



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064118

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 328/2019, de 6 de junio de 2019

Sala de lo Civil

Rec. n.º 3208/2016

SUMARIO:

Seguro de hogar. Liquidación de daños. Impugnación del dictamen del tercer perito. Doctrina del art. 38 de la Ley del contrato de seguro. El procedimiento previsto en el art. 38 LCS es un procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño encaminado a lograr un acuerdo sobre el importe y la forma de la indemnización y no a resolver cuestiones sobre las causas del siniestro y la interpretación del contrato. De esto se infiere, en primer lugar, que resulta innecesario y no está justificado que el asegurador que rechaza la cobertura acuda a este procedimiento, ni que exija hacerlo al asegurado; en segundo lugar, el efecto vinculante del dictamen del perito único no se extiende a cuestiones ajenas a la cuantificación de la prestación debida por el asegurador y no impide a éste cuestionar la existencia del siniestro, su cobertura por la póliza de seguro, y las circunstancias que pudieron influir en su origen o en el resultado. La discrepancia de las partes en la valoración del daño convierte en preceptivo el procedimiento extrajudicial, constituyendo objeto exclusivo de la actividad pericial que desarrolla la función liquidadora del mismo, determinando la fuerza vinculante del dictamen -conjunto siempre- emitido por unanimidad o mayoría, una vez firme, que alcanza exclusivamente a lo que es objeto de la actividad pericial, la liquidación del daño para la determinación de la indemnización a pagar por el asegurador. El informe emitido puede ser impugnado, aparte de por las causas generales del art. 1.265 CC y de las que se refieren al procedimiento estricto, por las que afectan al dictamen pericial, discrepancias sobre las causas del siniestro o el momento. Por tanto entre las causas posibles de impugnación se pueden clasificar entre las que son causas de forma y causas de fondo. La imperatividad del procedimiento desaparece por cuanto la discrepancia, aunque incide en la cuantificación, es relativa también al fondo, pues cuestiona la cobertura de la póliza de seguro respecto de esas partidas así como sobre la interpretación del contrato, según se colige de la sentencia de primera instancia. Teniendo en cuenta que la estimación del recurso de casación es dar respuesta a la cuestión de fondo, siendo relevante la interpretación de la póliza de seguro y de la ley, no procede que esta sala ofrezca respuesta al mismo asumiendo la instancia, sino que sea la audiencia quien revise el fondo de la cuestión, con libertad de criterio y dentro del ámbito de los motivos del recurso de apelación.

PRECEPTOS:

Ley 50/1980 (LCS), art. 38.

Código Civil, art. 1.265.

Ley 1/2000 (LEC), art. 477.2.3.º.

PONENTE:

Don Eduardo Baena Ruiz.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 328/2019

Fecha de sentencia: 06/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN



Número del procedimiento: 3208/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 3208/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Eduardo Baena Ruiz
D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 6 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2016 por la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a, en el rollo de apelación n.º 446/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 590/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vigo.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.^a Teresa del Rosario Campos Fraguas en nombre y representación de D.^a Marina .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la procuradora D.^a M.^a Tamara Ucha Groba, en nombre y representación de Seguros Catalana Occidente, S.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los tribunales D.^a Paula Lorden Fernández Cervela , en nombre y representación de D.^a Marina , interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad, contra la compañía Catalana Occidente, SA. En el suplico de la demanda solicita:

"[...] dicte en su día sentencia por la que, con estimación íntegra de la presente demanda, se condene a la aseguradora demandada a abonar a la actora la cantidad de veinticuatro mil veintitres euros con cuarenta y tres céntimos (24,023,43€)m, más los intereses calculados en la forma y a ls tipos previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro ."

2.- Por decreto de 11 de septiembre de 2014, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora de los tribunales D.^a Tamara Ucha Groba, en nombre y representación de la entidad Catalana Occidente SA, Seguros y Reaseguros, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"[...] se dicte sentencia desestimando la demanda en su integridad, con imposición de costas a la parte actora y que subsidiariamente se estime la alegación de pluspetición vertida por esta parte y se reconozca la cantidad abonada por mi mandante según ha quedado acreditado, con expresa imposición de costas a la parte actora por haber concurrido temeridad a la hora de presentar la demanda."

