

## 2 ...en materia de seguros

**Javier López García de la Serrana**  
*Abogado – Doctor en Derecho*  
*Director de HispaColex*

a

**ALCANCE DEL ARTÍCULO 38 DE LA LCS. LA IMPERATIVIDAD DEL PROCEDIMIENTO DESAPARECE CUANDO LA DISCREPANCIA ENTRE ASEGURADO Y ASEGURADORA, AUNQUE INCIDA EN LA CUANTIFICACIÓN, AFECTE A LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.**  
*Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2019.*  
*Ponente: Eduardo Baena Ruiz.*

### 1. Introducción

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha tenido la posibilidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la naturaleza y finalidad del artículo 38 de la LCS, que no es otra que la de facilitar una liquidación del siniestro lo más rápida posible cuando las partes, asegurada y aseguradora, discrepen de la cuantificación económica de los daños derivados del mismo, articulando para ello un procedimiento “imperativo” para los litigantes. Ahora bien dicho rasgo de imperatividad desaparece –según la Sala– cuando la discrepancia no se centra únicamente en dicha cuantificación, como sucede en los casos en que el

asegurador discute 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.

Si bien, en este supuesto se introducen varias particularidades: Por un lado, el hecho de que la discrepancia –además de a la mera cuantificación– no afecta a cuestiones de fondo como la cobertura o interpretación del contrato de seguro, sino a la existencia o no de infraseguro –esto es, no propiamente a la interpretación del contrario sino a la declaración del riesgo efectuada por el asegurado en el momento de su-

scribir la póliza-. Y por otro lado, el hecho de que el asegurado había aceptado previamente someterse a este procedimiento del artículo 38 de la LCS aceptando la designación de un tercer perito, cuyo dictamen finalmente fue declarado nulo en un procedimiento ulterior.

### 2. Supuesto de hecho

La demandante de este procedimiento tenía un “seguro multirriesgo familia hogar” concertado con Catalana de Occidente, con efectos desde el 18 de marzo de 1986. Entre los días 12 y 13 de diciembre de 2010, fue objeto de robo en su casa. La aseguradora ofreció a la actora una indemnización por importe de 3.201,05 euros. No existiendo acuerdo entre aseguradora y asegurada se procedió al nombramiento de sendos peritos; el de la aseguradora valoró el perjuicio en 3.201,05 euros; el de la asegurada cifró la indemnización en

24.023,43 euros. En vista de ello se promovió expediente de jurisdicción voluntaria para solicitar la designación judicial de un tercer perito, que valoró el daño en 15.271 euros. La aseguradora no se conformó con la valoración del perito judicial.

La aseguradora formuló demanda en juicio ordinario impugnando el dictamen del tercer perito, solicitando su nulidad y a la vez que se retrotrajese el expediente al momento de la emisión del dictamen o que se acordase la prestación de nuevo dictamen en conjunto, tal y como la ley exige, y cuyo incumplimiento era motivo de nulidad. En el citado procedimiento se declaró finalmente la nulidad del dictamen emitido por dicho perito. Con tales antecedentes se promovió demanda por la aseguradora en la que reclamaba a la aseguradora la indemnización por el importe fijado por su perito, esto es, 24.023,43 euros. La parte demandada se opuso a la pretensión deducida de adverso, alegando en primer término, excepción de falta de jurisdicción e inadecuación del procedimiento al considerar que no era cierto que la finalización del mencionado procedimiento de jurisdicción voluntaria dejara abierta la vía de la jurisdicción civil, toda vez que de la sentencia dictada en el proceso declarativo se infiere que debería iniciarse un nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria. Respecto al fondo del asunto se pone de manifiesto, que el perito de la actora se equivocó al efectuar su valoración, al no tener en cuenta las

reglas establecidas en la póliza, sin contemplar el infraseguro existente en el riesgo asegurado. Respecto a las partidas de objetos especiales incide en que si se incluyeron en dicha valoración fue porque su coste unitario no excedía de 3.000 euros, habida cuenta de que dichos objetos estaban depositados en el interior del bajo, y tal riesgo no quedaba incluido en el contrato de seguro, con arreglo a las condiciones generales de la póliza.

