

# El procedimiento de liquidación del daño del artículo 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: aspectos procedimentales y sustantivos

Juan Manuel Bahamonde Martínez

Escuela de Práctica Jurídica  
Universidad de Murcia

### *Abstract*<sup>1</sup>

*El objeto del presente trabajo es el estudio del discutido y complejo art. 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el procedimiento liquidatorio que aquel desarrolla en el seguro de daños. Esta obra se acerca al estudio de este importante precepto diferenciando dos vertientes: la procedimental y la sustantiva. En el análisis de la primera se abordará, principalmente, la exposición de los requisitos para desarrollar el citado procedimiento liquidatorio; en el de la segunda, se explicará el ámbito objetivo y subjetivo del precepto, así como otras cuestiones procesales de importancia.*

*Finalmente, este trabajo de investigación se completa con un estudio de las sentencias judiciales más destacadas, principalmente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que abordan las cuestiones clave que afectan a este precepto legal. Asimismo, por su novedad se resalta a lo largo de esta obra algunas de las principales variaciones (respecto al seguro de daños) que pretende introducir el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011.*

*The purpose of this work is the study of the controversial and complex section 38 of the Insurance Contract Act 1980 and the settlement procedure that it expounds for the damages insurance. That essay approaches to the study of this important article differentiating two aspects of that one: the procedural cases and the substantive cases. In the first ones, mainly, it deals with the exposition of the requirements to accomplish the settlement procedure; by contrast, in the second ones, I will explain the objective and subjective area of this article, and other important procedural aspects.*

*Finally, that investigation work has completed with a study of the more highlighted case-law, mainly from First Courtroom of the Supreme Court, which explain the key questions related to that particular article of the law. Thus, because of their novelty I will highlight through this essay the main changes (regarding the damage insurance) that the Insurance Contract Draft Act 2011 pretends to introduce.*

*Title: The settlement procedure for damages in section 38 of the Insurance Contract Act 1980: procedural and substantial aspects*

*Palabras clave: Seguro de daños, procedimiento liquidatorio, asegurador, asegurado, perito*

*Keywords: Damages insurance, settlement procedure, insurer, insured, expert*

---

<sup>1</sup> Este modesto trabajo tiene su origen en el Trabajo final del Máster en Abogacía impartido por la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia (Universidad de Murcia), siendo la tutora del mismo la Prof. Dra. D<sup>a</sup> María Martínez-Moya Fernández. Quisiera agradecer a esta última el tiempo que dedicó a su lectura, así como sus valiosas observaciones sugeridas que, sin lugar a dudas, han contribuido a mejorarlo. Agradecimiento que hago extensivo a D. Fernando Campillo Palomera y D. Ricardo Pérez Belló por sus acertados consejos y su ayuda con la selección jurisprudencial.

## Sumario

1. Introducción
2. El principio indemnizatorio en el seguro de daños
  - 2.1. Prohibición del enriquecimiento injusto por parte del asegurado
  - 2.2. Interés asegurado y suma asegurada
3. Aspectos procedimentales del artículo 38 LCS
  - 3.1. Comunicación del siniestro a la aseguradora. Deber de información de los daños sufridos
  - 3.2. Principio preferente de arreglo amistoso en la liquidación del siniestro
  - 3.3. Rehúse parcial del siniestro
  - 3.4. Inicio del procedimiento de liquidación del daño
    - a) Plazos
    - b) Prescripción de acciones. Prejudicialidad penal
    - c) Nombramiento de perito de parte, aceptación y requerimiento a la otra parte
    - d) Acta de conformidad
    - e) Disconformidad. Intento de nombramiento de tercer perito de común acuerdo
    - f) Acuerdos parciales entre peritos
  - 3.5. Solicitud de insaculación judicial de tercer perito
    - a) Requisitos de la solicitud. Competencia territorial
    - b) Dictamen de peritos. Plazos de emisión, aprobación y notificación
  - 3.6. Posibilidad de impugnación del dictamen pericial del tercer perito
    - a) Procedimiento impugnatorio y caducidad de la acción
    - b) Dictamen devenido inatacable. ¿Cabe instar el procedimiento monitorio?
    - c) Pago del importe mínimo y devengo de intereses moratorios
4. Aspectos sustantivos del artículo 38 LCS
  - 4.1. Naturaleza jurídica del procedimiento liquidatorio
    - a) Procedimiento extrajudicial imperativo para la cuantificación de los daños
    - b) Diferencias con el arbitraje
  - 4.2. Ámbito objetivo del procedimiento liquidatorio
    - a) Imperativo ámbito objetivo de aplicación. ¿Puede emplearse para discrepancias surgidas en seguros distintos del de daños?
    - b) Consecuencias de la determinación de su imperativo ámbito objetivo de aplicación
  - 4.3. El procedimiento de liquidación del daño en el derecho comparado: el caso francés
5. Conclusiones
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

## 1. Introducción

La [Ley 50/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro](#) (BOE núm. 250, 17.10.1980) (en adelante, LCS) vigente desde hace más treinta años, se ha erigido sin duda en una norma imprescindible para el sector asegurador en España. Como bien señala la exposición de motivos del [Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011](#) (en adelante, APLCS)<sup>2</sup>:

“[...] ha representado para el sector asegurador una de sus principales palancas de desarrollo y que mayor relieve ha tenido para su configuración tal y como hoy se conoce, al fijar los elementos básicos de seguridad jurídica de la operación de seguros”.

El precepto legal objeto de estudio en el presente trabajo es, y ha sido, ampliamente discutido tanto en el plano teórico como especialmente en el plano práctico, a mi juicio por tener una redacción excesivamente extensa y, a veces, poco clara; ya apuntaba la STS, 1<sup>a</sup>, 17.7.1992 (La Ley 2908-JF/0000; MP: José Almagro Nosete) que “el art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro regula un prolijo, aunque incompleto y a veces oscuro, procedimiento de carácter extrajudicial [...]”. El art. 38 LCS, por otra parte, es de una indudable importancia práctica, por cuanto pretende proporcionar en el ámbito del seguro de daños una solución rápida del siniestro mediante el establecimiento de un específico procedimiento liquidatorio de naturaleza extracontractual, conllevando un ahorro de costes y tiempo —al menos teóricamente— tanto para el asegurador como, especialmente, para el asegurado. Sin embargo, como se verá, dicho procedimiento, a menudo, ni es tan rápido ni tan económico como *a priori* pudiera pensarse.

Pese a las buenas intenciones del legislador de 1980, basta una atenta lectura del citado precepto para percatarse de que en algunos casos aquel peca de optimista, al hacer recaer en el asegurado el impulso del procedimiento extrajudicial (en una materia que le es ajena y difícil), además de ser la redacción poco precisa y confusa o, sencillamente, no contemplar algunos extremos importantes desde el punto de vista práctico. El precepto, pues, plantea razonables dudas interpretativas que, como demuestra el amplio número de pronunciamientos judiciales sobre la materia, han debido ser aclaradas por la jurisprudencia.

Además, el legislador decidió dar, en ciertos casos, carácter imperativo al mentado art. 38 LCS, sustrayendo a la voluntad de las partes la decisión de acudir a la vía judicial para resolver algunas de las discrepancias que surjan entre asegurador y asegurado en relación a las reclamaciones derivadas de la aplicación del seguro de daños. Efectivamente, veremos a lo largo de este trabajo como la jurisprudencia ha tenido oportunidad de recordar, en reiteradas ocasiones, que el procedimiento liquidatorio previsto en el art. 38 LCS es un procedimiento de carácter imperativo cuando la discrepancia entre asegurador y asegurado se centre en la valoración económica del siniestro. Así, este precepto legal se enmarca en la línea del art. 2 de la misma ley, que predica el carácter imperativo de las normas contenidas en la LCS, salvo que en ellos se establezca otra cosa.

---

<sup>2</sup> EM (I) del APLCS (última consulta 12.1.2015).

Esta clara delimitación del objeto del procedimiento extrajudicial expuesto permite evitar la larga y costosa vía judicial cuando el asegurador ha aceptado la cobertura del siniestro, y por tanto asegurador y asegurado discrepan únicamente sobre el *quantum* indemnizatorio. Y es que la inteligencia de este singular precepto radica en entender que la exclusiva tarea de valoración económica del siniestro debe recaer en la persona con mayores conocimientos técnicos sobre la materia, esto es, el perito. Así pues, como veremos posteriormente, el órgano judicial sólo intervendrá en este procedimiento con ocasión de la solicitud de insaculación judicial de tercer perito, controlando cuestiones tales como: los requisitos formales de la solicitud, la legitimación de las partes, la competencia objetiva y territorial, o la prescripción de la acción.

## 2. El principio indemnizatorio en el seguro de daños

Para comprender en toda su extensión el alcance del precepto y sus consecuencias es necesario partir de la consideración de que es una regulación propia de los seguros de daños en los que, por definición, el asegurador ha de indemnizar al asegurado los daños efectivamente padecidos por él con ocasión de la producción del siniestro, en los que se alza como cuestión fundamental y objeto de la máxima atención legal, la de la cuantificación de los daños indemnizables. Se habla de los seguros de daños como seguros de “indemnización estricta”<sup>3</sup>.

Dada la vigencia de este principio indemnizatorio, la cuestión nuclear en un amplio número de casos es la determinación y cuantificación de los daños realmente padecidos que configurarán el *quantum* indemnizatorio, para cuya resolución la LCS opta por la remisión a las partes a un proceso pericial extrajudicial. El principio indemnizatorio propio del seguro de daños se extrae de dos premisas legales que se impone, aun brevemente, tomar en consideración: la prohibición del enriquecimiento injusto del asegurado, y el establecimiento de la regla proporcional en caso de discordancia entre el valor del interés y la suma asegurada.

### 2.1. Prohibición del enriquecimiento injusto por parte del asegurado

El artículo 26 LCS establece expresamente que “[e]l seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro”. Se consagra así el principio de prohibición de enriquecimiento injusto para el asegurado. De este modo, en caso de siniestro, la indemnización no podrá superar el daño efectivamente producido. A su vez, y de acuerdo a este principio, la jurisprudencia ha establecido que el valor del interés no puede ser otro que el valor en el mercado de la cosa asegurada en el momento

---

<sup>3</sup> Por incardinarse el artículo 38 LCS en el Título II LCS destinado a la regulación de los seguros de daños sólo es aplicable a los seguros de vida en el caso en el seguro de accidentes, por la remisión expresa a él contenida en el artículo 104 LCS, pero sólo cuando la discusión consista en la determinación del grado de invalidez del asegurado.

inmediatamente anterior al acaecimiento del siniestro<sup>4</sup>. Este hecho es especialmente importante en el caso de los vehículos a motor debido a la fuerte depreciación que sufren en el mercado por el transcurso del tiempo y por el uso<sup>5</sup>.

Nótese que la prohibición de enriquecimiento injusto para el asegurado se relaciona con el deber de prueba de la preexistencia de los bienes dañados previsto en el art. 38.2 LCS. Este deber garantiza el principio indemnizatorio, puesto que si los objetos asegurados no se encontraban en el lugar y momento del acaecimiento del siniestro no podían haber sido destruidos por él y, por tanto, si fueran indemnizados se produciría un enriquecimiento injusto del asegurado.