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vigo dictó sentencia el 2 de septiembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

[...] que estimando en parte la demanda promovida por la procuradora D.^a Paula Llordén Fernández-Cervera en nombre y representación de d.^a Marina frente a la entidad Catalana occidente SA, debo condenar y condeno a la misma a abonarle la cantidad de 14.228, 80 euros(de la que habrá de deducirse la ya abonada por dicha aseguradora), más los intereses legales previstos en el artículo 20 de la LCS , sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Segundo. *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vigo, interpuso recurso de apelación la representación procesal de la entidad Catalana Occidente SA, Seguros y Reaseguros, correspondiendo su resolución a la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que dictó sentencia el 26 de julio de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

"Se estima parcialmente la demanda presentada por la procurador D.^a Tamara Ucha Groba en nombre y representación de la entidad Catalana Occidente SA contra D.^a Remedios .

"Se declara la nulidad del dictamen emitido por D.^a Ruth en el seno del expediente de jurisdicción voluntaria n.º 13 de Vigo.

"Se desestima el resto de los pedimentos."

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- Contra la anterior resolución dictada por la sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Vigo, la procuradora D.^a Paula Llordén Fernández, en nombre y representación de D.^a Marina , interpuso recurso de casación con base en los siguientes motivos.



Primero.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477. 2. 3.º alega infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, al considerar la sentencia recurrida que el procedimiento del art. 38 LCS es vinculante para las partes aún cuando ha quedado frustrado y anulado judicialmente el informe del tercer perito con mención expresa en la sentencia que lo anula de quedar libre y expedita la vía judicial, sentencia que ni la aseguradora ni la aquí recurrente apelaron, adquiriendo firmeza.

Segundo.

Se invoca la causa prevista en el artículo 477. 2. 3.ª, por contravenir la sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ausencia del carácter vinculante del procedimiento del artículo 38 de la LCS , cuando se cuestiona por la aseguradora elementos del contrato, además de la cuantía de la indemnización.

2.- La sala dictó auto el 23 de enero de 2019 con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación de D.ª Marina , contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2016 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 446/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 590/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vigo.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en secretaría."

3.- La representación procesal de la entidad Catalana Occidente SA, Seguros y Reaseguros, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 22 de mayo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La demandante, doña Marina , tenía seguro multirriesgo familia hogar concertado con Catalana de Occidente, con efectos desde el 18 de marzo de 1986. Entre los días 12 y 13 de diciembre de 2010, fue objeto de robo en su casa. La aseguradora ofreció a la actora. una indemnización por el siniestro por importe de 3.201,05 euros. No existiendo acuerdo entre aseguradora y asegurada se procedió al nombramiento de sendos peritos; el de la aseguradora valoró el perjuicio en 3.201,05 euros; el de la asegurada cifró la indemnización en 24.023,43 euros. En vista de ello se promovió expediente de jurisdicción voluntaria para solicitar la designación judicial de un tercer perito, el nombramiento recayó e doña Ruth , que valoró el daño en 15.271 euros. La aseguradora no se conformó con la valoración del perito judicial.

La aseguradora formuló demanda en juicio ordinario impugnando el dictamen del tercer perito, Sra. Ruth , cuya nulidad se solicitaba y a la vez que se retrotrajese el expediente al momento de la emisión del dictamen o que se acordase la prestación de nuevo dictamen en conjunto, tal como la ley exige, y cuyo incumplimiento era motivo de nulidad. En el citado procedimiento se declaró la nulidad del dictamen emitido por doña Ruth .

2.- Con tales antecedentes se promovió demanda por D.ª Marina por la que reclama de la aseguradora la indemnización por el importe fijado por su perito, esto es, 24.023, 43 euros.

La parte demandada se opuso a la pretensión deducida de adverso.

