

MIGUEL GUILLOT HOSPITALER
Vice-Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

EL PROCEDIMIENTO IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.—LA IMPUG- NACIÓN DEL DICTAMEN ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Discurso de Ingreso en la Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación

* * *

Contestación del Presidente de la Academia
Excmo. Sr. Don Luis Miguel Romero Villafranca



ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Publicaciones
de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación

Cuaderno núm. 73

© Miguel Guillot Hospitaler

I. S. B. N.: Exento
Depósito legal: V. 1228-2000

Quiles, Artes Gráficas, S. A. - Picayo, 23. Tel. 96 348 12 92 - 46025 Valencia

El Procedimiento Imperativo del Artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro.—La Impugnación del Dictamen ante la Jurisdicción Ordinaria

Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado por el ILMO. SR. DON MIGUEL GUILLOT HOSPITALER, Vice-Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, el día 6 de octubre de 1998. Contestación por el EXCMO. SR. DON LUIS MIGUEL ROMERO VILAFRANCA

EXCMO. SR. PRESIDENTE DE LA ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN,
EXCMO. SR. FISCAL JEFE,
EXCMOS. E ILMOS. SRES. ACADÉMICOS,
MIEMBROS DE LA JUNTA DE GOBIERNO DEL COLEGIO
DE ABOGADOS DE VALENCIA,
COMPAÑEROS, AMIGOS,
SRAS. Y SRES.:

Realmente no sé si existe la obligación de justificar el tema que he elegido para el discurso de ingreso en la Academia; las opiniones al respecto son divergentes, pero en mi caso creo que debo explicarlo.

La elección del tema se deriva de mi condición de Abogado. Hace unos diez años ya estuve actuando en litigios de esta naturaleza, y de alguna forma entré en contacto con este procedimiento especial, que creo que además del interés general, tiene el específico para los Abogados, y en particular para los especialistas en Derecho de seguros.

Realmente no es un tema nuevo, lo que sí he hecho ha sido tratarlo desde el punto de vista del Abogado en ejercicio, con criterios que entiendo son eminentemente prácticos. La pregunta podría ser: ¿Pero en el mundo del Derecho existe algo nuevo? Y siguiendo a Bertolt Brecht podría contestar que «no se saca nada de nada, lo nuevo viene de lo antiguo, pero no por esto es menos nuevo». En definitiva he tratado de efectuar un estudio, con recopilación de jurisprudencia y doctrina, que espero sea de utilidad para todo el que tenga interés en este tema. Se me podrá decir que el tema no es interesante, pero habremos de convenir con Chesterton que «no existe en el mundo un asunto sin interés. Lo único que puede existir es una persona que no se interese».

Y ya dentro de este contexto, y hablando de la regulación de este procedimiento extrajudicial e imperativo del artículo 38, que no por ser legal deja de ser menos típico, he de calificarlo como procedimiento *sui generis* que regula de forma ordenada y sistemática, el sistema de valoración de los daños, en la confrontación asegurado-asegurador. Es evidente que no solamente me referiré a la doctrina y a la jurisprudencia

dencia reguladora de este sistema indemnizatorio, sino que daré mi propia opinión, asumiendo el riesgo y recordando con Thomas Hobbes, que «los que aprueban una opinión particular la llaman opinión; pero los que la desaprueban la llaman herejía».

A) EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

a) PERITOS. NOMBRAMIENTO. PLAZO. PERITO TERCERO

El artículo 38 de la L.C.S. regula la liquidación e indemnización del siniestro en el seguro de daños, y establece el sistema mediante el que el asegurador debe indemnizar a su asegurado, así como el monto de la indemnización.

El procedimiento que regula nuestro artículo tiene varias fases, siendo unas previas al procedimiento en sí mismo, otras que constituyen su núcleo, y finalmente las que son consecuencia del dictamen emitido, incluida la posibilidad de impugnación del mismo, su pago de forma voluntaria, su impago, y las consecuencias que éste puede acarrear para la compañía aseguradora.-

Los tres primeros párrafos del artículo 38 se refieren a la producción del siniestro, a la notificación del mismo, a la preexistencia de los objetos, y a la posibilidad de llegar a algún acuerdo entre asegurador y asegurado sobre el importe y la forma de indemnización.

Es a partir del párrafo cuarto, cuando propiamente el artículo llega a la fase inicial de este procedimiento extrajudicial e imperativo, y así dispone que si no se logra un acuerdo dentro del plazo previsto en el artículo 18, cada parte designará un Perito, y si una de las partes no hubiese 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.

La remisión al artículo 18 de la Ley de Contrato de Seguro consiste en que el procedimiento pericial comenzará a partir de los 40 días desde la recepción de la declaración del siniestro; es más, dada la re-

dación del párrafo cuarto antes mencionado el plazo de 8 días a que se refiere el mismo, empezará a computarse a partir del plazo de 40 días fijados en el artículo 18.

Como señala el párrafo en cuestión, producido el nombramiento de un Perito en este procedimiento por una de las partes, su contraria podrá nombrar al suyo o renunciar. Es evidente que para la designación del Perito, no basta el simple escrito de designa, sino que es necesario la aceptación por escrito.

La forma escrita para la aceptación del Perito es un requisito necesario para la iniciación del procedimiento pericial, y consecuencia de ello el Perito está obligado a cumplir con el encargo, lo que le podrá ser exigido por ambas partes.

Designado el Perito por una de las partes, y constando la aceptación por escrito de éste, la parte que lo ha nombrado podrá requerir, en terminología que cita el párrafo cuarto, a la parte contraria para que en el plazo de 8 días proceda a nombrar el suyo.

Parece lógico, aunque el precepto nada dice, que en el citado plazo de 8 días no sólo es que se deba producir el nombramiento del Perito de la contraparte, sino que también debe constar su aceptación, e incluso notificación de esta circunstancia a la parte contraria.

Puede ocurrir que la parte requerida no haya nombrado Perito en el plazo legal, y en este supuesto actuará únicamente el Perito de la otra parte, cuyo dictamen, según dispone el párrafo cuarto *in fine* será vinculante para la parte que no haya nombrado el suyo.

Designados uno o dos Peritos, los supuestos son distintos. Ya hemos mencionado antes la posibilidad de la existencia de un solo Perito, y las consecuencias de ese dictamen; la otra posibilidad es el hecho de que nombrado Perito por asegurado y asegurador, los mismos lleguen a un acuerdo que según el párrafo quinto del artículo 38 se reflejará en un acta conjunta de cuyos requisitos hablaremos más adelante. No procede la designación de Perito tercero, cuando los designados por ambas partes hayan llegado a un acuerdo. Así lo afirma la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 7 de octubre de 1998, en un supuesto en que el asegurado pretendió el nombramiento del tercer Perito, tras el acta conjunta de conformidad entre los Peritos de las partes.

Si por el contrario no existe acuerdo entre los Peritos designados, en cuyo supuesto emitirán dictamen individual cada uno de ellos en disconformidad, se estará a lo dispuesto en el párrafo sexto del artículo que regula el sistema para el nombramiento del tercer Perito. El nom-

bramiento del Perito tercero puede efectuarse de forma conjunta y de conformidad por las partes, y en el supuesto de no ocurrir así, la designación deberá efectuarse por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallen los bienes, en acto de jurisdicción voluntaria y por los trámites previstos para la insaculación de Peritos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo 2.117, párrafo tercero, dispone que siempre que fuera necesario un tercer Perito para dirimir la discordia, la designación de éste será por medio de sorteo, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 616, y este artículo de la Ley Procesal Civil instaura la forma de nombramiento al disponer que cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre el nombramiento de Perito o Peritos, el Juez insaculará en el mismo acto los nombres de tres, por lo menos, por cada uno de los que hayan de ser elegidos, de los que en el partido judicial paguen contribución por la profesión o industria a que pertenezca la pericia y se tendrán por nombrados los que designe la suerte. Todo ello en relación con lo dispuesto en el artículo 615 de la misma Ley Procesal, en el que se establece el concepto de Perito.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil el artículo 2.117 de la antigua Ley Procesal Civil queda vigente, en virtud de lo previsto en la Disposición Derogatoria, apartado 1, 1ª, que remite a una futura Ley de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, sí queda modificado lo previsto en los artículos 615 y 616 de la Ley vigente, en cuanto a la designación de Perito, puesto que, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, regirán los artículos 340 y 341.1.

¿Quién es el Juez competente para el nombramiento del Perito tercero?. El párrafo sexto del artículo 38 remite al Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallaren los bienes. La cuestión es relativamente sencilla en el tema de los seguros contra daños en las cosas, en el que efectivamente no existe duda de dónde se han producido los hechos, y dónde se encuentran los bienes dañados, pero más difícil es cuando en lugar de daños en las cosas ocurre un siniestro en un seguro de crédito. En este supuesto, y siguiendo al tratadista Francisco Tirado Suárez en su obra «Ley del Contrato de Seguro», entendemos que hay una remisión al artículo 24 de la Ley 50/80, por lo que en otros supuestos donde no estuviera clara la localización de los bienes, Juez competente sería el del domicilio del asegurado.

Con el Profesor Bataller hemos de estudiar una última posibilidad, que es cuando las partes, pese a las discrepancias de sus Peritos, no proceden a nombramiento de Perito tercero. En este supuesto nos encontramos ante una inexistencia de dictamen, puesto que los dictáme-

nes emitidos individualmente por cada Perito no tienen el valor de dictamen pericial del artículo 38, y por consiguiente no son vinculantes, y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de julio de 1995 (RAJ 1995/5723), al establecer: «...pues el nombramiento de dicho tercer Perito no llegó a producirse, por lo que quedó incompleto el procedimiento que para la valoración de los daños establece el artículo 38 L.C.S., y en consecuencia, dicha valoración ha de hacerse a través de este proceso». Tal y como expresa la Sentencia que estamos comentando, la solución a la falta de nombramiento de Perito tercero, da lugar o debe dar lugar a un procedimiento judicial, en el que la valoración de los daños deba efectuarse en el mismo.