## 2.2. Interés asegurado y suma asegurada

En relación con el interés asegurado, se impone como primera precisión la distinción entre “objeto” e “interés” asegurado. El objeto asegurado es la cosa, el derecho o el patrimonio que soportan directamente un siniestro (así por ejemplo, el inmueble de un incendio, el crédito asegurado impagado o el patrimonio del abogado al que se le pasa un plazo); el interés es, sin embargo, la relación, pecuniariamente valorable (“valor del interés”), que une a una persona con tal cosa, derecho o patrimonio. Esta distinción permite distinguir varios intereses asegurados sobre un mismo objeto (así por ejemplo, la clásica distinción en el interés del propietario, del arrendatario, del usufructuario y del acreedor hipotecario sobre un mismo inmueble).

Lo que se asegura no es el objeto sino el interés. De ahí, de un lado, que los seguros de daños sólo puedan contratarse válidamente cuando exista un interés asegurable. En este sentido, el art. 25 LCS se refiere a la necesidad, para que surja un contrato válido, de que exista un interés del asegurado a la indemnización del daño en el momento de la conclusión. Si bien el mismo no se refiere a la necesidad de que el interés subsista en el momento de la producción del daño<sup>6</sup>, ello es aceptado unánimemente por la doctrina científica de tal manera que la desaparición del interés excluye la posibilidad del daño e impide que surja el deber de indemnizar por el asegurador.

De otro, que la indemnización se calcule y se pague conforme al daño que el siniestro causa en aquella relación (interés asegurado) y no en la cosa. Así, por ejemplo, ya ha señalado el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante, SRDGSFP) que en los seguros de daños sobre inmuebles solamente tendrá derecho a percibir la indemnización el propietario del bien asegurado, como titular del interés, debido a que si la entidad aseguradora pagase la indemnización a cualquier otra persona, se produciría un

---

<sup>4</sup> Véase la STS, 1ª, 12.11.2003 (La Ley 10876/2004; MP: Antonio Gullón Ballesteros).

<sup>5</sup> Véase la SAP Madrid, Civil Sec. 21ª, 24.1.2005 (La Ley 18181/2005; MP: Mª José Alfaro Hoys).

<sup>6</sup> Véase la STS, 1ª, 30.7.1999 (La Ley 11786/1999; MP: Pedro González Poveda).

enriquecimiento injusto, puesto que dicha persona no ha sufrido menoscabo o quebranto económico<sup>7</sup>.

Concepto distinto del de interés es el de suma asegurada. La suma asegurada es el valor por el que el interés es objeto de aseguramiento, distinguiéndose así el valor del interés, el valor económico que el interés tiene realmente y suma asegurada, que es el valor que se le da al interés en el contrato. La suma asegurada sirve, de un lado, para establecer la cantidad máxima que el asegurador se obliga a pagar en cada siniestro (art. 27 LCS) y, en correspondencia, para calcular la prima que debe pagar al asegurado.

La relación entre la cifra de suma asegurada y la del valor del interés puede producir tres situaciones distintas: la de seguro pleno, cuando ambas coinciden, infraseguro cuando la suma asegurada es menor y sobreseguro cuando es mayor. Dada la vigencia inexorable del principio indemnizatorio el importe máximo de la indemnización será el valor del interés (el valor final, el que tenía el interés justo antes de la ocurrencia del siniestro), pues el daño en el caso extremo del siniestro total no podrá ser mayor al del valor de lo que perdió totalmente); de otro modo, se produciría el enriquecimiento injusto que está prohibido (art. 26 LCS). Por ello, si hay sobreseguro (de buena fe) el asegurado no recibirá la suma asegurada, sino el importe del daño efectivamente causado que viene limitado, como digo por el propio valor del interés (art. 31.1 LCS). También por la vigencia de este principio indemnizatorio, la suma asegurada no representa la cifra que la compañía pagará en todo caso y siniestro, sino sólo, en términos generales, en el caso de seguro pleno con siniestro total, pues sólo en este caso, daño, valor del interés y suma asegurada coinciden. La indemnización, sea cual sea la suma asegurada, vendrá limitada por el daño efectivo en todo caso de siniestro parcial; y en caso de infraseguro, la indemnización—que será inferior al daño efectivo— equivaldrá a la suma asegurada sólo cuando se trate de un siniestro total, pues en el parcial procederá la aplicación de la regla proporcional (art. 30 LCS).

### *3. Aspectos procedimentales del artículo 38 LCS*

El artículo 38 LCS referido, en puridad, al cumplimiento del contrato de seguro de daños, en concreto, al cumplimiento de la obligación de la compañía aseguradora de indemnizar al asegurado de los daños sufridos con ocasión del siniestro, establece el cauce procedimental que se impone a las partes para la cuantificación de tales daños y la determinación de la indemnización. Tal tramitación pasa por establecer, a falta de acuerdo, un procedimiento pericial extrajudicial cuyo singular *iter* procedimental es objeto de análisis en este apartado, aportando las soluciones jurisprudenciales que se han dado a las múltiples dudas interpretativas que, como se anunció, sobre él se han venido proyectando.

---

<sup>7</sup> Criterio del SRDGSFP (SPH1). “[Seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios](#)” (última visita: 12.1.2015).

### 3.1. Comunicación del siniestro a la aseguradora. Deber de información de los daños sufridos

Como prevé el art. 16 LCS, el asegurado o el tomador del seguro deben comunicar por escrito al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haber tenido conocimiento de él (ello, salvo que la póliza haya previsto un plazo más amplio). Además, establece dicho precepto que la falta de cumplimiento de esta obligación da derecho al asegurador a reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración, salvo que el asegurador haya tenido conocimiento del siniestro por otro medio. Así pues, por ejemplo, si seguidamente a la ocurrencia del evento dañoso, el asegurador ha tenido libre acceso a los locales en que se encontraban los bienes asegurados y ha podido realizar las comprobaciones necesarias para una estimación del daño, no podrá alegar éste incumplimiento del deber de información<sup>8</sup>.

Además, una vez notificado el acaecimiento del siniestro, el asegurado (o el tomador del seguro) deberá comunicar por escrito al asegurador en el plazo de cinco días (contado éste desde que se hizo saber el siniestro) la relación de objetos existentes (al tiempo de la ocurrencia de aquél), la de los objetos salvados y la estimación o valoración de los daños<sup>9</sup>.

Por otra parte, sobre la obligación por parte del asegurado de probar la preexistencia de los objetos establece el art. 38 LCS, párr. 2º, que “incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos. No obstante, el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces”. Esta presunción opera en favor del asegurado y, en su virtud, el contenido que se refleja en la póliza responde al contenido real, debiendo considerarse como *iuris tantum*, no *iuris et de iure*. La jurisprudencia ha venido señalando que el término razonabilidad no debe entenderse de manera rigurosa, y ello debido las dificultades que se presentan en la mayoría de los casos. Como ha tenido oportunidad de señalar la STS, 1ª, 31.12.1992 (La Ley 15212-R/1993; MP: Alfonso Villagómez Rodal):

“El precepto es flexible, pues, aparte de la presunción que se refiere en relación al contenido de la póliza, deja abierta la posibilidad de estimación en línea de racionalidad a falta de pruebas disponibles más contundentes, y, en su caso, de contrapruebas, destructoras de la preexistencia que se contradice”.

Por tanto, el asegurado tendrá obligación de probar la preexistencia de los bienes siniestrados al tiempo de ocurrencia del siniestro de cualquier forma que le sea posible. De este modo, podrá aportar documentos acreditativos del valor de los objetos dañados (habitualmente facturas o albaranes, o la contabilidad en el caso del seguro de pérdida de beneficios; la carta de porte en los seguros de transporte terrestre<sup>10</sup>) o, en caso de no estar a su disposición, entiendo que deberá

---

<sup>8</sup> TIRADO (2005, p. 6).

<sup>9</sup> La nueva redacción del art. 38 APLCS amplía dicho plazo hasta un mes. Igual plazo prevé el Proyecto de Código Mercantil aprobado por la Comisión General de Codificación en el año 2013 (en adelante, PrCM) en su art. 592-13.

<sup>10</sup> Véase VIELLA (2006, p. 25).

conservar elementos de estos objetos dañados (por ejemplo si el siniestro es originado por un incendio), con el fin de que la compañía aseguradora pueda realizar una tasación de los daños y, si cabe, una propuesta de indemnización económica. No obstante, el precepto matiza los límites de la carga probatoria para el asegurado de tal modo que si no fuera posible probarlo de otro modo se aplicaría la presunción a favor del contenido de la póliza<sup>11</sup>.

Así, tal presunción deberá operar en aquellos casos en que no sea posible para el asegurado aportar documentos acreditativos del valor de los objetos pudiendo existir restos de los objetos dañados, no obstante, el asegurado no pueda acceder a los mismos. Ejemplo ilustrativo de lo anterior sería por ejemplo el acaecimiento de un terremoto como el ocurrido en la localidad murciana de Lorca el 11 de mayo de 2011. Tras dicho evento extraordinario, numerosos inmuebles fueron catalogadas como con riesgo de derrumbe por los expertos de la Administración, no autorizándose a los propietarios el paso al interior de los mismos. Queda claro que en dicho supuesto era materialmente imposible para el asegurador comprobar los daños producidos en el bien asegurado y, a su vez, tampoco le era posible al asegurado mostrar documentos acreditativos de los bienes que estaban en la vivienda al tiempo del siniestro —como hemos señalado: albaranes de entrega, facturas, etc., ya que los mismos caso de conservarse se encontraban en el interior del inmueble al que no se puede acceder—. Por tanto, resulta evidente que en el ejemplo planteado sólo pudo realizarse la tasación de los daños de los inmuebles siniestrados acudiendo al contenido de las pólizas de seguro de hogar en vigor al momento del acaecimiento del terremoto. No obstante lo anterior, como bien recuerda la STS, 1ª, 05.10.1994<sup>12</sup>, la presunción legal prevista en el art. 38.2 LCS no operará de forma categórica y sólo se tendrá en cuenta como punto de referencia en los seguros de mercancías (pólizas flotantes), y ello debido a la natural movilidad y fungibilidad que se da en el comercio, viniendo la asegurada obligada a indemnizar únicamente el daño producido al asegurado.

### 3.2. Principio preferente de arreglo amistoso en la liquidación del siniestro

---

<sup>11</sup> En este sentido, se pronuncia la STS, 1ª, 31.12.1992 (La Ley 15212-R/1993; MP: Alfonso Villagómez Rodil). La misma explica que “la prueba de la preexistencia a cargo del asegurado, conforme al artículo 38 de la LCS, no es rígida, por las dificultades que en la mayoría de los casos se presentan. El precepto es flexible, pues, aparte de la presunción que se refiere en relación al contenido de la póliza, deja abierta la posibilidad de estimación en línea de racionalidad o falta de pruebas disponibles más contundentes, y, en su caso, de contrapruebas, destructoras de la preexistencia que se contradice”.

