

COMENTARIOS AL ARTÍCULO 38 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

Miguel Ángel Toledano Jiménez

*Socio director de Curia Legis Abogados
Profesor del Área Jurídica. CEF-UDIMA*

EXTRACTO

Centramos el presente trabajo en el artículo 38 de la Ley de contrato de seguro, actualizado a través de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras. Analizaremos las obligaciones de las partes y el sistema pericial de liquidación del daño que contempla, tanto en sus aspectos procedimentales como sustantivos.

Palabras clave: contrato de seguro, prueba pericial y liquidación del daño.

Fecha de entrada: 10-01-2017 / Fecha de aceptación: 24-01-2017

COMMENTS ON ARTICLE 38 OF THE INSURANCE CONTRACT LAW

Miguel Ángel Toledano Jiménez

ABSTRACT

We focus the present work in article 38 of the insurance contract Law, updated through Law 20/2015, of July 14, on the management, supervision and solvency of insurers. We will analyze the obligations of the parties and the expert system of liquidation of the damage contemplated in both procedural and substantive aspects.

Keywords: contract of insurance, expert test and liquidation of the insured hurt.

Sumario

- I. Introducción. Ubicación en la Ley de contrato de seguro
- II. Liquidación del siniestro (daños materiales y seguro de accidentes)
- III. Procedimiento a seguir
- IV. Aspectos sustantivos
 - 1. Impugnación del dictamen de peritos
 - 2. Naturaleza del procedimiento pericial del artículo 38 de la Ley de contrato de seguro

I. INTRODUCCIÓN. UBICACIÓN EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante LCS), se compone de 109 artículos, distribuidos en 4 títulos, 4 disposiciones adicionales (la segunda, sobre la contratación a distancia, fue derogada por Ley 22/2007, de 11 de julio), 1 disposición transitoria y 1 disposición final.

El título primero es el relativo a las disposiciones generales, y regula aspectos tan importantes como la definición del contrato de seguro, la imperatividad de la LCS, condiciones generales, cláusulas limitativas, conclusión y documentación del contrato, obligaciones y deberes de las partes, duración del contrato y prescripción.

El título II contempla la regulación de los seguros contra daños, recogiendo unas disposiciones generales (entre las que se encuentra precisamente el art. 38 LCS) y los diferentes tipos de seguros contra daños y el reaseguro.

El título III recoge los denominados seguros de personas, que tras la reforma operada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, se clasifican en seguros sobre la vida, de accidentes, de enfermedad y asistencia sanitaria, y seguros de decesos y dependencia.

Por último, el título IV, a través de sus artículos 107, 108 y 109, hace una referencia a las «Normas de Derecho Internacional Privado». Este título fue añadido por Ley 21/1990, de 19 de diciembre, y ha sido recientemente modificado por la Ley 20/2015, de 14 de julio, derogando la definición de grandes riesgos que contemplaba.

Entre las obligaciones de las partes, contempladas en las disposiciones generales del título primero, se recoge la obligación del tomador de pagar la prima y la obligación de la aseguradora de indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado.

Recordemos que el tomador del seguro o el asegurado o beneficiario (art. 16 LCS) deberán comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haberlo conocido, salvo que en la póliza se haya fijado un plazo más amplio. La fijación de este plazo más amplio es perfectamente posible y acorde con la imperatividad que establece el artículo 2 de la LCS, puesto que las distintas modalidades del contrato de seguro se regirán, en defecto de ley que les sea aplicable, por la LCS, que tendrá carácter imperativo, entendiéndose no obstante válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, por lo que, aunque el artículo 16 no estableciera expresamente la posibilidad de declaración del siniestro en un plazo superior a los siete días, esta posibilidad sería lícita si con ello se beneficia al asegurado, y este beneficio se produce, evidentemente, si se amplía el plazo para la declaración.

