



Roj: **STS 4143/2008 - ECLI:ES:TS:2008:4143**

Id Cendoj: **28079110012008100650**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2008**

Nº de Recurso: **5218/2000**

Nº de Resolución: **187/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Málaga, Sección 6ª, 19-09-2000,
STS 4143/2008**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Febrero de dos mil ocho.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Málaga; cuyos recursos fueron interpuestos por la Procuradora D^a Celia Fernández Redondo, en nombre y representación de D^a Rita , y por la Procuradora D^a Olga Rodríguez Herranz, en nombre y representación de D. Mauricio ; y el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora D^a M^a del Carmen Martínez Torres, en nombre y representación de D^a Rita , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. Simón , D. Mauricio y A.G.F. Unión Fenix, Cía. de Seguros y Reaseguros, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia por la que se condene a los demandados al abono de ocho millones trescientas diez mil pesetas (8.310.000) por daños materiales ocasionados al mobiliario, enseres y objetos personales de su propiedad , por pérdida, destrucción o desaparición a consecuencia del derrumbe de la vivienda que ocupaba en el edificio sito en el DIRECCION000 NUM000 , de esta capital, de un millón ochocientas mil pesetas (1.800.000) por los días que tardó en sanar de sus lesiones y que estuvo impedida para dedicarse a sus ocupaciones habituales a consecuencia del derrumbamiento, de dieciocho millones doscientas mil pesetas (18.200.000) por las secuelas y por la invalidez permanente y absoluta para todo tipo de trabajo sufrida por su mandante a consecuencia del siniestro y cinco millones de pesetas (5.000.000) por daños morales o, alternativamente, la suma que por tal concepto se determine en ejecución de sentencia, así como el pago de los intereses legales devengados por las expresadas sumas desde la fecha del evento el día 16 de febrero de 1989 y ello con expresa condena en costas a los referidos demandados.

2.- El Procurador D. José Manuel González González, en nombre y representación de D. Simón , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se aprecie la prescripción alegada y caso de no acogerse, se aprecie la excepción de litis consorcio pasivo necesario y si tampoco se acogiera, se desestime la demanda en cuanto a la reclamación formulada para su mandante, y solo para el supuesto de que se acogiese la demanda, se impugna la suma que de contrario se pretende fijar como indemnización, ya que la de 8.310.000 pesetas es absolutamente incierta, pues no existían tales bienes, y con referencia al resto de las cantidades, caso de



estimarse, habría que estar a las tablas de indemnizaciones recogidas en el Decreto aplicable y desde luego es absolutamente improcedente la reclamación de 5.000.000 pesetas por daños morales, pues ni tan siquiera se hace referencia a ello en los hechos de la demanda, oponiéndonos igualmente al pago de los intereses que de contrario se dicen, ya que los mismos carecen de fundamento legal y todo ello con expresa condena en costas a la actora.

3.- Por el Procurador Don Javier Bueno Guezala, en nombre y representación de Don Mauricio , se presenta igualmente escrito de contestación a la demanda, y tras citar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación terminó con la súplica de que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que estimando todas o alguna de las excepciones que se oponen, se declare no haber lugar a la demanda y solo en caso de no estimarse las excepciones propuestas, se absuelva libremente de la demanda a su principal, con expresa condena en costas a la demandante, o de manera subsidiaria de lo anterior y para el hipotético caso de que se apreciara la concurrencia de culpa en alguno de los demandados, se determine por el Juzgado el quantum de responsabilidad correspondiente a cada uno, aplicándose expresamente la compensación de culpas por la actuación negligente de la actora.

