

InDret

El procedimiento pericial de liquidación de daños

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, 26.1.2004

Begoña Arquillo Colet

Abogada

Bufet Castelltort

Working Paper nº: 241

Barcelona, junio de 2004

www.indret.com

1. Antecedentes: los hechos y la decisión del Tribunal Supremo

La STS, 1ª, 26.1.2004 (Ar. 51; Magistrado Ponente: Antonio Gullón Ballesteros; *D. Pedro contra Catalana Occidente de Seguros y Reaseguros S.A.*) contiene una redacción muy breve de los hechos que enjuicia. El lector sólo conoce que *D. Pedro* sufrió daños –aunque no se especifica cuáles ni cuándo se produjeron– en una embarcación de recreo, que estaba asegurada por *Catalana Occidente de Seguros y Reaseguros, S.A.*, debido a la existencia de un sabotaje: ha quedado acreditado que el hundimiento del barco se realizó de forma deliberada, mediante el corte de los manguitos de entrada y salida del agua de la cámara de máquinas, así como de otros mecanismos que favorecían la rápida entrada de agua en el interior de la embarcación. Con todo, el sabotaje era una causa de exclusión de cobertura (cláusula quinta de las condiciones generales de la póliza) correctamente aceptada por el asegurado. Para liquidar el siniestro, las dos partes iniciaron el procedimiento pericial previsto por el art. 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE núm. 250, 17.10.1980), existiendo desacuerdo entre las valoraciones periciales del Perito del asegurado y del Perito de la compañía aseguradora.

El asegurado, *D. Pedro*, interpuso una demanda contra su compañía aseguradora y solicitó que se la condenara a pagar la cantidad de 76.158,45 €, además de otros daños que se pudieran cuantificar y acreditar en el procedimiento, los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro y las costas procesales. *Catalana Occidente de Seguros y Reaseguros, S.A.* alegó en su contestación a la demanda la excepción de prescripción y la inexistencia de obligación jurídica de pago.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Cartagena desestima íntegramente la demanda, porque considera que el demandante no ha probado la interrupción de la prescripción. La SAP de Murcia (Sección 1ª, 23.2.1999) estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el actor, en el sentido de considerar que la acción no había prescrito, aunque desestima igualmente la demanda por cuestiones de fondo: el daño sufrido por la embarcación fue consecuencia de un sabotaje, excluido expresamente de los riesgos cubiertos por la póliza de seguros.

El Tribunal Supremo también declara que no ha lugar al recurso de casación de *D. Antonio*, heredero de *D. Pedro*, y confirma la desestimación de la demanda, pero por razones distintas a las de la Audiencia Provincial de Murcia. Aunque tampoco aprecia la excepción de prescripción, desestima la demanda porque el actor no ha seguido en su totalidad el procedimiento pericial de liquidación de daños previsto por el art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro.

En relación con este procedimiento, el Tribunal Supremo realiza tres importantes afirmaciones.

En primer lugar, **la oferta realizada por la compañía aseguradora**, basada en el informe de su perito, que ya describe las causas del siniestro, **constituye un acto voluntario mediante el que asume el riesgo**. Aunque la cláusula de exclusión de cobertura prevista para el “sabotaje” de la embarcación es una cláusula de delimitación del riesgo y ha sido correctamente aceptada por el

asegurado, esta exclusión no opera desde el momento en que la aseguradora realiza una oferta al asegurado.

En segundo lugar, y a pesar de lo anterior, **la compañía aseguradora no queda vinculada por la cuantía de la oferta de pago realizada**, determinada por el informe pericial de su perito.

Por último, **el procedimiento pericial del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro es imperativo en todos sus términos**, por ello las partes deben continuarlo hasta el final: en este caso, existía un desacuerdo entre el perito del asegurado y el perito de la aseguradora y ninguna de las partes nombró un tercer perito, sino que el actor decidió iniciar un procedimiento judicial declarativo. El hecho de que no se haya nombrado un tercer perito tiene como consecuencia la desestimación de la demanda.

