

Jurisprudencia

CIVIL

CONTRATOS DE SEGURO / Consorcio de Compensación de Seguros.—Carácter de su intervención.—Determinación de los elementos del contrato no contemplados en su regulación.—Cuantía de su obligación indemnizatoria.—Seguros a primer riesgo.—Características.—Cálculo del valor real de lo asegurado.

1.—Del art. 3 a) L 16 Dic. 1954 (creación del Consorcio de Compensación de Seguros) resulta que el Consorcio citado es un asegurador complementario del asegurador privado, si bien el seguro entre el Consorcio y el asegurado sea distinto del concertado entre éste y el asegurador privado, llevándose a cabo la concertación de aquel seguro a través o por intermedio del asegurador privado en el momento de contratar un seguro en cualquiera de las modalidades permitidas por la ley, y ello de forma obligatoria, de acuerdo con los arts. 10 L 16 Dic. 1954 y 34 y 35 D 13 Abr. 1956 (Regl. del Consorcio de Compensación de Seguros), lo que ha permitido afirmar a la doctrina la existencia de dos contratos distintos, con contenido propio y sujetos a diferente régimen jurídico, si bien sean aplicables con carácter supletorio las normas de la LCS a los contratos concertados por el Consorcio en cuanto no esté previsto en su regulación específica.

seguro a que no se hace referencia expresa en la L 16 Dic. 1954 (creación del Consorcio de Compensación de Seguros) y su Reglamento —D 13 Abr. 1956—, habrá de acudirse al contrato concertado con el asegurador privado, presupuesto necesario del contrato con el Consorcio; así, para determinar los objetos asegurados y su situación, suma asegurada o alcance de la cobertura, importe de la prima, recargos e impuestos, duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan, sus efectos —art. 8 núms. 4 a 8 LCS—, atenderá en todo caso la particular modalidad del seguro contratado.

3.—Para llegar a la determinación cuantitativa de la obligación indemnizatoria a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros en el caso no es necesario acudir al pacto de exclusión de la regla proporcional establecido entre el asegurador privado y la aseguradora que, indudablemente, queda circunscrito en su tal determinación se llega teniendo en cuenta la modalidad del seguro concertado, a primer riesgo, y el contenido de la póliza, en cuanto sirve para integrar el seguro existente entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la aseguradora; de igual manera, no se hace necesario acudir al criterio de interpretación pro asegurado al amparo del art. 1288 CC, ya que los términos de la póliza son claros en cuanto que el pacto de exclusión de la regla proporcional es de frecuente aplicación en esta modalidad de seguro a primer riesgo.

4.—Dada la modalidad del seguro privado contratado en el caso, se pone de manifiesto que el

contrato lo fue en la modalidad de seguro a primer riesgo, modalidad caracterizada por la existencia de una pluralidad de intereses asegurados por un solo seguro, en el que se establece una suma asegurada que trata de cubrir el valor del interés más elevado; por lo que, dado que la pluralidad de intereses asegurados venía constituida por las mercancías depositadas en cada una de las agencias que la compañía asegurada tenía en diversas localidades, es claro, teniendo en cuenta la modalidad de seguro de que se trataba, que el valor del interés asegurado no viene dado por la suma del valor de las mercancías depositadas en todas y cada una de las agencias de la asegurada, sino por el valor de las depositadas en cada agencia, y a tal valor habrá de acudirse para ver si se ha producido o no una situación de infraseguro que haga entrar en juego la regla proporcional del art. 30 LCS.

12.010—TS 1.ª S 22 Jul. 1991.—Ponente: Sr. González Poveda.

Madrid, 22 Jul. 1991.

Visto por la Sala 1.ª del TS, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Secc. 8.ª de lo Civil de la AP Madrid, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguido entre el JPI Madrid núm. 17, sobre reclamación de cantidad; cuyo recurso fue interpuesto por Consorcio de Compensación de Seguros, siendo parte recurrida la entidad mercantil Comercial T., S.L.

(...)

Ha sido Ponente el Magistrado Sr. González Poveda.

Fundamentos de Derecho

Primer: La entidad mercantil Comercial T., S.L., formuló demanda en reclamación de la cantidad de 9.478.333 ptas. contra el Consorcio de Compensación de Seguros, alegando sustancialmente que como consecuencia del establecimiento de una «gota fría» sobre las Vassongádas, el 26 Ago. 1983, se produjeron

CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS Y EXCLUSION CONVENCIONAL DE LA REGLA PROPORCIONAL

Comentario a la STS (Sala 1.ª)
de 22 de julio de 1991

Por FRANCISCO JOSE ALONSO ESPINOSA

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia

SUMARIO. I. Supuesto de hecho.—II. Los seguros sobre «riesgos extraordinarios».—III. La indemnización como «riesgo extraordinario».—IV. Sobre la relación jurídica entre el Consorcio de Compensación de Seguros y los aseguradores.—V. Sobre la obligatoriedad de la reclamación administrativa previa a la vía civil.—VI. Seguro a «primer riesgo» y seguro global a prima media.

I. SUPUESTO DE HECHO

Puede afirmarse, en principio, que la presente sentencia gira en torno al tema de la naturaleza y efectos de la relación jurídica entre el Consorcio de Compensación de Seguros y el asegurado, en función, sobre todo, de decidir sobre la oportunidad al Consorcio de Compensación de Seguros de los posibles pactos contractuales lícitos existentes entre asegurador privado y tomador del seguro. Los hechos enjuiciados pueden resumirse como sigue: A) «Comercial Terrestre, S.L.» tiene contratado un seguro a través del ramo de incendios, «asegurando por cuenta propia o de quien correspondiera las mercancías de diversa naturaleza que pudieran encontrarse en los locales, almacenes y cortapasilas de la empresa asegurada, fijándose la suma asegurada en cien millones de pesetas; B) como consecuencia de una «gota fría» se produjeron inundadas lluvias que provocaron el desbordamiento de un río y la inundación de los almacenes de «Comercial Terrestre, S.L.», por lo que «gran parte de la mercancía que allí se encon-

traba preparada para su distribución resultó dañada»; C) Formulada demanda contra el Consorcio de Compensación de Seguros, el Juez de 1.ª instancia declaró no haber lugar a la misma por falta de reclamación previa por vía administrativa; D) apelada la sentencia, ésta resulta revocada, al tiempo que se condena al Consorcio de Compensación de Seguros al pago de la indemnización; E) esta última sentencia es recurrida en casación por el Consorcio de Compensación de Seguros.

Los motivos sobre los que el Consorcio de Compensación de Seguros articula el recurso de casación son, básicamente, dos: 1.º) La inoponibilidad al Consorcio de Compensación de Seguros, en virtud del art. 1257 del Código Civil, de lo que éste entiende un «pacto excluyente de la aplicación de la regla proporcional» en el seguro (de incendios) contratado por el demandante; 2.º) La falta de demanda al asegurador, lo que provoca la inexistencia del lisisconsorcio pasivo necesario que, a juicio del Consorcio de Compensación de Seguros, se debería haber dado.