4.- Por el Procurador Don Vicente Vellibre Vargas, en nombre y representación A.G.F. UNION FENIX, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, se presentó escrito de contestación a la demanda, y tras citar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación terminó con la súplica de que, previos los trámites legales, se dictase una sentencia por la que, estimándose la excepción perentoria de prescripción de la acción ejercitada y sin entrar en el fondo del asunto, se absuelva a su representada de los pedimentos deducidos en su contra o bien entrando en el fondo, desestime igualmente la demanda, con igual pronunciamiento absolutorio, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

5.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, dictó sentencia con fecha 12 de enero de 1.999 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando como estimo la excepción de prescripción, debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D^a Rita , representada por la Procuradora D^a M^a del Carmen Martínez Torres, contra D. Simón , representado por el Procurador D. José Manuel González González, D. Mauricio , representado por el Procurador D. Javier Bueno Guezala y A.G.F. Unión Fenix, Cía. de Seguros y reaseguros, S.A. representada por el Procurador D. Vicente Vellibre Vargas, en reclamación de cantidad, imponiendo a la actora el pago de las costas causadas en este procedimiento.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D^a Rita , la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 2000 cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Rita contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 10 de Málaga de fecha 12 de enero de 1999 , en el sentido de condenar solidariamente a los demandados y en favor de la actora-apelante en la cantidad de 11.900.000 pts. desglosadas en la forma explicitada en el fundamento noveno de esta resolución y todo ello con el interés legal desde la fecha del siniestro y sin hacer expresa condena en las costas de ambas instancias.

TERCERO.- 1.- La Procuradora D^a Celia Fernández Redondo, en nombre y representación de D^a Rita , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del núm 3 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente el artículo 24.1 de la Constitución Española y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. SEGUNDO .- Al amparo del núm 4, del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico concretamente del art. 1902 del Código civil , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y jurisprudencia sobre daño moral o "pecunia doloris". TERCERO .- Al amparo del núm 4, del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico CUARTO .- Al amparo del artículo 1692, núm 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico concretamente los criterios de valoración establecidos en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991, dictada en cumplimiento del artículo 58.5 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado , aprobado por Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto , de aplicación analógica a la presente cuestión, conforme a lo establecido en el artículo 4 del Código civil .

2.- La Procuradora D^a Olga Rodríguez Herranz, en nombre y representación de Don Mauricio , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Quebrantamiento de las formas esenciales de la sentencia por infracción de las normas reguladoras de la sentencia al amparo del apartado 3 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . infracción por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. SEGUNDO .- Al amparo del artículo 1692 n^o 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable



para resolver las cuestiones objeto de debate. por vulneración de los artículos 1698 y 1969 del código civil por interpretación errónea de los mismos, en relación con el art. 1902 de la misma ley . Aplicación errónea del art. 5º párrafos 1 y 2 del Código civil , así como violación de la doctrina jurisprudencial al respecto. TERCERO.- Error de derecho en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 1692 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se ha producido una infracción por violación del art. 1232.1 del Código civil . Infracción por violación del artículo 1218 del Código civil y violación por inaplicación del artículo 24.2 de la Constitución Española.

3.- El Procurador Don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación A.G.F. UNION FENIX, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del artículo 1692 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del artículo 1968.2 del Código civil. SEGUNDO .- Al amparo del artículo 1692 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción de los artículos 1243 del Código civil y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. TERCERO.- Al amparo del artículo 1692 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del artículo 1214 del Código civil. CUARTO .- Al amparo del artículo 1692 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del artículo 1.103 del Código civil y 1218 del citado cuerpo legal. QUINTO .- Al amparo del artículo 1692 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción del artículo 921, párrafo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de febrero del 2008, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se plantean son esencialmente simples, que dan lugar a unas concretas cuestiones jurídicas.

Arrancan del derrumbamiento de la vivienda donde moraba la demandante, D^a Rita , el 16 de febrero de 1988, por razón y por causa directa de la construcción colindante dirigida por el arquitecto D. Simón , cuyo constructor era D. Mauricio y la Compañía aseguradora la actual ALLIANZ, Compañía de seguros y reaseguros, S.A., todos ellos demandados y los dos últimos también recurrentes en casación. Aquella quedó sepultada en los escombros y, rescatada por los bomberos, sufrió graves lesiones y secuelas. Se siguieron actuaciones penales que terminaron por sentencia absolutoria de 31 de julio de 1995 que se notificó el 7 de septiembre de 1995 y formuló demanda presentada ante el Juzgado de guardia el 7 de septiembre de 1996 ; esta demandante también ha formulado recurso de casación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 19 de septiembre de 2000 estimó parcialmente la demanda, frente a la cual, como se ha apuntado, se han alzado los recursos de casación de la demandante y de dos de los codemandados.

