



Roj: **AAP C 401/2018 - ECLI: ES:APC:2018:401A**

Id Cendoj: **15030370042018200042**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **26/06/2018**

Nº de Recurso: **206/2018**

Nº de Resolución: **91/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ-MONTELLS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

A CORUÑA

**AUTO: 00091/2018**

N10300

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

**N.I.G.** 15053 41 1 2017 0000241

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000206 /2018**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de MUROS

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000225 /2017

Recurrente: Virginia

Procurador: JOSE PAZ MONTERO

Abogado: JOSE ANGEL MARTINEZ LOPEZ

Recurrido: GENERALI ESPAÑA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, MINISTERIO FISCAL

Procurador: CARIDAD GONZALEZ CERVIÑO,

Abogado: JUAN FERNANDO GUILLAN FAJARDO,

**A U T O**

**Nº 91/18**

**Magistrados lltmos. Sres.:**

**MANUEL CONDE NÚÑEZ**

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS FERNÁNDEZ

**PABLO SÓCRATES GONZÁLEZ CARRERO FOJÓN.**

En A CORUÑA, a veintiséis de junio de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000225 /2017, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de MUROS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000206 /2018, en los que aparece



como parte demandante-apelante, Virginia , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSE PAZ MONTERO, asistido por el Abogado D. JOSE ANGEL MARTINEZ LOPEZ, y como parte demandada-apelada, GENERALI ESPAÑA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CARIDAD GONZALEZ CERVIÑO, asistido por el Abogado D. JUAN FERNANDO GUILLAN FAJARDO, MINISTERIO FISCAL; sobre DECLINATORIA POR FALTA DE JURISDICCIÓN POR EXISTIR SOMETIMIENTO DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA A **ARBITRAJE**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el XDO. DE PRIMERA INSTANCIA DE MUROS se dictó resolución con fecha 18-12-2017, la expresada resolución contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"Acuerdo abstenerme de conocer del presente procedimiento al ser incompetente este juzgado para resolver sobre el asunto, debiendo acudirse al procedimiento previsto en el artículo 38 de la LCS".

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por EL DEMANDANTE se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia Provincial, que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS FERNÁNDEZ**.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** El recurso de apelación se interpone contra el auto del Juzgado que estima la declinatoria formulada por la Aseguradora demandada, Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros, al considerar que la reclamación de los daños generados a consecuencia del siniestro debe ser sometida al procedimiento establecido en el art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), al entender que, una vez iniciado por la actora, se encuentra en trámite con la designación de perito efectuada por la compañía con su burofax de fecha 9 de diciembre de 2016.

Frente a ello se alega que el procedimiento del artículo 38 de la LCS es en orden a la liquidación del daño, no un procedimiento de **arbitraje** ni de mediación que son los únicos que la excepción invocada considera que pudiera estimarse la declinatoria, y por otra parte, que la designación de perito efectuada por la compañía aseguradora, una vez que la actora había designado el suyo, tratándose de un acto de comunicación "recepticio" para el destinatario estaría fuera del plazo establecido legalmente.

**SEGUNDO.-** No cabe duda que el procedimiento del artículo 38 de la LCS es de naturaleza imperativa o de derecho necesario, por lo que impide acudir directamente a la jurisdicción sin haberlo seguido, o una vez iniciado, sin concluirlo. Así, se pronuncia la el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de Noviembre de 2002 en la que se establece que los trámites del citado procedimiento son obligatorios.

Como reconoce el auto apelado, el artículo cuestionado regula un procedimiento de carácter extrajudicial, cuya finalidad no es otra que la de procurar una liquidación lo más rápida posible de los siniestros producidos en los seguros contra daños, cuando no se logre acuerdo entre las partes dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración de aquellos, con el fin de evitar las inevitables mayores dilaciones del proceso judicial. Por eso y en este sentido, las partes vienen compelidas por ley a seguir el procedimiento, que debe observarse, con carácter previo, a la vía judicial.

El artículo 38.4 de la LCS dispone que si no se lograra el acuerdo dentro del plazo previsto en el artículo 18, cada parte designará un perito, debiendo constar por escrito la aceptación de éstos. Si una de las partes no hubiera hecho la designación, estará obligada a realizarla en los ocho días siguientes a la fecha en que sea requerida por la que hubiere designado el suyo, y de no hacerlo en este último plazo se entenderá que acepta el dictamen que emita el perito de la otra parte, quedando vinculado por el mismo.