No obstante, en principio, el hecho de no declarar el siniestro en el plazo de siete días desde que lo conoció el asegurado no es óbice para que el siniestro no quede cubierto, si bien el asegurador podría reclamar los daños y perjuicios producidos por la falta de declaración, siempre que el asegurador no hubiera tenido conocimiento del siniestro por otro medio.

Por otro lado, muchos asegurados suelen desconocer que deben facilitar en todo momento a la compañía de seguros toda clase de información sobre las circunstancias del siniestro y consecuencias del mismo, ya que, en caso de violación de este deber, se puede llegar incluso a producir la pérdida del derecho a la indemnización si concurriera dolo o culpa grave. Es habitual que los departamentos de siniestros de las compañías de seguros establezcan protocolos para los supuestos en los que, requerida información al asegurado, este se niegue a prestarla o bien haga caso omiso a dichos requerimientos, estableciendo cartas o comunicaciones tipo, donde se le indique el deber de colaboración con la compañía y las desagradables consecuencias que el incumplimiento de dicho deber puede tener para ellos.

El artículo 38 de la LCS se encuentra ubicado en el título II de dicha norma, relativo a los «Seguros contra daños», concretamente en su sección primera donde se recogen las disposiciones generales aplicables a los mismos.

Entre estas disposiciones generales (arts. 25 a 49), se encuentran recogidas muchas de las bases para la liquidación de los siniestros: interés del asegurado, enriquecimiento injusto, suma asegurada como límite máximo de la indemnización a pagar, póliza estimada (valor convenido), seguro a valor total, a valor parcial, a primer riesgo, sobreseguro, infraseguro, regla proporcional, seguro múltiple, coaseguro, transmisión del objeto, pericial del artículo 38, derecho de los acreedores hipotecarios y similares y subrogación del artículo 43.

El artículo 38 de la LCS es consecuencia del principio indemnizatorio en los seguros contra daños, de tal manera que el asegurador debe indemnizar el daño efectivamente producido dentro de los límites establecidos en el contrato, recordando siempre que, según el artículo 25 de la LCS, el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado.

La finalidad del artículo 38 de la LCS viene establecida, entre otras, en la STS de 16 de noviembre de 2011, que resume la interpretación de este precepto y señala que se trata de «facilitar una liquidación del siniestro lo más rápida posible cuando las partes, asegurada y aseguradora, discrepen en la cuantificación económica de los daños derivados del mismo, articulando, en función de dicha finalidad, un procedimiento imperativo para los litigantes, si bien dicho rasgo de imperatividad desaparece cuando la discrepancia no se centre únicamente en la cuantificación, como sucede en los casos en que el asegurador discrepa respecto del fondo de la reclamación, por cuestionar la existencia misma del siniestro, su cobertura por la póliza de seguro, u otras circunstancias que pudieron influir en su causación o en el resultado».

Por lo tanto, sobre la base de este artículo, no podremos discutir la cobertura o no del siniestro y, en principio, ninguna otra cuestión distinta de la mera cuantificación del importe de la indemnización.

Como hemos indicado, el artículo 38 está ubicado dentro del título II de la LCS, es decir, dentro de los denominados «Seguros contra daños», esto, *a priori*, puede hacernos pensar que solo es aplicable la pericia aquí recogida a este tipo de seguros, pero el artículo 104, relativo al seguro de accidentes, y encuadrado dentro del título III (seguros de personas), nos hace ver que también es aplicable.

II. LIQUIDACIÓN DEL SINIESTRO (DAÑOS MATERIALES Y SEGURO DE ACCIDENTES)

La pericial reflejada en el artículo 38 de la LCS se aplica, por lo tanto, no solo a los seguros contra daños en los cuales existe una discrepancia acerca del importe a indemnizar al asegurado, sino también en los seguros de accidentes por la remisión expresa que hace el artículo 104 de la LCS al artículo 38.