Alegó, en primer término, excepción de falta de jurisdicción e inadecuación del procedimiento al no ser cierto que la finalización del mencionado procedimiento de jurisdicción- voluntaria deje abierta la vía de la jurisdicción civil, toda vez que, de la sentencia dictada en el proceso declarativo se infiere que debería iniciarse un



nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria. Respecto al fondo del asunto se pone de manifiesto, que el perito de la actora se equivoca al efectuar su valoración, al no tener en cuenta las reglas establecidas en la póliza, sin contemplar el infraseguro existente en el riesgo asegurado, que lleva a Da. Ascension (perito de la compañía), a aplicar una regla de proporcionalidad en todas las partidas que estaban, aseguradas a valor total, habiendo abonado el importe total de la valoración fijada a la actora. Respecto a las partidas de objetos especiales incide en que, si se incluyeron en dicha valoración fue porque su coste unitario no excedía de 3.000 euros, habida cuenta de que dichos objetos estaban depositados en el interior del bajo, y tal riesgo no quedaba incluido en el contrato de seguro, con arreglo a las condiciones generales de la póliza.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la excepción de inadecuación de procedimiento, pues la circunstancia de que se sustanciará inicialmente un expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de un tercer perito no impide a la parte actora acudir a la vía declarativa para determinar la indemnización que pudiera corresponderle en base a la póliza que le vincula con la aseguradora demandada.

La actora, sigue razonando, acomodó su petición a través del cauce adecuado, acudiendo al expediente de jurisdicción voluntaria para la designación del tercer perito, procedimiento que finalizó dejando abierta la posibilidad de reclamar la indemnización en base a un siniestro cubierto por la póliza que le vincula con la entidad demandada mediante la interposición de la presente demanda.

Desestimada la excepción enjuició la cuestión de fondo y estimó parcialmente la demanda.

Fijó la indemnización en 14.228, 80 euros.

4.- La representación procesal de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia.

Correspondió conocer de él a la sección n.º 6 de Pontevedra, que dictó sentencia el 26 de julio de 2016 por la que estimó el recurso, al acoger la excepción de inadecuación de procedimiento, y, por ende, desestimó la demanda.

Su motivación fue la siguiente:

(i) La doctrina jurisprudencial puede sintetizarse en los siguientes apartados:

"1.º Se trata de un procedimiento que rige con imperativo.

"2.º Basta con .que una de las partes solicite la apertura del procedimiento pericial, para que se cierre la vía de la jurisdicción ordinaria sobre, el tema concreto de la tasación de daños.

"3.º Las partes, no son libres .de acudir sin más al planteamiento judicial de los problemas que origine la liquidación del siniestro, sino que vienen compelidas por Ley a seguir el procedimiento que debe observarse con carácter de vía previa a aquel planteamiento.

"4.º Iniciado y no terminado con éxito todo el procedimiento pericial previsto en el artículo 38 de la Ley de Contrato ,de Seguro , no pueden eludirlo acudiendo a la jurisdicción ordinaria.

(ii) "A la vista de la anterior doctrina, no podemos sino estimar la excepción opuesta por la demandada. En primer lugar, es manifiesta la voluntad de la aseguradora no de. acudir a la vía del art. 38 de la LCS , sino de agotarla. El procedimiento se ha iniciado, en efecto, pero no puede decirse que haya terminado, ya que la forma irregular de practicar la pericial ha llevado a la petición de nulidad -que ha sido admitido. Lógicamente, a esta declaración de nulidad no puede darse solo un valor formal, sino extraer de ellas consecuencias lógicas; y estas no son sino que la pericial intentada sea realizada en forma, lo que es tanto como decir que el procedimiento de jurisdicción voluntaria no puede darse por concluido, sino pendiente de serlo en forma legal."