2. Comentario: los problemas que plantea el procedimiento pericial del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro y algunas soluciones

El Tribunal Supremo ofrece, en la sentencia comentada, la solución a algunos de los problemas que plantea en la práctica el procedimiento pericial de liquidación de daños del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro, uno de los preceptos más complejos de la normativa aseguradora. En este breve comentario evaluamos estos problemas, así como otros aspectos sobre los que el Tribunal Supremo ha dejado pasar la ocasión de pronunciarse.

Con carácter previo, el art. 18 de la Ley de Contrato de Seguro establece la existencia de una obligación de pago del asegurador cuando se produce el siniestro, es decir, cuando se produce el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura:

“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 [aunque todo ello es más problemático en el seguro de daños, en que deben seguirse los requisitos de peritación del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro, la compañía aseguradora está obligada al pago de este importe mínimo]. 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”.

En los seguros de daños, a diferencia de otros seguros –como, por ejemplo, el seguro de vida- en que la cantidad a indemnizar viene determinada por el propio contrato, existe un problema importante para fijar la indemnización, que se deriva de una compleja fase de valoración y liquidación de los daños. Esta fase conlleva la necesidad de Peritos que puedan realizar una valoración económica –en ocasiones, muy compleja- de los daños materiales y personales que se derivan de un siniestro. El procedimiento pericial extrajudicial de evaluación de daños está previsto por el art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro, que pretende con un mecanismo largo y complicado –aunque indiscutiblemente útil, puesto que prevé la existencia de periciales

conjuntas y la posibilidad de que un tercer perito decida- reducir costes y evitar que se deba acudir a la vía judicial para fijar la valoración del daño. Con todo, parece que existe un cierto favoritismo de la norma por el asegurador (acostumbrado por su actividad profesional a tramitar y liquidar siniestros), que ha conllevado que se dictara una jurisprudencia que, hasta ahora, había sido muy favorable al asegurado.

Antes de iniciar el análisis del procedimiento pericial, conviene hacer una breve mención a uno de los problemas que menciona, pero que apenas desarrolla, la sentencia comentada: la prescripción. En este caso, la sentencia realiza una interpretación restrictiva de la prescripción y entiende que el procedimiento de liquidación de daños es un mecanismo útil para interrumpir la prescripción, en virtud del art. 1.973 del Código Civil. Esta aplicación restrictiva de la prescripción (puesto que es una limitación del ejercicio del derecho en beneficio de la seguridad jurídica, no es un instituto fundamentado en la justicia intrínseca) con una interpretación amplia de los mecanismos de interrupción se realiza con frecuencia por el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales (véase, a título de ejemplo, la **STS, 1ª, 30.5.1992** o la **SAP de Barcelona 29.5.2000**).

Cabe destacar que, en esta materia, se han planteado con frecuencia alegaciones de prescripción, aunque por motivos distintos a los de la sentencia comentada, dado que la regulación del seguro marítimo no se puede aplicar a las embarcaciones de recreo. Conviene recordar que el seguro marítimo es el contrato por el que el asegurador se compromete a indemnizar los perjuicios patrimoniales que se sufran en una expedición marítima. Este seguro está pensado para proteger el transporte marítimo de mercancías, como claramente se desprende del articulado de esta regulación que trata básicamente de usos comerciales, y no para embarcaciones de recreo. Esta estricta relación de este seguro con el comercio marítimo de mercancías es lo que ha hecho que los preceptos del Código de Comercio de 1885 no se hayan derogado, como si se hizo en su momento con los arts. 379-438 de este Código a favor de la Ley de Contrato de Seguro, y por tanto, no se justifica su aplicación a embarcaciones que simplemente son para recreo de su propietario (motivo que se encuentra correctamente expuesto en la **SAP de Alicante, Sección 6ª, 4.5.1998**). Por ello, debe aplicarse el plazo de prescripción de dos años previsto por el art. 23 de la Ley de Contrato de Seguro y no el plazo de 3 años previsto por el art. 954 del Código de Comercio de 1885.