El párrafo séptimo del artículo 38 establece, tras el nombramiento del Perito tercero, que el dictamen se realizará por unanimidad o por mayoría. Sin embargo, la interpretación de este párrafo no es tan sencilla. ¿Cómo deben actuar los Peritos?; ¿su actuación debe ser individual o conjunta?; ¿sus dictámenes deben ser conjuntos o separados?. Según Bataller en su obra «La liquidación del siniestro en los seguros de daños», el conjunto de Peritos puede considerarse como un Colegio Pericial. El legislador ha optado por la constitución de un Colegio Pericial en el cual se integra el tercer Perito, según opina el tratadista Tirado Suárez en su obra «Ley del Contrato de Seguro». La exigencia legislativa de que el dictamen pericial sea emitido por unanimidad o por mayoría descarta la posibilidad de que el tercer Perito tenga un carácter dirimente, interpretación que hace la Sentencia del T.S. de 9 de febrero de 1995 (RAJ 1995/1632), que establece «...en los supuestos en que no se consiga tal mayoría no habrá más remedio que proceder, como se hizo, de acuerdo con el precepto citado, es decir notificar los dictámenes a las partes, al efecto de que puedan impugnarlo. Y por otra parte, no cabe duda de que, tratándose como se trata de dictámenes periciales, la Sala de instancia puede valorarlos de acuerdo con las reglas de la sana crítica, acogiéndose en grado mayor o menor a cualquiera de ellos, sin que tal función valorativa de los informes pueda en principio, ser combatida en casación».

Como puede observarse por el contenido de esta Sentencia, el dictamen pericial no es en ningún caso el de un Perito dirimente, y por tanto está sujeto como el de los restantes dictámenes de los Peritos integrantes del Colegio Pericial, a su impugnación judicial, y a su valoración por los Jueces, con la absoluta libertad, con arreglo a las reglas de la sana crítica, y la consecuencia de ello es que los Juzgados y Tribunales, en virtud de las alegaciones de las partes y de toda la prueba

practicada en el proceso puedan inclinarse por el dictamen del Perito tercero, o por el de cualquiera de los designados por las partes. Es más, practicada prueba pericial en el procedimiento impugnatorio, de la que hablaremos más adelante, también podría el Juzgado o Tribunal inclinarse o aceptar cualquiera de las pericias practicadas en el litigio.

En igual sentido, la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de junio de 1996, cuando en su Fundamento de Derecho Tercero dice: «...claramente se desprende que el cometido del tercer perito no es el de desempeñar un papel dirimente de la pericia contradictoria a la que los designados por ambas partes han llegado, sino el de informar en unión de ellos, y en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (Sentencias del T.S. de 14 de julio de 1992, 19 de junio de 1995 y 25 de julio de 1995, a título de ejemplo) al decir que su labor no es la de dirimir, sino la de dictaminar conjuntamente con los otros dos, o lo que es igual, ha de realizar, en unión de los ya nombrados por las partes, la valoración pertinente, bien por unanimidad, bien por mayoría, y este es el dictamen que, en su caso, se acatará o se impugnará judicialmente...».

Frente a esta posición de considerar que el Perito tercero no tiene el carácter de dirimente, que a nuestro modo de ver está perfectamente consolidada, parece alzarse, y no porque estudie el carácter de Perito tercero, sino por la denominación que utiliza, la Sentencia del T.S. de 26 de septiembre de 1997, de la Sala Primera, Ponente Sr. Hernández Gil, en la que se habla de «...por ello el dictamen Pericial emitido por el *Perito dirimente* a tener en cuenta, como inatacable, es el comprensivo de los daños por incendio». Esta Sentencia no estudia el carácter del Perito tercero, por lo que creemos que la denominación de Perito dirimente está utilizada sin rigor, y como una simple licencia, al tratar del Perito que no es de parte.

En opinión del Profesor Bataller la labor del Colegio Pericial debe ceñirse exclusivamente a las discrepancias que hayan surgido entre los Peritos designados por las partes. Lo normal es que la falta de acuerdo entre los Peritos de parte se circunscriba a algún punto determinado, y que el mismo se haga constar en el acta conjunta, en la que aparezcan los puntos de acuerdo y de desacuerdo, haciéndose constar de forma específica los puntos de disconformidad, por lo que el dictamen del Perito tercero debería resolver únicamente sobre los puntos conflictivos o discrepantes.

Puede ocurrir, y de hecho así sucede, que no se llegue a un acuerdo al menos entre dos Peritos, es decir que sean informes distintos, tanto

los de ambas partes como los del Perito tercero. En este caso, como ya se señalaba antes, queda abierta la vía judicial, como admite la Sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1995.

En cuanto al plazo para la emisión del dictamen pericial, lo señala el párrafo sexto del artículo 38, que lo establece en 30 días a partir de la aceptación del Perito tercero, salvo acuerdo de las partes, que lógicamente pueden reducir o ampliar el plazo legal. Prima pues la autonomía de voluntad de las partes, que pueden establecer el plazo que estimen conveniente en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, y en el supuesto de que las mismas no hayan hecho uso de esa facultad que la ley les concede, entra en juego el plazo legal.

La duración del plazo tiene menor importancia cuando actúan los dos Peritos designados por las partes, puesto que la demora en la emisión del dictamen pericial supondrá la inexistencia de acuerdo entre los Peritos de parte, y la consecuencia de ello es que cualquiera de las partes acreditará esa falta de acuerdo y solicitará el nombramiento del tercer Perito. La cuestión se complica en el supuesto de dictamen de Perito único, puesto que es evidente que la liquidación del siniestro no puede quedar paralizada por la actitud dilatoria del mismo, y es entonces, y ante una actitud de este tipo cuando las partes pueden requerirlo para la emisión de su dictamen. La cuestión es en qué momento puede producirse tal requerimiento, ya que la diversidad de siniestros puede tener como consecuencia también la diversidad de plazos para su emisión, en atención a la mayor o menor complejidad de los mismos, pero en cualquier caso, producido el requerimiento y dado un plazo prudencial para su formulación, es evidente que si la intimación es intempestiva, los Tribunales pueden establecer un plazo de gracia al amparo de lo previsto en el artículo 1.128 del Código Civil, relativo a las obligaciones a plazo (como es la del Perito para la emisión de su dictamen), que preceptúa que cuando en la obligación no se señalare plazo, los tribunales fijarán la duración del mismo.

Sin perjuicio de volver sobre ello, deberíamos analizar aquí el valor del dictamen emitido fuera de plazo, debiendo decir que el mismo es impugnabile judicialmente, puesto que para que el dictamen sea eficaz debe emitirse dentro del plazo convenido o del plazo legal, ya que las partes no pueden esperar de forma indefinida a que se emita el dictamen, por las graves consecuencias que la demora puede producirles.

Producido el nombramiento de ese tercer Perito en la forma antes señalada, hemos de hablar del plazo que tiene para la emisión del dic-

tamen que según el párrafo sexto del artículo 38 deberá ser de 30 días, salvo que las partes hayan establecido otro inferior o superior al fijado por la Ley, y cuyo plazo en cualquier caso se contará desde la aceptación de ese tercer Perito. Una de las cuestiones candentes es la falta de emisión de dictamen en el plazo legal o en el plazo señalado por las partes. La falta de emisión del dictamen en el plazo pactado legal, puede dar lugar a su impugnación, pues debe tenerse en cuenta que asegurador y asegurado deben de esperar de la profesionalidad del Perito que éste emita su dictamen en plazo, por las consecuencias negativas que su no emisión pueden acarrear tanto para asegurador como asegurado, y ello desde la perspectiva del posible pago de intereses, o del retraso en la percepción de la indemnización por parte del asegurado.

Hemos de hacer dos apostillas al párrafo séptimo del artículo 38. Emitido el dictamen, por unanimidad o por mayoría, deberá notificarse de manera inmediata y de forma indubitada.

El análisis de estos conceptos nos lleva a pensar que no existe un plazo concreto para esa notificación, con todos los inconvenientes que ello tiene, puesto que la inmediatez puede ser interpretada de forma distinta por cada uno de los intervinientes en este procedimiento. Los tratadistas creen que lo mejor hubiera sido establecer un plazo breve pero concreto, en evitación de interpretaciones diversas, que siempre tienden al confusionismo. Esta es la opinión de Luis de Angulo.

Con respecto a lo que se entiende por notificación indubitada, me remito a lo que más tarde expondré, en relación con la impugnación del dictamen pericial.

b) DICTAMEN PERICIAL: CONTENIDO

Como ya hemos dicho, el dictamen pericial puede ser evacuado por uno, dos o tres Peritos. En cualquier caso los requisitos del contenido del dictamen pericial deben ser los mismos y están regulados en el párrafo quinto del artículo 38. Una primera cuestión es la forma del dictamen pericial, que entendemos debe ser escrita, y ello se desprende de la literalidad del párrafo que comentamos, en la que se hace referencia al acta 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 y la propuesta del importe líquido de ésta. Este es el contenido del dictamen pericial, que repetimos debe ser escrito y en el acta a que se hacía antes referencia, y ello por la cir-

cunstancia de la posibilidad de su impugnación, de tal suerte que sería difícil el formular ésta, en el supuesto de que el dictamen fuera oral, ya que no quedaría constancia expresa de todo el detalle que exige el párrafo quinto del artículo.

Analizaremos el contenido del dictamen pericial. La causa del siniestro debe entenderse como el hecho productor de los daños. En cuanto a la valoración de éstos, debe relacionarse el artículo 38 con el 26 de la Ley de Contrato de Seguros, al establecer que para la indemnización del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro. También deben reflejarse en ese dictamen las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, y en este sentido no sólo deben examinar los daños, sino la póliza, y las situaciones de infraseguro o sobreseguro (es la valoración de estas circunstancias la que confiere a los Peritos un papel esencial en este proceso, ya que de alguna forma deben convertirse en interpretadores del contrato de seguro). Finalmente, deberá contener el dictamen la propuesta del importe líquido de la indemnización, es decir, fijar en definitiva cuál es la cantidad en que se debe indemnizar por la compañía aseguradora a su asegurado.

El contenido del dictamen pericial exigido por la Ley, nos pone de manifiesto cuál debe ser la actividad de los Peritos para la elaboración de su informe. Ya se ha dicho que en primer lugar deben investigar y hacer constar las causas del siniestro, esto es, establecer el hecho que ha producido los daños, y para ello su actividad tiene dos facetas, una primera en la que deben conectar el hecho productor con los daños ocasionados, es decir, establecer el nexo de causalidad, y en segundo lugar el Perito también debe estudiar si el hecho causa del siniestro está dentro de la cobertura del seguro. El paso siguiente es la determinación del valor final, esto es, el valor del interés asegurado antes del acaecimiento del siniestro, y ello nos llevaría a hablar de la preexistencia de los objetos asegurados, lo cual no es objeto de este estudio. Antes hacíamos referencia al artículo 26 de la Ley de Contrato de Seguro, que se refiere al valor del interés asegurado, que puede ser definido, como lo hizo Manuel Broseta Pont en su «Manual de Derecho Mercantil», como la relación pecuniariamente valorable que liga a una persona con la cosa, el derecho o el patrimonio. Una tercera fase de este *iter* de los Peritos es la fijación del valor residual, o sea, el valor que tiene el interés asegurado después del siniestro, a la que seguirá la aplicación de la regla: Valor de los daños = Valor final – Valor residual, y finalmente, obtenida la valoración de los daños se pondrá dicha

cantidad en relación con las otras circunstancias que ayuden a fijar la indemnización, y para ello deberán ponderar todas las condiciones, pactos, riesgos cubiertos, etc., fijados en la póliza o contrato de seguro. Ya referíamos antes que los Peritos deben también en cierta forma aplicar el Derecho, por lo que deben ser especialistas en legislación de seguros, además de tener conocimientos suficientes de la materia objeto de la pericia, y así no sólo fijarán la propuesta de indemnización en función de los daños habidos, sino que establecerán también si existe cobertura, si es un seguro pleno, un sobreseguro o un infraseguro. Es por ello que la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, 30/95, de 8 de Noviembre, en su Disposición Adicional Quinta, dispone que son Peritos de Seguros quienes dictaminan sobre las causas del siniestro, la valoración de los daños y las demás circunstancias que influyen en la determinación de la indemnización derivada de un contrato de seguro y formulan la propuesta de importe líquido de la indemnización, añadiendo que los mismos deberán estar en posesión de titulación en la materia a que pertenezca el punto sobre el que ha de dar su dictamen, si se trata de profesiones reguladas, y de conocimiento suficiente de la técnica de la pericia aseguradora y de la legislación sobre contrato de seguro al objeto del desempeño de sus funciones.

Del estudio atento de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/95, comprobaremos que es una doble condición la que exige la Ley de referencia para ser considerado Perito de seguros. En efecto, tal Disposición Adicional enlaza con la conjunción «y» los dos conceptos de estar en posesión de titulación y el tener conocimiento suficiente de la técnica de la pericia aseguradora y la de la legislación sobre el contrato de seguro.

Ya antes habíamos mencionado que el Perito del artículo 38, es decir, el que exige la Ley de Contrato de Seguro debe tener conocimientos importantes sobre la misma, y ello es fundamental, puesto que debe ser un interpretador de la póliza, y de sus condiciones esenciales, tanto las generales como las particulares. Pero no sólo ello, el Perito debe tener unos conocimientos determinados sobre la materia, o sobre los hechos que han dado lugar al siniestro, que bien pueden ser derivados de la profesión reglada de que habla la Disposición Adicional mencionada, o de su conocimiento práctico en la materia.

Otra cuestión es quién debe preocuparse para que el Perito designado a los efectos del artículo 38 reúna los requisitos exigidos por la Ley (30/95). Evidentemente la competencia profesional del Perito deberá ser examinada por quien lo nombre. En el caso del Perito de par-

te, será ésta quien deberá examinar su cualificación; si el Perito es designado por ambas partes de común acuerdo, serán las mismas quienes determinarán si es idóneo a los efectos del dictamen que se le solicita, y si es nombrado por el Juez mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria, será él quien deberá garantizar la idoneidad y profesionalidad del Perito.

Como dice el profesor Bataller Grau en su obra citada «La liquidación del siniestro en los seguros de daños», el Perito está vinculado por dos fuentes, una los mandatos del artículo 38 de la L.C.S., y otra la *Lex artis*. A la vinculación con la Ley ya nos hemos referido anteriormente, y en cuanto a la *Lex artis* ha sido estudiada por el T.S. en su Sentencia de 5 de octubre de 1994 (RAJ 7455/1994), en la que se ha dicho que los informes emitidos por determinados organismos tenían que ser valorados por el Perito bajo la responsabilidad de su conciencia profesional.

c) CARACTERÍSTICAS Y CONOCIMIENTOS DE LOS PERITOS

Las características del Perito han sido, a nuestro entender, muy bien estudiadas por J. L. Ruiz Sánchez en su obra «El peritaje en el seguro privado», que lo considera como persona caracterizada por sus conocimientos científicos, artísticos o prácticos, y que además tiene otra función de orden intelectual en cuanto a valorar la relación jurídica derivada de la modalidad de seguro contratada, por lo que teniendo el Perito esa cualidad de «experto jurista», todo ello ha de llevarle a que su actuación se proyecte hacia lo justo. Añade el citado tratadista que la actividad del Perito implica un juicio de valor que debe estar imbuido de la recíproca exigencia de la buena fe que debe presidir las relaciones derivadas del contrato de seguro. Es más, esa labor independiente y libre que realizan los Peritos lleva a considerar al autor, que el hecho de que cada parte nombre su Perito no quiere decir que en los mismos exista la subjetivación propia de quien los nombre, pues la importancia de la misión, las atribuciones conferida por la ley, la imperatividad de las normas, hacen de la institución del Perito creada por el legislador, que se inspire, en el desempeño de su función, en una objetividad absoluta, e incluso a mayor abundamiento, el Perito que actúa en representación o defensa de los intereses de quien le designó en este procedimiento, lo hace con absoluta profesionalidad, con absoluta objetividad, por que esa es su razón de ser y fin. En este sentido los trata-

distas De la Cuesta y Oliva, en su obra «Consideraciones sobre la liquidación del seguro de daños», sostienen que sin negar que pueda existir un vínculo contractual entre el Perito y la parte que lo designó, consideran que la actuación de los Peritos conforme al artículo 38 no tienen su origen en una relación contractual, sino en la Ley, que es la que impone a los Peritos designados su deber de comportamiento.

Con todo lo expuesto en relación con los Peritos, debemos concluir que el Perito tercero debe ser imparcial, y preguntarnos, pese a ello, si es posible articular su recusación, llegando a admitir que efectivamente la misma cabe por la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y concretamente al artículo 621, llegando a la conclusión que las causas contenidas en este artículo, son también aplicables al Perito tercero del artículo 38.

El colofón a todo ello, y después de partir de las cualidades que deben tener los peritos, como son su libertad e independencia, sus conocimientos específicos y en definitiva su *lex artis* es, si pese a todo y con vulneración de esos principios, se produce un dictamen irregular. La pregunta que cabe en este momento es si se puede exigir responsabilidad al Perito, y la contestación debe ser afirmativa, porque esa libertad e independencia del Perito debe tener como contrapartida su responsabilidad y buen quehacer profesional, y si éste no se ha producido, es indudable que se podrá exigir y pedir a los Peritos una responsabilidad que podrá ser exigida por cualquiera de las partes intervinientes en este complejo proceso del artículo 38. Según Bataller, los requisitos para que se le pueda exigir responsabilidad al Perito son los siguientes: Una acción u omisión del Perito, que dicha acción u omisión sea antijurídica, y que se haya producido un daño patrimonial.

Con todos estos antecedentes, es claro que como ocurre con los Peritos que intervienen en cualquier procedimiento judicial son libres para efectuar su dictamen, pero no arbitrarios, es decir, deben emitirlo con arreglo a su leal saber y entender, aplicando los conocimientos de que deben estar dotados, y tras la investigación de los hechos, que deben realizar de forma tan amplia como consideren necesaria, para lo cual deben efectuar no sólo examen de la documentación escrita y de todos los antecedentes que le sean suministrados, sino también proceder a la inspección ocular del siniestro, tomar declaraciones a posibles testigos, y tener en cuenta las manifestaciones de las partes. En definitiva se trata de que los Peritos obtengan por sí solos o con la ayuda de terceros, expertos o no, todas las pruebas necesarias para la emisión de su dictamen con la mayor exactitud posible.

B) CARÁCTER IMPERATIVO DEL PROCEDIMIENTO PERICIAL DEL ARTÍCULO 38

a) COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 1992. OBLIGACIÓN LEGAL

Desde la publicación de la Ley de Contrato de Seguro, el procedimiento que regula el artículo 38 es de carácter imperativo, de tal suerte que no puede acudirse a la vía judicial sin haber agotado todo el trámite complejo del mencionado precepto, puesto que el mismo es ineludible.

La novedad que introdujo la Ley de Contrato de Seguro en su artículo 38, es el establecimiento del procedimiento extrajudicial, y la cuestión fundamental es si una vez producido el siniestro, y no existiendo acuerdo entre las partes, las mismas pueden acudir directamente a la reclamación judicial, o necesariamente han de agotar el procedimiento instaurado en este artículo.

Y es necesario decir ya que cuando una de las partes recurra al procedimiento establecido en este artículo, la otra no lo puede eludir acudiendo a los órganos jurisdiccionales directamente, de tal manera que si el asegurado o el asegurador inician el procedimiento pericial del artículo 38, éste se convierte en una vía previa al planteamiento del proceso judicial.

El artículo de referencia regula un prolijo, aunque incompleto y a veces oscuro, procedimiento de carácter extrajudicial, cuya finalidad no es otra que procurar una liquidación lo más rápida posible de los siniestros producidos en los seguros contra daños, cuando no se logre acuerdo entre las partes dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración de aquéllos, con el fin de evitar las inevitables mayores dilaciones del proceso judicial. En este sentido, las partes no son libres de acudir sin más al planteamiento judicial de los problemas que origine la liquidación del siniestro, sino que vienen compelidas por la ley a seguir el procedimiento que se dice, debe observarse, con carácter de vía previa a aquel planteamiento, de tal manera que, como ordena la Ley, el dictamen pericial final, notificado en forma a las partes deviene inatacable, transcurridos los plazos de impugnación judicial. El precepto en cuestión admite dos modalidades en el procedimiento para conseguir el mismo resultado, con la intención, además, de no dejar a la voluntad de una de las partes la constitución y el desa-

rrollo del procedimiento según que cada parte designe un Perito, con posibilidad en caso de desacuerdo entre los Peritos, de que intervenga un Perito tercero, nombrado por las partes o judicialmente, o, según que una de las partes no haga la designación inicial que le incumbe, en los plazos establecidos, en cuyo supuesto se entiende que la parte, remisa o confiada, acepta el dictamen que emite el Perito de la otra parte quedando vinculado por el mismo. Esta vinculación supone, ni más ni menos, que la equiparación de este dictamen con el que sirve de conclusión, cuando ambas partes proceden inicialmente a la designación de Peritos. El examen somero del procedimiento en sus dos modalidades revela que, aunque su origen es privado y su causa directa son relaciones contractuales, su regulación garantiza 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 éstos en otros casos, tengan como asesores técnicos de cada parte, para aconsejarles lo que pueden pagar o pueden recibir como contraprestación o acerca de otros extremos y la aproximan a las de los árbitros, no obstante las salvedades que se derivan de las diferencias notables entre la impugnación del laudo e impugnación del dictamen pericial.

Este es el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de julio de 1992, Ponente Sr. Almagro Nosete, que confirma la dictada por el mismo Tribunal el 29 de junio de 1992, aunque amplía y desarrolla los conceptos contenidos en ésta, y es como una continuidad de la dictada 3 días antes, esto es, el 14 de julio de 1992, que debemos comentar a continuación.

b) COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JULIO DE 1992. OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

La Sentencia del T.S. de 14 de julio de 1992 parte de un supuesto en el que ocurrió un siniestro, las partes designaron a su Perito, no habiendo dictamen conjunto, sino de cada uno de los Peritos de las partes, y notificado por la aseguradora a la asegurada el dictamen de aquélla para que perciba el importe fijado por el Perito de la aseguradora, la asegurada formula demanda en la que solicita la indemnización fijada por la asegurada.

(SUPUESTO DE HECHO: M^a del Carmen P. G., concertó con S. Compañía Anónima de Seguros Generales, una Póliza de Seguro denominada «Combinado de Hogar», por la que aseguraba el continente y contenido de su piso particular, incluído el robo. En el mes de agosto de 1985 denunció un robo con escalo en el piso asegurado a la Policía. En cumplimiento del artículo 23 de las Condiciones Generales de la Póliza, ambas partes suscribieron con fecha 13-9-85 un acta en la que designaron como Peritos para tasar los daños a DON JOSÉ LUIS M. L., por la asegurada (siendo esposo de ella), y a G. Peritaciones, S. A. por la aseguradora. Con fecha 28-2-86, G. Peritaciones, S. A. emite su informe pericial en el que tasa los daños en 2.424.565 pesetas, explicando su actuación profesional y las circunstancias del siniestro; en dicho informe se hace constar todas las entrevistas o reuniones de trabajo con el otro Perito en la que ha estado presente normalmente la asegurada; no ha sido posible contar con el concurso de DON JOSÉ L. M. L., esposo de la asegurada, para llegar a ningún acuerdo, haciéndose inviable el acta conjunta de disconformidad, y que por ello, siguiendo la práctica actual en estos casos emitía unilateralmente su informe. Con fecha 7-3-86 la asegurada envía carta a la aseguradora, por conducto notarial en la que le exige que la valoración de su Perito le sea notificada en el plazo de 8 días a los efectos de dar su conformidad o disconformidad. La aseguradora contesta dentro de plazo y por conducto notarial, notificándole que la valoración pericial del siniestro es de 2.424.565 pesetas y que el cobro de esta cantidad lo podía efectuar en sus oficinas a su comodidad. El 29 de mayo de 1987, la asegurada demanda a la aseguradora en súplica de que se le condene al pago de 10.115.745 pesetas que es el importe en que tasa los daños el informe pericial firmado por el Perito DON ALBERTO M. L. que acompaña a la demanda y que está fechado el 30-12-85. La Compañía de Seguros se opone a la demanda interesando sentencia por la que se estime la excepción dilatoria de falta de jurisdicción.)

Esta Sentencia, antecedente inmediato de la anteriormente comentada del 17 de julio de 1992, además de establecer que el artículo 38 de la L.C.S. instaura con carácter imperativo un procedimiento extra-

judicial para la liquidación del daño, contempla otro aspecto de la cuestión, y es la obligación contractual de someterse al procedimiento pericial, cuando ello estaba acordado en la póliza o contrato de seguro, de tal forma que no cabe desligarse unilateralmente de tal obligación pactada en el contrato, sin el consentimiento de la otra parte. Hemos de decir aquí, que son bastante uniformes las pólizas en todas las compañías aseguradoras, de tal suerte, que por lo que conocemos, en todas ellas está pactada la sumisión al procedimiento del artículo 38.

Esta Sentencia admite que la asegurada designó a su propio Perito junto con el de la aseguradora, pero destaca que aquél no efectuó una peritación propia, hasta el punto que a la demanda formulada por la asegurada se acompaña una peritación llevada a cabo por otro Perito, que no es el designado de común acuerdo con la aseguradora. La Sentencia va destacando los pasos que se han ido produciendo a lo largo del procedimiento extrajudicial, y así dice que es evidente que los Peritos designados discrepan, por lo que no puede llevarse a cabo la redacción conjunta del acta, y en su consecuencia es correcto el proceder del Perito de la aseguradora al redactar su dictamen unilateral. Pero esta situación obliga al asegurado y asegurador a designar a un tercer Perito, y al no hacerse así, se pone de manifiesto la conducta contraria a la Ley y a lo pactado de la asegurada, que tras conocer el importe en que tasó los daños el Perito de la aseguradora, y sin dar a conocer a ésta el dictamen de su propio Perito, inicia un juicio declarativo de Menor Cuantía contra la aseguradora, transcurrido más de un año desde que le fue notificada la valoración del Perito de esta última, acompañando a su demanda un dictamen emitido por otro Perito que no fue el que se nombró conjuntamente con la aseguradora. La conducta de la asegurada debió ser la de instar a la aseguradora al nombramiento conjunto de un tercer Perito, o acudir en su defecto, a la autoridad judicial a tal fin, pero nunca pretender que un Juzgado efectuase en un procedimiento de Menor Cuantía la valoración del daño. En definitiva, el Tribunal Supremo concluye que *«no es ninguna de las partes libre para imponer a la otra una liquidación del daño a través del procedimiento judicial, y mucho menos como en el caso de Autos, cuando el procedimiento pericial se acordó en la póliza ajustado en todo a la normativa del artículo 38»*.

Otra cuestión interesante de la jurisprudencia que emana de esta Sentencia, es que el T.S. admite que el dictamen emitido de forma irregular por el Perito designado también irregularmente por la asegurada, pudiera haber sido inatacable, solamente si la aseguradora hubiera

consentido la vía judicial emprendida por la asegurada, no oponiéndose a la demanda, pero no cuando ocurre que la aseguradora desde que contesta a la demanda insta que se complete el procedimiento extrajudicial previo.

En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de julio de 1995, en la que se insiste: «...no puede pretender que el informe valorativo que el Perito por él nombrado emitió pueda ser vinculante para la entidad aseguradora, pues dicha posibilidad sólo está legalmente prevista para el supuesto de que una de las partes no nombre Perito, lo que aquí no ocurrió, por lo que al ser discordantes los informes de ambos Peritos, lo procedente debía haber sido que, por mutuo acuerdo de las partes o, en su defecto por el Juez competente, en acto de jurisdicción voluntaria, se nombrara un tercer Perito para que éste, en unión de los ya nombrados por las partes, hicieran la valoración pertinente, bien por unanimidad, bien por mayoría, nada de lo cual aquí ocurrió, pues el nombramiento de dicho tercer Perito no llegó a producirse, por lo que quedó incompleto el procedimiento que para la valoración de los daños establece el artículo 38 de la L.C.S...».

Finalmente, una de las últimas Sentencias que conocemos, y que reitera las anteriores, es la dictada por el Tribunal Supremo, Sala Primera con fecha 9 de abril de 1999, y en la que se ratifica, en base a la jurisprudencia citada de nuestro más alto Tribunal que las partes no son libres de prescindir del procedimiento del artículo 38.

c) COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN OCTAVA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 25 DE MARZO DE 1997

Como criterios de la Audiencia Provincial de Valencia, citamos en primer lugar, la Sentencia de la Sección Octava de la misma, dictada con fecha 25 de marzo de 1997, Rollo 1.086/94, en un recurso de apelación interpuesto contra la que dictó el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de 4 de noviembre de 1994. Sentencia que confirma otras de la misma Sala de fechas 11 de mayo de 1994 y 20 de junio de 1996. La Sentencia que comentamos señala que la cuestión debatida tiene un carácter exclusivamente jurídico sobre la interpretación del artículo 38, principalmente del alcance y trascendencia jurídica del procedimiento pericial allí establecido, singularmente en sus párrafos quinto y sexto. En la Sentencia mencionada, se concluye lo siguiente: 1º Que el artículo 38 citado, instaura un procedimiento pericial de carácter impera-

tivo. 2° Que aunque su origen es privado, su regulación garantiza unos mínimos de Derecho necesario, de marcado interés público, impuestos por la ley y sustraídos a la voluntad de las partes. 3° Que tales normas afectan al orden público procesal. 4° Que la ausencia del dictamen conjunto de los tres Peritos impide un procedimiento judicial sobre el fondo del asunto. 5° Que este dictamen pericial es previo a la vía jurisdiccional, pues éste, es decir, el jurisdiccional, recae sobre la impugnación del peritaje, como expresa el antepenúltimo párrafo del artículo 38.

La conclusión es que la ausencia de tal procedimiento pericial determina la desestimación de la pretensión porque las partes carecen de potestad para vincular al Juez a una resolución sobre el fondo del asunto; dicho de otro modo, ha de dictarse resolución desestimatoria sin entrar en el fondo del asunto.

En definitiva lo que resulta claro es que no se puede acudir al procedimiento judicial saltándose un escalón en el trámite a seguir, ya que antes de instar una reclamación judicial debía haberse nombrado un tercer Perito. El artículo 38 es una institución *sui generis* que engloba elementos de la pericia y del arbitraje, pero, en cualquier caso, y en esto son unánimes doctrina y jurisprudencia, de derecho cogente, es decir, de carácter imperativo, de manera que no es posible que una de las partes bien sea la asegurada o la aseguradora inicie el procedimiento extrajudicial y la otra opte por acudir a los Tribunales en reclamación de sus derechos nacidos del acaecimiento de un siniestro cubierto por el seguro de daños.

d) MEDIOS DE DEFENSA: EXCEPCIONES PROCESALES

¿Cómo debe articularse la defensa para oponerse a una demanda sin que se haya completado el trámite del artículo 38?. A mi entender, sería la de *alegar la excepción de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, prevista en el artículo 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, aun cuando en este punto las posiciones no son acordes, y así la Sentencia del T.S. del 17 de julio de 1992 parece inclinarse por la falta de legitimación activa, en cuanto que la actora ha obviado el procedimiento pericial y carece entonces del poder concreto de vinculación que se reconoce al sujeto para determinar el juez competente a dictar una Sentencia sobre el fondo. Otra posibilidad sería la de la «*actio non nata*», es decir, la falta de acción del interesado hasta

que cumpliera los requisitos exigidos, esto es, hasta que se completara el procedimiento pericial previsto en el repetido artículo 38. En cualquier caso y sin perjuicio de dotarle de una denominación específica es claro que se trata de un presupuesto procesal, y que para algunos autores, incluso para la Sentencia de la Sección Octava del 25.3.97, no parece identificable con ninguna de las excepciones determinadas en la Ley Procesal, ya sea la de falta de jurisdicción, la de la competencia o la legitimación. En opinión de algunos tratadistas, podrían considerarse también otras de las excepciones previstas en el artículo 533 de la L.E.C. como son falta de reclamación previa en la vía administrativa (7ª), o la de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (8ª).

Para rebatir las posiciones contrarias a la nuestra, voy a efectuar un somero análisis de las excepciones contenidas en el artículo 533 de la L.E.C.

EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 533 L.E.C.

1ª *Falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.*

Esta excepción se denominaba hasta la reforma de 1984 como incompetencia de jurisdicción.

En su nueva redacción, además de la falta de jurisdicción también comprende la falta de competencia objetiva o funcional.

Tal y como está redactada actualmente, creo que es perfectamente aplicable para alegar la imperatividad del procedimiento del artículo 38, e incluso insisto en que me parece la más idónea.

2ª *La falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o la representación con que reclama.*

Esta excepción se confunde en ocasiones con la de falta de acción, sin embargo hay una diferencia, y es que en ésta se niega el derecho a ejercitar una acción, cuestión relacionada con el fondo y que le da naturaleza de excepción perentoria, mientras que la falta de personalidad del actor es una excepción dilatoria, que tiende sólo a impedir que las cuestiones que al mismo correspondan sean discutidas, y en todo caso resueltas. Por esta excepción, o más bien, por la falta de acción, parece inclinarse la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia que antes comentábamos.

7ª *La falta de reclamación previa en la vía gubernativa, cuando así lo exijan las leyes.*

Según la Ley 30/92, no modificada en este aspecto por la Ley 4/99, la reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en Derecho privado contra cualquier administración pública. Sostengo, frente a la opinión de algunos autores, que esta excepción no puede ser articulada a estos efectos, puesto que no se trata de ninguna reclamación contra ningún organismo de la Administración Pública.

8ª *La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.*

Introducida por la Ley 36/88, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

Teóricamente esta excepción sería más admisible que la anterior, y ello es lo que sustentan los partidarios de la aplicación de la misma, en cuanto que observan que existe bastante similitud entre el arbitraje que regula la Ley antes referida, y el procedimiento especial del artículo 38. Desde mi punto de vista tampoco es la excepción adecuada.

Otra forma de excepcionar, sería el criterio que mantiene la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Mallorca de 6 de abril de 1998, que considera debe articularse la defensa en la reclamación judicial como incompetencia de jurisdicción y así dice que la doctrina sostiene que el artículo 38 es excluyente de la vía jurisdiccional, por lo que la parte que en él ha comenzado a adentrarse y se ve demandada judicialmente, *tendría a su alcance el instituto de la declinatoria.*

La Sentencia que acabo de citar introduce la posibilidad de excepcionar al amparo del artículo 74.1 de la L.E.C., en cuanto establece que: «En ningún caso se promoverán de oficio las cuestiones de competencia en los asuntos civiles, pero el Juez que se crea incompetente por razón de la materia, podrá abstenerse de conocer, oído el Ministerio Fiscal, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda.» Este artículo faculta al Juez para examinar su propia competencia objetiva, es decir, por razón de la materia, y tras comprobar que no es competente, y con los trámites que establece dicho precepto, abstenerse de conocer el asunto. Aplicando el artículo comentado al proceso imperativo del artículo 38 de la L.C.S., puede ocurrir, que bien el Juez de oficio, bien a petición de las partes, pueda dentro del ámbito de las cuestiones de competencia, rechazar *in limine litis*, la admisión de una demanda sin que se hubiese concluido el procedimiento del artículo 38, y ello por tener vedado el conocimiento de esta materia, es decir, por carecer de competencia objetiva, al no haberse

completado el proceso pericial imperativo del artículo sobre el que versa este trabajo.

Cuando entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que desaparecen con esa denominación las excepciones dilatorias, la defensa deberá articularse al amparo de los artículos 48 (relativo a la apreciación por el Juez, de oficio, de su falta de competencia objetiva), 49 (que trata de la apreciación de falta de competencia objetiva a instancia de parte), 63, párr. 2º (relativo a la declinatoria por falta de competencia de todo tipo), 64 (plazo en el que se ha de proponer, que es de 10 días), 65 (sobre su tramitación), 387 a 393 relativos a las cuestiones incidentales, definidas como aquellas que siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso, distinguiéndose las de especial pronunciamiento respecto de las de previo pronunciamiento, y momento de su planteamiento y su tramitación. Y finalmente los artículos 404 (examen de oficio por el Tribunal de su propia competencia objetiva) y 405, párr. 3º, según el cual, el demandado al contestar la demanda planteará cuantas alegaciones obsten a la válida prosecución y término del proceso mediante Sentencia sobre el fondo.

C) IMPUGNACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

La regula el párrafo séptimo del artículo 38 al decir: «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 éstas, salvo que se impugne judicialmente por alguna de las partes, dentro del plazo de 30 días en el caso del asegurador, y 180 en el del asegurado, computados ambos desde la fecha de su notificación».

¿Qué debe entenderse como indubitada? La reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 5 de junio de 1999, nos lo aclara definitivamente. Forma indubitada debe entenderse no como una mera entrega de un dictamen, sino que ésta ha de hacerse de forma tal que no admita dudas de la entrega, y ello se logra a través no sólo de una vía notarial, sino también de una forma en la que quede

absoluta constancia de la misma, lo cual sólo se logrará a través de diligencias escritas.

Es importante destacar que, en nuestra opinión, la impugnación judicial del dictamen pericial siempre es posible, en cualquier caso, sean uno o tres los Peritos dictaminantes, o sean cualesquiera las causas de impugnación, ya se deban a motivos formales o de fondo, o a la inexistencia del dictamen o a otros motivos. No puede estar vedada la impugnación a nadie, por aplicación del principio constitucional de la tutela judicial efectiva. La impugnación sin causa o sin razón aparente, ya tiene la sanción que establece el propio artículo 38 en su párrafo noveno, con el devengo de los intereses correspondientes y con el pago del importe de los gastos al asegurado en el proceso, que naturalmente incluyen la imposición de costas, al litigante temerario o vencido, conforme al artículo 523 de la L.E.C.

Mantengo esta opinión, frente a la doctrina y jurisprudencia que entiende es necesario que la parte haya nombrado Perito para poder impugnar el dictamen. Sostengo que incluso en el caso de que tal nombramiento no se haya producido, cabe, como antes decía, la impugnación del dictamen pericial.

Los defensores de lo contrario entienden, como señala Bataller, que la parte que no designó Perito acepta el dictamen emitido por el Perito de la contraparte. Esta es la opinión de los autores De la Cuesta y De la Oliva en su trabajo «Consideraciones sobre la liquidación del seguro de daños», al entender que el artículo 38.4 establece una presunción «*iuris et de iure*», o sea, sin posibilidad de prueba en contrario, es decir, que la parte que no nombró Perito acepta el dictamen evacuado por el Perito único, por lo que aquél resulta ya inatacable, como subraya el propio precepto al añadir la expresión «quedando vinculado por el mismo».

En el mismo sentido, la Sentencia del T.S. de 4 de junio de 1994 (RAJ 1994/4584), que en su Fundamento de Derecho Quinto dice: «...ha de llegarse a la conclusión de que, producido el supuesto fáctico que el mismo contempla, el informe emitido por el Perito nombrado por una sola de las partes, ante la incuria de la otra parte en nombrar el suyo, no es susceptible de impugnación judicial alguna, pues de no entenderse así, carecería de todo sentido, el carácter vinculante para dicha otra parte que, de modo imperativo, atribuye al referido informe emitido por el Perito único...». Añadiendo la Sentencia comentada que «La presunción legal que contiene el citado inciso último del párrafo cuarto del referido precepto, al decir, se entenderá que acepta el dicta-

men que emita el Perito de la otra parte, no es de naturaleza “*iuris tantum*” como pretende sostener la recurrente, sino que lo es “*iuris et de iure*”, pues de no ser así quedaría vacío de contenido normativo el precepto imperativo que agrega dicho párrafo, cuando dice “quedando vinculado por el mismo”».

Nuestra opinión es compartida por Tirado Suárez y por Bataller Grau, que entienden que no puede negarse la legitimación activa a la parte que no designó Perito. Según dichos autores, el argumento para sostener tal posición está en el mismo párrafo cuarto del artículo 38, puesto que el legislador no quiso dotar de carácter de inatacable al dictamen de Perito único, ya que al decir que las partes quedaban vinculadas por éste, simplemente se pretendía resaltar la idea de que la Pericia realizada por un solo Perito no gozaba de menos valor que la llevada a efecto por dos o tres Peritos.

a) PLAZO

El plazo es perentorio, y por tanto no es susceptible de interrupción, y esta es la interpretación que da la Sentencia del T.S. de 29 de mayo de 1992 (RAJ 1992/4828), que en su Fundamento de Derecho Tercero establece: «...ya se ha dicho que sólo ofrecen carácter procesal los plazos que tengan su origen o punto de partida en una actuación de igual clase, que aquí no se había iniciado, existiendo caducidad al señalar la ley un plazo fijo para su impugnación, de tal manera que al no ejercitarse el poder o facultad jurídica en el plazo señalado, ya no cabe su ejercicio y esto, ciertamente con independencia de la naturaleza sustantiva o procesal de la ley en que se encuentre incluido el precepto que señale la limitación...». Tal Sentencia ha sido ratificada por otra del T.S. de 9 de febrero de 1995 (RAJ 1995/1632), al declarar que «...el dictamen del tercer Perito devino inatacable pues la aseguradora no ha impugnado en aquel término legal de 30 días, al habersele notificado dicho dictamen el día 19 de febrero y ejercitar la acción de impugnación el 21 del mes de marzo, cuando, por ser aquel plazo de caducidad y en el que no se excluyen los días inhábiles (artículo 5,2 del Código Civil), el último día para entablar la acción era el día 20, por tener el mes de febrero de 1988 veintinueve días». Criterio confirmado por otra Sentencia del T.S. del 26 de septiembre de 1997, que insiste en que: «El plazo de 30 días establecido en el artículo 38, párrafo séptimo, para que el asegurador pueda impugnar judicialmente el dic-

tamen pericial emitido en acto de jurisdicción voluntaria, es desde luego un plazo de caducidad y no de prescripción, que no admite interrupción, de tal manera que el tiempo transcurre inexorablemente, y el poder o facultad que se atribuye al asegurador para impugnarlo, si no se ejercita dentro de plazo, queda extinguido *ipso iure*...».

Del referido precepto se desprende de forma clara, que cabe la posibilidad de impugnar el dictamen pericial, por las causas que expondré a continuación, y que se han establecido plazos distintos para la impugnación para cada una de las partes intervinientes en el proceso extrajudicial. Hemos de hacer una primera objeción a los plazos que la ley señala, absolutamente distintos para cada una de las partes, en flagrante contradicción con la igualdad de las partes tanto en un proceso judicial, como en este procedimiento. No tiene sentido, bajo el pretexto de que las entidades aseguradoras son muy conocedoras de los temas que les afecta, y que están perfectamente asesoradas, de concederles un plazo de 30 días, que puede parecer a alguien que desconozca el funcionamiento de las aseguradoras, excesivo, cuando realmente, dada la excesiva burocracia de las Compañías de Seguros, el citado plazo puede transcurrir, por el mero discurrir administrativo de la notificación de un departamento a otro. De otra parte, el plazo de 180 días para que pueda ser impugnado por el asegurado, parece, pese a su teórica inferioridad cognoscitiva, excesivo, puesto que significa retardar de forma significativa la firmeza o posibilidad de impugnación del dictamen pericial. Lo deseable sería que ambas partes dispusieran del mismo plazo para la impugnación, que éste fuese prudencial y bastante para estudiar y considerar el asunto, y formular la oportuna demanda, y que creo que podría ser de 60 días para las dos partes.

b) LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA: POSIBILIDAD DE DEMANDAR A LOS PERITOS

LEGITIMACIÓN ACTIVA.—Del tenor del párrafo séptimo que comentamos, están legitimados sin perjuicio de terceros ajenos al contrato de seguro, tanto el asegurado como el asegurador.

LEGITIMACIÓN PASIVA.—Teniendo en cuenta lo comentado al hablar de la legitimación activa, y puesto que según el párrafo séptimo del artículo 38, el dictamen pericial puede ser impugnado por cualquiera de las partes, es evidente que si el actor en el proceso judicial es el asegu-

rado, el demandado o la demandada será la entidad aseguradora, la que estará legitimada pasivamente por imperativo del propio párrafo que comentamos, y viceversa, si el impugnante es la aseguradora, el demandado será el asegurado. Naturalmente que frente a la acción de una de las partes en el proceso, que siempre son las dos clásicas en el contrato de seguro, una es parte actora y la otra es parte demandada, es decir, que la legitimación de una parte como actora determina la legitimidad de la otra como demandada. Estos casos son los más frecuentes, aunque no necesariamente frente a la acción ejercitada por el asegurado o asegurador, la parte demandada, será la otra contratante de la póliza. De hecho se produce en ocasiones que tanto el asegurado, como el asegurador pueden demandar conjuntamente a la otra parte y al Perito o Peritos intervinientes, o simplemente demandar al Perito y no a la otra parte. Esta situación es, quizás, la novedad más importante introducida por la doctrina y la jurisprudencia.

Y en este sentido, he de volver a referirme a la muy importante Sentencia del T.S. del 17 de julio de 1992, que contempla un supuesto de hecho, en el que se formalizó una demanda por la parte asegurada contra una Sociedad Anónima dedicada a peritaciones, que fue designada por la Compañía aseguradora para la emisión del dictamen, y que, pese a haber sido requerida por la asegurada para notificarle de manera inmediata el dictamen pericial emitido, no lo hizo a petición de la compañía aseguradora.

Esta Sentencia casa la de la Sala de Instancia que desestimó la demanda por considerar que los actores carecen de legitimación activa para demandar a la entidad recurrida, al entender que la relación jurídica de la sociedad de peritaciones se ha producido con la compañía aseguradora y no con los actores, de donde deduce o infiere que la relación jurídica de mandato que vincula a la compañía encargada del peritaje y compañía aseguradora, impide que un tercero reclame a aquélla, porque en todo caso las responsabilidades deben exigirse a la compañía aseguradora. El T.S. considera la operatividad del *interés legítimo* que la asegurada tiene para pedir que la demandada cumpla su cometido, ya que la ley hace depender del mismo el efecto vinculante para las partes en el contrato, que resulta de lo prevenido en el artículo 38.4. Concluye la Sentencia que el alcance efectivo del derecho general de accionar, reconocido por el artículo 24 de la C.E., permite al asegurado demandar al Perito que no cumplió con las obligaciones legales que le incumbían al dejar de notificar su dictamen a la asegurada. El T.S. acabó dando lugar al recurso de casación, anulando la Sen-

tencia de la Audiencia, y condenando a la S.A. de peritaciones al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Así las cosas, podemos afirmar que está legitimado pasivamente el Perito tercero, cuando se dé la circunstancia de que se esté instando, como primera petición del procedimiento, la nulidad del informe pericial, pues tal eventualidad, caso de ser aceptada por los Juzgados o Tribunales, podría conllevar determinadas consecuencias para dicho Perito, a quien, por tanto, entendemos debe llamarse al proceso, para que, en ningún supuesto, pueda alegar indefensión. Esta legitimación pasiva cobra más fuerza, si cabe, cuando el Perito tercero haya emitido su dictamen con notable exceso sobre el plazo convenido o legal. Cuando se solicite la nulidad del dictamen del Perito tercero, por incumplimiento del plazo, creemos que el mismo siempre debe ser demandado, ya que en otro caso se podría dar lugar a una falta de litis-consorcio pasivo. Si la impugnación del dictamen pericial estuviese simplemente encaminada a combatir el *quantum* indemnizatorio, no sería preciso llamar al Perito a la litis, ya que lo que en definitiva se estaría solicitando, en relación con el fondo del informe, es el examen por el juzgador de la corrección de sus bases, argumentos y conclusiones, juicio de valor, que aunque fuera contradicho, no podría dar lugar a ningún tipo de perjuicio para el Perito, salvo que el mismo hubiese incurrido en negligencia grave, mala fe o dolo en la realización de su cometido.