<sup>12</sup> STS, 1ª, 5.10.1994 (La Ley 118/1995; MP: Matías Malpica y González-Elipse). La misma señala que: “Es incuestionable que en los seguros que afectan total o parcialmente no a capital fijo como inmuebles sino mercancías, (pólizas flotantes), la presunción del precepto sustantivo especial que se señala es tan solo un punto de referencia que ha de tenerse en cuenta con sumo cuidado porque en la industria como en el comercio su natural movilidad y fungibilidad se presta, -sin que ello quiera decir que aquí ocurra tal eventualidad-, a fáciles intercambios y evasiones con grave riesgo de perjuicio para quien no puede materialmente ejercer un control eficaz sobre ello. De aquí que esa simple presunción no pueda operar, a pesar de lo dicho en la Ley, en forma categórica [...]”.

El procedimiento liquidatorio previsto por el artículo 38 LCS contempla, como no podía ser de otra forma, como medio de liquidación preferente de los daños la del arreglo amistoso de las partes, dando entrada al juego de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC. Es incuestionable que dicho arreglo es la vía más rápida de liquidación y sólo en su defecto, será necesaria la vía judicial o extrajudicial, cuando ésta proceda.

Además, dicho acuerdo podrá alcanzarse en cualquier momento del procedimiento liquidatorio, cerrando de esta manera la vía judicial (art. 38.3 LCS). Así, si dicho arreglo amistoso abarcase la totalidad de la liquidación, estaremos ante una deuda vencida, líquida y exigible.

El art. 18 LCS establece que:

“El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas”.

Y añade el segundo párrafo que “cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado”.

No obstante, a pesar de esta obligación general de indemnizar por parte del asegurador, existen supuestos en los que el asegurador carece de información suficiente para valorar y evaluar el alcance de los daños o es imposible evacuarlo hasta que transcurra un lapso de tiempo considerable (caso del seguro de lucro cesante, o en el caso de un seguro de accidentes respecto de la cuantificación de los daños corporales) y, por tanto, el asegurador todavía no estaría obligado a pagar la indemnización definitiva, aunque sí a realizar la anticipación que prescribe el art. 18 LCS<sup>13</sup>. Sin embargo, el asegurador no estaría obligado ni tan siquiera al pago mínimo previsto en el anterior precepto, en el caso de que el asegurado incumpliese su deber de información de los daños sufridos, ya que el asegurador podría alegar que no dispone de información suficiente<sup>14</sup>.

Se infiere de la lectura del anterior precepto puesto en relación con el art. 38 LCS, que si en el plazo de cuarenta días no se ha alcanzado el acuerdo amistoso sobre la liquidación del siniestro al que nos referíamos al comienzo de este apartado, el asegurador deberá pagar el mínimo por él conocido (según las circunstancias del caso) y, entonces, acudir al procedimiento pericial para la liquidación del daño de manera definitiva.

---

<sup>13</sup> VEIGA (2010, p. 2).

<sup>14</sup> TIRADO (2005, p. 6).

### 3.3. Rehúse parcial del siniestro

El art. 38 LCS plantea un procedimiento extrajudicial específico para el supuesto concreto en el que asegurador y asegurado discrepen sobre la valoración económica del siniestro cuya tramitación, como se verá, es imperativa para ambas partes cuando la controversia surgida respecto al seguro de daños se centra en el *quantum* indemnizatorio.

No obstante, en la práctica aseguradora es posible encontrarnos ante un supuesto distinto. Así, el asegurador puede plantear al asegurado, dentro de un mismo siniestro, la no cobertura de unos daños (por ejemplo, porque el origen de los daños no está cubierto por la póliza, porque existe alguna cláusula de exclusión respecto de los mismos, o bien porque existe sospechas de la aseguradora de posible dolo por parte del asegurado en la producción del siniestro) y, en cambio, aceptar la cobertura de otros (si bien, habitualmente discrepará de la valoración económica planteada por el asegurado).

En estos casos la LCS guarda silencio y no establece si en dichos supuestos cabría acudir al procedimiento extrajudicial del art. 38 LCS, o por el contrario, habría que iniciar el procedimiento declarativo correspondiente. En tales casos no debe plantearse la controversia como un único siniestro, debiendo dividirlo en dos partes: por un lado, los daños que el asegurador acepta cubiertos por la póliza, aunque discrepa de la valoración económica planteada por el perito del asegurado; y por otra parte, aquellos otros sobre los que el asegurador, directamente, rechaza la cobertura.

Y es que como se puede observar diariamente en la práctica aseguradora, no es infrecuente encontrarnos ante supuestos como el planteado. Pensemos en un siniestro producido en un local comercial por un incendio. A raíz del suceso, el local presenta tanto daños materiales como pérdida de beneficios. Imaginemos entonces que el propietario ha asegurado su local con una póliza que cubre ambos eventos dañosos. En este caso, resultaría posible encontrarnos con que el asegurador acepta la cobertura de los daños materiales producidos por el incendio —aunque, frecuentemente, ofreciendo una suma dineraria muy por debajo del coste real de reparación— y negando, al mismo tiempo, la cobertura de la pérdida de beneficios (bien por no atestiguar los mismos, bien por no dar valor probatorio el asegurador a los documentos acreditativos presentados por el asegurado).

Así pues, y siguiendo con el ejemplo expuesto, respecto de los daños materiales cabría instar el procedimiento liquidatorio del art. 38 LCS, ya que el asegurador discrepa únicamente sobre el *quantum* indemnizatorio. Por tanto, llegado el caso en que asegurador y asegurado no lleguen a un acuerdo respecto al importe de la indemnización (y al modo de pago) y se deba iniciar la designación judicial de tercer perito, la valoración económica realizada en el informe pericial de parte (el cual contendrá una valoración tanto de los daños materiales como de la pérdida de beneficios) sólo deberá ser tenida en cuenta respecto de las partidas que el asegurador considera cubiertas por la póliza de seguro. Por otro lado, respecto de los daños que el asegurador rechaza la cobertura (en el ejemplo planteado, la pérdida de beneficios) el asegurado deberá acudir

necesariamente al procedimiento declarativo correspondiente, puesto que la controversia en este caso excede de la mera valoración económica del siniestro.

### 3.4. Inicio del procedimiento de liquidación del daño

#### a) Plazos

El art. 38 LCS guarda silencio respecto al momento temporal en que deberá ser iniciado el procedimiento liquidatorio, ni establece ningún plazo preclusivo. Considero defendible que una vez transcurrido el plazo de cuarenta días previsto para alcanzar un acuerdo (art. 18 LCS) sin alcanzarse una solución amistosa, cualquiera de las partes podrá instar dicho procedimiento sin limitación temporal alguna<sup>15</sup>.

Además, es de señalar que una vez iniciado el procedimiento liquidatorio previsto en los supuestos en que proceda aplicarlo preceptivamente, no será posible el abandono unilateral del mismo por ninguna de las partes<sup>16</sup>. No obstante lo anterior, entiendo que no se debe imposibilitar a una de las partes abandonar el procedimiento liquidatorio ya iniciado, y acudir directamente a la vía judicial, en el caso de que la contraparte incumpliese su obligación de comunicar a la otra el resultado de las actuaciones periciales de parte. En este sentido, apunta ARQUILLO COLLET (2004, p. 7) que debería el legislador revisar la LCS para prever con claridad que consecuencias tiene el hecho de que alguna de las partes actúe en contra de la continuidad del procedimiento liquidatorio. Y es que a mi juicio nada cabría reprocharle al asegurado que en vista de la actitud incumplidora del asegurador, cuando no directamente obstaculizadora, decide abandonar el procedimiento liquidatorio ya iniciado y plantear el juicio declarativo correspondiente<sup>17</sup>.

Por último, y respondiendo a la importante cuestión de hasta qué momento podrá instarse el procedimiento liquidatorio (y dejando a salvo la institución jurídica de la prescripción que será abordada más adelante), es de gran interés el examen de la reciente SAP Murcia, Sec. 1ª,

---

<sup>15</sup> En este sentido, véase SAP Zaragoza, Sec. 5ª, 17.6.2014 (La Ley 84571/2014; MP: Alfonso M. Martínez Areso).

<sup>16</sup> SAP Girona, Sec. 1ª, 19.5.2014 (AC/2014/1404; MP: Fernando Lacaba Sánchez). La misma razona que: "De la doctrina expuesta, puede colegirse que, el artículo 38 de la misma ley establece, con carácter imperativo un procedimiento para verificar la valoración del daño, en los casos de seguro, una vez producido el siniestro, sin que pueda abandonarse unilateralmente por cualquiera de las partes una vez iniciado, y lo resuelto por los peritos es vinculante, sin perjuicio del derecho de impugnación judicial posterior".

<sup>17</sup> Véase STS, 1ª, 2.2.2007 (La Ley 1477/2007; MP: Vicente Montés Penadés). La misma señala que: " Esto es que, en defecto de plazo legal, hay que estar a la póliza, a los pactos o a las reglas de integración para determinar si la emisión de dictamen por parte del perito designado por la parte que haya sido requerida para ello conforme al artículo 38 IV LCS es ya intempestiva, abusiva o contraria a la buena fe y, en su caso, la parte que haya acudido al procedimiento pericial y se haya comportado de acuerdo con la previsión de la repetida norma podrá solicitar la tutela judicial, adverbándose en el proceso la contravención de tal procedimiento por la otra parte, con las consecuencias que se estimen".

19.11.2013<sup>18</sup>. La misma concluyó que la aceptación por parte del asegurado de la oferta económica realizada por parte del asegurador (CCS) no debió cerrar la posibilidad de que el asegurado posteriormente instase la ampliación de la valoración de daños, ya que tras la aceptación (y mediando la buena fe contractual contemplada en el art. 1258 CC) éste descubrió nuevos daños (ocasionados por el terremoto que sacudió la ciudad de Lorca en mayo de 2011) que no fueron apreciados por el perito de la aseguradora y tenidos en cuenta a la hora de realizar el susodicho ofrecimiento económico. Esta posición jurisprudencial apreciando la buena fe contractual por parte del asegurado, entendible desde el punto de vista de la justicia material, consideró que debe limitarse su aplicación a supuestos extraordinarios como el enjuiciado, donde por las características del evento dañoso extraordinario (terremoto) es factible que posteriormente a la aceptación de la oferta económica existieran daños no evaluados inicialmente por la aseguradora. De no aplicarse restrictivamente la buena fe contractual a supuestos como el planteado, entiendo que podría llevar a comprometer la seguridad jurídica en el ámbito asegurador.

No obstante lo anterior, es de destacar que el APLCS soluciona el problema planteado respecto a la aparición de nuevos daños tras haber aceptado una primera oferta de la aseguradora. Así, en su art. 19.2 precisa que la aceptación por parte del asegurado de la oferta económica propuesta por el asegurador al término de las investigaciones correspondientes no estará condicionada al ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pudiera corresponderle<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> SAP Murcia, Sec. 1ª, 19.11.2013 (La Ley 187516/2013; MP: Andrés Pacheco Guevara). En concreto, es de destacar que la misma señala que: “El art. 1 de la ley singular antes mencionada obliga al asegurador a indemnizar el daño producido al asegurado, sin que en presencia de un daño abiertamente diferente al en su día aceptado, cuando se desconocía, deba exonerarse el CCS de reparar en sus justos términos a la perjudicada, pues lo contrario incidiría en la contravención del principio de buena fe en la contratación genéricamente alojado en el art. 1258 del CC [...]”.

