

El procedimiento de designación de peritos del artículo 38 LCS: Utilidad y alcance práctico

por Javier López y García de la Serrana
Director

Aunque todos conocemos este procedimiento y hemos estudiado la jurisprudencia y doctrina existente sobre el mismo, no podemos negar que su puesta en práctica por quienes nos dedicamos a esta materia sigue siendo escasa y casi siempre discutida por las partes. No estoy seguro si se debe a la existencia de inseguridad sobre la tramitación del mismo y su alcance, por temor a la dilatación en el tiempo del proceso o simplemente porque aún existe desconocimiento sobre su correcto funcionamiento.

El artículo 38 de la Ley del Contrato de Seguro recoge una regulación más o menos detallada sobre su funcionamiento, requisitos y efectos, si bien en la práctica siempre surgen cuestiones que van a ser objeto de litigio y cuya respuesta sólo encontraremos, como en muchos otros supuestos, en la jurisprudencia creada en torno a dicha figura; quizás esta sea la razón última de la escasez en su puesta en marcha.

Como indica el Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 25 de junio de 2007, la finalidad que la Ley atribuye a este procedimiento no es otra que la de facilitar una liquidación del siniestro lo más rápida posible, cuando la parte asegurada y la aseguradora no se pongan de acuerdo en la cuantificación económica de los daños derivados del mismo, regulando, para dicha finalidad, un procedimiento imperativo para los litigantes, si bien dicho rasgo de obligatoriedad desaparece cuando la discrepancia no se centre únicamente en la cuantificación, y por tanto se puedan cuestionar otros presupuestos como puede ser la existencia misma del siniestro, su cobertura por la póliza de seguro, u otras circunstancias que pudieron influir en su causa o en el resultado.

Para situarnos, hagamos referencia a los antecedentes legales de este procedimiento, y así, tal y como podemos leer en el blog de **Alberto J. Tapia Hermida**¹ serían tres los presupuestos esenciales de los que parte el precepto legal para la liquidación del siniestro y la determinación de la cuantía que será objeto de indemnización:

a) Los seguros contra daños persiguen la efectiva indemnización del daño causado por el siniestro, es esencial en ellos liquidar el siniestro,

determinando con la mayor exactitud posible el daño causado.

b) Deben aplicarse tres factores que son: el valor del interés asegurado, el importe del daño y la suma asegurada, teniendo en cuenta que el valor del interés es, a estos efectos, el valor final (art. 26 LCS) y que el daño es la diferencia entre dicho valor y el de residuo.

c) Debe tenerse en cuenta que la suma asegurada representa, en todo caso, el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro (art. 27 LCS); que, en caso de infraseguro, se aplicará la regla proporcional (art. 30 LCS); y que, en caso de sobraseguro, el asegurador indemnizará como máximo el daño efectivamente causado (art. 31 LCS).

Asimismo, el precepto parte de la imposibilidad de acuerdo de las partes para determinar el importe de los daños objeto de indemnización, y es a partir de dicho momento cuando establece un procedimiento que consta de distintas fases:

1. El nombramiento de un perito por cada una de las partes para la valoración de los daños. Con la importante salvedad de que en caso de que una de las partes no acepte el nombramiento de un perito a su cargo, se entenderá que acepta el informe emitido por la otra parte y quedará vinculado por el mismo, con los efectos definitivos que ello conlleva para la liquidación del siniestro, pues no cabe impugnación de dicha pericial. A título de ejemplo, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 15 de mayo de 2019, sobre la vinculación para la asegurada del informe pericial emitido a instancia del asegurado.

2. Posibilidad de acuerdo entre los peritos designados por las partes, y a falta del mismo, designación de un tercer perito cuyo informe será vinculante para ambas partes.

3. Posibilidad de impugnación del dictamen emitido por el tercer perito. En esta fase, aunque el precepto no establece cuáles son las posibles causas de impugnación, la jurisprudencia sí que se ha pronunciado al respecto, y así por ejemplo a estos efectos se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de septiembre de 2016²: *“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”. Parece así que el posible elenco de causas de impugnación en el caso del procedimiento recogido en el artículo 38 de la LCS tiene un carácter menos estricto y permite discutir cualquier defecto que haya podido apreciarse en relación a los requisitos previstos en la norma.

