

## EDJ 2009/78076

Audiencia Provincial de Málaga, sec. 5ª, S 29-1-2009, nº 27/2009, rec. 552/2008

Pte: Hernández Calvo, Melchor

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

### Resumen

*La AP estima parcialmente el rec. de apelación en el sentido de establecer que el tipo de interés que debe satisfacer la aseguradora condenada no es el legal del dinero sino el tipo de interés por mora previsto en el artículo 20.4 de la Ley del Contrato de Seguro. Declara la Sala que no concurre ninguna causa que justifique el retraso de la compañía aseguradora en el pago de la indemnización, al no haberse discutido los días de impedimento ni la responsabilidad en el siniestro.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.287 , art.459 , art.632

Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro  
art.20

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO  
FUNDAMENTOS DE DERECHO  
FALLO

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN  
INDEMNIZACIÓN

Intereses a abonar por entidades aseguradoras

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS  
DETERMINACIÓN Y CUANTIFICACIÓN

Importe de la indemnización  
Supuestos diversos

POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL  
SUPUESTOS DIVERSOS

INTERESES

LEGALES

Moratorios

PERITOS

FUERZA PROBATORIA

PROCESO CIVIL

PRUEBA

Valoración de la prueba

Apreciación conjunta

Libre apreciación

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Aseguradora, Lesionado; Desfavorable a: Aseguradora, Lesionado

Procedimiento: Apelación, Juicio Ordinario

#### Legislación

Aplica art.287, art.459, art.632 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.20 de Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro

Cita Ley 34/2003 de 4 noviembre 2003. Modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados

Cita art.398.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal  
Cita Ley 30/1995 de 8 noviembre 1995. Ordenación y Supervisión de Seguros Privados  
Cita Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro  
Cita art.1243 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

## Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre INTERESES - LEGALES - Moratorios STS Sala 1ª de 11 septiembre 2008 (J2008/166714)  
Cita en el mismo sentido sobre INTERESES - LEGALES - Moratorios STS Sala 1ª de 19 mayo 2008 (J2008/66873)  
Cita en el mismo sentido sobre INTERESES - LEGALES - Moratorios STS Sala 1ª de 16 noviembre 2007 (J2007/206026)  
Cita en el mismo sentido sobre INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - DETERMINACIÓN Y CUANTIFICACIÓN - Importe de la indemnización STS Sala 1ª de 11 octubre 2007 (J2007/184351)  
Cita en el mismo sentido sobre INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS - DETERMINACIÓN Y CUANTIFICACIÓN - Importe de la indemnización STS Sala 1ª de 29 noviembre 2005 (J2005/207172)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 13 noviembre 2001 (J2001/39569)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 28 junio 2001 (J2001/12644)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 27 febrero 2001 (J2001/2033)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 14 octubre 2000 (J2000/35349)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 4 abril 2000 (J2000/3850)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 15 julio 1999 (J1999/17913)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 28 junio 1999 (J1999/14358)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 26 febrero 1999 (J1999/1624)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 11 abril 1998 (J1998/2815)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 30 diciembre 1997 (J1997/10477)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 13 octubre 1994 (J1994/8450)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 13 diciembre 1993 (J1993/11313)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 29 abril 1992 (J1992/4135)  
Cita en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - PRUEBA - Valoración de la prueba - Libre apreciación STS Sala 1ª de 18 abril 1992 (J1992/3801)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 20 febrero 1992 (J1992/1580)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 25 noviembre 1991 (J1991/11163)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 20 febrero 1991 (J1991/1796)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 29 enero 1991 (J1991/802)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 17 enero 1991 (J1991/380)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 13 febrero 1990 (J1990/1415)  
Cita en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - PRUEBA - Valoración de la prueba - Libre apreciación STS Sala 1ª de 18 octubre 1989 (J1989/9232)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 16 octubre 1989 (J1989/9140)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 20 junio 1989 (J1989/6268)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 12 noviembre 1988 (J1988/8935)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 9 junio 1988 (J1988/4972)  
Cita en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - PRUEBA - Valoración de la prueba - Libre apreciación STS Sala 1ª de 30 abril 1988 (J1988/3604)  
Cita en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - PRUEBA - Valoración de la prueba - Libre apreciación STS Sala 1ª de 11 abril 1988 (J1988/2930)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 8 julio 1988 (J1988/454)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 14 marzo 1988 (J1988/357)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 17 julio 1987 (J1987/5826)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 15 julio 1987 (J1987/5750)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 17 junio 1987 (J1987/4845)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 25 mayo 1987 (J1987/4071)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 5 noviembre 1986 (J1986/6992)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 8 mayo 1986 (J1986/3025)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 27 febrero 1986 (J1986/1574)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 19 octubre 1982 (J1982/6122)  
Cita en el mismo sentido sobre PERITOS - FUERZA PROBATORIA STS Sala 1ª de 9 octubre 1981 (J1981/1637)