II. LOS SEGUROS SOBRE «RIESGOS EXTRAORDINARIOS»

Hasta la reciente Ley 21/1990 de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de la vida y de actualización de la legislación de seguros privados, la cobertura de los denominados «riesgos extraordinarios» se hallaba reservada en exclusiva en favor del Consorcio de Compensación de Seguros (art. 10 de la derogada Ley de 16 de diciembre de 1954, *vid. disp. derog. de la Ley 21/1990*). Este monopolio legal en el aseguramiento de estos riesgos se mantenía a pesar de que el art. 44 de la Ley de Contratos de Seguro, según su redacción originaria, parecía propiciar el aseguramiento privado de los mismos bajo una doble condición: «salvo pacto en contrario y en los ramos que legal-

mente se determinen», a pesar de lo cual doctrina muy autorizada consideraba eficaces los seguros privados sobre riesgos extraordinarios aun cuando en la normativa del ramo no se hubiese determinado nada legalmente «porque esta limitación de la Ley —perjudicial para los asegurados— debe poderse eliminar por una cláusula contractual, que ha de estimarse válida al amparo de lo establecido en el párrafo final del artículo 2.º» (F. SANCHEZ CALERO/F. J. TIRADO SUAREZ, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, dirigidos por M. MOTOS y M. ALBALADEJO, tomo XXIV, Ley de contrato de seguro, vol. 1.º, Madrid, 1984, pág. 648).

El nuevo art. 44 de la Ley de Contratos de Seguro, redactado según la mencionada Ley 21/1990, libera, de acuerdo con la Directiva 88/357/CEE, el aseguramiento privado de los riesgos extraordinarios (*vid. art. 52 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado*), al tiempo que excluye respecto de ellos la aplicación del principio de imperatividad de las normas de la Ley de Contratos de Seguro favorables al asegurado (art. 2 Ley de Contratos de Seguro), aspecto este último claramente sorprendente a la vista del art. 21 de la Directiva 88/357/CEE (así, F. J. TIRADO SUAREZ, «Aportaciones a la reforma de la Ley de contrato de Seguro en la perspectiva de la Derecho Comunitario», en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Giron Tena*, Madrid, 1991, pág. 1092). Desaparece, por consiguiente, el monopolio legal, contrario al principio de libre competencia, sobre el aseguramiento de los riesgos extraordinarios hasta ahora atribuido al Consorcio de Compensación de Seguros. De ello pueden considerarse prueba los arts. 3, 8, 1 a) y 8, 3 del nuevo Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros aprobado por el art. 4 de la Ley 21/1990. No obstante, la cuestión no está del todo clara. Existe una contradicción interna en el nuevo sistema, pues el art. 7 del nuevo Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros sigue declarando obligatorio el recargo a favor del Consorcio de

ron unas inundadas lluvias que tuvieron como consecuencia el desbordamiento del río Nervión, especialmente en la desembocadura del mismo, la Ría de Bilbao, que produjo graves inundaciones en la Ribera de Deusto y fruto de dichas inundaciones y por la penetración del agua en los almacenes de la actora sitos en la calle Camino de Moragan, donde las aguas llegaron a alcanzar una altura de 1,50 m, gran parte de la mercancía que allí se encontraba preparada para su distribución resultó dañada, con fecha 1.º Mar. 1983, la actora suscribió con La Unión y el Fenix Español, la póliza del ramo de incendios núm. 73201949, asegurando por cuenta propia o de quien correspondiera las mercancías de diversa naturaleza que pudieran encontrarse en los distintos locales, almacenes y responsabilidades de la empresa asegurada, fijándose la suma asegurada en 100.000.000 ptas.; Admose Comercial T. tiene suscritas y en vigor dos pólizas más con la misma compañía aseguradora que cubren el riesgo susceptible de producirse tanto en el transporte terrestre de las mercancías como en la estancia de las mismas en los almacenes, muelles y depósitos de todas sus sucursales, agencias y correspondencias; formulada a través de la aseguradora la presente reclamación ante el Consorcio de Compensación de Seguros, se procedió al nombramiento de peritos por ambas partes, que emitieron informes contradictorios, pues mientras el designado por el Consorcio fijó la indemnización a satisfacer por éste en 587.936 ptas., el nombrado por la actora valoró los daños causados en 12.355.051 ptas., el Consorcio de Compensación de Seguros dictó R. 4.º Feb. 1985 estableciendo en 595.428 ptas. la indemnización a percibir por Comercial T., S.L., que formuló recurso de reposición contra tal resolución, sin que al mismo recayese resolución alguna. El JPI dictó sentencia desestimatoria de la demanda acogiendo la excepción de falta de reclamación previa en la vía administrativa, opuesta por el Abogado del Estado, esta sentencia fue revocada por la Secc. 8.ª de la AP Madrid que, estimando la demanda, condenó al Consorcio de Compensación de Seguros al pago de la cantidad reclamada.

Segundo: Inadmitido a trámite el primero de los motivos articulados, procede entrar en el examen del segundo, formulado al amparo del núm. 5.º art. 1692 L.FGC, en el que se denuncia infracción del inciso 1.º párr. 1.º art. 1257 CC en cuanto dispone que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos; entiendo la parte recurrente

Compensación de Seguros en los contratos de seguro de los ramos allí señalados respecto de riesgos extraordinarios acaecidos en España. Ello parece incompatible con otros preceptos del mencionado Estatuto como, por ejemplo, los números antes citados del art. 8.º (vid. F. J. TRADO SUAREZ, «Acoñaciones...», cit., págs. 1095, nota 10).

Con tales reservas, puede afirmarse que nuestro ordenamiento se alinea con aquellos que admiten el aseguramiento privado de los «grandes riesgos» y, en especial, los derivados de catástrofes naturales, a pesar de tratarse de riesgos técnicamente inasegurables debido a la falta de realización en ellos del principio de «compensación de riesgos». En efecto, la catástrofe natural es susceptible de afectar masiva y simultáneamente a una parte importante de los asegurados; ello provoca la inutilidad de los cálculos matemáticos sobre los que el asegurador basa sus previsiones e impone una técnica complementaria de aseguramiento. Hasta la Ley 21/1990, dicha técnica ha estado basada de forma exclusiva sobre el llamado principio de solidaridad nacional (Y. LAMBERT-FAYRE, *Provi des assurances*, 6.ª ed., París, 1988, págs. 28); el Estado asume su indemnización (vid. arts. 3-11 del Reglamento General del Consorcio de Compensación de Seguros, según Real Decreto 731/1987 de 15 de mayo) en régimen de seguro, a través de una Entidad estatal autónoma, el Consorcio de Compensación de Seguros, mediante la imposición de seguros obligatorios con el mismo (art. 10 de la derogada Ley de 16 de diciembre de 1954 y ahora arts. 3 y 6 y siguientes del Estatuto según Ley 21/1990) complementarios a los principales y en función de los cuales el tomador satisface una prima específica (vid. art. 23 del Reglamento General del Consorcio de Compensación de Seguros, según Real Decreto 731/1987 de 15 de mayo y art. 7 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros según Ley 21/1990), sobre la naturaleza de «empresa pública» del Consorcio de Compensación de Seguros, vid. F. SANCHEZ CALERO, «Manifestacio-