4. Obligación de pago en el plazo de cinco días desde que el dictamen del tercer perito sea vinculante y en caso contrario, devengo por mora de los intereses del artículo 20 LCS, más la obligación de pago de los gastos causados en dicho procedimiento. Esta previsión sobre el devengo de intereses moratorios previstos en el artículo 20 LCS, creo que no siempre es tenida en cuenta por los perjudicados a la hora de poner en marcha este procedimiento, pues deberíamos ser conscientes de que otorga una obligación de pago a cargo del asegurador de forma directa, la cual que en modo alguno puede dar lugar a discusión, por cuanto el precepto recoge de forma clara cuáles son los plazos y términos en la obligación de pago y cuáles van a ser las consecuencias en caso de incumplimiento por la aseguradora. A título de ejemplo y por su claridad a tales efectos podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 15 de septiembre de 2016.

Visto así el contenido del precepto, y tal y como sostiene el autor **Fernando Reglero Campos**,³ el resultado de los informes periciales que deben emitirse en este procedimiento especial, *“es meramente fáctico. No jurídico. El*

dictamen pericial no declara o libera de obligaciones; es decir, no decide sobre el an debeat, sino que determinará si concurren o no los presupuestos fácticos para que sea declarada la obligación de indemnizar del asegurador, así como el eventual alcance de la obligación (quantum debeat)". Y es muy importante y determinante que entendamos lo que significa esta premisa, pues precisamente partiendo de la misma podremos reconocer cuándo las controversias surgidas en la tramitación de un siniestro son susceptibles de someterlas al procedimiento previsto en el tan citado artículo 38 de la LCS y cuando, por el contrario, quedan fuera del mismo. Así, las causas del siniestro a las que deben hacer referencia los peritos en el acta que se levante tras el acuerdo alcanzado por los mismos, no pueden referirse en modo alguno a aspectos jurídicos de aquel, es decir, el informe emitido no podrá hacer juicios de valor sobre la

conducta del asegurado u otro tercer implicado en el mismo, ni tampoco contener valoraciones sobre otros aspectos referidos a la responsabilidad en la causa del siniestro, y si por algún motivo se han incluido tales apreciaciones no deberán ser tenidas en cuenta a la hora de la resolución del asunto.

A efectos prácticos, debemos acudir a nuestra jurisprudencia para conocer entonces cuáles son los supuestos concretos donde es aplicable dicho procedimiento y cuáles otros quedan fuera de su ámbito de aplicación. Así, citemos aquí la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 6 de junio de 2019⁴, que tuvo la ocasión de comentar en el nº 9/Año 55 de la Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro de INESE. Y es que la misma introducía

4 Ponente: Eduardo Baena Ruiz.



respecto a la doctrina que venimos analizando dos particularidades, por un lado, se cuestionaba en aquel caso 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.

Y citemos ahora la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de enero de 2025⁵, que comenta BADILLO ARIAS en esta misma revista, en la cual se vuelve a insistir en el carácter restringido que existe para la aplicación del procedimiento que venimos analizando. En ella, se pone de relieve el carácter obligatorio del contenido de la norma, resultando con ello que no se trata de una opción a elegir por el asegurado o su aseguradora, pero teniendo en cuenta que dicha obligatoriedad sólo entra en juego cuando la discusión de las partes se haya centrado de forma exclusiva y excluyente en la cuantificación de los daños objeto de indemnización, dejando fuera el resto de supuestos donde existan también otros mo-

tivos de conflicto distintos. Así, la sentencia recoge un catálogo de supuestos donde será aplicable la exclusión de los efectos obligatorios del precepto:

“(i) Los supuestos en los que el asegurador ha rehusado el siniestro comunicado tempestivamente por el asegurado.

(ii) Los siniestros derivados de los seguros de responsabilidad civil, puesto que realmente no existe una controversia entre el asegurado y el asegurador sobre el valor de los daños que deban indemnizarse.

(iii) Las cuestiones de carácter jurídico en las que no estén de acuerdo las partes (por definición, los peritos no pueden serlo de derecho, por lo que deben limitar su intervención a la resolución de las diferencias relativas a cuestiones de pura valoración de daños). En palabras de la citada sentencia 575/2021, de 26 julio, este efecto vinculante e indiscutible «no se extiende a cuestiones ajenas a la cuantificación de la prestación debida por el asegurador y no impide a éste [al asegurador] 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». Por lo que la propia sentencia concluye que está excluido «con respecto a las cuestiones concernientes a la interpretación del contrato de seguro y determinación del ámbito de la cobertura suscrita, dada su naturaleza estrictamente jurídica y no de mera liquidación del daño».