<sup>19</sup> Art. 19.2 APLCS: “El asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización en el plazo máximo de los dos meses siguientes a la recepción de la comunicación del siniestro efectuada por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario, conforme a lo previsto en el artículo 17. Esta oferta contendrá de forma detallada los documentos e informes de los que disponga, incluyendo los periciales que puedan corresponder, identificándose aquellos que han servido de base para cuantificar la oferta de indemnización y en ella se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el asegurado, beneficiario o perjudicado del ejercicio de futuras acciones en caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pueda corresponderle”. El PrCM, en cambio, no plantea en su actual redacción (art. 591-17) la no condicionalidad de la aceptación de la oferta por parte del asegurado a la renuncia de futuras acciones.

## b) Prescripción de acciones. Prejudicialidad penal

Preceptúa el art. 23 LCS (normativa específica a la que habrá que atender con preferencia al Código Civil) que las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños, y de cinco si es el seguro de personas (éste segundo plazo es observable en el seguro de invalidez donde también es aplicable el art. 38 LCS). Debemos señalar que una vez abierta la vía resolutoria del art. 38 LCS por las partes, y hasta que ésta no se cierre, se interrumpirá la prescripción mientras las partes estén dilucidando el *quantum* indemnizatorio. Esto es así, ya que la LCS no prevé unos plazos concretos a los que sujetarse ni para la elaboración de un acta conjunta de conformidad, ni para la designación de tercer perito. Por esta razón, debe prestarse especial atención a las comunicaciones escritas entre el asegurado y el asegurador manifestando la conformidad o disconformidad con las ofertas económicas propuestas por la otra parte para resolver la controversia, así como la necesidad de compeler a la contraparte a seguir razonablemente el *iter* procedimental descrito en el art. 38 LCS cuando ésta se demorase en cumplir con sus obligaciones (así por ejemplo la excesiva tardanza en realizar el informe pericial de parte a requerimiento de la otra o la firma conjunta del acta de disconformidad sin la cual no es posible la solicitud judicial de tercer perito), y evitando una inactividad que, de prolongarse en el tiempo, puede conllevar fatales consecuencias económicas para el asegurado.

La prejudicialidad penal en relación con la prescripción de acciones, parte de la premisa de que los hechos probados en la sentencia dictada en un eventual procedimiento penal previo (habitualmente planteada por el asegurador en caso de posible dolo del asegurado en el seguro de incendios o de robo), vincularán al juez civil<sup>20</sup>. Así, resulta habitual en la práctica encontrarse ante siniestros que versan sobre los susodichos seguros de robo o incendios donde el asegurador rechaza acudir al procedimiento liquidatorio del art. 38 LCS por rehusar la cobertura del seguro. En dichos casos, al entender que existe dolo por parte del asegurado el asegurador abrirá, entonces, la vía penal para la investigación de la posible comisión de un delito o falta<sup>21</sup>. De este modo, debemos considerar que hasta que no recaiga resolución en el procedimiento penal promovido por el asegurador, se impide al asegurado acudir a la vía civil para enjuiciar las reclamaciones relativas a la cobertura del seguro de daños, interrumpiéndose en consecuencia las acciones derivadas del contrato de seguro. Como bien apuntaba la STS, 1ª, 31.3.1992 (La Ley 2690-JF/0000; MP: José Almagro Nosete), en estos supuestos entra en juego el art. 1969 CC, “según el cual el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, es decir, desde el día siguiente del auto de sobreseimiento dictado por la jurisdicción penal, dejando expedita la vía civil”. Esta circunstancia también deberá ser tenida en cuenta por el juzgador civil, ya que mientras se dilucide el procedimiento penal no se generarán los intereses moratorios previstos en el art. 20 LCS.

---

<sup>20</sup> Entre otras, véase la STS, Sala 1ª, 11.09.2006 (EDJ 2006/261508; MP: José Almagro Nosete).

<sup>21</sup> El art. 20.1 APLCS reconoce expresamente una excepción al pago de la indemnización por parte del asegurador en el caso de que el siniestro haya sido causado por dolo del asegurado.

Como aspecto positivo cabe señalar que el nuevo art. 24 APLCS contempla específicamente las circunstancias que conllevan la interrupción de la prescripción<sup>22</sup>, estableciéndose que:

“Dicho plazo de prescripción se interrumpirá por su ejercicio ante los tribunales, en un procedimiento arbitral o de mediación, por la reclamación del tomador, asegurado o beneficiario en el procedimiento administrativo de protección de los clientes de servicios financieros, o por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el asegurador”.

### c) **Nombramiento de perito de parte, aceptación y requerimiento a la otra parte**

El artículo 38 LCS regula un procedimiento pericial concebido como un todo. La parte que pretende iniciar el procedimiento ha de designar su propio perito y emplazar a la otra para que proceda a designar el suyo en el plazo de ocho días, con el apercibimiento que de no hacerlo así se entenderá que la misma acepta el dictamen que emita el perito de la contraparte y que quedará vinculado por éste. En este punto conviene recordar el papel que cumplen como representantes del asegurado los mediadores (corredores) de seguros en materia de comunicaciones escritas a la compañía aseguradora en relación al procedimiento pericial del art. 38 LCS<sup>23</sup>.

Por otra parte, en este trámite la ley exige que conste por escrito la aceptación de los peritos<sup>24</sup>. Al respecto apunta DE ÁNGULO RODRÍGUEZ (2007, p. 16) que debería de clarificarse el precepto en el sentido de expresar que el perito único que actúe, aunque sea el designado por la otra parte, lo

---

<sup>22</sup> Nótese que el PrCM, en cambio, no regula las específicas circunstancias que conllevan la interrupción de la prescripción.

<sup>23</sup> Resulta de interés la SAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, 11.2.2013 (AC/2014/864; MP: Mª Teresa Fontcuberta de la Torre). La misma resuelve condenar a una correduría de seguros por negligencia profesional, al comunicar fuera de plazo a la aseguradora la designación de perito de parte y, de esta manera, impidió al asegurado acudir al nombramiento de un perito dirimente en el procedimiento del art. 38 LCS.

<sup>24</sup> Respecto a la aceptación de los peritos véase la STS, 1ª, 5.11.2002 (La Ley 11376/2003; MP: José Almagro Nosete). La misma señala que una vez designado perito por una parte y la misma lo comunica a la contraparte junto con el informe pericial, con el apercibimiento que de no hacerlo en los ocho días siguientes quedará vinculado por aquel, será necesario que la contraparte transmita la aceptación escrita del perito designado, no siendo suficiente a estos efectos una carta en la que se manifiesta una genérica intención de proceder al nombramiento de perito.

En parecidos términos se manifiesta la reciente SAP A Coruña, Sec. 6ª, 30.6.2014 (JUR/2014/219626; MP: Ángel Pantín Relgada). En concreto la misma consideró que la remisión del informe por el perito a la otra parte en cuyo encabezamiento constaba su aceptación no puede entenderse cumplidos los deberes que a la parte impone el art. 38 LCS, ya que no se advirtió a la contraparte que de las negativas consecuencias de no proceder al nombramiento de perito en los ocho días siguientes. Así, la misma no acepta que a partir de la remisión del informe empiece a contar el plazo de ocho días para que la contraparte designe el suyo. Y ello ya que “las importantes consecuencias que implica la extemporánea designación de un segundo perito exige claridad suficiente en los pasos previos, de forma que la parte haya de entender inequívocamente que ha de proceder a tal designación si no quiere quedar vinculada al criterio del perito designado de contrario”.

hará como perito de ambas, con el deber de informar a ambas y de notificar a ambas el dictamen que emita.

Una vez nombrados los peritos de parte, sean uno o dos, deberán de iniciar su actuación pericial propiamente dicha, extremo este sobre el que la Ley guarda silencio. No obstante, en la práctica es en el acto de nombramiento y aceptación de los peritos en el que se suelen fijar sus facultades a fin de que dispongan de los medios necesarios para realizar su labor, la que se deberá concretarse en su dictamen en el mismo procedimiento. Una vez que el perito ha aceptado el encargo no depende de la parte para cumplimentarlo, y debe evacuarlo con la mayor prudencia y ecuanimidad conforme a su leal saber y entender. De este modo, la parte que designó al perito estará legitimada para exigirle responsabilidades<sup>25</sup>.

#### **d) Acta de conformidad**

En el supuesto de que los dos peritos lleguen a un acuerdo, éste se reflejará en un acta conjunta suscrita por ambos peritos, acta o dictamen que deberá de contener el contenido mínimo establecido el artículo 38.5 LCS:

- La concreción de las causas del siniestro.
- La valoración de los daños.
- Las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización.
- La propuesta del importe líquido de la indemnización.

#### **e) Disconformidad. Intento de nombramiento de tercer perito de común acuerdo**

Distinta solución establece el mencionado artículo para el supuesto de falta de acuerdo. Nada dice la Ley sobre si la falta de acuerdo ha de reflejarse por escrito ya que el precepto se limita a establecer en su párrafo séptimo que “cuando no haya acuerdo entre los Peritos, ambas partes designarán un tercer Perito de conformidad, y de no existir ésta, la designación se hará por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallaren los bienes, en acto de jurisdicción voluntaria [...]”. Si bien parecería lógico pensar que para la buena marcha del procedimiento el desacuerdo debería constar por escrito a fin de fijar en el mismo los puntos objeto de controversia que hacen necesario el nombramiento del tercer perito, al no requerirse que las partes elaboren un acta de disconformidad firmada con los mismos requisitos contemplados para el acta en caso de acuerdo, bastaría con probar mediante comunicaciones escritas entre las partes la imposibilidad de llegar a un acuerdo tanto sobre la valoración económica como sobre la designación de un tercer perito de común acuerdo. Cabe inferir por tanto que, probada la falta de acuerdo entre ambos peritos —pudiendo transcurrir varios meses ya que la el art. 38 LCS no especifica en que plazo debe intentar alcanzarse un acuerdo entre las partes—, se podrá entonces solicitar la designación judicial de tercer perito sin más trámite.

---

<sup>25</sup> Véase STS, 1ª, 17.7.1992 (La Ley 2908-JF/0000; MP: José Almagro Nosete).

Por último, para la solución de la falta de previsión legal de plazo alguno para la designación de tercer perito la STS, 1ª, 2.2.2007 (La Ley 1477/2007; MP: Vicente Luis Montés Penadés) señala que “hay que acudir, en defecto de previsiones pacticias en la póliza, a los acuerdos puntuales entre las partes, a la integración mediante el recurso a la buena fe, a los usos y a las leyes que regulan casos análogos (artículos 1258 y 4.1 CC)”. El recurso a la buena fe será necesario en los supuestos en que el procedimiento liquidatorio se alargue innecesariamente debido a la falta de colaboración de la una de las partes y ya haya quedado probada la falta de acuerdo de las partes sobre el *quantum* indemnizatorio.