La sentencia de primera instancia desestimó la excepción de inadecuación de procedimiento, pues el hecho de que se sustanciará inicialmente un expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de un tercer perito no impide a la parte actora acudir a la vía declarativa para determinar la indemnización que pudiera corresponderle en base a la póliza que le vincula con la aseguradora demandada. De esta forma estimó parcialmente la demanda, condenando a la aseguradora a abonar la cantidad de 14.228,80 euros.

La representación procesal de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que dictó sentencia el 26 de julio de 2016 por la que estimó el recurso, al acoger la excepción de inadecuación de procedimiento, y, por ende, desestimó la demanda. Y ello, al considerar que era manifiesta la voluntad de la aseguradora de no acudir a la vía del art. 38 de la LCS, sino de agotarla. El

procedimiento se había iniciado, pero no puede decirse que haya terminado, ya que la forma irregular de practicar la pericial por parte del perito designado, llevó a la petición de nulidad – finalmente admitida-. De esta forma, concluyó la audiencia argumentando que: “Lógicamente, a esta declaración de nulidad no puede darse solo un valor formal, sino extraer de ellas consecuencias lógicas; y estas no son sino que la pericial intentada sea realizada en forma, lo que es tanto como decir que el procedimiento de jurisdicción voluntaria no puede darse por concluido, sino pendiente de serlo en forma legal.”

La representación procesal de la parte demandante interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, que articula en dos motivos:

“Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º alega infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, al considerar la sentencia recurrida que el procedimiento del art. 38 de la LCS es vinculante para las partes aun cuando ha quedado frustrado y anulado judicialmente el informe del tercer perito con mención expresa en la sentencia que lo anula de quedar libre y expedita la vía judicial, sentencia que ni la aseguradora ni la aquí recurrente apelaron, adquiriendo firmeza.

Segundo.- Se invoca la causa prevista en el artículo 477.2.3ª, por contravenir la sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ausencia del carácter vinculante del procedimiento del artículo 38 de la

LCS, cuando se cuestiona por la aseguradora elementos del contrato, además de la cuantía de la indemnización”.

### 3. Argumentación jurídica

Respecto al primero de los motivos del recurso, parte la Sala de considerar que en el procedimiento ordinario seguido a instancia de la aseguradora respecto a la impugnación del informe del tercer perito, el Juzgado de Primera Instancia

estimó parcialmente la demanda en el sentido de declarar la nulidad del dictamen pericial, pero desestimando retrotraer las actuaciones del expediente de jurisdicción voluntaria al momento inmediatamente anterior a la emisión del informe anulado, manifestando el Juez que quedaba abierta la vía judicial ordinaria para la reclamación de la correspondiente indemnización. Por tanto, partiendo de lo anterior considera

la Sala que debe ser estimado el motivo ya que dicha resolución devino firme al no ser recurrida por ninguna de las partes.

Si bien, y a pesar de que con dicho pronunciamiento la Sala 1ª del TS estaría estimando el recurso, considera conveniente pronunciarse sobre lo que aquí nos interesa, esto es, el segundo motivo relativo a la imperatividad o no en este supuesto de acudir a la vía del artículo 38 de la LCS, de

## CONCLUSIONES

**La sentencia analizada viene a indagar nuevamente en la naturaleza y alcance del artículo 38 de la LCS y, en concreto, respecto al carácter imperativo que se le otorga al procedimiento de designación de tercer perito que introduce dicho precepto. Como ha mantenido la Sala 1ª del TS, dicho rasgo de obligatoriedad para las partes desaparece cuando la discrepancia no se centra únicamente en dicha cuantificación, -como sucede en los casos en que el asegurador discute respecto del fondo de la reclamación-. Ahora bien, este supuesto analizado introduce respecto a dicha doctrina dos particularidades, por un lado, que la discrepancia -además de a la mera cuantificación- no afectaba a cuestiones de fondo como la cobertura o interpretación de la póliza, sino a la existencia o no de infraseguro -esto es, no propiamente a la interpretación del contrato sino a la declaración del riesgo efectuada por el asegurado-, y por otro lado, al hecho de que el asegurado había aceptado (antes de iniciar el procedimiento judicial) someterse al procedimiento previsto en el artículo 38 de la LCS, aceptando la designación de un tercer perito, cuyo dictamen finalmente resultó declarado nulo en un procedimiento ulterior.**