La continuidad de un procedimiento de evaluación de daños previsto por la legislación aseguradora no sólo tiene consecuencias en el cómputo de la prescripción, sino también en la imposición de los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro. La **STS, 1ª, 4.9.1995** declara que hay causa justificativa de no pagar la prestación si existe controversia en torno a la cobertura o no del siniestro, derivada de la propia actitud del asegurado, o incluso de la interpretación de la póliza (por ejemplo, si no están determinadas las causas del siniestro, o si no existe acuerdo posible entre los Peritos de los daños). El mismo argumento se recoge en otras sentencias, como la **STS, 1ª, 18.2.2002**, o la **STS, 1ª, 12.11.2003** que declara la existencia de una causa justificada que impide aplicar un recargo por demora en un seguro de incendios. Asimismo, es posible encontrar jurisprudencia que declara que existe causa justificada cuando la determinación de la exacta cantidad a pagar como indemnización se ha efectuado por un órgano jurisdiccional dada la discrepancia existente entre las partes.

A efectos de este comentario, nos interesa destacar que el art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro establece que:

“Una vez producido el siniestro, y en el plazo de cinco días, a partir de la notificación prevista en el artículo dieciséis, el asegurador o el tomador deberán comunicar por escrito al asegurado la relación de los objetos existentes al tiempo del siniestro, la de los salvados y la estimación de los daños.

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.

Si las partes se pusiesen de acuerdo en cualquier momento sobre el importe y la forma de la indemnización, el asegurador deberá pagar la suma convenida o realizar las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado, si su naturaleza así lo permitiera. [Así, la STS, 1ª, 16.12.2003 establece que si el valor de los objetos se fija de común acuerdo por las partes no es preciso acudir al procedimiento pericial].

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

En caso de que los peritos lleguen a un acuerdo, se reflejará en un acta conjunta, en la que se harán constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización.

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 y por los trámites previstos para la insaculación de peritos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso el dictamen pericial se emitirá en el plazo señalado por las partes o, en su defecto, en el de treinta días, a partir de la aceptación de su nombramiento por el perito tercero.

El dictamen de los peritos, por unanimidad o por mayoría, 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, dentro del plazo de treinta días, en el caso del asegurador y ciento ochenta en el del asegurado, computados ambos desde la fecha de su notificación. Si no se interpusiere en dichos plazos la correspondiente acción, el dictamen pericial devendrá inatacable [la STS, 1ª, 15.10.2003 ha matizado este párrafo en el sentido de la inexistencia de notificación formal cuando consta el conocimiento del dictamen que se pretende impugnar; en otro orden de cosas, la STS, 1ª 9.12.2002 declara la nulidad del acta de conformidad y establece que no se ha notificado inmediatamente el acta a la asegurada].

Si el dictamen de los peritos fuera impugnado, el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el artículo dieciocho, y si no lo fuera abonará el importe de la indemnización señalado por los peritos en un plazo de cinco días.

En el supuesto de que por demora del asegurador en el pago del importe de la indemnización devenida inatacable el asegurado se viere obligado a reclamarlo judicialmente, la indemnización correspondiente se verá incrementada con el interés previsto en el artículo veinte, que, en este caso, empezará a devengarse desde que la valoración devino inatacable para el asegurador y, en todo caso, con el importe de los gastos originados al asegurado por el proceso, a cuya indemnización hará expresa condena la sentencia, cualquiera que fuere el procedimiento judicial aplicable”.

De este precepto se deriva, en primer lugar, que el asegurado es el primero que debe realizar una estimación de los daños y que tiene la carga de probar la preexistencia de los bienes asegurados que reclama (véase, en este sentido, la reciente STS, 1ª, 20.11.2003), aunque dicha prueba está

facilitada por la presunción del segundo párrafo del artículo comentado que dispone que “*el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado*”, presunción utilizada frecuentemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, 1ª, 23.1.1986; STS, 1ª, 30.11.1990; y STS, 1ª, 31.1.1992). Si el asegurador se muestra de acuerdo con esta estimación, se realiza el pago de la suma convenida. En el caso de que no sea tan sencillo realizar una evaluación de los daños, ambas partes deben designar un perito y se inicia el procedimiento pericial previsto.