#### f) Acuerdos parciales entre peritos

Si bien el art. 38 LCS no prevé nada acerca de la posibilidad de acuerdos parciales entre los peritos de parte, nada obsta a admitir esta posibilidad. Teniendo en cuenta la variedad de partidas económicas que se manejan en un informe de valoración de daños, podría darse el caso que los dos peritos discrepasen en unas partidas y, en cambio, estuviesen de acuerdo en la indemnización económica de otras. En tal caso, procedería elaborar un acta de conformidad y otra de disconformidad, distinguiendo los conceptos sobre los que hay acuerdo entre peritos y aquellos otros en los que se discrepa.

### 3.5. Solicitud de insaculación judicial de tercer perito

#### a) Requisitos de la solicitud. Competencia territorial

Como resulta de lo expuesto el auxilio al Juez para que proceda a la designación judicial de tercer perito está previsto con carácter supletorio ante la falta de de las partes. Para ello previamente aseguradora y tomador del seguro/asegurado tienen que haber designado un Perito para cada parte, aceptado el encargo, que no les sea posible por falta de acuerdo emitir dictamen reflejando en un acta conjunta los términos del párrafo quinto y, finalmente, que las partes hayan intentado designar un tercer Perito de conformidad. Tales exigencias previamente han de ser examinadas por el Tribunal para proceder a dar curso correspondiente a la petición de designación judicial de tercer perito. En cuanto al procedimiento para la designación judicial de tercer perito, habrá de tramitarse conforme al procedimiento de jurisdicción voluntaria de insaculación de peritos en el que entiendo que deben seguirse los trámites previstos en el art. 341 LEC.

En relación a la competencia territorial será juez competente el Juez de Primera Instancia del lugar donde se hallasen los bienes. No obstante, no prevé la LCS qué Juez es competente en el caso de reclamaciones ante el Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante, CCS)<sup>26</sup>. Así, conforme al art. 15 de la [Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado](#) (BOE núm. 285, 28.11.1997) (en adelante, LAJE) será juez competente el de la capital de la provincia del lugar donde se hallasen los bienes.

---

<sup>26</sup> Este organismo público, regulado por el [Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros](#) (BOE núm. 267, 5.11.2004), goza de personalidad jurídica definitiva e independiente.

Por último, un aspecto problemático en este punto es si cabe o no la sustitución del perito designado o si, por el contrario, dicho cargo es irrenunciable. En mi opinión, nada obsta a que pueda sustituirse el mismo siempre que lo sea por razones de fuerza mayor o justa causa, y en el caso de designación judicial también cabría la sustitución si prosperara recusación —art. 343 LEC—<sup>27</sup>.

#### **b) Dictamen de peritos. Plazos de emisión, aprobación y notificación**

El plazo para emitir el dictamen será el que las partes convengan de mutuo acuerdo, o en su defecto el de treinta días a contar desde la aceptación de su nombramiento por el perito tercero (art. 38, párr. 6º, LCS). Nótese que al igual que el laudo arbitral dictado fuera de plazo es válido<sup>28</sup>, y ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir el árbitro, el dictamen emitido por el tercer perito designado judicialmente fuera del plazo fijado por las partes a partir de la aceptación del encargo (o en su defecto el de treinta días que establece el art. 38, párr. 7º LCS) también lo será. Y ello, como bien recuerda SOTO NIETO (1996, p. 23) dejando a salvo “la posible responsabilidad por el cumplimiento tardío, de no comprobarse causa justificada que elimine la idea de negligencia”, pues “si existe un plazo es para observarlo”.

Por otra parte, el dictamen pericial deberá ser aprobado por unanimidad o por mayoría. Previamente, el tercer perito designado ha tenido contacto con los otros dos peritos con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las conclusiones del informe. Esto quiere decir que en ningún caso estaría permitida la elaboración individual del dictamen por parte tercer perito buscando éste posteriormente la adhesión a sus conclusiones por parte de los otros dos peritos. Muy al contrario, la aprobación del dictamen pericial debe ser el fruto del debate entre los tres peritos, actuando como un auténtico órgano colegiado, por lo que, en el caso de que fuese palpable la elaboración individual de aquel por el tercer perito designado por el juzgado, cabría su posterior impugnación.

Finalmente, establece el art. 38 LCS que el dictamen “se notificará a las partes de manera inmediata y en forma indubitada, siendo vinculante para éstos, salvo que se impugne judicialmente por alguna de las partes”. No especifica el legislador quién deberá notificar el dictamen. Cabe entender que competiría al tercer perito designado judicialmente ya que éste es

---

<sup>27</sup> En sentido favorable a la sustitución de peritos véase la STS, 1ª, 2.2.2007 (La Ley 1477/2007; MP: Vicente Luis Montés Penadés).

<sup>28</sup> Art. 37.2 [Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje](#) (BOE núm. 309, 26.12.2003) (en adelante, LA): “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”.

el profesional que ha recibido el encargo, no obstante, considero más adecuado que sea el Juzgado que conoce del expediente de jurisdicción voluntaria quién realice la comunicación de aquel a las partes.

### 3.6. Posibilidad de impugnación del dictamen pericial del tercer perito

#### a) Procedimiento impugnatorio y caducidad de la acción

Con la realización del informe pericial por parte del tercer perito designado judicialmente y la notificación del mismo por el juzgado que conozca de dicho trámite se dará por concluido el acto de jurisdicción voluntaria. Prevé entonces el art. 38, párr. 7º, la impugnación judicial del dictamen pericial a cargo de cualquiera de las partes (aunque no lo diga el precepto también cabría la posibilidad de que ambas lo planteasen) dentro de unos plazos de caducidad para ambos desde la fecha de la notificación fehaciente del dictamen, mostrándose especialmente favorecedor respecto al asegurado<sup>29</sup>. En concreto, dispone el asegurador de treinta días para la impugnación y el asegurado de ciento ochenta. Además, los referidos plazos para llevar a cabo la impugnación del dictamen pericial son de caducidad, de modo que si dentro de dichos plazos no se interpone la correspondiente acción de impugnación el dictamen pericial deviene inatacable.

Respecto al procedimiento para la impugnación del dictamen pericial primeramente debemos señalar cuáles son las posibles causas para ello. Así, podríamos clasificarlas:

- **Causas de fondo:** discrepancias sobre la concreta valoración económica planteada en el informe de tercer perito, donde bien podía incluirse una divergencia sobre las conclusiones extraídas del propio informe, error en el criterio de valoración de los objetos dañados<sup>30</sup> y desviación del objeto del dictamen respecto de aquél que legalmente le corresponde.
- **Causas de forma:** su incorrecta emisión, atribuyendo carácter dirimente (o dando mayor calidad a su parecer) al perito designado judicialmente, falta de acuerdo adoptado y previamente deliberado de forma colegiada<sup>31</sup>; vicios del consentimiento en los peritos (art. 1265 CC); vicio en la designación de los peritos y, por último, actuación dolosa del asegurado induciendo a error al tercer perito (ocultando determinados documentos o bien falseando los mismos, por ejemplo, en los libros registros, facturas, etc.).

---

<sup>29</sup> SOTO (1996, p. 24) apunta que quizás quepa explicar este diferente trato por parte del legislador también en la mayor información por parte del asegurador en esta materia.

<sup>30</sup> Véase la STS, 1ª, 12.11.2003 (La Ley 10876/2004; MP: Antonio Gullón Ballesteros). La misma anuló el dictamen pericial impugnado, ya que el tercer perito en su informe valoró las prendas destruidas —en una tienda textil— conforme al valor contable de las mismas y no de acuerdo al valor de compra inmediatamente anterior a la realización del siniestro, por lo que no se reflejó la depreciación que habían sufrido aquellas desde su compra.

<sup>31</sup> Véase la STS, 1ª, 28.1.2008 (La Ley 870/2008; MP: José Almagro Nosete).

No obstante, el TS no ha admitido como razón para impugnar el dictamen y traer consigo la nulidad el hecho de que los tres peritos no firmasen el mismo posteriormente a su redacción en unidad de acto. Y es que ello no implica que el dictamen no haya sido emitido de forma colegiada. Como señala la STS, 1ª, 04.2.2010 (La Ley 872/2010; MP: José Antonio Seijas Quintana), citando a su vez otra de 20.1.2001:

“Además de no estar exigido por ninguna norma legal, que firmen el mismo día o días diversos no tiene ninguna transcendencia en cuanto a la finalidad, alcance y eficacia del informe pericial de tercería, siendo lo esencial que esté firmado en conformidad o disconformidad cuando se notifique a las partes”.

Por último, entiendo que tampoco cabría impugnar el dictamen pericial basándose en la falta de conocimientos del perito en materia de tasación de daños. Por un lado, no menciona el art. 38 LCS nada acerca de la cualificación profesional requerida por parte del perito, y acudiendo a la normativa general, art. 340.1 LEC, únicamente se requiere que éstos tengan el título oficial que corresponda a la materia objeto de dictamen<sup>32</sup>. Así pues, a mi juicio no podría prosperar como causa de nulidad la falta de la debida cualificación profesional del perito. Ello, además, resultaría más discutible en mi opinión ya que el juzgador competente para conocer de la solicitud de tercer perito ha dado la posibilidad tanto a asegurado como asegurador para poder alegar sobre la cualificación profesional requerida del tercer perito (así, respecto al seguro de daños: economista, ingeniero agrónomo, arquitecto técnico o superior, por ejemplo; respecto al seguro de invalidez: médico valorador).

#### **b) Dictamen devenido inatacable. ¿Cabe instar el procedimiento monitorio?**

Desde el momento en que no se ha impugnado el dictamen dentro del plazo legal (30 días para el asegurador y 180 días para el asegurado) el dictamen del tercer perito devendrá inatacable y, en consecuencia, la aseguradora deberá proceder al abono de la indemnización dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de aquel. No obstante, este dictamen pericial devenido firme no es título que lleva aparejado ejecución a diferencia del laudo arbitral al que el legislador si le ha dotado de fuerza ejecutiva (art. 517.1.2º LEC). Esta situación, sin duda, proyecta una imagen negativa del procedimiento extrajudicial.

No obstante, para paliar los efectos negativos de la falta de ejecutividad del dictamen pericial devenido inatacable —y dejando a salvo el planteamiento del procedimiento declarativo ordinario que corresponda—, entiendo que es defendible la posibilidad de reclamar el abono de las cantidades fijadas en aquel acudiendo al procedimiento monitorio<sup>33</sup>. Ello se fundamenta a mi juicio en la actual redacción del art. 812 LEC. El mismo señala los requisitos para poder plantear

---

<sup>32</sup> En este sentido, véase la SAP Castellón, Sec. 1ª, 2.9.2013, (JUR/2013/350528; MP: Aurora de Diego González). En este caso la aseguradora recurrente pretendía la nulidad del dictamen por adolecer el perito de conocimientos en materia de tasación en el seguro de daños.

<sup>33</sup> Comparte esta idea, MARTÍNEZ TELLO (2008, p. 15).

un proceso monitorio, en concreto la pretensión debe consistir en: una deuda de dinero, de cantidad determinada, vencida y exigible.

Así pues, tales requisitos se dan íntegramente en el dictamen devenido inatacable, por cuanto determinan una deuda dineraria que debe pagar la aseguradora al asegurado (*quantum indemnizatorio*), con una cantidad determinada (de hecho para ello se insta el procedimiento liquidatorio en el seguro de daños), y exigible desde el momento en que no se ha impugnado el dictamen dentro del plazo legal (30 días para el asegurador y 180 días para el asegurado), y la aseguradora no ha procedido al abono de la indemnización dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de aquel.