que el Consorcio de Compensación de seguros no puede quedar afectado por las estipulaciones concertadas entre la Sociedad demandante y la entidad aseguradora, ya que respecto a tal contrato de Seguro el Consorcio es tercero, por lo que no resulta aplicable el pacto excluyente de la aplicación de la regla proporcional por carecer de eficacia frente al Consorcio, al que tampoco pueden imputarse las consecuencias negativas derivadas de una cláusula de redacción oscura. Entre los objetos del Consorcio de Compensación de Seguros el art. 3.º) L. 16 Dicc. 1954 y el art. 3.º) Reglamento aprobado por D. 13 Abr. 1956, incluyen «la cobertura, en régimen de compensación, en los Ramos no personales, de los siniestros que afectando a los bienes asegurados, no sean susceptibles de garantía mediante póliza de seguro privado ordinario», donde el Consorcio resulta ser un asegurador complementario de asegurador privado, si bien el seguro entre el Consorcio y el asegurado sea distinto del concertado entre éste y el asegurador privado, llevándose a cabo la concertación de aquel seguro a través o por intermedio del asegurador privado en el momento de contratar un seguro en cualquiera de las modalidades permitidas por la Ley y ello de forma obligatoria, de acuerdo con los arts. 10 L. 16 Dicc. 1954 y 34 y 35 de su Reglamento aprobado por D. 13 Abr. 1956, ya que «en todas las pólizas de seguros de los ramos afectados por esta Ley figurará, sin que pueda ser desvirtuada en su eficacia por ninguna otra condición particular, una cláusula que garantice la cobertura de los riesgos asegurados». Esta institución en un solo documento de ambos seguros, ha suscitado en la doctrina la cuestión de si estamos ante un solo contrato de seguro o ante dos, lo que ha sido resuelto por la mayoría de aquella en el sentido de afirmar la existencia de dos contratos distintos, con contenido propio y sujetos a diferente régimen jurídico, si bien sean aplicables con carácter supletorio las normas de la E.C.S. a los contratos concertados por el Consorcio de Compensación de Seguros en cuanto no esté previsto en su regulación específica. No obstante esa distinción entre ambos contratos, del carácter complementario de la función del Consorcio de Compensación de Seguros se deriva que para la determinación de aquellos elementos configuradores del contrato de seguro a que no se hace referencia expresa en la Ley de 1954 y su Reglamento de 1956, habrá de acudirse al contrato concertado con el asegurador privado, presupuesto necesario del contrato con el Consorcio; así para determinar los objetos asegurados y su situación; suma asegurada o alcance

nes del empresario público de seguros», en E. VERRERA *et alii*, *La empresa pública*, vol. II, Zaragoza, 1970, págs. 1022 y ss.).

III. LA INUNDACION COMO «RIESGO EXTRAORDINARIO»

Si bien la delimitación legal de los riesgos extraordinarios susceptibles de ser cubiertos por el Consorcio de Compensación de Seguros se caracteriza por una cierta imprecisión (F. SANCHEZ CALERO, «Manifestaciones...», cit., págs. 1024), la inundación, riesgo extraordinario acaecido en la sentencia que se comenta, se halla claramente entre aquellos cuyo aseguramiento está atribuido a tal organismo. Se considera inundación, a efectos de su aseguramiento por el Consorcio de Compensación de Seguros, «la producida por acción directa de las aguas de lluvia, las procedentes del deshielo, o la de los lagos que tengan salida natural, de los ríos o rías, o de cursos naturales de agua en superficie, cuando éstos se desbordan de sus cauces normales, o por los embates del mar en las costas» (art. 3 del Reglamento de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, según el Real Decreto 2022/1986 de 22 de agosto, artículo que desarrolla el concepto de inundación del art. 6 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, vigente en el momento de producirse el hecho base de la sentencia que comentamos). Este riesgo también se considera extraordinario y objeto de indemnización los daños por ella producidos en el nuevo estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros (art. 6.1 a).

IV. SOBRE LA RELACION JURIDICA ENTRE EL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS Y LOS ASEGURADOS

Uno de los aspectos de mayor interés de la presente sentencia reside en la adopción por parte del

de la cobertura; importe de la prima, recargos e impuestos; duración del contrato con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos (art. 8 núm. 4 a 8 LCS), atendida en todo caso la particular modalidad del seguro contratado.

Del contenido de la póliza de seguro privado contratado entre «Comercial T., S.L.» y «La Unión y el Fenix Español» se pone de manifiesto que el contrato lo fue en la modalidad de seguro «a primer riesgo», modalidad caracterizada por la existencia de una pluralidad de intereses asegurados por un solo seguro en el que se establece una suma asegurada que trata de cubrir el valor del interés más elevado; en el presente caso, dado que la pluralidad de intereses asegurados venían constituidos por las mercancías depositadas en cada una de las agencias que la asegurada tenía en diversas localidades, es claro, teniendo en cuenta la modalidad de seguro de que se trataba, que el valor del interés asegurado no viene dado por la suma del valor de las mercancías depositadas en todas y cada una de las agencias de la asegurada, sino por el valor de las depositadas en cada agencia y a tal valor habrá de acudirse para ver si se ha producido o no una situación de infraseguro que haga entrar en juego la regla proporcional del art. 30 LCS. Valoradas las mercancías depositadas en la agencia de Bilbao, en que ocurrió el siniestro asegurado, en 50.000.000 ptas., valor inferior por tanto a la suma asegurada de 100.000.000 ptas., no puede hablarse, de acuerdo con lo antes dicho, de una situación de infraseguro que haga aplicable la mencionada regla proporcional, atendido el tenor literal del art. 30 LCS, según el cual «si en el momento de la producción del siniestro la suma asegurada es inferior al valor del interés, el asegurador indemnizará el daño causado en la misma proporción que aquélla entre el interés asegurado»; ello no supone, como denuncia el Abogado del Estado en este motivo de su recurso, una vulneración del art. 1257 CC, ya que para llegar a determinación cuantitativa de la obligación indemnizatoria del Consorcio no es necesario acudir al pacto de exclusión de la regla proporcional establecido entre el asegurador privado y la aseguradora que, indudablemente, queda circunscrito en su aplicación a la relación *inter partes*, sino que a tal determinación se llega teniendo en cuenta la modalidad del seguro concertado, «a primer riesgo», y el contenido de la póliza en cuanto sirve para integrar el seguro existente entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la aseguradora; aquí recurrida; de

Tribunal Supremo de una posición concreta respecto a la naturaleza y efectos de la relación jurídica existente entre el Consorcio de Compensación de Seguros y los asegurados. El alto Tribunal se decanta por aquella opinión doctrinal que afirma la existencia de dos contratos distintos, aunque en un mismo documento (F. SANCHEZ CALERO, en *Comentarios...*, cit., págs. 656-657), con contenido propio y sujetos a diferente régimen jurídico, «si bien sean aplicables con carácter supletorio las normas de la Ley de Contrato de Seguro a los contratos concertados por el Consorcio de Compensación de Seguros en cuanto no esté previsto en su regulación específica». Existen, pues, dos relaciones jurídicas distintas: una entre tomador del seguro y asegurador privado y otra entre asegurado y Consorcio de Compensación de Seguros, aunque, como expresa el Tribunal Supremo, para determinar los elementos configuradores de la relación Consorcio de Compensación de Seguros/asegurado (y ayude la sentencia a objetos asegurados, su situación, suma asegurada, prima, duración y extinción) es preciso acudir «al contrato concertado con el asegurador privado, presupuesto necesario del contrato con el Consorcio». Ello le lleva, además, con pleno acierto, a determinar el motivo de casación alegado por el Consorcio de Compensación de Seguros respecto a la necesidad de demandar simultáneamente al asegurador privado y constituir con éste un litisconsorcio pasivo necesario, «puesto que reclamado del Consorcio de Compensación de Seguros la obligación de indemnizar los daños producidos por un siniestro que por Ley le viene impuesta, la sentencia que ponga fin a este litigio en modo alguno puede afectar a la entidad aseguradora privada cualquiera que fuera la interpretación que, en orden a fijar el *quantum* de la indemnización debida por el Consorcio, se haga en la sentencia».