5.- La representación procesal de la parte actora ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, que articula en dos motivos:

(i) Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477. 2. 3.º alega infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, al considerar la sentencia recurrida que el procedimiento del art. 38 LCS es vinculante para las partes aún cuando ha quedado frustrado y anulado judicialmente el informe del tercer perito con mención expresa en la sentencia que lo anula de quedar libre y expedita la vía judicial, sentencia que ni la aseguradora ni la aquí recurrente apelaron, adquiriendo firmeza.

En el desarrollo del motivo la parte recurrente hace la siguiente alegación: del presente, recurso, la sentencia dictada en este procedimiento ordinario estima parcialmente la demanda en el sentido de declarar la nulidad del informe de la perito tercero, Doña Ruth , pero desestimando retrotraer las actuaciones del expediente



de jurisdicción voluntaria al momento inmediatamente anterior a la emisión del informe anulado y desestimando también fijar la cuantía de la indemnización en fase de ejecución del propio procedimiento ordinario, manifestando el Juez que queda abierta la vía judicial ordinaria para la reclamación de la correspondiente indemnización. La razón para anular el dictamen de la tercer perito es que no se ha emitido conjuntamente por los tres peritos, es decir, de forma colegiada, por unanimidad o mayoría, cual previene el artículo 38 de la LCS, sino que fue emitido y firmado únicamente por la tercer perito.

Partiendo de lo anterior, es fundamental recordar que ni la compañía aseguradora ni la asegurada recurrieron en apelación dicha sentencia, con la que ambos se aquietaron, dejando por tanto abierta la vía de la reclamación judicial ordinaria como expresamente se dice en dicha sentencia, que declara concluso y frustrado el procedimiento del artículo 38 de la LCS iniciado.

Cita como doctrina infringida la sentencia de 28 de enero de 2008.

(ii) Segundo.- Se invoca la causa prevista en el artículo 477. 2. 3.ª, por contravenir la sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ausencia del carácter vinculante del procedimiento del artículo 38 de la LCS, cuando se cuestiona por la aseguradora elementos del contrato, además de la cuantía de la indemnización.

En el desarrollo del motivo lo justifica en que desde el inicio de la tramitación del siniestro, es decir, desde que la aseguradora nombró a su perito y éste emitió su primer informe, la aseguradora ha sostenido la existencia de: infraseguro o agravación sobrevenida del riesgo, en virtud, de la cual ha realizado los cálculos a la baja de la indemnización a satisfacer. Dicha alegación la reprodujo, la aseguradora tanto en su demanda que dio lugar al juicio ordinario 660/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 13.ª, de Vigo, en la que solicitaba la declaración de nulidad del informe de la tercer perito nombrada en el ámbito del procedimiento del artículo 38 de la LCS, como en su escrito de contestación a la demanda en el presente procedimiento y en el escrito de interposición del recurso de apelación por el que se dicta la sentencia objeto del presente recurso de casación.

Por tanto, habiendo introducido la aseguradora cuestiones de carácter jurídico que exceden el ámbito del procedimiento del artículo 38 de la LCS, se pierde el carácter imperativo y vinculante de éste.

Cita, en apoyo de la doctrina vulnerada las SSTs de 25 de junio de 2007; 5 de abril de 2010 y 16 de noviembre de 2011.

6.- La sala dictó auto el 23 de enero de 2019 en el que se acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida formalizó escrito de oposición al recurso.

Segundo. Motivo primero. Decisión de la sala.

1.- Para la decisión de la sala es de suma relevancia conocer que respuesta ofreció el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 13 a la aseguradora respecto a las pretensiones formuladas por esta en el juicio ordinario de impugnación n.º 660/2012.

Según la sentencia de primera instancia, tras anular el informe del tercer perito, finalizó el procedimiento de jurisdicción voluntaria y quedó abierta la posibilidad de reclamar la indemnización de este juicio ordinario.

Por el contrario la sentencia recurrida mantiene que el procedimiento de jurisdicción voluntaria no puede darse por concluido, sino pendiente de serlo de forma legal.

A juicio de la recurrente la sentencia sobre impugnación del informe desestimó la pretensión de la actora sobre la retroacción del expediente de jurisdicción voluntaria, dando por agotado este.