### **c) Pago del importe mínimo y devengo de intereses moratorios**

Como hemos comentado con anterioridad la LCS prevé en su art. 38, párr. 7º, unos plazos de caducidad para que ambas partes ejerzan la acción de impugnación del dictamen pericial. Así, transcurridos aquellos el dictamen pericial deviene inatacable. Sobre la inatacabilidad señala acertadamente ALMAGRO NOSETE (1982, p. 13) que la misma se refiere a la impugnabilidad posterior de los razonamientos y conclusiones periciales, y en especial a la valoración y a la indemnización. Así, quedarían a salvo los motivos de nulidad que se puedan alegar (vicios del consentimiento del perito, art. 1265 CC, dictamen realizado unilateralmente por tercer perito). Por tanto, como establece el art. 38 LCS transcurridos los plazos de impugnación, el asegurador dispone de quince días para realizar el pago al asegurado de la cantidad reflejada en el dictamen de tercer perito. Transcurrido este plazo y al ser la cantidad determinada, vencida y exigible, cabría que, en virtud del art. 812 LEC, el asegurado instase directamente el procedimiento monitorio, en lugar de reclamar el cumplimiento del dictamen mediante el procedimiento declarativo correspondiente.

Una vez emitido el dictamen pericial, puede suceder o bien que cualquiera de las partes lo impugne —incluso parcialmente—, o que ninguna lo impugne dejando transcurrir los correspondientes plazos. Se plantean así las siguientes posibilidades:

- **Impugnación por el asegurador, o por ambos:** Aprobado el dictamen pericial, bien por mayoría o por unanimidad, y en el caso de que el asegurador ejercite la acción de impugnación, no se devengarán intereses por mora previstos en el art. 20 LCS, por resultar incompatibles ambas circunstancias<sup>34</sup>. No obstante, deberá el asegurador pagar el importe mínimo por él conocido conforme lo previsto en el art. 18 LCS. En este supuesto, se corresponderá dicho importe mínimo con la cantidad expuesta en su informe pericial de parte presentado una vez abierta la vía del art. 38 LCS (ya que ésta sería la cantidad que como mínimo reconoce que debe al asegurado). Igualmente deberá el asegurador abonar el referido importe mínimo (mediante pago o consignación) en el supuesto de que tanto asegurador como asegurado impugnen el dictamen de tercer perito en su totalidad. Por último, entiendo que en caso de no abonarse el importe mínimo al que hemos aludido entonces si procedería el devengo de los intereses moratorios del art. 20 LCS<sup>35</sup>.
- **Impugnación por el asegurado:** En este caso en que el asegurado es quién ejercita la acción de impugnación, el importe mínimo (art. 18 LCS) que deberá pagar el asegurador irá referido a la cantidad fijada por la mayoría de los peritos en el dictamen colegiado.
- **Impugnación parcial del dictamen:** Otra posibilidad que puede ocurrir en la práctica es que cualquiera de las partes impugne parcialmente el dictamen. Ello ocurrirá cuando una parte (o ambas) discrepan únicamente sobre determinadas partidas del dictamen del tercer perito. Así por ejemplo, puede ocurrir que en un dictamen cuyo objeto de la pericia es la valoración de los daños producidos en un local comercial por incendio y por lucro cesante, el asegurador o el asegurado (o ambos) discutan la valoración económica referida al lucro cesante. En tal caso, debemos distinguir dos situaciones:
  - (i) Que impugne el dictamen parcialmente el asegurador, o ambos. En este supuesto, y siguiendo con el ejemplo planteado, el asegurador deberá pagar en concepto de importe mínimo la suma de dos cantidades: la cantidad referente a los daños por incendio desglosados en el dictamen de tercer perito (ya que él mismo no los impugna judicialmente) más el importe concerniente a los daños por lucro cesante tasados por su perito en su informe de parte (cantidad que como mínimo reconoce).
  - (ii) Que impugne el dictamen parcialmente el asegurado. En este caso, y al igual que en el segundo supuesto, el importe mínimo (art. 18 LCS) que deberá pagar el asegurador irá

---

<sup>34</sup> En este sentido véase la STS, 1ª, 4.2.2010 (La Ley 872/2010; MP: José Antonio Seijas Quintana) y la SAP Castellón, Sec. 1ª, 2.9.2013 (JUR/2013/350528; MP: Aurora de Diego González).

<sup>35</sup> De la misma opinión, véase SÀLAS *et al* (2005, p. 7).

referido a la cantidad fijada por la mayoría de los peritos en el dictamen colegiado. Así, en caso de incumplimiento de pago del importe mínimo del asegurador al asegurado, la cantidad que se corresponde con las partidas no discutidas en el informe de tercer perito, devengarán intereses moratorios conforme al art. 38 LCS, párr. 9, y ello sucede ya que respecto a esta cantidad no se plantea impugnación judicial y por tanto deviene inatacable, naciendo una obligación de pago del asegurador respecto al asegurado.

- **Aquietamiento por ambas partes:** Finalmente, la última posibilidad es la no impugnación por ninguna de las partes. Entonces el asegurador deberá abonar la cantidad a que se refiere el susodicho dictamen colegiado dentro de los quince días siguientes a su aprobación. En el supuesto de que no pagase dicho importe al asegurado y éste deba acudir a la vía judicial para reclamarlo, cabrá abonar los intereses moratorios del art. 20 LCS, pero aplicando la regla especial contenida en el art. 38 LCS, párr. 9º, esto es, desde la fecha en que el dictamen devino inatacable<sup>36</sup>.

#### 4. Aspectos sustantivos del artículo 38 LCS

Vistos en el anterior los aspectos que se refieren al puro itinerario procedimental recogido en el precepto, en este apartado se abordarán aspectos sustantivos del artículo 38 LCS, tales como el estudio de su ámbito objetivo, su carácter imperativo y sus diferencias con la institución del arbitraje y las consecuencias de la determinación de su imperativo ámbito objetivo de aplicación. Además, por su interés se abordarán algunos ejemplos del tratamiento de la figura del procedimiento liquidatorio en el seguro de daños en el derecho comparado.

##### 4.1. Naturaleza jurídica del procedimiento liquidatorio

###### a) Procedimiento extrajudicial imperativo para la cuantificación de los daños

El carácter imperativo del art. 38 LCS ha sido recordado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. A modo de ejemplo podemos mencionar, entre otras muchas, la STS, 1ª, 25.6.2007 (La Ley 51940/2007; MP: Clemente Auger Liñan [que cita a su vez la STS, 1ª, 17.7.1992]), la cual recuerda que en los casos en los que exista en el seguro de daños una discrepancia meramente cuantitativa entre asegurador y asegurado, “el procedimiento

---

<sup>36</sup> Véase la STS, 1ª, 23.6.2014 (RJ/2014/3966; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas). La misma señala respecto a la obligación de pago de intereses moratorios por parte de la aseguradora: “No puede aceptarse el argumento de la aseguradora tendente a exonerarse del pago de intereses al no constar dictamen vinculante en el expediente del art. 38 LCS (al ser discordantes las opiniones de los tres peritos), dado que ello podría suponer dejar la obligación de pago de intereses bajo la voluntad exclusiva de la aseguradora, unido ello a que en el art. 38 de la LCS no tiene cabida tal interpretación [STS 22-7-2010 (RJ 2010, 6568), rec. 1053/2006]”. Y añade: “En contra de lo declarado en la sentencia recurrida, esta Sala ha venido declarando que la mera discordancia en las cantidades no es motivo de exoneración del pago de los intereses (STS 17 de mayo de 2012 –RJ 2012, 6553–, rec. 1427/2009, entre otras)”.

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". Por tanto, cuando la controversia planteada verse únicamente sobre el *quantum* indemnizatorio el procedimiento extrajudicial deberá ser seguido por las partes hasta su completa finalización, no pudiendo ser abandonado voluntariamente por cualquiera de las partes para instar el procedimiento judicial declarativo correspondiente<sup>37</sup>.

Como ya apuntamos, el susodicho art. 38 LCS debe relacionarse con el art. 2 LCS, que instituye que los preceptos de dicha Ley "tienen un carácter imperativo, a no ser que en ellos se establezca otra cosa". Como podemos inferir de una atenta lectura del citado art. 38 LCS, no se plantea en el mismo una excepción al art. 2 de la misma Ley, de ahí que se predique su carácter preceptivo e imperativo. Por tanto, en el caso de que las partes decidan en virtud del principio de autonomía de la voluntad (*ex* art. 1255 CC) someter cuestiones ajenas a la determinación de la cuantía de la indemnización y la forma de su pago al criterio decisor del perito único, la resolución de aquellas no tendrá carácter imperativo y, en consecuencia, podrán ser nuevamente planteadas en vía judicial<sup>38</sup>.

No obstante, como ya apuntaba la STS, 1ª, 17.5.1990 (La Ley 2017-JF/0000; MP: Andrés Fernández Rodríguez), no sería preceptivo continuar con el procedimiento extrajudicial del art. 38 LCS cuando resulta probada la inactividad de la aseguradora, o cuando de su actitud se desprende el reiterado incumplimiento de su obligación de investigar las causas del siniestro, haciendo por tanto imposible continuar con dicho procedimiento. Resulta evidente que ante tal actitud obstaculizadora (cuando no incumplidora) por parte de la aseguradora, no le quede más remedio al asegurado que acudir al auxilio judicial, mediante la interposición de demanda en el correspondiente juicio declarativo, para resolver la controversia *inter partes*.

## b) Diferencias con el arbitraje

Ambas instituciones jurídicas son distintas y, a su vez, tienen un diferente régimen jurídico. En primer lugar, debemos señalar la distinta *ratio decidendi* que poseen los peritos y los árbitros. Así, mientras los primeros se limitan estrictamente a fijar la prestación económica (*quantum*) que debe abonar el asegurador tras la valoración de los daños del siniestro, los segundos deciden motivadamente (en derecho o en equidad) la controversia planteada por las partes. En este último caso, la misma podrá exceder de la mera valoración del daño y centrarse en un debate estrictamente jurídico. No obstante como ya he tenido oportunidad de referirme en este trabajo,

---

<sup>37</sup>En este sentido, abundan en la cuestión BATALLER GRAU *et al* (2013, p. 11) recordando que: "[...] si cualquiera de las partes solicita la apertura del procedimiento pericial, se cierra la vía de la jurisdicción ordinaria sobre el tema concreto de la tasación de daños".

<sup>38</sup> Véase STS, 1ª, 4.6.1994 (La Ley 736/1994. MP: Francisco Morales Morales). La misma recuerda al referirse al procedimiento extrajudicial previsto en el art. 38 LCS que "su carácter imperativo obliga a la aplicación en su ámbito, pero no la impide en otros cuando ha sido admitido libremente por las partes".

la diferencia clave, y de vital importancia práctica, es la no ejecutividad del dictamen pericial que pone fin a la controversia planteada por las partes (a diferencia del laudo arbitral que si es título que lleva aparejado ejecución).