La posibilidad de que los Peritos de parte sean demandados, y no sólo ellos, sino también el Perito tercero, también está admitida por la Sentencia del T.S. de 19 de junio de 1995 (RAJ 1995/4.928), por la que se anuló el dictamen de un tercer perito. El supuesto de hecho es el siguiente: En acta suscrita por el Perito tercero y a la que prestó su adhesión el Perito designado por la aseguradora, se dice que Don Eduardo S. S. presenta el informe emitido en el Juzgado de Primera Instancia de Getafe, en el que después de referirse a la relación presentada por la aseguradora y las valoraciones hechas por los Peritos Don Santiago G. L. (designado por la aseguradora), Don Pedro R. N. (designado por la aseguradora) y Don Francisco J. R. (que había sido designado judicialmente Perito tercero aunque su nombramiento fue luego anulado), dice «que el justiprecio sería la suma de las cuatro peritaciones divididas por cuatro, obteniendo una cantidad que a mi leal saber y entender, de ocho millones doscientas veintiséis mil veintitrés pesetas».

Según dispone el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos, es evidente que tal informe carece de todo rigor para alcanzar una

valoración del daño producido y la consiguiente indemnización, pues incluso se incluyen en esa operación aritmética las valoraciones hechas por la asegurada y por su Perito, careciendo ese supuesto dictamen pericial de todo elemento de juicio que permita apreciar su objetividad en caso de impugnación por alguna de las partes. La Sentencia continúa diciendo que de la propia acta se pone de manifiesto que no ha habido discusión alguna entre el Perito tercero y los designados por las partes en que, previa la deliberación de las cuestiones sometidas a la pericia, se hubiera podido llegar a un dictamen adoptado bien por mayoría, bien por unanimidad. La Sentencia concluye en este párrafo hablando de la actuación a todas luces negligente del Perito, y contradictoria totalmente con la función que como tal le incumbía.

Es evidente, pues, según las Sentencias del T.S. comentadas, que los Peritos pueden ser demandados en los procedimientos judiciales que se formulen impugnando el dictamen final del artículo 38, y ello no sólo cuando hayan incurrido en defecto formal, sino cuando existan motivos de fondo para la impugnación. No sólo es que el T.S. acepta esta posibilidad de que los Peritos sean demandados, sino que, en la Sentencia del 19-6-95, y dada la actuación negligente e irresponsable de los mismos, les impuso las costas, y concretamente tanto al Perito de la asegurada, como al Perito tercero nombrado en segundo lugar tras la anulación del nombramiento del primero.

Pero es más, pese a que los Peritos hayan emitido su dictamen con el mayor rigor y la mayor profesionalidad posibles, es evidente, que su informe puede ser impugnado judicialmente.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1994 (RAJ 1994/7.455) consideró que no puede ser tachado de negligente el Perito que se ilustró previamente con cuantos datos pudieron serle facilitados como el ya dicho del Parque de Bomberos y el emitido por el Departamento de Ingeniería Textil y Papelera de la Universidad Politécnica de Valencia, pero ello no quiere decir ni que el Perito tenga que seguir al pie de la letra los datos o informes facilitados, sino que ha de hacerlo bajo la responsabilidad de su conciencia profesional, pues ha de conjugar multitud de informes y documentos que le han sido facilitados con su propia apreciación personal del lugar siniestrado. Esta Sentencia pone de manifiesto, que la libertad de los Peritos para interpretar todas las circunstancias concurrentes en base a las reglas de la sana crítica y a su *lex artis*, no es óbice para que su dictamen sea impugnado por alguna de las partes.

c) PROCEDIMIENTO

La cuestión no tiene ninguna dificultad, puesto que evidentemente la impugnación del dictamen pericial, debe efectuarse en el juicio declarativo correspondiente en razón de la cuantía de los dictámenes emitidos. Podría darse algún conflicto, en la normalidad de los casos, cuando los dictámenes de los Peritos estuvieren en el límite de los juicios de cognición y el menor cuantía, o bien, en el límite de los juicios de menor y mayor cuantía, estando alguno de ellos por debajo del límite y otro por encima, y en este supuesto, entendemos que siempre debería plantearse el tema como un juicio declarativo de menor cuantía por imperativo del artículo 484.3° de la L.E.C., que remite a este tipo de procedimientos para las demandas cuya cuantía sea inestimable.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento, el procedimiento será el ordinario, cuando la cuantía exceda de quinientas mil pesetas, o cuando el interés económico resulte imposible de calcular, según previene el artículo 249.2, y sería el procedimiento verbal cuando la cuantía no exceda de quinientas mil pesetas, tal y como dispone el artículo 250.2.

d) COSTAS

Debe aplicarse el criterio del artículo 523 de la L.E.C., en el sentido de imponerlas a la parte cuyas pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, y apreciando circunstancias excepcionales, acuerde la no imposición de las mismas.

En la nueva Ley Procesal, el artículo aplicable es el 394, que las impone a la parte que hubiera visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Otra cuestión es lo previsto en el párrafo noveno del artículo 38, relativo a la demora del asegurador en el pago de la indemnización devenida inatacable, para cuyo supuesto la ley tiene previsto que la Compañía de Seguros pague no solamente las costas procesales, sino todos los gastos originados al asegurado por el proceso, y ello cualquiera que fuere el procedimiento judicial aplicable.

e) CAUSAS DE IMPUGNACIÓN

La doctrina española es amplia, y considera todas las posibilidades de impugnación, que podemos dividir en dos grandes grupos: Motivos formales y motivos de fondo.

1. Motivos formales

En cuanto a los *motivos formales*, y siguiendo a Bataller Grau, podemos señalar los siguientes:

1° En el supuesto de dictamen de Perito único si el requerimiento fue realizado defectuosamente y dicha irregularidad no fue subsanada.

2° Cuando el Perito tercero no ha sido nombrado según establece el párrafo sexto del artículo 38 de la L.C.S.

3° La demora en la emisión del dictamen.

En cuanto a los requisitos formales citados bajo los apartados 1° y 2° de este motivo, creemos que sólo pueden prosperar en el procedimiento judicial pertinente si se prueba la existencia de la infracción, y no sólo ello, sino que la misma influyó en el resultado contemplado en el dictamen pericial. Es decir, que el vicio, si no trascendió en el resultado, no modificará la vinculatoriedad del dictamen.

El caso más característico de la impugnación por motivos formales es la demora en la emisión del dictamen, es decir, cuando el Perito tercero lo ha realizado fuera del plazo convenido o legal. También es el caso clásico, en que el Perito, desde nuestro punto de vista, debe ser demandado judicialmente.

2. Inexistencia de dictamen

Todos esos motivos deben ser distinguidos de los supuestos de inexistencia de dictamen, que es aquel en el que, como antes se ha dicho, no se ha procedido por las partes al nombramiento de Perito tercero, en cuyo caso cualquiera de los intervinientes en el proceso pericial extrajudicial podrán acudir a los Tribunales, para solicitar que se declare la inexistencia del referido en el artículo 38, al no haber sido completado el procedimiento imperativo y extrajudicial. Estaríamos en este caso en un procedimiento judicial declarativo de la inexistencia del dictamen que deja abierta la posibilidad de acudir a otras vías para proceder a la

liquidación del daño, e incluso pudiéndose solicitar en el mismo litigio la liquidación del siniestro por el Juez. Este es el criterio recogido en la Sentencia del T.S. antes citada de fecha 25 de julio de 1995.

Claro supuesto de inexistencia de dictamen, se produce cuando el Perito tercero no emita el suyo conjuntamente con un Perito de parte al menos. Es decir, cuando los tres informes periciales sean absolutamente disconformes y sin mayoría. Este criterio se apoya en la última Sentencia que hemos comentado del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 1999, que acordó la nulidad del peritaje obrante en Autos, ya que no fue elaborado conjuntamente por los tres Peritos, sino únicamente por el tercero. La petición de nulidad de este dictamen, en mi opinión, debería ir acompañada de la solicitud de liquidación del siniestro por el Juez, que podría tener en cuenta no sólo los dictámenes emitidos por el Colegio Arbitral en disconformidad, sino los que a petición de las partes pudieran practicarse en el procedimiento judicial, lo que obligaría al Juez a dictar Sentencia declarando la nulidad de dicho dictamen, y liquidando el siniestro, esto es, fijando en Sentencia la valoración de los daños producidos.