## Bibliografía

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 20 de noviembre de 2007, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: " Que, estimando parcialmente la demanda formulada por D. Oscar, representado por el procurador Sr. Bueno Guezala, contra la entidad de seguros ALLIANZ, representada por el Procurador SR. Ballenilla Ros, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la expresada demandada a que indemnice al demandante con la cantidad de CUARENTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON TREINTA Y DOS CÉNTIMOS (40.668,32), reducida a la cantidad de VEINTIDÓS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS (22.445,18) en virtud del pago parcial efectuado en el curso del proceso. Más los intereses de las referidas cantidades desde la interpelación judicial y desde la fecha del pago parcial (18.223,14 euros entregados a la parte actora en fecha 10 de mayo de 2006) hasta su completo pago, calculados al tipo de interés legal del dinero, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la presente resolución. Ello sin expresa imposición de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 28 de enero de 2009 quedando visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MELCHOR HERNANDEZ CALVO quien expresa el parecer del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Disconforme parcialmente con el pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida, comparece en esta alzada la representación procesal de D. Oscar, alegando los siguientes motivos de impugnación: 1) En cuanto a la no aceptación por el Juzgador de Instancia de la secuela consistente en cervicalgia, agravación de artrosis previa al traumatismo, en base al informe de la perito de la demandada, Doctor Juan Miguel, cabe indicar, que este informe carece de validez, al haberse realizado con vulneración de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal EDL 1999/63731 , al no haber obtenido el consentimiento escrito del paciente, encontrándonos ante una prueba obtenida ilícitamente. Por otro lado, con la prueba pericial de parte, debidamente ratificada en juicio por el doctor Alberto, se acredita que como consecuencia del accidente, su representado ha visto agravada de forma ostensible la artrosis que padecía con anterioridad, recogiendo en el parte de urgencias los números traumatismos sufridos por la gravedad del accidente producido. 2) En cuanto a la secuela, disminución de movilidad del hombro que el Juzgador de Instancia concluye que es de grado medio, con una puntuación de 15 puntos, se denuncia error en la valoración de la prueba, dado que, aún cuando no se le haya cercenado el brazo, su representado es a todos los efectos un manco, al carecer de funcionalidad, pudiendo únicamente realizar pinza con el hombro. Por otro lado, no es de aplicación la Ley 34/2003 EDL 2003/112553 aducida en la sentencia a producirse el siniestro en el año 2001. 3) En cuanto al no reconocimiento de la incapacidad permanente solicitada, pese a tener reconocida su representado una incapacidad absoluta para todo trabajo por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la sentencia se basa, por un lado, en el hecho de que en la solicitud de incapacidad las lesiones alegadas exceden de las causadas en el siniestro y por otro lado, en la profesión de conductor de camión y sondeísta, amparándose la denegación en informe de detectives privados, que ni es prueba, ni ha sido ratificada; por el contrario, de la prueba practicada en la instancia, se concluye que su representado con posterioridad al siniestro no desempeña ninguna actividad, incluso para labores gerenciales en su empresa, puesto que la misma ya no tiene actividad. 4) Por último, en cuanto a los intereses por mora, que no son concedidos en la instancia, se alega que la aseguradora demandada se ha limitado a ofrecer 50.000 euros cuatro años después del accidente, en el procedimiento penal consignó 6.000 euros y casi cinco años después consigna en este proceso 18.223,14 euros; en consecuencia, no concurre ninguna causa que justifique el retraso de la compañía aseguradora, en el pago de la indemnización, al no haberse discutido los días de impedimento ni la responsabilidad en el siniestro, no siendo de aplicación el principio "in illiquidis no fit mora". Pretensión revocatoria a la que se opondrá la representación procesal de la mercantil Allianz, ya que el informe del Doctor Juan Miguel no se basa en pruebas ilícitamente obtenidas, amén de estar zanjada la cuestión tanto deontológicamente, como penalmente, con el archivo de las denuncias interpuestas. Por otro lado, no se ha aplicado retroactivamente la Ley 34/2003 EDL 2003/112553 que se limitó a introducir unos criterios de interpretación y aplicación de las tablas, en concreto la tabla V, sin modificar ésta. Y en cuanto a la incapacidad absoluta interesa, confunde la parte la incapacidad absoluta reconocida por el INSS, que deriva de un cuadro de dolencias numerosas, entre las que se encuentra las derivadas del accidente y la incapacidad para su vida cotidiana consecuente con las lesiones sufridas en el accidente, siendo significativo que el propio perito de la actora, contestó a preguntas de esta parte, que sólo con los problemas del hombro no se le habría concedido la incapacidad permanente. Por último es correcta la interpretación del artículo 20.8 de la LCS EDL 1980/4219 , al ser evidente la voluntad de atender el siniestro (médicos, operaciones, rehabilitación, consignaciones), y por otro, la necesidad del presente procedimiento para determinar exactamente la indemnización.

SEGUNDO.- Denuncia la parte apelante, en primer lugar, que el informe D. Juan Miguel, carece de validez, al haberse realizado con vulneración de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal EDL 1999/63731 , al no haber obtenido el consentimiento escrito del paciente, encontrándonos ante una prueba obtenida ilícitamente, informe que sí ha sido tenido en cuenta por el Juzgador de Instancia, en orden a desestimar las pretensión indemnizatorias que se reproducen en esta alzada. Pues bien, en el recurso de apelación puede invocarse la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, debiendo citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso la indefensión sufrida; asimismo deberá acreditar el apelante que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello ( artículo 459 de LEC EDL 2000/77463 ). Y es que, como declara reiteradamente la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, la violación de una norma procesal a la que

colabora también la actuación negligente y desatenta de la parte afectada no puede encontrar protección, cuando quién pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico no usó de ellos en el momento oportuno, o cuando la parte que invoca la infracción coopera con su conducta a su producción (Ss. T. C. 41/88 de 16 de febrero EDJ 1988/357 ; 138/88 de 8 de julio EDJ 1988/454 ; 166/89 de 16 de octubre EDJ 1989/9140 ; 8/91 de 17 de enero EDJ 1991/380 ; 64/92 de 29 de abril EDJ 1992/4135 ; 373/93 de 13 de diciembre EDJ 1993/11313 ). Requisitos procesales que la parte apelante no cumple, desde el momento que en la Audiencia Previa se limitó a impugnar el informe, así como el emitido por la empresa de detectives privados, siendo finamente admitida la prueba por el Juzgador de Instancia, sin que conste denuncia ni resolución - ni siquiera oral- conforme establece el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , que obliga a interponer recurso de reposición para poder reproducir la impugnación de la supuesta prueba ilícita en la apelación, lo que lleva, sin necesidad de mayor argumentación a la desestimación del motivo que nos ocupa, debiendo resolverse el recurso que nos ocupa, con plena validez de la prueba pericial practicada a instancia de la parte demandada.

TERCERO.- Entrando en los concretos motivos de fondo alegado, y por el orden esgrimido, debe previamente traerse a colación, que es sobradamente conocido que en la apreciación de las pruebas no puede prevalecer el particular interés de las partes sobre el criterio objetivo e imparcial del Juzgador a quo, salvo que sus resultados sean ilógicos o absurdos, llegando a decirse, en la STS de 18-4-1992 EDJ 1992/3801 , 30-4-1988 EDJ 1988/3604 , «en principio, es soberano (el Tribunal) en la apreciación de la prueba, salvo que aquella resulte ilógica o absurda» o «contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica», al regir en nuestro ordenamiento el principio de la libre valoración de la prueba por el Tribunal, cuyos resultados, obtenidos a través de la valoración conjunta de toda la prueba, han de prevalecer por estar inspirados en criterios objetivos y desinteresados, SS. 11-4-1988 EDJ 1988/2930 , 18-10-1989 EDJ 1989/9232 , 8-7-1991, entre otras muchas. Y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001 EDJ 2001/39569 , "hay que proclamar en primer lugar, como principio general, que la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada y valorable por el juzgador según su prudente criterio y ni el artículo 1242 ni el 1243 del Código Civil EDL 1889/1 junto con el art. 632 de la LEC EDL 2000/77463 tienen carácter de criterios valorativos de la prueba pues es de libre apreciación por el juzgador - sentencias de 9 de octubre de 1981 EDJ 1981/1637 , 19 de octubre de 1982 EDJ 1982/6122 , 13 de mayo de 1983, 27 de febrero EDJ 1986/1574 , 8 de mayo EDJ 1986/3025 , 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986 EDJ 1986/6992 , 9 de febrero, 25 de mayo EDJ 1987/4071 , 17 de junio EDJ 1987/4845 , 15 EDJ 1987/5750 y 17 de julio de 1987 EDJ 1987/5826 , 9 de junio EDJ 1988/4972 y 12 de noviembre de 1988 EDJ 1988/8935 , 11 de abril, 20 de junio EDJ 1989/6268 y 9 de diciembre de 1989 y 26 de febrero de 1989 -. Tan sólo puede impugnarse en este recurso extraordinario la valoración realizada, si la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca "las más elementales directrices de la lógica" - sentencias de 13 de febrero de 1990 EDJ 1990/1415 , 29 de enero EDJ 1991/802 , 20 de febrero EDJ 1991/1796 y 25 de noviembre de 1991 EDJ 1991/11163 . Pero, como dice esta última resolución y repite la de 15 de julio de 1999 EDJ 1999/17913 , se ha de prescindir de forma flagrante de las reglas de la sana crítica y con criterios claramente irracionales, arbitrarios y absurdos. En el mismo sentido se pronuncia a sentencia de 1 de junio de 1996, al referirse que ello acontece cuando el órgano "a quo" tergiversa ostensiblemente las conclusiones periciales o falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas. En la misma línea, las de 11 de abril de 1998 EDJ 1998/2815 y 26 de febrero de 1999 EDJ 1999/1624 , añadiendo la de 28 de junio de 1999 EDJ 1999/14358 , que la valoración de la prueba pericial desde el punto de vista del recurso de casación es de libertad del juzgador "a quo", si bien en los casos de error notorio en la valoración de la pericia hay posibilidad de casar tal valoración, pero ello tan sólo acontecerá, como señaló la sentencia de 20 de febrero de 1992 EDJ 1992/1580 y repitieron las de 13 de octubre de 1994 EDJ 1994/8450 y 15 de julio de 1999 EDJ 1999/17913 , cuando el juzgador a quo tergiversa ostensiblemente las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas. Con cita en la precedente de 30 de diciembre de 1997 EDJ 1997/10477 , la de 4 de abril de 2000 EDJ 2000/3850 añade que sólo cabe su control casacional cuando se acredite que es ilógica u omite datos que figuren en el informe. Por su parte, la sentencia de 14 de octubre de 2000 EDJ 2000/35349 , añade, que las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana y por ello es extraordinario que pueda revisarse la prueba pericial en casación, pues el Juez ni siquiera está obligado a sujetarse al dictamen pericial. Ello se repetirá sustancialmente en la sentencia de 27 de febrero de 2001 EDJ 2001/2033 y en la de 28 de junio del mismo año EDJ 2001/12644 ". Error de valoración que no es de apreciar, por el hecho de que el Juzgador de Instancia haya dado mayor valor probatorio en orden, a la valoración de las secuelas, al informe de la parte demandada, limitándose la parte apelante a querer hacer prevalecer su criterio frente al imparcial del Juzgador de Instancia. Y desde esta óptica cabe concluir, en sentido idéntico al contenido en la sentencia recurrida:

1) D. Oscar fue diagnosticado en área de urgencias del Hospital Clínico Universitario de traumatismo en el hombro derecho, prescribiéndosele tratamiento médico y ortopédico, traumatismo que le ocasionó (según el propio informe presentado por la parte apelante, rotura del tendón del bíceps, rotura de los tendones del supra e infraespinoso. E independientemente de ello, el actor padecía "entidades clínicas preexistente", no quedado debidamente acreditado que el siniestro haya incidido en la agravación de artrosis previa que se reclama, que sea consecuencia del accidente como señala el Juzgador de Instancia y mantiene el perito de la parte demandada.

2) En cuanto a la secuela, disminución de movilidad del hombro, que el Juzgador de Instancia concluye que es de grado medio, con una puntuación de 15 puntos, también es ajustada a derecho a juicio de esta Sala. Y al respecto señalar, que no realiza una aplicación retroactiva de la Ley 34/2003 EDL 2003/112553 , sino que tras argumentar que no es de recibo contemplar separadamente, cada uno de los arcos de movimiento de la articulación (abducción, rotación, flexión anterior y flexión posterior) que llevan a la parte estimar una puntuación de 33 puntos, superior incluso a la que se asigna a la abolición total de movimientos del hombro (20-30), subraya que este criterio es el recogido en la cita ley, lo que viene únicamente a refrendar su argumentación al ser el criterio finalmente recogido por el legislador. Como tampoco tiene mayor incidencia en esta conclusión, la remisión al informe de detectives privados, que si bien no ha sido ratificado en juicio puede ser valorado como prueba documental, en conjunción con otros elementos de prueba, siendo así que

pese a la impugnación, incluso el propio recurrente quiere justificar su manejo de vehículos de motor, en el hecho de que el vehículo es automático, siendo suficientemente ilustrativas la fotografías obrantes en el informe, que se corresponden con la persona del actor.

3) Finalmente concluye que las lesiones permanentes constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad laboral de la víctima, en grado parcial, no accediendo a la pretensión del demandante de encontrarnos ante una incapacidad permanente absoluta. Y a esta conclusión no obsta, que la Dirección General de la Seguridad haya declarado al Sr. Oscar en situación de incapacidad permanente absoluta, ya que, conforme se ha argumentado y recoge el Juzgador de Instancia, en ésta resolución se tiene en cuenta una serie de enfermedades y patologías previas al siniestro que no son causa de éste en las que ninguna incidencia ha tenido el accidente, aun cuando las lesiones efectivamente producidas, también se haya valorado en la misma.