Finalmente, una última diferencia de notable importancia entre las dos instituciones jurídicas la encontramos con razón de la impugnación del laudo arbitral y del dictamen pericial establecido en el art. 38 LCS. Mientras que para la impugnación del laudo arbitral únicamente podrán invocarse los motivos tasados en la LA, en cambio, en el caso del dictamen pericial no se impide a los Jueces y Tribunales conocer con plenitud la impugnación de un peritaje<sup>39</sup>.

#### 4.2. Ámbito objetivo del procedimiento liquidatorio

##### a) Imperativo ámbito objetivo de aplicación. ¿Puede emplearse para discrepancias surgidas en seguros distintos del de daños?

Como acabamos de ver, el procedimiento liquidatorio previsto en el art. 38 LCS tiene como rasgo principal su imperatividad en los casos en los que procede, por lo que no es posible acudir a la vía judicial obviando su debida cumplimentación. Por ello resulta necesario determinar el ámbito objetivo de la imperatividad de tal procedimiento. En la determinación de su ámbito objetivo de aplicación procede recordar, en primer lugar, el principio preferente de acuerdo amistoso que consagra la LCS. Así, la misma propicia como primera forma resolución de cualquier controversia en relación al contrato de seguro el acuerdo amistoso entre las partes (vía transaccional) previamente al planteamiento de otras vías distintas (judicial y extrajudicial) por cualquiera de las partes. Además, como ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, el ámbito objetivo del art. 38 LCS se circunscribe a la discrepancia surgida entre las partes sobre el *quantum* indemnizatorio en relación con el seguro de daños<sup>40</sup>. En tales casos, el procedimiento liquidatorio previsto en el art. 38 LCS será de aplicación imperativa, si bien, y como hemos antedicho, de aplicación subsidiaria al acuerdo amistoso entre las partes.

Por otro parte, cabe discutir si es posible el planteamiento del procedimiento liquidatorio del citado precepto a seguros distintos del de daños. A mi juicio la respuesta debe ser afirmativa. Precisamente, la propia LCS preceptúa en su art. 104 la obligatoriedad de acudir al art. 38 de la misma cuando se discrepe sobre el grado de invalidez en el seguro de accidentes. Por tanto, en ese supuesto dentro del seguro de personas también será de aplicación imperativa el art. 38 LCS. Otro caso distinto, en cambio, se plantea cuando nos alejamos del seguro de daños y de personas, y ponemos en relación lo antedicho con el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Así pues, entiendo que nada impediría que se aplicase el susodicho procedimiento extrajudicial a

<sup>39</sup> Véase STS, 1ª, 11.11. 2009 (La Ley 212162/2009; MP: José Antonio Seijas Quintana).

<sup>40</sup> Entre otras muchas, cabe citar las SSTs, 1ª, 4.9.1995 (La Ley 14666/1995; MP: Luis Martínez Calcerrada); 7.5.2008 (La Ley 79032/2008; MP: Juan Antonio Xiol Ríos); 5.4.2010 (La Ley 41065/2010; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) y 31.1.2011 (La Ley 1012/2011; MP: José Antonio Seijas Quintana).

otro tipo de seguros (por ejemplo, seguro de responsabilidad civil) siempre que ambas partes de común acuerdo acepten resolver, mediando pacto expreso, la cuestión controvertida a través de aquel<sup>41</sup>.

Por último, nótese que como ya ha venido manifestándose la jurisprudencia, y en virtud de la doctrina de los actos propios, la oferta económica realizada por la aseguradora al asegurado implica el reconocimiento por parte de aquella de la obligación de indemnizar. No obstante, la iniciación del procedimiento liquidatorio por parte de la aseguradora no entrañará la aceptación por parte de ésta de su obligación de indemnizar al asegurado<sup>42</sup>, aunque como con acierto apunta BATALLER GRAU (2002, p. 8) tal inicio si supondrá la renuncia del asegurador a las acciones que tenía para negar la existencia de un contrato válido y eficaz o sobre la concurrencia de alguna de las circunstancias que extinguen el derecho del asegurado.

#### **b) Consecuencias de la determinación de su imperativo ámbito objetivo de aplicación**

Una vez examinados el contenido de lo preceptuado en el artículo 38 LCS a la luz de la doctrina jurisprudencial y, como bien recuerda la STS, 1ª, 5.4.2010<sup>43</sup>, de su ámbito de aplicación e imperatividad se infieren dos importantes consecuencias:

- que resulta innecesario y no está justificado que el asegurador que rechaza la cobertura acuda a este procedimiento, ni que exija hacerlo al asegurado; y
- 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 pudieran influir en su origen o en el resultado.

#### **4.3. El procedimiento de liquidación del daño en el derecho comparado: el caso francés**

---

<sup>41</sup> Véase la STS, 1ª, 4.6.1994 (La Ley 736/1994. MP: Francisco Morales Morales). La misma recuerda al referirse al procedimiento extrajudicial previsto en el art. 38 LCS que “su carácter imperativo obliga a la aplicación en su ámbito, pero no la impide en otros cuando ha sido admitido libremente por las partes”. En sentido afirmativo se manifiesta también BATALLER (2002, p. 6).

<sup>42</sup> En este sentido, véase STS, 1ª, 20.11.2003 (La Ley 11224/2004; MP: Pedro González Poveda). También en parecidos términos véase STS, 1ª, 20.12.2007 (La Ley 2017-JF/0000; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel). La misma señala que el hecho de que la aseguradora responda a la reclamación del asegurado invitándolo a designar un perito a los efectos del artículo 38 LCS, pero primeramente rechazando expresamente la cobertura del siniestro, y aquella continúe el trámite previsto en dicha norma, “no puede ser considerado -ni siquiera aplicando la prohibición de ir válidamente contra los actos propios- como una aceptación de la obligación de indemnizar”.

<sup>43</sup> También, en idéntico sentido, se pronuncia la posterior STS, 1ª, 31.1.2011 (La Ley 1012/2011; MP: José Antonio Seijas Quintana).

En el derecho comparado se plantean mecanismos distintos a la institución del procedimiento pericial preceptivo previsto en el artículo 38 LCS. A modo de ejemplo, y observando un país de similar cultura jurídica, podemos mencionar el derecho francés de seguros. En sus características esenciales el ejemplo español no es seguido en nuestro vecino país, donde si bien su legislación de seguros ("*Code des Assurances*") menciona la posibilidad de recurrir a un procedimiento pericial (*expertise*) para la liquidación del daño<sup>44</sup>, no establece dicha ley en que consiste tal procedimiento pericial ni los efectos del mismo. Ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha suplido tal laguna jurídica.

No obstante, a pesar de la falta de previsión en la legislación de seguros francesa definiendo el *expertise* debemos señalar que la práctica aseguradora ha revelado la utilidad —al igual que hemos comentado en el caso español— de la utilización de un perito ("*expert*") para determinar las causas del siniestro y establecer el *quantum* indemnizatorio, al poseer éste los conocimientos especializados de los que el juez carece. No obstante, no prevé el *Code des Assurances* francés un precepto similar al actual art. 38 LCS, donde se establezca un procedimiento pericial de manera preceptiva en caso de discrepancia respecto a la valoración económica del siniestro. En cambio, la necesidad de acudir a un procedimiento pericial para resolver las discrepancias respecto a la liquidación del siniestro como paso previo al recurso a la jurisdicción (a falta de acuerdo entre las partes) puede ser impuesta, no obstante, por el contrato de seguro firmado por asegurador y asegurado respecto a ciertos riesgos tales como el incendio. En tales casos, se puede contemplar en el contrato de seguro de que se trate (habitualmente para el caso de que el siniestro sea de una cierta importancia) una cláusula específica de "*expertise amiable*" (peritaje amistoso), la cual contemplará el nombramiento por las partes de uno o más de un perito (en éste último caso actuando de manera colegiada, "*Collège d'experts*")<sup>45</sup>. Así pues, a falta de previsión legal que prevea una solución extrajudicial preceptiva en el supuesto de discrepancias en el *quantum* indemnizatorio en el seguro de daños habrá que estar a lo pactado en los diferentes contratos de seguro y si no se articula un procedimiento extrajudicial para dicha discrepancia, y las partes no llegan a un arreglo amistoso, entonces habrá que acudir al auxilio jurisdiccional.

A pesar de la obligación de seguir dicho procedimiento en el caso de que así lo prevea específicamente el contrato de seguro (y su utilización es cada vez mayor por el sector asegurador francés para la cobertura de determinados riesgos), el informe realizado por el perito

---

<sup>44</sup> A modo de ejemplo, señala respecto al seguro de incendio el artículo L 122-2 *Code des Assurances*, párrafo segundo, que: "Si, dans les trois mois à compter de la remise de l'état des pertes, l'expertise n'est pas terminée, l'assuré a le droit de faire courir les intérêts par sommation; si elle n'est pas terminée dans les six mois, chacune des parties peut procéder judiciairement". Como se puede observar se menciona un procedimiento pericial, pero no se define en qué consiste el mismo.

<sup>45</sup> Nótese que especifica el artículo L 114-1 del *Code des Assurances* que la designación del perito interrumpe el plazo de prescripción de dos años previsto para las acciones del contrato de seguro de daños (plazo igual al contemplado en el artículo 23 LCS). No obstante, como ha matizado la *Cour de Cassation* francesa este plazo bienal empezará nuevamente a correr posteriormente a la designación, no interrumpiéndose mientras duren las labores de peritaje (véase el *Arrêt* de la *Cour de Cassation, première chambre civile*, 24.2.2004 (núm. de pourvoi: 01-02719; MP: Mme. Duval-Arnould).

(o peritos) designado por las partes ("*rapport de reconnaissance*") no vinculará a las partes. Aquí se encuentra la principal diferencia con nuestra LCS. De éste modo, el asegurador podrá tomar la valoración económica contenida en el informe como referencia de cara a realizar una oferta económica al asegurado posteriormente a dicho proceso valorativo. A su vez, el asegurado podrá aceptar la misma o en caso de discrepancia plantear acciones judiciales. Es importante destacar que si bien dicho informe no vincula a las partes, en caso de que el asegurado decida acudir al auxilio jurisdiccional para reclamar una distinta valoración económica podrá valerse del informe pericial mencionado a título de prueba en el juicio correspondiente, y ello como ha recordado la *Cour de Cassation* francesa siempre que se haya respetado en el procedimiento de "*expertise amiable*" el principio contradictorio<sup>46</sup>. Por tanto, podemos concluir que en términos generales el procedimiento pericial previsto en algunas cláusulas de contratos de seguros de daños en Francia para el caso de discrepancia entre las partes acerca del *quantum* indemnizatorio determina una especie de conciliación previa obligatoria. Así, en esta el perito como profesional independiente tendría la tarea de determinar las causas del siniestro y cifrar la cantidad económica del siniestro para que las partes resuelvan de manera amistosa la controversia surgida. De este modo, el "*expert*" que participa en el procedimiento descrito se alejaría así de la función prevista para el tercer perito en el artículo 38 LCS, esto es, la de perito decisor de la controversia (acercándose a la función de los árbitros), con los ya comentados problemas de ejecución del dictamen no voluntariamente cumplido que ello conlleva.