Y en el presente caso consta que la parte actora inició los trámites designado perito y requiere a la aseguradora que designe el suyo, que lo hace dentro de los 8 días siguientes a medio de burofax de 9 de diciembre de 2016, si bien por cuestiones ajenas al requirente, es recibido por el destinatario el día 15 de diciembre de 2016, razón por la cual considera que está fuera de plazo, al considerar que debe tomarse para la observación del cumplimiento del plazo legal la fecha de recepción, no de emisión, lo que no puede ser admitido, cuando la compañía dentro de los 8 días siguientes designó su perito, cumpliendo pues con el plazo legal en la fecha de emisión del burofax (9/12/2016), cosa distinta es que por razones del servicio de Correos se hubiese recibido por la actora unos días después (15/12/2016).



Partiendo pues que la aseguradora requerida siguió en plazo los trámites del artículo 38, iniciado por la actora, las partes vienen obligadas a continuar con el citado procedimiento extrajudicial, cuando las únicas cuestiones que se discuten es el alcance de los daños derivados del siniestro, no se trata de cuestiones jurídicas que impidiesen seguirlo, sino de valoración del daño y liquidación del siniestro.

Ahora bien, siendo obligatoria la continuación del procedimiento del artículo 38 de la LCS, es cierta la discusión doctrinal si nos encontraríamos ante un supuesto de falta de acción, la falta de legitimación activa, lo que conduciría a la desestimación de la demanda en sentencia, o de un supuesto de falta de jurisdicción, asimilando el supuesto al sometimiento de la cuestión a **arbitraje**, que pudiera en este último caso plantearse a través de la declinatoria en la forma prevenida en los arts. 63 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y ciertamente, se ha considerado que puede articularse como un supuesto de incompetencia de jurisdicción por declinatoria por haberse sometido a **arbitraje** la controversia, al modo contemplado por el art. 11.2 de la Ley de **Arbitraje** privado, pues no otra cosa es el procedimiento aludido en art. 38 de la LCS. Y ello por cuanto que la formalización del nombramiento de peritos y comunicación del dictamen, adquieren un rigor formalista puesto que se trata de una función que les aproxima a los árbitros y cuya valoración resulta vinculante, caso de que no se proceda a la designación de perito por la contraparte o que tras el nombramiento de tercer perito se dictamine por mayoría o unanimidad la indemnización procedente, siendo ésta última impugnabile por la vía judicial conforme dispone el art. 38.7 de la LCS.

Así se viene a entender en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Secc. 6ª) de 13 de enero de 2011 que dispone que la falta de jurisdicción por estar excluida cualquiera, española o extranjera, únicamente, puede denunciarse y proponerse conforme a derecho como declinatoria por exigirlo así el art. 39 LEC, que es tajante al respecto, lo cierto es que la cuestión es improsperable por cuanto, a pesar de que el art. 38 LCS establece un procedimiento arbitral previo, de carácter imperativo, que impide el acceso a la vía judicial permitiendo exclusivamente la impugnación del dictamen pericial que pone término al mismo, no es menos cierto que dicho procedimiento queda limitado a aquellos supuestos en los que no exista acuerdo entre asegurador y asegurado sobre el importe y la forma de la indemnización; apareciendo que lo que se discute en el presente litigio no es, en esencia, el importe de los daños que son objeto de reclamación por el demandante, sino la determinación de los mismos con arreglo al clausulado de la póliza. La demandada no formula declinatoria sino que se allana parcialmente a la demanda y contesta alegando falta de acción y desestimación de la demanda en relación a la cantidad que excede a la cantidad allanada entrando en el fondo del asunto.

Pues bien, encontrándonos ante una norma de ius cogens, consideramos que procede la confirmación del auto apelado.

**TERCERO.-** En atención a lo que antecede el recurso ha de ser desestimado, si bien en razón las dudas existentes sobre la cuestión jurídica resuelta conlleva que no se haga especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA:** Que con desestimación del recurso de apelación formulado por la representación de doña Virginia contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Muros en fecha 18 de diciembre de 2017, en los autos de que este rollo dimana, confirmamos la precitada resolución, todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas derivadas de este recurso.

Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, y dese su destino legal.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por este nuestro auto, del que se llevará certificación al Rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Iltmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe,