —la hoy actora— no sólo no adquiriría

derecho al uso de los apellidos de los padres adoptantes, sino que además, no adquiriría tampoco derecho a sucederles, ni tampoco éstos a aquélla, por lo que el supuesto en cuestión estaba encuadrado dentro del artículo 177 del Código civil, vigente en el momento en que se verificó la adopción —año de 1944— y posteriormente, en el de la adopción menos plena, regulado en el artículo 180 modificado por la ley de 24 de abril de 1958, según el cual, el adoptado sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, y como ya en esa ley de 1958 se distinguía entre una adopción plena y otra menos plena, precisamente este supuesto estaba configurado a la adopción menos plena, a la que se refiere precisamente el artículo 180, que es también el que regula esa clase de adopción en el momento actual, según la ley de 4 de julio de 1970, que lo hace en los mismos términos transcritos, a diferencia de lo que ocurre con la adopción plena, regulada en el artículo 178, el cual concede a los hijos adoptados, con esa forma de adopción, otros derechos, ya que, según el artículo 179, el hijo adoptado con adopción plena, ocupa en la sucesión del adoptante la misma posesión que los hijos legítimos. (2.º considerando).

Para posibilitar el acceso de las adopciones menos plenas a la adopción plena, la disposición transitoria de la ley de 4 de julio de 1970 permitió que las adopciones realizadas con anterioridad pudieran ser acomodadas a sus disposiciones, siempre que concurrieran los requisitos y las formalidades exigidas para cada una, requisitos que concurrían en la hoy actora, así como en sus padres adoptantes, por lo que el no haber hecho uso de esta facultad, sólo es imputable a ellos; por tanto, habiendo mantenido la adopción en los mismos términos en los que se hizo, y no pudiendo ser ésta encuadrada dentro de la adopción plena, es evidente que ningún derecho corresponde a la hija adoptiva en la pensión causada por su padre adoptante, por lo que debe ser desestimado el recurso en el que pretende se declare su derecho a esa pensión (3.º considerando).

JOSÉ ANTONIO UCELAY DE MONTERO