**Pues bien, esta sentencia resuelve ambas cuestiones, dejando claro que la discusión sobre la aplicación o no de la regla de la equidad y de la existencia de infraseguro, -que en definitiva afecta directamente a la cuantificación de la indemnización que corresponde al asegurado tras un siniestro y que era la cuestión opuesta por la aseguradora-, debe considerarse a estos efectos un motivo de fondo, pues afecta a la interpretación del contrato de seguro. Y por otro lado, considera igualmente que no resulta vinculante a efectos de poder iniciar un procedimiento judicial para poner fin a la controversia suscitada en torno a la cuantía que corresponde al asegurado ante un siniestro, el hecho de que éste previamente se hubiera sometido voluntariamente al procedimiento previsto en el artículo 38 de la LCS, el cual quedó anulado por resolución judicial al haber sido impugnado el dictamen del tercer perito por la aseguradora, máxime cuando la sentencia que puso fin a dicho procedimiento -la cual devino firme- dejaba abierta la vía judicial.**

forma previa al inicio de la vía judicial.

Para ello, realiza previamente un profundo estudio sobre la materia, y en concreto, sobre la jurisprudencia dictada por la Sala 1ª del TS respecto al alcance de este procedimiento y cuando opera la imperatividad del mismo, de esta forma concluye 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". De esta forma, considera la Sala que el dictamen por unanimidad o por mayoría es vinculante para las partes, salvo que se impugne judicialmente dentro de los plazos que se establecen.

De esta forma, la sentencia pretende analizar los efectos de la impugnación y posterior nulidad del dictamen pericial del tercer perito al caso concreto. Y es que como afirma la sentencia núm. 747/2009 de 11 de noviembre, rec. 864/2005, existen diferencias notables entre la impugnación de un laudo y la impugnación del dictamen pericial establecido en el artículo 38 de la LCS, de esta forma establece que: "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 de la 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."

Una vez analizado lo anterior, la sentencia pasa a analizar cuáles fueron los argumentos alegados por la aseguradora a la hora de oponerse a la demanda. De esta forma, recoge la sentencia de primera instancia que en la oposición de la aseguradora respecto al fondo, en concreto sobre las partidas de objetos especiales se incide en que "si se incluyeron en dicha valoración fue porque su coste unitario no excedía de 3.000 euros, habi-

da cuenta de que dichos objetos estaban depositados en el interior del bajo, y tal riesgo no quedaba incluido en el contrato de seguro, con arreglo a las condiciones generales de la póliza".

Dado que la imperatividad del procedimiento desaparece por cuanto que la discrepancia, aunque incide en la cuantificación, es relativa también al fondo como ocurre en este caso, pues cuestiona la cobertura de la póliza de seguro respecto de esas partidas, así como sobre la interpretación del contrato, según se colige de la sentencia de primera instancia. De esta forma, se estima también este segundo motivo y se determina que "teniendo en cuenta que la estimación del recurso de casación es dar respuesta a la cuestión de fondo, siendo relevante la interpretación de la póliza de seguro y de la ley, no procede que esta sala ofrezca respuesta al mismo asumiendo la instancia, sino que sea la audiencia quien revise el fondo de la cuestión, con libertad de criterio y dentro del ámbito de los motivos del recurso de apelación".

#### **4. Legislación y Jurisprudencia citada.**

Artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro.

STS núm. 536/2016, de 14 de septiembre.

SSTS 231/2007 de 2 de marzo, 747/2009 de 11 de noviembre 161/2019 y de 14 de marzo.