Cabe anotar, sin embargo, que, desde un plano dogmático, la relación Consorcio de Compensación de Seguros/asegurado no puede ser calificada, en ri-

igual manera, no se hace necesario acudir, en contra de lo afirmado por la Sala de instancia, al criterio de interpretación «pro asegurado» al amparo del art. 1288 CC, ya que los términos de la póliza son claros en cuanto que el pacto de exclusión de la regla proporcional es de frecuente aplicación en esta modalidad de seguro «a primer riesgo», si bien, se repite, no es necesario acudir a tal pacto para llegar a la misma conclusión a que llega la Sala *a quo*. Por todo ello debe ser desestimado el motivo examinado y por las mismas razones decae el cuarto motivo en que se denuncia interpretación errónea del art. 30 LCS.

Tercero. En el motivo tercero se alega, por vía del art. 1692.5 LEC y del art. 5 LOPJ, infracción del art. 24.1 último inciso CE; se aduce en el motivo una cuestión nueva, no suscitada en las instancias, como es la de no haber sido demandada la entidad aseguradora La Unión y el Fenix Español, planteando así la existencia de una falta de litis consorcio pasivo necesario que, aunque apreciable de oficio por los Tribunales, ha de ser rechazada en este caso puesto que reclamado del Consorcio de Compensación de Seguros la obligación de indemnizar los daños producidos por un siniestro que por Ley le viene impuesta, la sentencia que ponga fin a este litigio en modo alguno puede ateciar a la entidad aseguradora privada cualquiera que fuera la interpretación que, en orden a fijar el *quantum* de la indemnización debida por el Consorcio, se haga en la sentencia; debe, en consecuencia, desestimarse el motivo.

Cuarto. La desestimación de todos y cada uno de los motivos admitidos a trámite, conlleva la del recurso en su integridad, con la preceptiva imposición de costas que previene el art. 1715 LEC.

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en representación del Consorcio de Compensación de Seguros contra la S 22 May. 1989 dictada por la Secc. 8.ª de la AP Madrid; condenamos a la parte recurrente al pago de las costas de este recurso.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—**Señor Burgos Pérez de Andrade.—Sr. Morales Morales.—Sr. González Poveda.—Sr. Guillón Ballesteros.—Sr. Casares Córdoba.**

gor, como verdadero contrato. No existe acuerdo de voluntades e incluso la voluntad de una de las partes —la del tomador del seguro— se desconoce. Por ello, debe mantenerse que nos hallamos, más bien, ante un supuesto de relación jurídica de Derecho privado de carácter forzoso o heterónomo en la que no existe «acto contractual», pero sí nace, sin este acto y por virtud de la Ley una «situación contractual» o «contrato como norma» reguladora de los derechos y obligaciones de las partes (*vid.* L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1983, págs. 98 y 103).

Obsérvese, por otro lado, que el afirmado carácter supletorio de la Ley de Contratos de Seguro respecto de la relación Consorcio de Compensación de Seguros/asegurado debe seguir afirmándose tras la nueva redacción del art. 44 de la Ley de Contratos de Seguro por virtud de la Ley 21/1/1990. En efecto, el carácter imperativo de las normas de la Ley de Contratos de Seguro (art. 2 de la Ley de Contratos de Seguro) debe mantenerse en las relaciones asegurados Consorcio de Compensación de Seguros salvo que normas especiales las maten o excluyan. En otros términos: el carácter imperativo pro asegurado de las normas de la Ley de Contratos de Seguro sólo debe decaer entre aseguradores privados de «grandes riesgos» —si es que esto es admisible de acuerdo con lo manifestado más arriba en relación con el art. 21 de la Directiva 88/357/CEE—, mas no ante el organismo público Consorcio de Compensación de Seguros.

V. SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA PREVIA A LA VIA CIVIL

La presente sentencia da pie a un breve comentario sobre el tema relativo a la obligatoriedad de la reclamación administrativa previa a la vía civil

SUCESION / Interpretación de las cláusulas testamentarias.—Revocación.—Otorgamiento de testamento ológrafo.—Instruimentación de un segundo testamento ológrafo.—Valor complementario del mismo.

1.—La interpretación de los testamentos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo el supuesto de que puedan ser calificadas de lógicas o contrarias a la voluntad del testador (Cfr. TS 1.ª SS 29 Ene. y 1 Jul. 1985, 17 Jun. 1988 y 28 Abr. 1989).

2.—La voluntad exigida en el art. 739 I CC para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no sólo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación que establece el art. 675 CC, aparece evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior, respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo (Cfr. TS 1.ª SS 17 Jun. 1915, 11 Dic. 1929 y 1 Feb. 1988 y DGRN RR 12 Sep. 1947 y 18 Dic. 1951).

3.—El primero de los testamentos ológrafos otorgados por la causante contiene una innegable institución de heredero a favor de su hermano, pues así lo patentiza la clara e indubitable dicción literal del mismo, cuando expresa «nombró a mi hermano (...) como mi único heredero de mis cosas, fincas y cuanto dinero haya en mis libretas a la vista y a plazos», mientras que con el segundo lo único que hace la testadora es complementar el primero en el sentido de incluir también entre los bienes que deja a su referido hermano, como su único heredero, aquellos otros que pudieran no considerarse comprendidos en el anteriormente otorgado, a cuya conclusión hermenéutica ha de llegarse por las siguientes razones: a) porque el mero mantenimiento por la testadora de la subsistencia física o real del documento en que ins-

trumentó el primero de sus testamentos ológrafos, ya revela su intención de mantener la institución de heredero que el mismo expresa, pues de no haber sido así lo habría destruido, como medio elemental de privar de eficacia a un papel o documento privado, sujeto a su total y exclusiva disponibilidad; b) porque el segundo testamento ológrafo no contradice en nada al primero, sino que simplemente lo completa o refuerza, en el sentido de expresar que entre los bienes que deja a su hermano, en su calidad de heredero único, han de entenderse comprendidos también aquellos de los que no podía disponer cuando otorgó el primero, por no ser suyos, pues los adquirió a virtud de la partición de la herencia de sus padres, instrumentada mediante escritura pública de fecha posterior al primero de dichos testamentos ológrafos; lo que no permite llegar a la conclusión de que la voluntad de la testadora fuera en ninguno de los testamentos ológrafos dar entrada en su herencia, por la vía de la sucesión intestada, a cualquier otra persona extraña a su referido hermano; ni, por tanto, revocar el primer testamento mediante el segundo.

12.011—TS 1.ª S 7 May. 1990.—Ponente: Sr. Morales Morales.

Madrid, 7 May. 1990.