Las cuestiones jurídicas que se han planteado en casación, aparte de otras de carácter procesal que apenas tienen sentido, son las siguientes:

- * prescripción, que fue estimada en primera instancia y rechazada por la sentencia de la Audiencia Provincial;
- * litisconsorcio pasivo necesario, pese a que en la llamada responsabilidad extracontractual, se da la solidaridad;
- * fondo, en tres aspectos: sobre el hecho en sí, que se ha probado el nexo causal y no se han probado hechos ajenos como causantes del daño; sobre la prueba practicada y su valoración, lo cual pertenece a la instancia; sobre la indemnización, en relación con la cuantía de lo dado y en relación con lo no dado respecto al daño moral.

SEGUNDO.- La prescripción claramente se desestima. El último día del plazo anual (artículo 1968.2º del Código civil) de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual (del artículo 1902 del Código civil), fue el 7 de septiembre de 1996, partiendo de la notificación de la sentencia absolutoria (de 31 de julio de 1995) de la Audiencia Provincial de Málaga , que fue el 7 de septiembre de 1995.



Conforme el artículo 5.1 del Código civil se inició el ejercicio de la acción, no ya como interrupción de la prescripción (artículo 1973 del Código civil) sino como tal inicio de la acción, que fue ante un Juzgado de Guardia, el 7 de septiembre fuera de hora hábil, el 8 domingo, el 9 festivo en Málaga y el 10 consta la presentación en el Decanato, pero el inicio debe retrotraerse a la fecha del Juzgado de Guardia.

TERCERO.- El litisconsorcio pasivo necesario no tiene sentido cuando abundantísima jurisprudencia ha declarado la solidaridad en los deudores de las obligaciones derivadas de acto ilícito (artículo 1093 del Código civil) conocidas con el nombre de responsabilidad extracontractual (artículo 1902 del Código civil)

Siendo solidaria tal obligación de reparar el daño, el acreedor, es decir, el perjudicado, puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios (artículo 1144), por lo que queda excluida la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Lo cual ha sido una constante en la jurisprudencia en la aplicación de la llamada responsabilidad extracontractual: sentencias de 20 de octubre de 1997, 15 de diciembre de 1999, 27 de junio de 2001, 12 de abril de 2002, 16 de abril de 2003, 15 de junio de 2005 .

CUARTO.- En cuanto al fondo:

*El hecho ha quedado acreditado en la sentencia de instancia, objeto del presente recurso de casación, en que no cabe discutir el factum: no se tomaron medidas suficientes para que no sucediese el derrumbamiento; no se cumplieron las reglas básicas de la ejecución material de la construcción para que la vivienda no se derrumbara; se da la relación de causalidad entre la construcción llevada a cabo por los demandados y el siniestro producido.

*La prueba ha sido practicada suficientemente y ha acreditado el hecho anterior, sin que quepa en casación la revisión de la misma, ni una nueva valoración.

*La indemnización alcanza dos aspectos, lo que se ha dado y lo que no se ha dado. Lo primero es discutido por los demandados, aunque es bien cierto que el quantum no es revisable en casación. Lo segundo lo es por la demandante, debiendo detenerse en el daño moral reclamado y no atendido.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por el constructor D. Mauricio está abocado al fracaso, tras lo expuesto en líneas anteriores. Contiene tres motivos, el primero al amparo del nº 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con dos submotivos fundados en quebrantamiento de formas esenciales del juicio; el segundo al amparo del nº 4º de la misma norma, con cinco submotivos, en gran parte repetitivos de lo mantenido desde la contestación a la demanda; el tercero, con tres submotivos, también al amparo del nº 4º, por error de derecho en la apreciación de la prueba. De la mayoría de ellos el Ministerio Fiscal ha dictaminado e interesado su inadmisión.