El primer problema jurídico que se plantea es si el inicio del procedimiento pericial conlleva la obligación jurídica de la aseguradora de indemnizar. En un principio, la respuesta está clara: la simple iniciación del procedimiento pericial del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro no implica necesariamente la aceptación por la aseguradora de su obligación de indemnizar (dado que el informe pericial sirve para determinar las causas del siniestro, además de valorar los daños y otras circunstancias y hacer una propuesta del importe de la indemnización), como señala la jurisprudencia reciente, en especial la STS, 1ª, 20.11.2003. No obstante, en la sentencia comentada se plantea un supuesto distinto: que la compañía aseguradora realice una oferta de indemnización basada en su informe pericial.

Es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que la oferta de la compañía aseguradora supone un reconocimiento por ésta de la obligación de indemnizar, en aplicación de la doctrina de los actos propios. No obstante, es importante destacar que esta oferta debe realizarse directa y expresamente por la compañía aseguradora (no por el Perito) o por un mediador de seguros -deberá ser un agente de seguros; nunca podrá realizarla un corredor, puesto que no representa al asegurador-. Con todo, el agente no puede asumir directa o indirectamente la cobertura del riesgo sin la autorización de la compañía aseguradora: es ésta quien efectúa un análisis y valoración del siniestro al objeto de determinar, en primer lugar, si está amparado por la póliza de seguro y, en caso afirmativo, determinar el *quantum* indemnizatorio en base a la documentación y a los informes periciales.

La sentencia comentada lleva esta jurisprudencia a sus últimas consecuencias, puesto que considera que la actuación voluntaria de la compañía aseguradora al realizar una oferta, conlleva que no opere la exclusión de riesgo en caso de “sabotaje”, correctamente incorporada al contrato y aceptada por el asegurado.

El actor alegaba en su recurso de casación que no se había aplicado correctamente el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro que dispone que “[...] *Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito*”, puesto que el actor sólo había firmado una vez la póliza de seguro y la cláusula no estaba destacada de una manera especial. La sentencia comentada califica correctamente la cláusula debatida como una cláusula de delimitación del riesgo o de exclusión de cobertura, puesto que determina el objeto y el ámbito del riesgo (qué riesgo se cubre), es anterior al nacimiento de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato y permite fijar el importe de la prima. No se trata, por tanto, de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado que restrinja los derechos que la ley o el contrato reconocen a las partes, una vez ya se ha concretado el objeto de seguro. Para ilustrar esta distinción, el Tribunal Supremo cita, en esta ocasión, la STS, 1ª, 16.5.2000, la STS, 1ª, 16.10.2000, y la STS, 1ª, 22.2.2001.

Un problema distinto es si la oferta realizada por la compañía aseguradora, que justifica su obligación de indemnizar, vincula a la aseguradora en relación con la cuantía ofrecida como indemnización. La respuesta del Tribunal Supremo es negativa.

En este caso, el hecho de que la compañía aseguradora no quede vinculada por la cuantía de la oferta, determinada por el importe pericial de su perito, está justificado porque **el Tribunal Supremo entiende que el procedimiento pericial previsto por el art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro es imperativo en todos sus términos**. Por ello, si no hay acuerdo entre los peritos nombrados, como es el caso de la sentencia comentada, el procedimiento pericial debe seguir avanzando: ambas partes deben designar un tercer perito, de mutuo acuerdo o por medio del Juez de 1ª Instancia mediante un acto de jurisdicción voluntaria (art. 38, párrafo 6º), pero no se puede prescindir del procedimiento pericial del art. 38 y acudir a la vía judicial mediante un procedimiento declarativo para que se fije el *quantum* de la indemnización e, incluso, si se llega a este procedimiento declarativo el Juez no podrá fijar el importe indemnizatorio y deberá desestimar la demanda (no parece que sea admisible, en un caso como éste, que las partes puedan solicitar en sus escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito). En este caso, además, parece que no se había realizado ningún requerimiento para el nombramiento del tercer perito.