Visto por la Sala 1.ª del TS, el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la AT Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario de menor cuantía seguidos ante el JPI Pola de Lena, sobre nulidad de testamento y otros extremos, cuyo recurso ha sido interpuesto por D. Esteban D. V. y en el que ha sido recurrida D.ª Carmen D. V.

(...)

Ha sido Ponente el Magistrado Sr. Morales Morales.

Fundamentos de Derecho

Primero. Los antecedentes que integran el soporte fáctico de la cuestión litigiosa a que se refiere el pre-

SANCHEZ CALERO, en *Comentarios*..., I, cit., pág. 399).

El seguro a primer riesgo es un supuesto de infraseguro caracterizado por la exclusión convencional de la aplicación de la regla proporcional, pacto plenamente lícito a la luz del art. 30 de la Ley de Contratos de Seguro. De este modo surge un seguro «que cubre el conjunto de existencias sin aplicación de la regla proporcional, pero en el límite de una suma asegurada fijada en el contrato de seguro que representa el *maximum* estimado de los daños que podría causar un solo siniestro» (Y. LAMBERT-FALVRE, *Droit des assurances*, cit., pág. 296). Mas, además de ello, lo característico del seguro a primer riesgo es que la suma asegurada siempre es muy inferior al valor total de los bienes sometidos al riesgo, ya que la suma asegurada se establece en función del valor más elevado de los diversos intereses asegurados, con el propósito de que el seguro cubra plenamente el daño, caso de producción del riesgo (M. PICCARDIA, BESSON, *Les assurances terrestres*, vol. I, «Le contrat d'assurance», 5.ª ed., París, 1982, págs. 471-472). El seguro a primer riesgo trata, en suma, de dotar de los efectos propios de un seguro pleno a una situación convencional de infraseguro caracterizada, además, por la existencia de una pluralidad de intereses asegurados (sobre este fenómeno, la «pluralidad interna» en el contrato de seguro, *vid.* L. J. CORTES DOMINGUEZ, «Algunas consideraciones sobre la pluralidad en el contrato de seguros», en E. VERDERA *et alii*, *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, vol. I, Madrid, 1982, págs. 506 y ss. y *Póliza flotante y seguro en abono*, Bolonia, 1984, *passim*).

En la realidad actual parece que el seguro a primer riesgo, frecuente en la primera mitad del siglo a consecuencia del estiramiento de la competencia (A. DONATI/G. VOIPE PUTZOLI, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, 3.ª ed., Milán, 1987, pág. 157), es una modalidad poco practicada [inclu-

VI. SEGURO «A PRIMER RIESGO» Y SEGURO GLOBAL A PRIMA MEDIA

Conviene, finalmente, realizar ciertas consideraciones sobre la modalidad de seguro de daños que está en la base de la sentencia, y a la cual el Tribunal Supremo califica como seguro a primer riesgo, así como sobre la oponibilidad de sus condiciones particulares al Consorcio de Compensación de Seguros en cuanto tercero respecto de la relación tomador del seguro/asegurador privado (art. 1257 del Código Civil). Dicha modalidad de seguro a primer riesgo es delimitada por la propia sentencia como «la caracterizada por la existencia de una pluralidad de intereses asegurados por un solo seguro en el que se establece una suma asegurada que trata de cubrir el valor del interés más elevado» (Cfr. J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, 2.ª ed., Madrid, 1983, pág. 250; F.

rente recurso son los siguientes: 1.º D.ª María Trinidad D. V. falleció el día 4 Abr. 1983, en estado de viuda, sin dejar descendientes, ni ascendientes. 2.º La expresada Sra. dejó los 2 siguientes testamentos ológrafos: a) Uno, de fecha 29 Jul. 1980, del siguiente tenor literal: «Yo, M.ª Trinidad D. V. viuda y mayor de edad, nombro a mi hermano D. Esteban D. V. como mi único heredero de mis casas, fincas y cuanto dinero haya en mis libretas a la vista y a plazo. Lo que firmo en pleno uso de mis facultades mentales, en Madrid, 29 Jul. 1980. Firmado: M.ª Trinidad D. V. b) Otro, de fecha 7 Sep. 1982, del tenor literal siguiente: «Yo, M.ª Trinidad D. V., de estado viuda, mayor de edad, desso para cuando se produzca mi fallecimiento que la casa habitación de mi propiedad que se describe con el núm. 10 y núm. 11 —huerta de labor— en la herencia que consta en la Notaría de D. Faustino García-Bernardo Landeta en Mieres 30 Ene. 1981; así como el dinero que a mi nombre tenga en Madrid o en cualquier otro lugar; sea el heredero mi hermano, D. Esteban D. V., y de no sobrevivirme, a su legítima esposa D.ª Manolita A. L. y sus 2 hijas. Lo que en pleno uso de mis facultades mentales, firmo en Boo de Aller, 7 Sep. 1982. Firmado: M.ª Trinidad D. V. Al margen dice: También las joyas que posea a mi nombre.» 3.º Los dos expresados testamentos fueron adversos, judicialmente y protocolizados en la Notaría de Madrid, de la que es o era titular D. Manuel Ramos Armero.

Segundo: De las dos pretensiones principales que la demandante D.ª María del Carmen D. V. dedujo, en forma alternativa, contra su hermano D. Esteban D. V., en el proceso del que este recurso dimana (declaración de nulidad de los dos y a referidos testamentos ológrafos, por incapacidad mental de la testadora, o, subsidiariamente, para el supuesto de ser desestimada dicha pretensión, que se declare producida la revocación tácita del testamento de fecha más antigua—el de 1980—por el de la fecha posterior—el de 1982—) a la primera de dichas pretensiones principales (la de declaración de nulidad de los 2 testamentos) no nos habremos de referir aquí para nada, por haber sido la misma desestimada por la sentencia de primera instancia y haber quedado firme dicho pronunciamiento desestimatorio. Con respecto a la segunda de las mencionadas pretensiones principales, la Sala de lo Civil de la (enonces) AT Oviedo dictó, en grado de apelación, S. 18 Jul. 1988, por la que declara que el testamento ológrafo escrito y firmado por la testadora en 29 Jul. 1980 fue revocado tácitamente por el que la misma escribió y firmó en 7 Sep. 1982, y que en este

último solamente se hace en favor de D. Esteban D. V. un legado de bienes concretos (casa-habitación, la huerta de labor, el dinero y las joyas, que en el se relacionan), por lo que dicha testadora falleció interesada en lo referente a la institución del heredero, pudiendo, en consecuencia, pedir la declaración de herederos abintestato de la misma quien se crea con derecho a ello. Contra la expresada sentencia de la Audiencia, el demandado D. Esteban D. V. interpone el presente recurso de casación que articula a través de 3 motivos.