## 5. Conclusiones

A modo de resumen, podemos decir que el artículo 38 LCS ha supuesto el desarrollo de un positivo e inteligente procedimiento liquidatorio en el seguro de daños, en el cual respetando el principio preferente de acuerdo amistoso entre las partes (en armonía con el principio de autonomía de la voluntad vigente en materia de obligaciones y contratos), a falta de éste se encarga la ardua tarea de la liquidación del siniestro a la figura que posee un conocimiento especializado sobre la materia: el perito.

No obstante, a pesar de la bondad del precepto pronto el mismo vino a resultar menos efectivo a como se presumía. La falta de claridad y precisión del art. 38 LCS (unido a su excesiva extensión) en determinados aspectos relativos al procedimiento liquidatorio, ocasionó que la jurisprudencia tuviese que librar un importantísimo trabajo para colmar las lagunas legales.

En este sentido, como hemos podido observar en este trabajo, la LCS no previó algunos aspectos fundamentales desde el punto de vista práctico. Así, hubiera sido deseable que la LCS contemplase en que supuestos procede de manera preceptiva acudir al procedimiento

---

<sup>46</sup> Véase el *Arrêt* de la *Cour de Cassation, première chambre civile*, 11.3.2003 (núm. de pourvoi : 01-01430; MP: Mme. Chardonnet), y también el *Arrêt* de la *Cour de Cassation, deuxième chambre civile*, 29.3.2006 (núm. de pourvoi : 04-19867, MP: M. Diltilhac).

liquidatorio previsto en el art. 38, además de clarificar qué ocurre en el caso de que la aseguradora se niegue parcialmente a la cobertura del siniestro.

Además, la LCS no estableció ningún plazo concreto al cual sujetarse para llegar a un acuerdo sobre el *quantum* indemnizatorio y posteriormente designar un tercer perito dirimente. Esta circunstancia ha sido especialmente gravosa para el asegurado, ya que debido a las a menudo maniobras dilatorias de las compañías aseguradoras, las mismas alargan el procedimiento de manera innecesaria y costosa para el asegurado. Estas actitudes han ocasionado que a veces el asegurado haya decidido abandonar el procedimiento liquidatorio y acudir directamente a la vía judicial, trayendo como consecuencia la inadmisión de la demanda y la vuelta al inicio del susodicho procedimiento liquidatorio. Al respecto entiendo que hubiera sido deseable incluir un deber general de diligencia del asegurador en la tramitación del mencionado procedimiento. Dicha medida fue incorporada en la propuesta de bases para la reforma de la Ley de Contrato de Seguro que realizó la Junta Consultiva de Seguros en el año 2008 en el seno de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia<sup>47</sup>. Tanto el APLCS como el PrCM parecen haberse hecho eco de la misma y la han incorporado a su articulado.

Y es que de nada sirve establecer un procedimiento liquidatorio especialmente beneficioso para el asegurado, conllevando un ahorro de tiempo y costes, cuando al mismo tiempo el legislador no articula un deber de colaboración que deba cumplir el asegurador para que aquel sea efectivo.

Por otra parte, entiendo que el plazo de comunicación dado al asegurado para transmitir los daños sufridos al asegurador es excesivamente corto por cuanto la realidad demuestra que en siniestros complejos no es hasta varios días después del acaecimiento del siniestro cuando aparecen daños que inicialmente no habían sido detectados. Considero que un plazo de un mes es un plazo razonable. Tanto el APLCS como el PrCM plantean esta novedad lo que creo sin duda acertado.

También, y en lo que respecta al dictamen pericial, el art. 38 LCS proyecta unos plazos de impugnación excesivamente desiguales para las partes. Un plazo de ciento ochenta días para la impugnación del dictamen por el asegurado entiendo que resulta desproporcionado y pienso que si bien es razonable que el asegurado disponga de un plazo mayor que el asegurador, éste no debería de sobrepasar en ningún caso el doble de tiempo dado al asegurador. No obstante, sin duda alguna quizás el mayor problema no resuelto por el art. 38 LCS es la falta de ejecutividad del dictamen pericial devenido inatacable. Si bien como ya expuse en este trabajo creo que sería posible instar un proceso monitorio para solventar tal problema, sería necesario reformar el artículo 517.2 LEC para incluir entre los títulos que llevan aparejada ejecución el dictamen devenido inatacable.

---

<sup>47</sup> “Propuesta de Bases para la reforma de la Ley de Contrato de Seguro”; primera parte: Introducción y Título I “Disposiciones Generales”. Grupo de trabajo de la Junta Consultiva de Seguros (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), febrero de 2008, p. 46 (última consulta: 12.1.2015).

En otro orden de cosas, en lo que respecta a la competencia territorial, entiendo que sería conveniente especificar cuál será el juez competente en caso de reclamaciones por parte del asegurado frente al CCS por la vía del art. 38 LCS. Así, sería deseable que se aclarase que en estas reclamaciones el juez competente será el de la capital de la provincia donde se hallen los bienes. Y ello, ya que nos encontramos ante un organismo público al cual le es aplicable la LAJE.

Finalmente, cabe destacar que el APLCS —y el PrCM, aunque en menor medida— colman muchas de las lagunas interpretativas señaladas tomando en consideración las soluciones doctrinales y jurisprudenciales de los últimos años. En este sentido, y en lo que respecta al procedimiento liquidatorio, debe saludarse positivamente la reducción del plazo de impugnación del dictamen al asegurado (acercándolo al del asegurador), la ampliación del plazo para notificar al asegurador los daños del siniestro, la especificación de las causas que conllevan la interrupción de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, así como la obligación de la aseguradora de presentar al cabo de dos meses desde la notificación del siniestro una propuesta económica al asegurado, la cual no estará sujeta a la renuncia de futuras reclamaciones en el caso de que la indemnización aceptada sea inferior a la que hubiera podido corresponderle.

## 6. Tabla de jurisprudencia citada

### *Tribunal Supremo*

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 17.5.1990	La Ley 2017-JF/0000	Andrés Fernández Rodríguez
1ª, 31.3.1992	La Ley 2690-JF/0000	José Almagro Nosete
1ª, 17.7.1992	La Ley 2908-JF/0000	José Almagro Nosete
1ª, 31.12.1992	La Ley 15212-JF/1993	Alfonso Villagómez Rodal
1ª, 4.6.1994	La Ley 736/1994	Francisco Morales Morales
1ª, 5.10.1994	La Ley 118/1995	Matías Malpica y González-Elipe
1ª, 4.9.1995	La Ley 14666/1995	Luis Martínez Calcerrada
1ª, 30.7.1999	La Ley 11786/1999	Pedro González Poveda
1ª, 5.11.2002	La Ley 11376/2003	José Almagro Nosete
1ª, 12.11.2003	La Ley 10876/2004	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 20.11.2003	La Ley 11224/2004	Pedro González Poveda
1ª, 11.9.2006	EDJ 2006/261508	José Almagro Nosete
1ª, 2.2.2007	La Ley 1477/2007	Vicente Montés Penadés
1ª, 25.6.2007	La Ley 51940/2007	Clemente Auger Liñan
1ª, 20.12.2007	La Ley 2017-JF/0000	José Ramón Ferrándiz Gabriel
1ª, 28.1.2008	La Ley 870/2008	José Almagro Nosete
1ª, 7.5.2008	La Ley 79032/2008	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 11.11.2009	La Ley 212162/2009	José Antonio Seijas Quintana
1ª, 4.2.2010	La Ley 872/2010	José Antonio Seijas Quintana
1ª, 5.4.2010	La Ley 41065/2010	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª, 31.1.2011	La Ley 1012/2011	José Antonio Seijas Quintana
1ª, 23.6.2014	RJ\2014\2966	Francisco Javier Arroyo Fiestas

*Audiencias Provinciales*

<i>Lugar, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Madrid, Sec. 21ª, 24.1.2005	La Ley 18181/2005	Mª José Alfaro Hoys
Guipúzcoa, Sec. 2ª, 11.2.2013	AC\2014\864	María Teresa Foncuberta de la Torre
Castellón, Sec. 1ª, 2.9.2013	JUR\2013\350528	Aurora de Diego González
Murcia, Sec. 1ª, 19.11.2013	La Ley 187516/2013	Andrés Pacheco Guevara
Girona, Sec. 1ª, 19.5.2014	AC\2014\1404	Fernando Lacaba Sánchez
Zaragoza, Sec. 5ª, 17.6.2014	La Ley 84571/2014	Alfonso María Martínez Areso
La Coruña, Sec. 6ª, 30.6.2014	La Ley 106095/2014	Ángel Manuel Pantín Reigada

*Cour de Cassation*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Núm. recurso</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Cass. Civil, 1ère, 11.3.2003	01-01430	Mme. Chardonnet
Cass. Civil, 1ère, 24.2.2004	01-02719	Mme. Duval-Arnauld
Cass. Civil, 2ème, 29.3.2006	04-19867	M. Diltilhac

**7. Bibliografía**

José ALMAGRO NOSETE (1982), “Reglas procesales en la ley de contrato de seguro”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, pp. 5-14.

Begoña ARQUILLO COLET (2004), “El procedimiento pericial de liquidación de daños: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, 26.1.2004”, *InDret 3/2004* ([www.indret.com/es](http://www.indret.com/es)).

Juan BATALLER GRAU (2002), “Comentario a los artículos 38 y 39 de la Ley del Contrato de Seguro”, Josefina BOQUERA, Juan BATALLER y Jesús OLAVARRÍA (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tiranch lo Blanch, Valencia.

--- (2013), “Art. 38. La liquidación del siniestro en los seguros de daños”, Josefina BOQUERA, Juan BATALLER y Jesús OLAVARRÍA (Coordinadores), *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)*, Tiranch lo Blanch, Valencia, pp. 427-476.

Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ (2009), “La determinación del interés “moratorio” del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro: período por el que se devengan intereses y tipo de interés aplicable, (Reflexiones en torno a la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2007)”, *Diario La Ley*, núm. 7248, Sección Tribuna.

Luis DE ÁNGULO RODRÍGUEZ (2007), “Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 21, pp. 8-20.

Gregorio MARTÍNEZ TELLO (2008), "El acceso a la jurisdicción por el asegurado en reclamación de la prestación convenida en el seguro de daños y el art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 26, pp. 9-16.

Josep Tomás SÀLAS DARROCHA y Joaquím MARTÍNEZ SÁNCHEZ (2005), "Criterios y cómputo de los intereses moratorios ex. Art. 20 LCS", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 656, pp. 1-7.

Francisco SOTO NIETO (1996), "Procedimiento pericial de tasación de daños y fijación de indemnización del artículo 38 de la Ley de Contratos de Seguro. Doctrina y jurisprudencia", *La Ley: Revista jurídica española de derecho, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, pp. 1538-1548.

Francisco Javier TIRADO SUÁREZ (2005), "Artículo 38. El procedimiento pericial", en Fernando SÁNCHEZ CALERO (Director), *Ley de Contrato de seguro: comentarios a la ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.

Abel B. VEIGA COPO (2010), "Seguro contra daños", en Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO *et alii* (Dirs.), *Los mercados financieros*, Tiranch lo Blanch, Valencia, pp. 849-931.

Josep VIELLA I MASSEGÚ (2006), "La liquidación del perjuicio en los seguros de daños y de accidentes. Arts. 38 y 104 de la ley de contrato de seguro", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 17, pp. 23-30.