Y concluye indicando que “*las partes del contrato están necesariamente obligadas a dirimir sus controversias por medio del procedimiento pericial regulado en el art.38 LCS en todos aquellos casos en los que un siniestro haya sido aceptado por el asegurador de un seguro de daños, pero existan discrepancias entre asegurador y tomador/asegurado únicamente en cuanto a la valoración de los bienes y derechos objeto de la cobertura. Y no lo están cuando su discrepancia exceda de la mera cuantificación del daño.*”

Queda claro por tanto, que el margen de actuación de los peritos designados a través de este procedimiento es limitado y como tal, impide que estos se pronuncien sobre todas aquellas cuestiones que excedan de una estricta valoración y cuantificación de los daños objeto de indemnización. Por tanto, cuando cualquiera de las partes discuta en el siniestro sobre alguno



de los elementos que afectan a la propia naturaleza del mismo, su causa, la participación de los distintos implicados, alcance de cobertura de la póliza o cualesquiera otras circunstancias distintas a la estricta cuantificación del daño, no podrá ser utilizado el procedimiento previsto en el artículo 38 de la LCS.

También es cierto que este procedimiento no queda libre de críticas, por cuanto en determinados supuestos los costes de designación de peritos pueden resultar totalmente antieconómicos para el asegurado, el cual, se verá obligado a desembolsar unos gastos por honora-

rios del perito con independencia de la cuantía del asunto; con el perjuicio añadido de que, además, no va a poder recobrar dichos gastos, ni con cargo a la cobertura de defensa jurídica (pues los gastos por litigios frente a tu propia aseguradora no suelen estar cubiertos), ni tampoco vía costas judiciales, al tratarse, precisamente, de un procedimiento extrajudicial.

Sin embargo, sí que debemos considerar que se trata de un procedimiento que bien podría encajar dentro de los nuevos medios de solución de controversias en vía no jurisdiccional con regulación especial, cuya tramitación

obligatoria ha sido introducida por la Ley 1/2025. Y ello, por cuanto se trata de un procedimiento legalmente previsto para la solución de conflictos, donde ambas partes participan exponiendo sus pretensiones con el fin de alcanzar un acuerdo transaccional que evite la vía judicial, por lo que en principio entraría dentro de las previsiones del artículo 14.1 de la citada ley. Se trata del mismo razonamiento que ha llevado a **M^a Cruz Aparicio Redondo** a considerar, en el artículo publicado en el presente número de esta revista, que la tramitación del proceso de reclamación previa recogido en el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, cumple los requisitos previstos para convertirse en un auténtico MASC a los efectos previstos en la Ley 1/2025.

Sin embargo, si pensamos en que el posible proceso judicial al que puede dar lugar el procedimiento regulado en el artículo 38 de la LCS, surge con posterioridad a la emisión del dictamen de los peritos designados y con ocasión de su impugnación por alguna de las partes, hay quien también podrá considerar que se trata de

un nuevo procedimiento que requeriría de un nuevo intento de transacción entre las partes, lo que nos podría llevar a la obligación de interponer un nuevo MASC. La cuestión, por tanto, es interesante y, a la par, discutible, por lo cual, como casi siempre, deberemos estar a resultados de la práctica para poder llegar a una conclusión más o menos razonada.

No obstante todo lo anterior y en conclusión, considero que nos encontramos ante una buena alternativa para la solución de conflictos de este tipo, pues evita la judicialización de los mismos y centra el debate en el verdadero objeto de litigio entre las partes, cual es la cuantificación del daño objeto de indemnización; sobre todo teniendo presente que en cualquier juicio en el que se dirima la valoración del daño, la prueba pericial es igualmente necesaria, por lo que al final con el procedimiento del art. 38 de la LCS lo que se logra es adelantar la intervención del perito y que en caso de discrepancia, quien dirima la misma sea otro perito y no un juez, que normalmente no domina la cuestión con el mismo conocimiento.

Abril 2025