En cuanto a los seguros contra daños, el asegurado, una vez producido el siniestro y en el plazo de cinco días a partir de la notificación del siniestro a la compañía de seguros (en principio esta notificación debería ser en el plazo de siete días desde el acaecimiento del siniestro), debe comunicar por escrito al asegurador la relación de objetos existentes al tiempo del siniestro, la relación de objetos salvados y la estimación de los daños.

En la práctica, se suple esta comunicación con el envío del perito por parte de la compañía de seguros al lugar siniestrado y por la valoración que efectúa el mismo en dicho lugar, recogiendo la relación de objetos siniestrados, las manifestaciones del asegurado y testigos existentes, así como la relación de objetos salvados y la estimación y cuantificación de los daños, convirtiéndose la pericial en un auténtico atestado elaborado por el perito de la compañía y que sirve de base para la cobertura o no del siniestro en muchos casos, y, cómo no, para saber el importe a indemnizar y si existía o no sobreseguro o infraseguro al poner en relación los daños producidos con los importes asegurados en la póliza.

Es habitual que, en los seguros contra daños, sobre todo en los multirriesgos de hogar y comercios, exista infraseguro, al ser la suma asegurada inferior al valor del interés en el momento del siniestro, indemnizándose, en estos casos, el daño causado en la misma proporción en la que la suma asegurada cubre el interés asegurado. No obstante, no olvidemos que las partes de común acuerdo pueden excluir en póliza o con posterioridad a la celebración del contrato la aplicación de la regla proporcional a la que hacemos referencia.

En cuanto a la preexistencia de los objetos, corresponde al asegurado la prueba de la misma, entendiéndose que el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces. En este sentido, es habitual que el asegurado realice fotografías que demuestren la existencia de los objetos y, en principio, sería admisible cualquier prueba válida en derecho que, por supuesto, admitirá la denominada «prueba en contrario». En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ha sido bastante flexible por las dificultades que entraña este tipo de probanza. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Valencia 492/2010, de 20 de septiembre trata el tema de la preexistencia de

los objetos en un siniestro con cobertura de robo, y recuerda la importancia que tiene el artículo 3 de la LCS, en estos casos, cuando dice:

«La jurisprudencia reitera que la descripción y exclusión del riesgo asegurado debe aceptarse específicamente por escrito. Como ya se pronunció la STS de 27 de febrero de 1990, decir que la exclusión del riesgo no es una cláusula limitativa no tiene sentido, pues la cláusula repercute en el derecho del asegurado. Se trata del efectivo cumplimiento de las exigencias que marca la ley para constatar el verdadero contenido contractual, su sentido, significado, entidad y alcance o repercusión».

«De acuerdo con el artículo 38 de la LCS "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". Así pues, y cualquiera que sea la modalidad contratada se hace necesario por el actor probar la preexistencia de los objetos sustraídos y determinar el daño real sufrido, prueba que solo puede realizar el dueño de la cosa sustraída si bien la valoración de dicha prueba deberá hacerse conforme a los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia al respecto, en aplicación de las normas de la propia Ley de Contrato de Seguro.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1992 nos indica al referirse al problema de la preexistencia: "La preexistencia de los objetos que fueron robados ha de ser objeto de la correspondiente actividad probatoria directa y, en su caso, factible, asimismo, por la vía de las presunciones [...] la póliza hace constar la contratación de un seguro de robo, con unas cantidades máximas para el objeto del convenio y por sí misma no determina directamente la situación de preexistencia en discordia, sino que únicamente es indicativa de lo que abarca el riesgo al que se le dio cobertura con el seguro concertado y sin perjuicio del valor presuntivo que le reconoce el art. 38 de la LCS 8-10-90. [...] Ha de partirse, lo que ya se dejó apuntado, de la presunción de preexistencia que el mencionado art. 38 en concordancia con el 2 de la Ley de Contrato de Seguro establece a favor de los asegurados, lo que no le releva de la necesaria prueba para deducir aquella o complementarla, así como de la concurrente contraprueba de la Aseguradora, dada su posición preeminente en el contrato.[...] La prueba de la preexistencia a cargo del asegurado, conforme al art. 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 refieren relación al contenido de la póliza, que en el caso de autos concurren y es de procedencia, también 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 [...] lo que es acorde con la flexibilidad que es preciso adoptar en materia de seguros para que los derechos legítimos de los asegurados gocen de verdadera protección legal, garantías de eficacia y el contrato no sea dominado por la unilateralidad rechazable de consistir solo en las obligaciones del pago de las primas convenidas, lo que ataca frontalmente el sentido y filosofía de la LCS". Partiendo de tales criterios es preciso valorar la prueba practicada en autos para concretar cuál es el valor real de la pérdida sufrida por la actora».