Conviene recordar, aunque en este caso se trata de la vinculación de la compañía aseguradora por su propia oferta y no de la vinculación por un peritaje, que si una de las partes no hace la designación de perito se entiende que acepta el Dictamen que emita el perito de la otra parte quedando vinculado por el mismo. La vinculación por el peritaje de la otra parte es una sanción que se prevé sólo en los casos en que no se haya designado perito (art. 38, párrafo 4º), como señala la **STS, 1ª, 4.6.1994** o, más recientemente, la **STS, 1ª, 5.11.2002**.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo declara que este procedimiento es imperativo: ya en la **STS, 1ª, 17.7.1992** dispone que las partes deben seguir el procedimiento del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro, y que si la entidad encargada de la pericia ha incumplido sus obligaciones, ha procedido con negligencia, sin que ello constituya una causa justificada para apartarse del procedimiento; el hecho de que este procedimiento es imperativo también se resalta en la **STS, 1ª, 20.5.2002**, y en la reciente **STS, 1ª, 6.11.2003**, aunque admite la posibilidad de que se pueda modificar a favor del asegurado.

No obstante, el Tribunal Supremo no siempre ha considerado que el hecho de no seguir el procedimiento pericial conlleva automáticamente la desestimación de la demanda. En este sentido, la **STS, 1ª, 25.7.1995** señala que en el caso de que sean discordantes los informes de los peritos no puede pretenderse que el informe del perito del asegurado sea vinculante para la aseguradora, afirma que lo procedente era nombrar un tercer Perito para que hiciera la valoración pertinente, cosa que en el caso debatido no ocurrió, por lo que quedó incompleto el procedimiento establecido por la normativa aseguradora. Con todo, dicha valoración se realiza a través del proceso declarativo iniciado, puesto que se considera que ha sido plenamente aceptado por las partes con dicha finalidad. Por otro lado, hace algunos años se consideraba que las partes podían eludir la aplicación del procedimiento pericial, acudiendo al procedimiento judicial para que durante el mismo se produjera la liquidación: en esta línea, **STS, 1ª,**

23.1.1986; STS, 1ª, 11.12.1989; STS, 1ª, 27.7.1990; STS, 1ª 10.5.1989; STS, 1ª, 31.1.1992; STS, 1ª 5.10.1994; STS, 1ª, 9.2.1995; STS, 1ª, 27.10.1995.

Entendemos que la decisión del Tribunal Supremo es la única acertada a partir de la interpretación literal del art. 38 y del art. 2 de la Ley de Contrato de Seguro, que establece que los preceptos de esta normativa *“tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa”*.

Con todo, esta decisión puede conllevar algunos problemas en la práctica: ¿qué sucedería si la compañía aseguradora o el asegurado pretendieran retrasar la conclusión del procedimiento pericial previsto? Por ejemplo, si se pacta, que en una fecha determinada se realice una acta pericial conjunta entre ambos peritos, de conformidad o de disconformidad, ¿qué sucedería si no compareciera una parte en el momento de realizar ante Notario dicha acta pericial conjunta?, ¿qué sucedería si uno de los informes periciales se retrasara excesivamente?, ¿y si una de las dos partes incumple la obligación de comunicar a la otra el resultado del peritaje? Está claro que todo ello no puede conllevar como sanción que una de las partes quede vinculada por el informe pericial de la otra, pero ¿deja libre la posibilidad de acudir a la vía judicial? Probablemente el legislador debería revisar la regulación de un procedimiento cuya continuidad es imperativa, y que reduce los costes que conlleva iniciar un litigio, para prever con claridad qué consecuencias tiene el hecho de que alguna de las partes actúe en contra de esta continuidad. Sólo así se podrán evitar situaciones en las que un procedimiento claramente útil pueda provocar una indebida limitación del derecho de acceso a la justicia de las partes implicadas.