La parte recurrida lo niega y mantiene que la sentencia sobre impugnación del informe del tercer perito por nulidad se detuvo en este pronunciamiento, como lo hace la sentencia recurrida.

2.- Si se acude a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Vigo, dictada en el procedimiento ordinario 660/2012, según hemos anunciado, se colige de su contenido que asiste razón a la parte recurrente y, por ende, el motivo debe estimarse.

La aseguradora no se limitó en su demanda a solicitar que se declarase la nulidad del dictamen del tercer perito sino que añadió que se ordenase retrotraer las actuaciones al momento de la emisión de dictamen.

La sentencia estimó la primera pretensión, esto es, la nulidad del dictamen del tercer perito, pero en cuanto a la retroacción de las actuaciones, y tras citar una sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4.ª) de fecha 27 de julio de 2007, concluyó que "la consecuencia de la declaración de nulidad, según la jurisprudencia señalada, no conlleva la retroacción de las actuaciones al procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino la constancia del fracaso de aquel procedimiento liquidatorio, quedando expedita la vía judicial ordinaria para reclamar la indemnización correspondiente".



En contra de lo que mantiene la parte recurrida ambas decisiones se trasladan a la parte dispositiva de la sentencia.

Se declara la nulidad postulada, pero en párrafo aparte "se desestima el resto de los pedimentos", y, de ahí que se estime parcialmente la demanda en el encabezamiento del fallo.

La solución se podrá compartir o no, pero se introdujo en el debate de ese litigio, sobre el que recayó la sentencia comentada, que devino firme por no ser recurrida por ninguna de las partes, y por tanto ha quedado juzgada, por lo que la aseguradora debía partir de ese pronunciamiento y no reiterarlo en el presente procedimiento, al que ha acudido la actora por seguir el mandato judicial.

Con la estimación de este motivo bastaría para estimar el recurso, sin embargo considera la sala oportuno ofrecer respuesta también al segundo.

Tercero. Motivo segundo. Decisión de la sala.

1.- La sentencia n.º 536/2016, de 14 de septiembre, hace unas consideraciones jurisprudenciales sobre el art. 38 LCS que son las que siguen:

"1.- Naturaleza y alcance del procedimiento extrajudicial del artículo 38 LCS .

"(i) La sentencia de 25 de junio de 2007 expone la finalidad que la Ley atribuye al trámite establecido en el señalado artículo 38 LCS "que no es otra que la de facilitar una liquidación del siniestro lo más rápida posible cuando las partes, asegurada y aseguradora, discrepen en la cuantificación económica de los daños derivados del mismo, articulando, en función de dicha finalidad, un procedimiento imperativo para los litigantes, si bien dicho rasgo de imperatividad desaparece cuando la discrepancia no se centre únicamente en la cuantificación, como sucede en los casos en que el asegurador discrepa respecto del fondo de la reclamación, por cuestionar la existencia misma del siniestro, su cobertura por la póliza de seguro, u otras circunstancias que pudieron influir en su causación o en el resultado."

"Se reitera tal finalidad en sentencias posteriores de 18 de octubre de 2008 y 7 de mayo de 2008, matizando tales posiciones la sentencia 197/2010 de 5 de abril cuando afirma, con citas jurisprudenciales, que "el procedimiento previsto en el artículo 38 LCS es un procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño encaminado a lograr un acuerdo sobre el importe y la forma de la indemnización y no a resolver cuestiones sobre las causas del siniestro y la interpretación del contrato (SSTS 19 de octubre de 2005, rec. n.º 339/99, 2 de marzo de 2007, rec. n.º 629/2000, 8 de mayo de 2008, rec. n.º 1429/01, 14 de mayo de 2008, rec. n.º 788/01).

"De esto se infiere, entre otras consecuencias, que (a) resulta innecesario y no está justificado que el asegurador que rechaza la cobertura acuda a este procedimiento, ni que exija hacerlo al asegurado; (b) el efecto vinculante del dictamen del perito único no se extiende a cuestiones ajenas a la cuantificación de la prestación debida por el asegurador y no impide a éste cuestionar la existencia del siniestro, su cobertura por la póliza de seguro, y las circunstancias que pudieron influir en su origen o en el resultado (STS 28 de enero de 2008, RC n.º 5225/2000, FJ 2).