Una vez que las partes se ponen de acuerdo sobre el importe y forma de la indemnización, la compañía de seguros deberá pagar la suma convenida o realizar las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado, si su naturaleza así lo permitiera. Recordemos 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.

Según el artículo 18 de la LCS, 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 40 días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que él pueda deber, según las circunstancias por él conocidas.

Cuando las partes no llegan a un acuerdo, según lo establecido en el artículo 18 de la LCS, es precisamente cuando entra en juego la pericial regulada en el artículo 38 de la LCS que veremos con más detalle a continuación.

Por último, indicaremos, que también será de aplicación el procedimiento pericial del artículo 38 en los supuestos establecidos en el artículo 104 de la LCS, es decir, en los casos de seguros de accidentes en los que la determinación del grado de invalidez sea una cuestión discutida entre las partes:

«Artículo ciento cuatro.

La determinación del grado de invalidez que derive del accidente se efectuará después de la presentación del certificado médico de incapacidad. El asegurador notificará por escrito al asegurado la cuantía de la indemnización que le corresponde, de acuerdo con el grado de invalidez que deriva del certificado médico y de los baremos fijados en la póliza. Si el asegurado no aceptase la proposición del asegurador en lo referente al grado de invalidez, las partes se someterán a la decisión de Peritos Médicos, conforme al artículo treinta y ocho».

En ambos casos, tanto para los seguros contra daños, como para los seguros de accidentes, el sometimiento a la pericial del artículo 38 de la LCS es preceptivo, algo que suele olvidarse con facilidad y que puede dar lugar a la alegación de la correspondiente excepción de declinatoria en el procedimiento civil que se entable ante el juzgado de primera instancia. Recordemos que la declinatoria viene regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 63 y siguientes, y mediante la misma, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de esta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores. Si bien es cierto que la imperatividad del artículo 38 de la LCS ha sido matizada por el TS y habrá que estar al tipo de controversia que sostengan las partes (*quantum* indemnizatorio) e incluso a las posiciones que estas hayan adoptado a lo largo de la negociación mantenida. Así, por ejemplo, las SSTS de 9 de diciembre de 2002 y 29 de junio de 1992 asemejan el acta levantada por los peritos a un laudo arbitral, que ha de «aparecer fundado por las propias precisiones que los peritos hagan, en orden a determinar los conceptos exigidos en el párrafo quin-

to del artículo 38, de acuerdo a sus conocimientos técnicos, en los correspondientes apartados que de forma imperativa han de constar en el acta». No obstante esta semejanza con el laudo arbitral conviene matizarla, como ha hecho la reciente STS de 14 de septiembre de 2016, cuando trata las causas de impugnación del dictamen de peritos, como veremos más adelante.

III. PROCEDIMIENTO A SEGUIR

Los trámites serían los siguientes:

1. Comunicación del siniestro a la aseguradora por parte del asegurado en el plazo de siete días (art. 16 LCS), con las matizaciones que ya hemos comentado respecto a la falta de declaración o falta de comunicación en plazo.
2. Obligación de la compañía de seguros de 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 caso, obligación de efectuar el pago del importe mínimo en el plazo de 40 días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro.
3. Si no se logra un acuerdo dentro del plazo indicado en el párrafo anterior (a nuestro juicio, una vez transcurridos 40 días cualquiera de las partes estaría legitimada), cada parte *designará* un perito, debiendo constar por escrito la aceptación de estos. Recalamos la palabra «designará», para establecer la obligatoriedad de acudir a este procedimiento.