Tercero: Del último (el tercero) de dichos motivos, que debió ser inadmitido en su momento, ha de prescindirse aquí en absoluto, por su total vacuidad o carencia de contenido impugnatorio, ya que con el mismo, por el cauce procesal del art. 1692.4 LEC, el recurrente dice denunciar error en la apreciación de la prueba, para lo que, como documentos evidenciadores del error probatorio que dice denunciar, cita precisamente los 2 testamentos ológrafos que son objeto de las litis, cuando fácilmente se capta que aquí no nos hallamos en presencia de cuestión alguna que afecte a la fijación del *factum* (única que es denunciable por el cauce procesal utilizado del ordinal 4.º), sino ante un problema estrictamente jurídico, cual es de la revocación tácita que haya o no podido producir el segundo de los referidos testamentos ológrafos (el de fecha 7 Sep. 1982) con respecto al primero de los mismos (el de fecha 29 Jul. 1980) y ello en íntima relación con la interpretación que deba hacerse de los 2 expresados testamentos, como medio de conocer cuál fue la verdadera voluntad de la testadora, problema que plantea el recurrente a través de los motivos primero y segundo, articulados ambos por el cauce procesal del art. 1692.5 LEC y por los que denuncia infracción del art. 786 CC en relación con el art. 675 del mismo Código (en el primero) e infracción del art. 739.1 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta (en el segundo), pudiendo ser ambos motivos esdrújolos conjuntamente, pues articular la posibilidad de indagar y conocer en esta vía casacional la verdadera voluntad de la testadora, que es de lo que, en definitiva, se trata, aunque la tesis impugnatoria que se desarrolla en el primero de tales motivos, como luego se dirá, no pueda ser aceptada.

Cuarto: Dentro del ámbito de la revocación testamentaria, en su forma o modalidad llamada «tácita», que establece el art. 739.1 CC, cuando prescribe que «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquí subsista en todo o en parte, «el valor del interés asegurado no viene dado por la suma del valor de todos y cada una de las agencias de la asegurada, sino por el valor de las depositadas en cada agencia, y a tal valor habrá de acudirse para ver si se ha producido o no una situación de infraseguro que haga entrar en juego la regla proporcional del art. 30 de la Ley de Contratos de Seguros»; por consiguiente, al cubrir la suma asegurada el valor total y con creces de los datos, el Tribunal Supremo entiende que no ha lugar al planteamiento de la inoponibilidad al Consorcio de Compensación de Seguros de la exclusión *inter partes* de la regla proporcional.

Sin embargo, parece importante destacar que el Tribunal Supremo sí acepta expresamente el argumento del Consorcio de Compensación de Seguros relativo a la inoponibilidad al mismo del pacto de exclusión de la regla proporcional realizado entre asegurador privado y tomador del seguro al amparo del art. 30 de la Ley de Contratos de Seguro. Para el Tribunal Supremo, «el pacto de exclusión de la regla proporcional establecido entre el asegurador privado y la asegurada [que], indudablemente, queda circunscrito en su aplicación a la relación *inter partes*». Ello en base al art. 1257 del Código Civil, según alega el Consorcio de Compensación de Seguros. En esta apreciación parece que el Tribunal Supremo incurre en una cierta incoherencia, pues, en realidad, resuelve la cuestión como si se tratase de un seguro de daños ordinario, sin exclusión de la regla proporcional, en base, sustancialmente, a que la suma asegurada cubre el valor pleno del concreto interés dado. El Tribunal Supremo, pues, no toma en consideración la existencia de una pluralidad de intereses asegurados por el mismo seguro, de los cuales sólo una parte ha resultado dañada. En resumen, puede decirse que el Tribunal Supremo, por una parte, acepta la aplicación del art. 1257 del Código Civil, pero, por otra, al resolver el caso, resulta que, de hecho, no efectúa dicha aplicación, ya que, en consecuencia, lo que hubiera procedido es valorar globalmente el conjunto

partes», uno de los problemas hermenéuticos que ha venido suscitando la correcta aplicación de dicho precepto es el aliciente a la forma en que ha de considerarse acreditada o manifiesta (en todo o en parte) del testamento anterior, no obstante el otorgamiento del posterior perfecto. Superado un primitivo criterio nostálgico de ineludible exigencia de que la voluntad del testador en el indicado sentido había de aparecer explícita y formalmente expresada en el testamento posterior, sin cuyo requisito en ningún caso podía pervivir total o parcialmente el anterior, el nuevo y más flexible criterio jurisprudencial, ya iniciado en las SS 22 Mar. 1901, 17 Jun. 1915 y 11 Dic. 1929 de esta Sala, y consolidado en la reciente de 1 Feb. 1988, concretamente, además, con el de la doctrina científica mayoritaria y con el que ya adoptó la DGRN (RR 12 Sep. 1974 y 18 Dic. 1951), es el de que la «voluntad» que se exige en el art. 739.1 CC para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no sólo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduce del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación que establece el art. 675 del mismo Cuerdo legal, aparece evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior, respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo.

Quinto: Sobre la base de la doctrina que acaba de exponerse, la solución del tema litigioso, al que se refieren los 2 primeros motivos del recurso, ha de venir dada por la correcta interpretación que deba hacerse de los 2 cuestionados testamentos ológrafos, como medio de conocer la verdadera intención de la testadora D.ª María Trinidad D. V. Para ello, se hace necesario tener en cuenta los siguientes presupuestos fácticos y cronológicos, que constan en autos: 1.º Chando, el día 29 Jul. 1980, D.ª María Trinidad D. V. escribió el primero de sus testamentos ológrafos (en el que textualmente dice: «nombro a mi hermano D. Esteban D. V. como mi único heredero de mis casas, fincas y cuanto dinero haya en mis libretas a la vista y a plazos») aún no habiéndose practicado la partición de las herencias de sus fallecidos padres, por lo que D.ª María Trinidad D. V. no conocía todavía qué bienes le correspondían de las mismas. 2.º La partición de las referidas herencias de sus padres la llevan a efectos los hermanos D.ª María del Carmen, D. Esteban y D.ª María Trinidad D. V., mediante escritura pública de fecha 30 Ene. 1981, autorizada por el Notario de Mieres D. Faustino García-Bernardo Landeta, en la que de los bienes inmuebles (rusticos y ur-

so prohibida en algún ordenamiento, como el francés (M. PICARD/A. BESSON, ob. cit., pág. 472), precisamente en el ramo en el que ha sido más frecuente: el de incendios]. Ha sido superada por otras fórmulas más ventajosas para los aseguradores privados, al atender éstos al fenómeno de la «pluritalidad interna» en el contrato de seguro. En este sentido, entendemos que la calificación como «seguro a primer riesgo» que realiza el Tribunal Supremo del contrato de seguro base de la sentencia no parece ser la adecuada. Nos inclinamos por considerar que se trata más bien de un seguro global a prima media, esto es, aquel en el que las diferentes primas en función de los diferentes intereses asegurados se recondicen a una prima única media aplicable a una suma asegurada, también única, en la que se encuentran consideradas todos los elementos del riesgo. La diferencia básica de esta modalidad con el seguro a primer riesgo se halla en el dato de que la suma asegurada es aproximadamente igual a valor conjunto de los intereses asegurados. De este modo, la regla proporcional no se excluye en realidad, ya que, en caso de siniestro, resultará que el valor del interés será siempre superior al de la suma asegurada al ser ésta única, determinada globalmente en función de una pluralidad de intereses y riesgos distintos, pues la producción del riesgo sólo afectará, al tiempo, a una mínima parte de tales intereses. El asegurador, en suma, se obliga al cálculo y pago de la indemnización sobre la base del daño causado, sin invocar la (por otra parte improbable) situación de infraseguro (vid. M. PICARD/A. BESSON, ob. cit., págs. 473-474).