El primero de los motivos, como se ha apuntado, contiene dos submotivos formulados al amparo del nº 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de ellos alega infracción del artículo 359 de la misma ley por razón -se dice en el motivo- de que la Sala de instancia omite todo pronunciamiento sobre la excepción propuesta desde la contestación a la demanda, de falta de litisconsorcio pasivo necesario; no es así, sino que le dedica un fundamento entero a rechazarla explícitamente e implícitamente en el fallo, y la omisión de pronunciamiento sobre la exención o disminución de responsabilidad con respecto a los no demandados, deriva de lo anterior ya que no cabe hacerlo respecto a los que no han sido demandados. El segundo de ellos mantiene la infracción del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 24 y 120 de la Constitución Española porque no contiene la sentencia recurrida una relación de hechos probados; lo cual no tiene sentido ya que la sentencia del orden jurisdiccional civil no precisa un apartado expreso de hechos probados (el artículo 248.3 dice: "...hechos probados en su caso...") sino que éstos se hallan en la calificación del tema debatido: así, sentencias de 20 de julio de 1999 y 4 de octubre de 1999 . Por ello, este primer motivo, con sus dos submotivos, queda rechazado.

El segundo de los motivos, formulado al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contiene, como se ha apuntado, cinco submotivos, sobre los cuales, salvo el último, el Ministerio Fiscal ha interesado su inadmisión. El primero de ellos, por vulneración de los artículos 1968 y 1969 del Código civil en relación con el 1902 y 5 del mismo código, insiste en la prescripción y expone unos hechos, en los que parece ignorar las fechas de la notificación de la sentencia firme absolutoria dictada en el orden jurisdiccional penal y la de presentación de la demanda en el Juzgado de Guardia, fecha, ésta última, que es el inicio del ejercicio de la acción y que es el último día del plazo de la prescripción anual: con ello aparecen cumplidos todos los artículos que se dicen mal interpretados. El segundo de los submotivos insiste en la excepción de la falta de litisconsorcio pasivo necesario que, como se ha dicho, no se produce cuando se demanda a uno de los deudores solidarios, como es el caso de la llamada responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código civil. El tercero se formula por vulneración de este mismo artículo, pues no se han probado en el pleito los requisitos para la exigencia de responsabilidad extracontractual a mi mandante (sic); revisión de



prueba, pues no otra cosa se pretende, que es ajena totalmente a la casación, que no es una tercera instancia (sentencia de 31 de mayo de 2000), su función es controlar la correcta aplicación del ordenamiento (sentencia de 10 de abril de 2003), sin revisar el soporte fáctico (sentencia de 27 de octubre de 2005), ni permitir hacer supuesto de la cuestión (sentencia de 21 de noviembre de 2006). El cuarto de los submotivos alega que se produce una vulneración del artículo 1103 del Código civil que establece que la responsabilidad que procede de negligencia podrá moderarse por los Tribunales; precisamente el texto de la norma prevé la moderación como discrecional y según los casos, lo que hace que no sea revisable en casación (sentencias de 17 de noviembre de 1995, 20 de mayo de 2004, 29 de septiembre de 2005, 11 de octubre de 2005), tanto más cuanto es bien discutible que se pueda aplicar a la responsabilidad extracontractual. El quinto y último de los submotivos se refiere a los intereses legales, artículos 1100 y 1108 del Código civil; desde hace largos años, esta Sala ha rechazado el principio in iliquidis non fit mora en el sentido de que si la acción es estimada aunque no la exacta cuantía pretendida, se impone el interés legal (sentencia de 6 de octubre de 2000 y las muchísimas que en ella se citan) y, elevado en dos puntos desde la sentencia condenatoria, ya que, de lo contrario, la dilación en el pago sería un perjuicio más de los sufridos por la víctima, por mor de la devaluación monetaria que no tiene que soportar. En definitiva, el motivo, con sus cinco submotivos, se desestima.