"Añade la sentencia de 25 de junio de 2007, mencionando la de 17 de julio de 1992 que "este procedimiento extrajudicial tiene carácter negativo"; precisando que, en tal situación de discrepancia meramente cuantitativa, el procedimiento extrajudicial se convierte en un trámite preceptivo e imperativo para las partes, que no son libres "para imponer a la otra una liquidación del daño a través de un procedimiento judicial", impidiendo que el asegurado inicie un procedimiento judicial para fijar el valor del daño en caso de que el dictamen del perito de la aseguradora contradiga las conclusiones valorativas alcanzadas por el perito designado por la parte, ya que "el párrafo 7.º del art. 38 es clarísimo en el sentido que él solo puede conocer de la impugnación judicial del dictamen de los tres peritos, resultado de la unanimidad o de la mayoría, pero no suplirlos..."

"De todo ello se deduce, en los términos de la misma sentencia "que la discrepancia de las partes en la valoración del daño convierte en preceptivo el procedimiento extrajudicial, constituyendo objeto exclusivo de la actividad pericial que se desarrolla la función liquidadora del mismo, determinando la fuerza vinculante del dictamen -conjunto siempre- emitido por unanimidad o mayoría, una vez firme, que, en buena lógica, alcanza exclusivamente a lo que es objeto de la actividad pericial, la liquidación del daño para la determinación de la indemnización a pagar por el asegurador.

"(ii) Con tal procedimiento se garantizan, según recoge la sentencia 747/2009 de 11 de noviembre, Rc. 864/2005, "unos mínimos de Derecho necesario, de marcado interés público, impuestos por la Ley y sustraídos a la voluntad de las partes, que obligan a la consideración de la función de los intervinientes en el mismo como



peritos decisores de acuerdo con criterios que exceden de la misión que éstos, en otros casos, tengan como asesores técnicos de cada parte y la aproximan a la de los árbitros, no obstante las salvedades que se derivan de las diferencias notables entre impugnación del laudo e impugnación del dictamen pericial (SSTS 14 y 17 de julio 1992 ; 20 de enero 2001 ; 9 de diciembre de 2002 ; 2 de febrero 2007 y 28 de enero 2008 , entre otras).

"Ahora bien, el hecho de que dictamen pericial en cuestión se puede considerar como una institución "sui generis", en el que los peritos no actúan como asesores sino como decisores, en una actividad próxima a la propia de los árbitros, no permite negar carácter pericial al trabajo que realizan para asimilarla a un arbitraje de equidad, por más que pudiera entenderse que el arbitraje puede ofrecer más ventajas al asegurado en cuanto a rapidez, eficacia, economía y vinculación, en tanto no se modifique la norma de aplicación y se dote al procedimiento del artículo 38 de una mayor eficacia en lo que hace a su ejecutividad. Lo cierto es que una y otra son instituciones jurídicas distintas con régimen jurídico igualmente distinto."

"2.- Impugnación del dictamen pericial establecido en el artículo 38 LCS .

El dictamen por unanimidad o por mayoría es vinculante para las partes, salvo que se impugne judicialmente dentro de los plazos que se establecen. Tal impugnación ha de ser expresa y si no se lleva a cabo el dictamen pericial deviene en inatacable (STS 10 de diciembre de 1988).

"Se colige su impugnabilidad, dentro de los plazos legales, de la sentencia 231/2007 de 2 de marzo, rec. 629/2000 y de la 231/2007 de 25 de junio, rec. 5053/2000 .

"3.- Alcance de la impugnación.

El legislador español guarda silencio sobre las causas de impugnación, por lo que ha tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia las que se han enfrentado al problema.