En relación con ello, obsérvese cómo el Tribunal Supremo resuelve la cuestión de la inoponibilidad al Consorcio de Compensación de Seguros de la exclusión de la regla proporcional característica de un seguro a primer riesgo accediendo a los mencionados efectos propios del seguro global a prima media, y abandonando en parte los presupuestos propios del seguro a primer riesgo. En efecto, según la senten-

Con todo, puede afirmarse que el Tribunal Supremo actúa correctamente de acuerdo con la justicia del caso concreto. En primer lugar, porque a pesar de calificar el seguro en cuestión como a primer riesgo, decide el conflicto de acuerdo con la modalidad de seguro que realmente parece ser la que subyace en el supuesto, esto es, un seguro global a prima media. En segundo lugar, porque dicha decisión es apropiada de acuerdo con la función del Consorcio de Compensación de Seguros en cuanto organismo público compensador de riesgos extraordinarios. En tercer lugar, porque el seguro a primer riesgo, así como los seguros a valor nuevo y las pólizas flotantes, se admiten como pactos de inclusión facultativa en el seguro ordinario como pactos opcionales al Consorcio de Compensación de Seguros respecto de la cobertura por éste de los riesgos extraordinarios que puedan sufrir los intereses asegurados a través de tales modalidades específicas de seguro. Así lo establece el art. 10.3 del Reglamento de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes (Real Decreto 2022/1986 y *vide* también el número VII de la Circular 29 de diciembre de 1986) que, si bien no estaba vigente en el momento de producirse los hechos objeto de la sentencia, sí contribuye a dotar de coherencia de fondo a la sentencia comentada, dado que si esta última norma admite la oportunidad al Consorcio de Compensación de Seguros de la exclusión de la regla proporcional (seguro a primer riesgo puro), debe considerarse que se igualmente oponible a dicho organismo la modalidad del seguro global a prima media en el cual la regla proporcional sólo quedaría excluida, si es que así llegare a ser, con carácter meramente relativo.

banos) integrantes de ambas herencias (relacionados en el inventario bajo los núms. 1 al 17), se adjudicaron, en pleno dominio, a D.ª María Trinidad D. V. los señalados con los núms. 2, 3, 4, 8, 10, 11, 12 y 14 del inventario. 3.º El día 7 Sep. 1982, D.ª María Trinidad D. V. escribió su segundo testamento ológrafo, en el que se dice textualmente: «desgo para cuando se produzca mi fallecimiento, que la casa habitación que se describe con el núm. 10 y núm. 11 —huerta de labor— en la herencia que consta en la Notaría de D. Faustino García-Bernardo Landeta en Mieres a 30 Ene. 1981; así como el dinero que a mi nombre tengo en Madrid o en cualquier otro lugar, sea el heredero mi hermano D. Esteban D. V., y de no sobrevivirme, a su legítima esposa D.ª Mamolina A. L. y a sus 2 hijas». 4.º Mediante escritura pública autorizada por el Notario de Pola de Lena, D. Enrique Chado Fernández, de fecha 11 Sep. 1982, D.ª María Trinidad D. V. vendió a su hermano D. Esteban D. V. los bienes señalados en el inventario antes aludido bajo los núms. 2, 3, 4, 8, 12 y 14, o sea, todos los bienes inmuebles que había adquirido por herencia de sus padres menos los 2 (los núms. 10 y 11) a que se refiere el segundo de los testamentos ológrafos.

Sexto: Al ser reiterada doctrina de esta Sala (SS 30 Abr. 1981, 29 Ene. y 1 Jul. 1985, 17 Jun. 1988, 28 Abr. 1989) la de que la interpretación de los testamentos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyas conclusiones, herméticas deben ser respaldadas en casación, salvo el supuesto de que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador, correspondenos examinar, porque así nos lo imponen los 2 primeros motivos del recurso, si aquí se da el expresado supuesto que haya de llevar a la no aceptación de la exégesis testamentaria realizada por la Sala *a quo*, por no corresponder a la misma con la verdadera intención de la testadora. La sentencia recurrida entiende que en el primero de los testamentos ológrafos (el de 29 Jul. 1980) la testadora instituye por su único y universal heredero a su hermano D. Esteban D. V., mientras que en el segundo (el de 7 Sep. 1982) sólo hace en favor de su mismo hermano un legado de bienes concretos y determina, de donde deduce que la intención de la testadora era revocar el primero de dichos testamentos mediante el segundo y dejar para la sucesión intestada el nombramiento de su heredero o herederos. Es, en efecto, evidente que el primero de los referidos testamentos ológrafos contiene una innegable institución de heredero a favor de D. Esteban D. V., como con acierto ha entendido la sentencia recurrida, pues así lo patentiza la clara e indubitable dición literal del mismo, cuando expresa «nombro a mi hermano D. Esteban D. V. como mi único heredero de mis casas, fincas y cuanto dinero haya en mis libretas a la vista y a plazo», lo que hace que no pueda ser aceptada la tesis impugnatoria que alberga el primero de los motivos, con la que el recurrente pretende ahora sostener que el primero de los testamentos ológrafos (el de 29 Jun. 1980) tampoco contiene institución de heredero, sino meras disposiciones a título de legado. Pero, asimismo, de la literalidad de los términos de ambos testamentos ológrafos, resulta evidente que con el segundo de ellos (el de 7 Sep. 1982) lo único que hace la testadora es completar el primero, en el sentido de incluir también entre los bienes que deja a su referido hermano, como su único heredero, aquellos otros que pudieran no considerarse comprendidos en el anteriormente otorgado, a cuya conclusión hermenéutica ha de llegarse por las siguientes razones: 1.º Porque el mero mantenimiento y conservación por la propia testadora de la subsistencia física o real del documento en que instrumentó el primero de sus testamentos ológrafos ya está revelando su intención de mantener la institución de heredero que el mismo expresa, pues de no haber sido ello así, la habría bastado con destruirlo, como medio normal y elemental de privar de eficacia a un papel o documento privado sujeto a su total y exclusiva disponibilidad. 2.º Porque el segundo testamento ológrafo no contradice en nada al primero, sino que simplemente lo complementa y refuerza, y en el ya dicho sentido de expresar que entre los bienes que deja a su hermano, en su calidad de heredero único, han de entenderse comprendidos también aquellos de los que no podía disponer cuando otorgó el primero, por no ser suyos, pues los adquirió a virtud de la ya referida partición de la herencia de sus padres, que fue instrumentada, como ya se ha dicho, mediante escritura pública de fecha 30 Ene. 1981, sin que en ningún caso los referidos testamentos ológrafos permitían llegar a la conclusión de que la voluntad de la testadora fuera la de dar entrada en su herencia, por la vía de la sucesión intestada, a cualquier otra persona extraña a su referido hermano, ni, por tanto, revocar el primer testamento mediante el segundo. Al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, ha incumplido en la denunciada infracción de los arts. 675 y 739.1 CC, por lo que procede la estimación del motivo segundo del recurso.