El tercero de los motivos del recurso de casación del mismo constructor es por error de derecho en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse valorado adecuadamente la confesión judicial y la documental pública obrante en autos. Tiene tres submotivos, que de todos ellos ha dictaminado el Ministerio Fiscal su inadmisión y los tres deben ser desestimados. El primero de ellos porque insiste en un argumento, la vetustez de la casa, que es intrascendente para la resolución de la cuestión jurídica y porque el quantum indemnizatorio no es revisable en casación y, además de todo ello, no puede pretenderse extraer unas conclusiones de esta prueba distintas a las declaradas por la sentencia de instancia, sin olvidar, claro está, que la prueba de confesión en juicio no prevalece sobre las demás y es tomada en consideración no en sí misma y aisladamente, sino en relación con los demás medios de prueba (en este sentido, sentencias de 17 de mayo de 2002, 18 de octubre de 2002, 16 de abril, 20 de diciembre de 2006). El segundo de ellos, por violación del artículo 1218 del Código civil sobre el valor o eficacia probatoria del documento público, alega, como ignorados, unos documentos tendentes a probar extremos que a ninguna conclusión decisiva conducen, ya que las condiciones físicas de la casa y las condiciones meteorológicas de aquellos días en nada pueden decidir sobre la resolución del pleito. El tercero y último de los submotivos se formula por inaplicación del artículo 24.2 de la Constitución Española en relación a la vulneración de la presunción de inocencia: tal presunción se aplica al derecho penal y en todo caso de norma jurídica sancionadora, pero en el ámbito del Derecho civil no se trata de sanción o de inocencia, sino de acreedor y de deudor, como en el presente caso en que la víctima de un grave siniestro reclama como acreedora, el cumplimiento de la obligación de reparar el daño que sanciona el artículo 1902 del Código civil a los deudores solidarios, que son los demandados: ésta es doctrina muy reiterada por la jurisprudencia, como en las sentencias de 19 de junio de 1997, 12 de junio de 1998, 28 de marzo de 2000, 28 de junio de 2002, 3 de marzo de 2003. Por todo ello, este tercer motivo, con sus tres submotivos, se desestima.

SEXTO.- El recurso de casación que ha formulado ALLIANZ, Compañía de seguros y reaseguros, S.A. (en el momento del suceso era AGF-UNION FÉNIX, Compañía de seguros y reaseguros, S.A.) contiene cinco motivos, todos ellos al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de todos, menos el último, el Ministerio Fiscal ha dictaminado e interesado su inadmisión. Por otra parte, son repetitivos de los anteriores y de lo expuesto al principio. Es decir, van a ser desestimados.

El primero trata de la prescripción y denuncia la infracción del artículo 1968.2º del Código civil. Se ha razonado sobradamente que no hay prescripción partiendo de la notificación de la sentencia penal y llegando a la presentación de la demanda en el Juzgado de Guardia, lo que consta fehacientemente.

El segundo pretende valorar de nuevo la prueba pericial, alega la infracción de los artículos 1243 del Código civil y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que tal prueba es apreciada según las reglas de la sana crítica, lo que corresponde a los Tribunales de instancia, sin que corresponda a la función de la casación revisar tal apreciación, a no ser el caso excepcional de que se haya hecho una valoración ilógica, absurda o contraria a la ley, cosa que no ha ocurrido en la instancia.

El tercero de los motivos se refiere a la doctrina de la carga de la prueba, denuncia la infracción del artículo 1214 del Código civil y no tiene sentido, por cuanto esta doctrina se aplica cuando no se ha probado un hecho y debe buscarse a cuál de las partes debe imputarse tal falta de prueba: "el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba" se ha dicho e insistido por la jurisprudencia (sentencia de 31 de enero de 2001, 5 de julio de 2002, 3 de octubre de 2002, 14 de octubre de 2004, 16 de diciembre de 2005) y en el presente caso, la sentencia de instancia ha declarado probados los hechos de los que ha extraído las consecuencias jurídicas.