CUARTO.- Por último se discrepa de la no aplicación de interés por mora contemplado en el artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguros, al estimar el Juzgador de Instancia que ha sido necesario el proceso para la exacta determinación del importe de la indemnización, que justifica su inicial negativa a aceptar la reclamación, por excesiva. Y al respecto ha de traerse a colación la Sentencia núm. 820/2008 de 11 septiembre del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) EDJ 2008/166714 "la nueva orientación jurisprudencial se recoge, entre las más recientes, en la Sentencia de 19 de mayo de 2008 EDJ 2008/66873 ), en la que se destaca el sometimiento de la regla "in illiquidis non fit mora" al canon de razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y para la concreción del término inicial del cómputo del devengo. Tal como precisa dicha Sentencia, recogiendo los términos de la de 16 de noviembre de 2007 EDJ 2007/206026 , 8115), este moderno criterio da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado. Las anteriores consideraciones deben ir acompañadas de la constatación del hecho de que en el presente caso se trata del devengo de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , en la redacción dada al precepto por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/95, de 8 de noviembre EDL 1995/16212 , respecto de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que tienen desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirven de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. Este carácter y finalidad, junto con la función económica a la que sirven, han propiciado una interpretación rigorista del precepto que se ha puesto de manifiesto, entre otros aspectos, a la hora de apreciar la concurrencia de una causa justificada capaz de excluir la mora del asegurador, justificación que debe apreciarse en cada caso, teniendo siempre en cuenta la finalidad del precepto, y que se ha traducido, a nivel positivo, en la identificación del momento del nacimiento de la mora y de sus efectos con el momento de producción del siniestro, con la consecuencia, en la vigente redacción del precepto, y tratándose de la reclamación del tercero perjudicado, de la subsiguiente inversión de la carga de la prueba, en coherencia con la disponibilidad de la fuente de prueba y la facilidad probatoria, imponiendo al asegurador que invoca la excepción de dicha regla la carga de acreditar que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el tercer perjudicado o sus herederos, en cuyo caso el término inicial del devengo de los intereses será la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa (artículo 20, regla 6ª, de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , en la redacción dada por la Ley 30/1995 EDL 1995/16212 ). En ese mismo ámbito de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , la jurisprudencia de esta Sala ha modulado, además, el rigor del brocardo "in illiquidis non fit mora" considerando que el derecho a la indemnización nace con el hecho lesivo, de forma que la sentencia que finalmente fija la cuantía de la indemnización tiene una naturaleza meramente declarativa, y no constitutiva, del derecho; esto es, no crea un derecho nuevo, sino que se limita a establecer el importe de la indemnización por el derecho que asiste al perjudicado desde el momento de producirse el hecho lesivo y el nacimiento de la responsabilidad civil del asegurado. En definitiva, no se trata -como dice la Sentencia de 11 de octubre de 2007 EDJ 2007/184351 ), recogiendo los términos de otras anteriores- de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, o, en su aspecto positivo, de un derecho que ya pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor". Por otro lado, la jurisprudencia contempla algunos supuestos en los que estima que concurre alguna circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios como ocurre ( STS 29 de noviembre de 2005 EDJ 2005/207172 ) cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la existencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han averiguado sus causas y esto es determinante de la indemnización o de su cuantía, y cuando exista discusión entre las partes, no sobre el importe exacto de la indemnización, sino sobre la procedencia o no de cubrir el siniestro; y cuando, junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa, culpable o no, de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judicial para la fijación de la cantidad que debe abonar el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes, especialmente ( STS de 5 de marzo de 1992) cuando la complejidad de las relaciones habidas entre ellas excluyen la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada. Pues bien, ninguna de estos supuestos es aplicación al supuesto de autos, dado que el proceso no ha sido necesario para la determinación de la causa de pago del asegurador, al no discutirse siquiera la responsabilidad de su asegurado ni sobre la procedencia de cubrir o no el riesgo, limitándose la discusión al importe exacto de la indemnización, limitándose la Compañía demandada a consignar 6.000 euros en el proceso penal previo y casi cinco años después consigna en este proceso 18.223,14 euros, como señala la parte apelante, lo que la hace merecedora del interés por mora previsto en el artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , desde la fecha del siniestro, conforme se dirá en la Parte Dispositiva de esta resolución.

QUINTO.- Que al estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto, no procede hacer expresa condena de las costas causadas en esta instancia (artículo 398.2 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 ).

En atención a lo expuesto, en nombre S.M. el Rey y por la autoridad conferida en la Constitución,

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Oscar contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Málaga, en los autos de juicio ordinario a que dicho recurso se refiere, previa revocación parcial de la misma, debemos:

a) Condenar a la aseguradora Allianz a que abone el interés por mora previsto en el artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , desde la fecha del siniestro, de las cantidades a que ha sido condenada en la instancia, y en la forma que se contempla en la misma respecto del pago parcial efectuado por la mercantil demandada.

b) Confirmar el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida.

c) No hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada.

Notificada que sea la presente resolución con expresión de los recursos que proceden, remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el día de su fecha fue leída la anterior sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.

Número CENDOJ: 29067370052009100015