Séptimo: El acogimiento del expresado motivo, con la consiguiente estimación del recurso, obliga a esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1715.3 LEC, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate, lo que ha de hacerse en el sentido de desestimar también el segundo de los pedimentos principales de la demanda formulada por D.ª María del Carmen D. V. contra su hermano D. Esteban y que tenía por objeto la declaración de haberse producido la revocación tácita del testamento ológrafo de fecha 29 Jul. 1980 por el también ológrafo de fecha 7 Sep. 1982, otorgados ambos por D.ª María Trinidad D. V., así como la desestimación de los pedimentos tercero y cuarto, que eran mera consecuencia del segundo, y mantener subsistente también, como es obvio, el pronunciamiento desestimatorio del primero de dichos pedimentos de la demanda (el de declaración de nulidad de los 2 referidos testamentos ológrafos), cuyo pronunciamiento desestimatorio ya quedó firme en la instancia, por precepto imperativo del art. 523 LEC, han de imponerse expresamente a la demandante las costas de primera instancia, sin que haya lugar a hacer expresa imposición de las de apelación, ni de las de este recurso y sin que proceda acordar la devolución del depósito, al no haber sido el mismo constituido, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

Fallamos: Que estimando el presente recurso, interpuesto por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueja, en nombre y representación de D. Esteban D. V., ha lugar a la casación y anulación de la S 18 Jul. 1988, dictada por la Sala de lo Civil de la (antonces) AT Oviedo, así como de la del JPl Pola de Lena, de fecha 14 Abr. 1988 y en sustitución de lo resuelto en dichas sentencias, debemos desestimar y desestimamos el segundo, el tercero y el cuarto de los pedimentos de la demanda formulada por D.ª María del Carmen D. V. contra su hermano D. Esteban D. V. en el proceso al que este recurso se refiere y se mantiene subsistente el pronunciamiento desestimatorio del primer pedimento de la demanda, cuyo pronunciamiento desestimatorio ya quedó firme en la instancia, con expresa imposición a la demandante D.ª María del Carmen D. V. de las costas de primera instancia y sin que proceda hacer expresa imposición de las de apelación, ni de las de este recurso.

Los pronunciamos, mandamos y firmamos.—**Señor Latorre Brotons.**—Sr. López Vilas.—Sr. Morales Morales.—Sr. Martínez Calcerrada.—Sr. González Alegre y Bernardo.

PENAL

RESPONSABILIDAD / Error en la Administración del Estado / Error en la Administración de Justicia.—Criterios jurisprudenciales para su apreciación.—Facultades no revisables del Tribunal *a quo*.—Objeto del procedimiento.—Legitimación: alcance.—Excarcelación de enfermo muy grave e incurable que luego delinque.—Interpretación del artículo 60 del Reglamento Penitenciario.—Improcedencia de la reclamación.

1.—La jurisprudencia del TS utiliza un criterio muy amplio en cuanto a la determinación del objeto sobre el que puede recaer el error del Juzgador, pues puede atecar tanto a la cuestión fáctica, porque se paría de unos hechos radicalmente distintos de aquellos que razonablemente pudieran deducirse de la prueba practicada, como a la calificación jurídica, por haberse aplicado una norma que no era la adecuada o por haberse interpretado la disposición procedente en forma absolutamente incorrecta, ya se trate de una norma de orden material —error *in iudicando*— o procesal —error *in procedendo*— (Cfr. TS 2.ª SS 16 May. 1989, 12 Feb., 2 y 3 Abr., 9 Jul., 15 Nov. y 22 Dic. 1990 y 15 Feb. 1991).

2.—La jurisprudencia es muy estricta en cuanto al criterio que ha de seguirse para valorar la calidad o intensidad de la equivocación que pudiera determinar la calificación de error judicial, exigiéndose de modo singularmente riguroso que en todo caso se trate de un error objetivo, patente e indubitable (Cfr. TS 2.ª SS 16 May. 1989, 12 Feb., 2 y 3 Abr., 9 Jul., 15 Nov. y 22 Dic. 1990 y 15 Feb. 1991).

3.—El proceso por error judicial de los arts. 292 y ss. LOPJ no es un recurso contra la resolución que se repita errónea, que precisamente tiene que haber adquirido firmeza en el procedimiento en que se hubiera dictado por haberse agotado los recursos previos al respecto (art. 293.1 LOPJ), y por ello no permite la posibilidad de revisar los criterios del órgano judicial, *a quo* para sustituirlos, caso de estimación, por los del Tribunal *ad quem*.

4.—El proceso por error judicial de los arts. 292 y ss. LOPJ, que es un proceso declarativo de orden especial, que ha de tramitarse conforme a las normas del recurso de revisión en materia civil, tiene por objeto una declaración de error que, si bien obliga a examinar la corrección fáctica y jurídica de la decisión judicial impugnada, sólo puede prosperar cuando la posible falta de adecuación entre lo que debió resolverse y lo que se resolvió sea tan ostensible y clara que cualquier persona versada en derecho pudiera así apreciarla, sin posibilidad de que desde algún punto de vista defendible en derecho pudiera reputarse acertada, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y la forma en que ordinariamente se resuelven las mismas cuestiones en casos semejantes.

5.—En el caso de autos, los padres del perjudicado, en cumplimiento de su deber de alimentos reglado en los arts. 142 y ss. CC, vienen atendiendo a las necesidades del hijo desde que éste sufrió el grave accidente en atención al cual se produce la reclamación, que le ha producido importantes secuelas, por lo que ha de entenderse que están legitimados para pedir la declaración de error judicial en cuanto que ellos mismos sufren cuantiosos perjuicios por la asistencia que legalmente están obligados a prestar a favor de su hijo, habida cuenta de que el mencionado deber de alimentos no se extingue por la mayoría de edad.

6.—El pretendido error judicial del caso no se refiere a los hechos de que partió la resolución atacada, por todos aceptados en lo sustancial, ni tampoco a la norma jurídica aplicable, no cuestionada, que lo fue el art. 60.2 RD 1201/1981 de 8 May. (Regl. Penitenciario), que permite aplicar la libertad condicional cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, sino que, según la demanda, existió dicho error en una interpretación inadecuada de esta norma reglamentaria, que sólo cabría aplicar, a juicio de los actores, cuando los enfermos estuvieran ya tan graves que carecieran de energías para poder volver a delinquir; cuestión, la así planteada, que cabe calificarla de dudosa, discutible, pero en todo caso la postura adoptada por el Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria parece conforme al tenor literal del precepto —el SIDA ya desartrollado con pronóstico de fallecimiento a corto o medio plazo cumple, sin duda, los dos requisitos exigidos, pues se trata de una enfermedad que es, al mismo tiempo, muy grave e incurable— y también parece acorde con la finalidad humanitaria de tal norma, que permiñta adelantar la excarcelación a algún momento anterior al de la muerte inminente, pues quizá debiera entenderse que no es el propósito del precepto el que puedan sacarse de la prisión a los enfermos sólo para que meraran fuera de la cárcel, pareciendo, por el contrario, lo más adecuado al espíritu de esta disposición el que pudieran permanecer en libertad alguna temporada anterior al momento del fallecimiento; pero, en todo caso, cualquiera que sea el criterio que pudiera estimarse como más adecuado, es lo cierto que, conforme a reiterada jurisprudencia, nunca sería posible calificar como error judicial, a los efectos del caso, una resolución judicial —que acordó la concesión de la libertad provisional de un preso enfermo de SIDA, y ello pese a que tras su excarcelación, y como consecuencia de ser perseguido por la policía por