El cuarto se formula por infringir la sentencia de instancia, según se mantiene en el mismo, el artículo 1103 del Código civil (aunque también menciona el 1218) por no moderar la responsabilidad derivada de culpa. Tal como se ha dicho anteriormente, la moderación es función discrecional de la instancia, no revisable en casación, muy discutiblemente aplicable a la responsabilidad extracontractual y, desde luego, no al presente caso.

Por último, el motivo quinto se formula por infracción del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Como se ha dicho al tratar del recurso del anterior codemandado, esta norma impone el interés ejecutorio a la indemnización objeto de la sentencia condenatoria firme, pero no impide el interés moratorio de la cantidad reclamada y concedida, aunque esta sea inferior a aquélla; el brocando in iliquides non fit mora ha desaparecido años ha de la jurisprudencia, por lo menos con carácter absoluto y se admite el interés moratorio cuando se aprecia esencialmente la demanda, aunque se rebaje el quantum. A mayor abundamiento, el daño causado al perjudicado incluye también el producido por la dilación en el pago; la víctima no debe sufrir el daño causado por la devaluación moratoria que produce aquella dilación, tanto más en este caso, en que se dio el siniestro hace poco más de veinte años.

SÉPTIMO.- Por último, el recurso formulado por la demandante, víctima del suceso descrito, D^a Rita , sí debe ser estimado.

No, desde luego, el tercero de los motivos, que se funda en órdenes ministeriales y decretos, lo que no cabe en casación, que no permite la cita de preceptos reglamentarios (sentencia de 7 de abril de 2000, 22 de abril de 2000, 4 de octubre de 2002) ni de normas administrativas (sentencia de 14 de abril de 2002, 9 de junio de 2003, 13 de junio de 2007). Por otra parte, en el motivo se discute el quantum indemnizatorio, tampoco aceptable en casación.

Debe estimarse el primero de los motivos del recurso, que a su vez lleva embebido el segundo. Ambos se refieren al daño moral, aquél, fundado en el n^o 3^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incongruencia, éste fundado en n^o 4^o , por no haber otorgado cantidad alguna en concepto de daño moral. La incongruencia se produce cuando falta la perfecta relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (sentencia 11 de abril de 2000, 20 de abril de 2002, 28 de junio de 2006). El fallo de la sentencia de instancia, objeto del presente recurso condena al pago de una determinada cifra y es en el fundamento noveno donde razona los conceptos que dan lugar a aquella suma -lesiones, incapacidad y daños materiales- y calla totalmente respecto a los daños morales. Así, poniendo en relación el fallo con el fundamento, aparece la incongruencia omisiva respecto a los daños morales, por lo que debe acogerse el motivo primero, asumir la instancia y entrar en el fondo, sobre los daños morales a que se refiere el motivo segundo.

Los daños morales afectan a intereses espirituales del ser humano, es el daño no económico, que puede afectar a la dignidad de la persona (sentencias de 17 de febrero de 2005 y 28 de marzo de 2005) o al dolor físico o anímico (pretium doloris). En el presente caso, una mujer queda sepultada, es rescatada por los bomberos, sufre graves lesiones, le queda una incapacidad permanente, pierde sus muebles y enseres personales: el dolor que todo ello implica, desde el sufrimiento al verse enterrada hasta el efecto padecido, constituye un daño moral que debe ser indemnizado en la cantidad interesada en el suplico de la demanda.

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

FALLAMOS

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por la demandante en la instancia D^a Rita , contra la sentencia dictada por la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 19 de septiembre de 2000 , que CASAMOS y ANULAMOS en el único sentido de añadir la cantidad de 30.050 Euros en concepto de daños morales, con los mismos intereses legales fijados en aquélla.

Segundo.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN, interpuestos por D. Mauricio y por ALLIANZ Compañía de Seguros y Reaseguros, contra la misma sentencia.

Tercero.- No se hace condena en costas respecto a aquel recurso que ha sido estimado. Se condena en las costas causadas por los recursos desestimados, a cada una de las partes recurrentes por sus respectivos recursos.

Cuarto.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.-ANTONIO SALAS



CARCELLER.-JOSE ALMAGRO NOSETE.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