En la práctica, cualquiera de las partes podrá dirigirse a la otra, indicando que al no haberse alcanzado un acuerdo sobre el importe de la indemnización dentro del plazo establecido en el artículo 18 y estableciéndose el desacuerdo como una mera cuestión relativa al *quantum* indemnizatorio, se designa al perito X, que acepta la designación. Importante, por lo tanto, la comunicación fehaciente a la otra parte de la designación de perito y la firma del mismo aceptando.

4. En estos casos, la parte que haya recibido la designación efectuada de contrario deberá designar también un perito si no hubiera hecho ya la designación del mismo. Si no ha designado perito, deberá hacerlo en el plazo de los ocho días siguientes a la fecha en que sea requerida por la parte que hubiere designado el suyo. Este punto es muy importante, ya que la falta de designación en plazo supone que la parte que no ha designado acepta el dictamen que emita el perito de la otra parte, quedando vinculada por el mismo. No se nos escapa la importancia que tiene este apartado, tanto para la aseguradora como para el asegurado, puesto que la aceptación no se limita al hecho de aceptar el perito designado por la otra parte, sino a aceptar el dictamen que emite el perito de la otra parte. Este párrafo siempre nos ha parecido excesivo para el asegurado, lego en derecho, que viene compelido a

un conocimiento de la LCS, demasiado extenso y riguroso, no tanto, con respecto a la compañía de seguros, que se la suponen unos conocimientos extensos y profundos sobre la materia; de hecho, es habitual que las compañías de seguros, en sus departamentos de siniestros, tengan monitorizados e informatizados todos los plazos y trámites a seguir para evitar situaciones perjudiciales para las mismas, como sería la no designación en plazo cuando el asegurado le ha comunicado el sometimiento al artículo 38 y la designación y aceptación de perito. Entendemos que, cuando la parte contraria recibe la designación, no solo debe designar también perito, sino que este debe aceptar la designación efectuada para que las reglas de juego sean iguales para ambas.

5. Los peritos pueden llegar a un acuerdo, si es así, se reflejará en un acta conjunta. También es cierto que la parte que reciba la notificación de contrario puede aceptar dicha designación y que sea un solo perito el que emita el dictamen correspondiente.
6. En caso de acuerdo, cuando existan dos peritos, el acta deberá contener una serie de requisitos mínimos establecidos en el artículo 38.5 de la LCS:
 - Causas del siniestro.
 - Valoración de los daños.
 - Todas aquellas circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate.
 - Propuesta del importe líquido de las indemnizaciones.
7. En caso de desacuerdo, ambas partes designarán un tercer perito de conformidad.
8. Cuando las partes no se pongan de acuerdo tampoco, en la designación de este tercer perito, será cuando entren en juego dos opciones:
 - Promover expediente de designación de perito, conforme a lo previsto en la Ley de jurisdicción voluntaria (LJV).
 - Promover expediente de designación de perito, conforme a lo dispuesto en la legislación notarial.

Entendemos que, el expediente lo podrá promover cualquiera de las partes, escogiendo la vía que mejor se adecue a sus intereses:

- Vía notarial: título VII de la Ley Orgánica del notariado de 28 de mayo de 1862, introducido por la disposición final undécima de la LJV, en concreto el capítulo VI, sección 3.^a, es donde se prevé «el nombramiento de peritos en los contratos de seguro» y se indica que se aplicará el procedimiento regulado en este artículo (art. 80 Ley notariado) cuando en el contrato de seguro, conforme a su legislación específica, no haya acuerdo entre los peritos nombrados por el asegurador y el asegurado para determinar los

daños producidos, y aquellos no estén conformes con la designación de un tercero. El procedimiento sería el siguiente:

- Se aplica el procedimiento cuando aseguradora y asegurado no se pongan de acuerdo para designar un tercer perito.
 - Competencia: notario al que acudan de mutuo acuerdo; en defecto de acuerdo, cualquiera entre los que tengan su residencia en el lugar del domicilio o residencia habitual del asegurado o donde se encuentre el objeto de la valoración, a elección del requirente; también podrá elegir a un notario de un distrito colindante a los anteriores.
 - Puede promover el expediente cualquiera de las partes o ambas conjuntamente (se acompañan la póliza y los dictámenes).
 - El notario convoca a una comparecencia, si no hay acuerdo lo nombra conforme artículo 50.
 - Se notifica al perito para aceptación, si acepta se nombra requerimiento para provisión de fondos y emisión de dictamen en el plazo previsto por las partes y, en su defecto, en el plazo de 30 días a partir de la aceptación del nombramiento.
 - El dictamen se incorpora al acta y se da por finalizada.
- Acudir a los Juzgados de lo Mercantil (título VIII, capítulo VIII, LJV):
 - Será competente el Juzgado de lo Mercantil del lugar del domicilio del asegurado (art. 137 LJV).
 - Podrán promover el expediente cualquiera de las partes del contrato de seguro o ambas conjuntamente. Al escrito se acompaña la póliza y los dictámenes de los peritos.
 - En la tramitación no será preceptiva la intervención de abogado y procurador.
 - El secretario judicial (letrado de la administración de justicia) será el encargado de admitir o no a trámite el expediente, si no lo admite, dicta decreto y archiva (art. 17 LJV); si lo admite, cita a comparecencia a los interesados.
 - Comparecencia: el secretario insta a los interesados a que se pongan de acuerdo en el nombramiento de otro perito y, si no hubiere acuerdo, procederá a nombrarlo con arreglo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 138.2 LJV)
 - Si el perito acepta el cargo, se le proveerá del consiguiente nombramiento y deberá emitir su dictamen en un plazo máximo de 30 días, se incorpora al expediente y finaliza el procedimiento (art. 138.4 LJV).

9. El plazo para emitir el dictamen será el señalado por las partes o, en su defecto, el de 30 días a partir de la aceptación de su nombramiento por el tercer perito. Como se puede apreciar, este plazo de 30 días, es común al artículo 38.6 de la LCS, Ley del notariado y artículo 138.4 de la LJV.
10. Notificación del dictamen. El dictamen de los peritos se notificará a las partes de manera inmediata y en forma indubitada. Resulta evidente que el tercer perito debe haber tenido contacto con los otros dos peritos que ya habían designado las partes, en este sentido, cabe entender que el dictamen se puede emitir por unanimidad o por mayoría.
11. Este dictamen será vinculante para las partes salvo que se impugne judicialmente por alguna de ellas, dentro del plazo de 30 días, en el caso del asegurador y 180 días en el caso del asegurado. El cómputo del plazo (30 o 180 días) será desde la fecha de notificación del dictamen a la parte que corresponda. Si se dejaren transcurrir estos plazos, el dictamen pericial vendrá inatacable. En el supuesto de que el dictamen de los peritos (véase que el art. 38 LCS habla en todo momento de peritos –en plural–) fuera impugnado, el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el artículo 18 de la LCS, y si no lo fuera, abonará el importe de la indemnización señalada por los peritos en un plazo de cinco días. En los supuestos de impago por parte del asegurador que hagan necesaria la reclamación judicial del importe reflejado en el dictamen cuando este sea inatacable (firme), la indemnización devengará el interés previsto en el artículo 20 de la LCS que empezará a devengarse desde que la valoración devino inatacable para el asegurador y, en todo caso, se abonarán también los gastos originados al asegurado en el proceso que se vea obligado a interponer. Entendemos que, al aplicarse los intereses del artículo 20 de la LCS, estos serían, tal y como tiene establecida la jurisprudencia del TS, los legales incrementados en un 50% durante los dos primeros años y el 20% a partir del segundo año. El último párrafo del artículo 38 de la LCS hace referencia a esta imposición de intereses en caso de reclamación judicial y a la imposición de costas dentro del procedimiento de que se trate y cualquiera que fuere el procedimiento aplicable.