"Según autorizada doctrina, en cuanto que el dictamen pericial es negocio jurídico, puede ser impugnado por las causas generales de nulidad contenidas en los artículos 1265 y siguientes del Código Civil . También se puede impugnar el procedimiento en sentido estricto y, en último caso el dictamen pericial.

"La sentencia 231/2007 de 2 de marzo , ya citada, afirma que "el informe emitido puede ser impugnado, aparte de por las causas generales nacidas del artículo 1265 del Código Civil (error, violencia, intimidación o dolo) y de las que se refieren al procedimiento estricto, por las que afectan al dictamen pericial, discrepancias sobre las causas del siniestro o el momento, como es el caso, de su acaecimiento".

"Por tanto entre las causas posibles de impugnación se pueden clasificar entre las que son causas de forma y causas de fondo (STS de 12 de noviembre de 2003).

"Y es que como afirma la sentencia 747/2009 de 11 de noviembre, rec. 864/2005 , existen diferencias notables entre la impugnación de un laudo y la impugnación del dictamen pericial establecido en el artículo 38 LCS.

"En concreto "a diferencia del arbitraje, que solo podrá anularse por motivos tasados, no se impide a los Jueces y Tribunales conocer con plenitud la impugnación de un peritaje. Además, mientras los árbitros deciden motivadamente, en derecho o en equidad, la total controversia existente entre las partes, el procedimiento de peritos queda circunscrito a la evaluación y valoración de los daños a abonar por el asegurador producidos por un siniestro, y su informe resulta inatacable transcurridos los plazos de impugnación judicial; diferencias que se hacen más llamativas si cabe a partir de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil hecha por Ley 60/2003, de Arbitraje, que cambia el sistema de ejecución del laudo para atribuir fuerza ejecutiva a "los laudos o resoluciones arbitrales", sin hacer mención alguna al dictamen que resulta del artículo 38 LCS , de tal forma que el procedimiento de impugnación no se hace a través de los artículos 1 y 46 de la Ley de Arbitraje , sino en la forma prevista en la citada norma".

2.- Si se aplica la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, basta con detenerse en las cuestiones de fondo por las que la aseguradora se opone a la demanda en su contestación, para concluir que el motivo debe estimarse.

Recoge la sentencia de primera instancia que en la oposición de la aseguradora respecto al fondo, en concreto sobre las partidas de objetos especiales "incide en que, si se incluyeron en dicha valoración fue por que su coste unitario no excedía de 3.000 euros, habida cuenta de que dichos objetos estaban depositados en el



interior del bajo, y tal riesgo no quedaba incluido en el contrato de seguro, con arreglo a las condiciones generales de la póliza".

Esto es, que la imperatividad del procedimiento desaparece por cuanto la discrepancia, aunque incide en la cuantificación, es relativa también al fondo, pues cuestiona la cobertura de la póliza de seguro respecto de esas partidas así como sobre la interpretación del contrato, según se colige de la sentencia de primera instancia.

Cuarto.

Teniendo en cuenta que la estimación del recurso de casación es dar respuesta a la cuestión de fondo, siendo relevante la interpretación de la póliza de seguro y de la ley, no procede que esta sala ofrezca respuesta al mismo asumiendo la instancia, sino que sea la audiencia quien revise el fondo de la cuestión, con libertad de criterio y dentro del ámbito de los motivos del recurso de apelación.

Así se ha admitido cuando las cuestiones planteadas por la parte apelante merecen un juicio de hecho y de derecho que exceden de una singular y sencilla asunción de la instancia (sentencia n.º 161/2019, de 14 de marzo).

Quinto.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398. 1 LEC , no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la procuradora D.ª Teresa del Rosario Campos Fraguas, en nombre y representación de D.ª Marina , contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2016 por la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, en el rollo de apelación n.º 446/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 590/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vigo.

2.º Casar la sentencia recurrida, ordenando, a causa de ello, que el tribunal de apelación, con libertad de criterio y respeto a los términos del debate planteado por las partes en la apelación, decida este recurso, sin enjuiciar ya la inadecuación del procedimiento.

3.º No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.