Analizaremos a continuación los supuestos de impugnación del dictamen de peritos, así como otros aspectos que consideramos de tipo sustantivo en el análisis que estamos efectuando.

IV. ASPECTOS SUSTANTIVOS

1. IMPUGNACIÓN DEL DICTAMEN DE PERITOS

Como hemos expuesto, siguiendo lo indicado en el artículo 38.7 de la LCS, el dictamen de peritos podrá ser impugnado por alguna de las partes dentro de los plazos de 30 días o 180 días dependiendo de si se trata del asegurador o del asegurado, pero nada dice la norma acerca de las causas de impugnación, habrá que acudir a la doctrina y jurisprudencia para esclarecer esta cuestión.

El dictamen pericial es negocio jurídico y, por lo tanto, puede ser impugnado por las causas generales de nulidad contenidas en los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil. También puede ser impugnado el procedimiento en sentido estricto. Con este planteamiento tendríamos impugnación por razones de fondo, e impugnación por razones de forma o procedimentales.

Como cuestiones de fondo, podríamos impugnar el dictamen de peritos por error, intimidación, violencia y dolo. Entendemos que incluso podría impugnarse por cuestiones referidas al contenido del dictamen en sí mismo considerado, por un desacuerdo en las conclusiones a las que dicho dictamen llega y relativas a la valoración del daño (material o corporal) o incluso a las causas del siniestro, si bien en estos supuestos la cuestión no parecía tan clara, no obstante, así parece deducirse de la STS, Sala de lo Civil, de 14 de septiembre de 2016, cuando indica, en su fundamento de derecho segundo, apartado tercero, lo siguiente:

«3. Alcance de la impugnación.

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

Según autorizada doctrina, en cuanto que el dictamen pericial es negocio jurídico, puede ser impugnado por las causas generales de nulidad contenidas en los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil. También se puede impugnar el procedimiento en sentido estricto y, en último caso, el dictamen pericial.

La sentencia 231/2007, de 2 de marzo, ya citada, afirma que "el informe emitido puede ser impugnado, aparte de por las causas generales nacidas del artículo 1.265 del Código Civil (error, violencia, intimidación o dolo) y de las que se refieren al procedimiento estricto, por las que afectan al dictamen pericial, discrepancias sobre las causas del siniestro o el momento, como es el caso, de su acacamiento".

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

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

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

el procedimiento de impugnación no se hace a través de los artículos 1 y 46 de la Ley de Arbitraje, sino en la forma prevista en la citada norma"»).

Esta sentencia nos ha parecido tremendamente esclarecedora sobre las causas de impugnación del dictamen de peritos, ya que permite la impugnación no solo por cuestiones de procedimiento (que no se cumpla el procedimiento establecido en el artículo 38 de la LCS, y/o en el artículo 80 de la Ley del notariado o en el art. 138 de la LJV), sino que también permite la impugnación por los mismos motivos que atacaríamos la nulidad de un negocio jurídico (arts. 1.265 y ss. del Código Civil) y, lo que es más importante, la impugnación por cuestiones derivadas del propio contenido del dictamen pericial en sí mismo considerado, con la argumentación de las diferencias entre la impugnación de un laudo y la impugnación de un dictamen pericial, permitiendo a los jueces y tribunales conocer con total plenitud sobre la impugnación efectuada por las partes de un peritaje.

2. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO PERICIAL DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

Se trata de un procedimiento extrajudicial cuya finalidad es facilitar una liquidación del siniestro lo más rápida posible entre las partes, cuando discrepan en la cuantificación económica de los daños derivados del mismo, articulando en estos casos un procedimiento imperativo para la aseguradora y el asegurado, no existiendo obligación de acudir al mismo, cuando la discrepancia se deba a cuestiones de fondo, cobertura de la póliza o cualesquiera otras circunstancias distintas del *quantum* indemnizatorio.

En este sentido, podemos hacer referencia a las SSTs de 25 de junio de 2007, 18 de octubre de 2008, 7 de mayo de 2008, 5 de abril de 2010, 19 de octubre de 2005, 2 de marzo de 2007, 8 de mayo de 2008 y, la más reciente, de 14 de septiembre de 2016. Esta última, en su fundamento de derecho segundo, dice lo siguiente:

«Segundo. Consideraciones jurisprudenciales sobre el artículo 38 LCS.

Tanto en los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal como en los tres del recurso de casación late una misma cuestión, cuál es el carácter vinculante del acta de tercería que prevé y regula el artículo 38 LCS, si cabe su impugnación judicial y, en su caso, con qué alcance.

De ahí que, por razones de método consideremos oportuno hacer las presentes consideraciones.

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

(i) La sentencia de 25 de junio de 2007 expone la finalidad que la Ley atribuye al trámite establecido en el señalado artículo 38 LCS "que no es otra que la de facilitar una liquidación del siniestro lo más rápida posible cuando las partes, asegurada y ase-

guradora, discrepen en la cuantificación económica de los daños derivados del mismo, articulando, en función de dicha finalidad, un procedimiento imperativo para los litigantes, si bien dicho rasgo de imperatividad desaparece cuando la discrepancia no se centre únicamente en la cuantificación, como sucede en los casos en que el asegurador discrepa respecto del fondo de la reclamación, por cuestionar la existencia misma del siniestro, su cobertura por la póliza de seguro, u otras circunstancias que pudieron influir en su causación o en el resultado."

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

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

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

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

(ii) Con tal procedimiento se garantizan, según recoge la sentencia 747/2009 de 11 de noviembre, Rc. 864/2005, "unos mínimos de Derecho necesario, de marcado

interés público, impuestos por la Ley y sustraídos a la voluntad de las partes, que obligan a la consideración de la función de los intervinientes en el mismo como peritos decisores de acuerdo con criterios que exceden de la misión que estos, en otros casos, tengan como asesores técnicos de cada parte y la aproximan a la de los árbitros, no obstante las salvedades que se derivan de las diferencias notables entre impugnación del laudo e impugnación del dictamen pericial

(SSTS 14 y 17 de julio 1992; 20 de enero 2001; 9 de diciembre de 2002; 2 de febrero 2007 y 28 de enero 2008, entre otras).

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

Esta Sentencia del TS nos ha parecido sumamente interesante y clarificadora, no tanto por que trata la naturaleza del procedimiento pericial del artículo 38 de la LCS (que había sido tratado anteriormente), sino, sobre todo, por las argumentaciones en torno a las causas por las que el dictamen de peritos puede o no ser impugnado.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley del notariado de 28 de mayo de 1862, arts. 80 y ss.
- Ley 50/1980 (LCS), arts. 2, 3, 16, 18, 38 y 104.
- Ley 15/2015 (LJV), arts. 136 y ss.
- SAP de León, Sección 3.ª, 262/2007, de 20 de noviembre.
- SAP de León, Sección 1.ª, de 23 de enero de 2014.
- SAP de Valencia 492/2010, de 20 de septiembre.
- SSTS, Civil, de 19 de octubre de 2005, 2 de marzo de 2007, 25 de junio de 2007, 18 de octubre de 2007, 28 de enero de 2008, 7 de mayo de 2008, 8 de mayo de 2008, 14 de mayo de 2008, 5 de abril de 2010, 16 de noviembre de 2011 y 14 de septiembre de 2016.