3. **Motivos de fondo**

En cuanto a los *motivos de fondo*, hemos de decir que la ley no los cita de forma expresa, por lo que para su estudio se deberá tener en cuenta la naturaleza jurídica del dictamen pericial. El dictamen del procedimiento pericial es un arbitrio de tercero, y la consecuencia de ello es que podrá ser impugnado por error, violencia, intimidación, dolo o por no ser equitativo. Este es el criterio de los autores de la obra «El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», entre los que se encuentran Vicente Cuñat Edo, Jose Miguel Embid Irujo, Juan Bataller Grau, del Departamento de Derecho Mercantil Manuel Broseta Pont de la Universidad de Valencia, con apoyo en la jurisprudencia, y concretamente en las Sentencias del T.S. de 10 de marzo de 1986 (RAJ 1986/1168), 7 de julio de 1988 (RAJ 1988/5559), 22 de noviembre de 1966 (RAJ 1966/4991) y 21 de abril de 1956, entre otras. En el ámbito específico del procedimiento pericial, la jurisprudencia surgida a raíz del Código de Comercio ya consideró la aplicación analógica de los vicios del consentimiento del artículo 1.265 del Código Civil, así las Sentencias del T.S. de 21 de marzo de 1943, 5 de mayo de 1953 y 19 de febrero de 1955, cuya

doctrina jurisprudencial es aplicable perfectamente al artículo 38 de la L.C.S., porque este procedimiento era de idéntica naturaleza al actualmente en vigor.

Por su parte, los tratadistas De la Cuesta y De la Oliva, en su obra «Consideraciones sobre la liquidación del seguro de daños», señalan las siguientes causas de impugnación:

1° Disconformidad en cuanto a la causa o causas del siniestro.

2° Disconformidad sobre apreciación de circunstancias, distintas del valor de los daños, que influyan en la determinación de la indemnización según el tipo de seguro.

3° Discrepancia en cuanto a la valoración cuantitativa de los daños y/o en cuanto al importe líquido de la indemnización y/o respecto de la forma o modalidad de ella.

4° Discrepancia sobre la concurrencia o no de presupuestos del deber de prestación del asegurado.

No ofrece dificultades la impugnación del dictamen por causa de la intimidación, violencia o dolo, bastará aplicar la doctrina general privatista sobre los vicios del consentimiento. El vicio sólo será tenido en consideración y será relevante cuando influya en la emisión del dictamen.

La cuestión más importante, y que de hecho es la que ocurre con mayor frecuencia en este tipo de impugnaciones, es la debida al error, que en opinión del Profesor Bataller ha de ser esencial, concepto que según el artículo 1.266 del Código Civil es que el error recaiga en la sustancia de la cosa, es decir, que el error de escasa importancia no es transcendente.

Es esencial el error cuando recae sobre la causa del siniestro, ya que una modificación de la misma determina la exclusión de los daños de la cobertura del seguro y la consiguiente pérdida de indemnización relativa a los mismos.

Pero el núcleo gordiano de la cuestión es saber si es atendible una reclamación basada en un error en la valoración, es decir, si cabe impugnar el dictamen pericial basándose exclusivamente en que el importe líquido de la indemnización no representa acertadamente la valoración del siniestro. La respuesta indudable es que sí, es decir, que sí que cabe la impugnación por este motivo, siempre y cuando el error sea relevante o esencial. La pregunta que podemos hacernos es cuándo es relevante o esencial. Creemos que debe ser cuando la diferencia sea notable, o verdaderamente importante, cuantitativamente hablando, entre la suma indemnizatoria fijada en el dictamen impugnado, y lo que

pretenda y pruebe en el proceso judicial la parte que haya impugnado la pericia. Pensamos que no se puede hablar de porcentajes concretos, sino que habrá de estarse a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Nos resta una última causa de impugnación del dictamen pericial, que es la falta de equidad, reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia. No resulta fácil deslindar el dictamen viciado de error, del falto de equidad. Un dictamen pericial inicuo se produce cuando el Perito no haya adoptado la decisión ajustándose al parecer medio. Concepto, como antes se ha dicho, semejante al de error, pues en ambos casos se trata de constatar si la actuación del Perito se ajusta a la *lex artis*.

D) EFECTOS DE LA IMPUGNACIÓN DEL DICTAMEN

Todo ello está regulado en los párrafos octavo y noveno del artículo 38, y así en el primero de ellos se dispone que si el dictamen de los Peritos fuera impugnado, el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el artículo 18, y si no lo fuera abonará el importe de la indemnización señalada por los Peritos en un plazo de cinco días.

El importe mínimo que señala el artículo 18 de la L.C.S., es el que el asegurador pueda deber según las circunstancias por él conocidas, es decir, se trata no de un pago arbitrario, sino que toma como referencia las circunstancias conocidas por la compañía de seguros. Normalmente ese pago mínimo deberá ser igual a la cantidad fijada por el Perito único, o a la menor de las cantidades fijadas por los Peritos de ambas partes, y en todo caso a la cantidad fijada por el Perito de la aseguradora.

En cuanto al pago de la indemnización, el artículo 38.8 de la L.C.S. *in fine* dispone que si no fuese impugnado el dictamen, el asegurador abonará el importe señalado por los Peritos en un plazo de cinco días. Esta disposición ha sido criticada por algunos autores, como De la Cuesta y De la Oliva, que consideran dicho término demasiado breve, aunque añaden que esta brevedad no es demasiado perjudicial para el asegurador, ya que ese plazo sólo rige para el supuesto de que el dictamen no fuese impugnado, pero puesto que el asegurado

dispone de un plazo de 180 días para realizar la impugnación, habría que esperar al transcurso del mismo, para que comenzara la obligación del pago que establece el párrafo que comentamos.

Por nuestra parte, entendemos que el asegurador está obligado al pago de la indemnización, en el supuesto de que no sea él mismo quien efectúe la impugnación, y ello en el plazo expresado de cinco días, transcurridos los 30 que la ley le da a tal efecto. Es más, si la entidad aseguradora decide antes de transcurrir el plazo de 30 días la aceptación del dictamen pericial, ya puede efectuar el pago sin necesidad de dejar transcurrir el plazo que la ley le concede. En este sentido, es la aseguradora quien debe cumplir su obligación dentro del plazo legal, porque otra cuestión es que el asegurado que todavía tiene plazo para impugnar se niegue a aceptar el pago, y quiera plantear en su caso y en su momento la reclamación judicial, y en este caso la aseguradora, rechazado el pago por su asegurado, debería notificarle a éste su voluntad de pagar y, en su caso, consignar judicialmente el importe del dictamen pericial.

Y digo esto porque en caso contrario entraría en juego el párrafo noveno y último del artículo 38 de la L.C.S., que establece todas las consecuencias que pueden derivarse para el asegurador del impago de la indemnización devenida inatacable dentro del plazo previsto por la ley.

Este último párrafo del artículo 38 establece dos tipos de consecuencias para la mora del asegurador, la primera el pago de los intereses del artículo 20 de la L.C.S., y la segunda el pago de los gastos ocasionados al asegurado por el procedimiento judicial.

En cuanto al pago de los intereses, la cuestión no ofrece mayores dificultades, pese a que pueda considerarse que caben distintas interpretaciones al respecto. Dice este párrafo que la indemnización se incrementará con el interés previsto por el artículo 20, y ello desde la fecha en que la valoración devino inatacable. El artículo 20 en su actual redacción establece como intereses los legales incrementados en su 50 %, salvo que hubiesen transcurrido más de dos años desde la fecha del siniestro, que en este caso sería desde que el dictamen devino inatacable, siendo el interés a aplicar el del 20 %.

La segunda consecuencia o repercusión para la entidad aseguradora es la condena en Sentencia del importe de los gastos originados al asegurado por el proceso, sea cual fuere el procedimiento judicial aplicable. La interpretación literal del párrafo noveno que comentamos es que siempre y en cualquier caso se le impondrán las costas al asegura-

dor, lo que parece que pugna con lo previsto en el artículo 523 de la L.E.C., que dispone la imposición de costas al vencido, salvo razonamiento del Juez. Sin embargo parece que este párrafo noveno lo que hace es reforzar lo dispuesto en ese artículo 523, con imposición de costas a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, pero siempre y en general pensando en que sería condenada en costas la aseguradora, puesto que en la mayoría de los casos, las posibilidades de defensa, cuando el dictamen ha devenido inatacable, son prácticamente nulas.

Este último párrafo aborda una cuestión nueva, que es, ya no sólo el pago de las costas, sino también el de los gastos originados al asegurado por el proceso, que debe de entenderse como aquellos desembolsos, incluso los extraprocesales, debiendo entenderse incluidos dentro de este concepto, todos aquellos que fueran necesarios y previos a la propia formulación de la demanda.

E) GASTOS DEL DICTAMEN PERICIAL

Como colofón a lo dispuesto en el artículo 38, el artículo siguiente, esto es, el 39, preceptúa: «Cada parte satisfará los honorarios de su Perito. Los del Perito tercero y los demás gastos que ocasione la tasación pericial serán de cuenta y cargo y por mitad del asegurado y del asegurador. No obstante, si cualquiera de las partes hubiera hecho necesaria la peritación por haber mantenido una valoración del daño manifiestamente desproporcionada, será ella la única responsable de dichos gastos.»

En principio cada parte habrá pagado los honorarios del Perito designado por ella, y posiblemente también el 50 % de los honorarios del Perito tercero. Pero puede ocurrir que los honorarios del Perito tercero no hayan sido satisfechos, e incluso se discute si tendría derecho a percibirlos en el supuesto de que su dictamen fuese anulado. Al respecto conviene señalar la Sentencia de 5 de octubre de 1994 (RAJ 1994/7455), en la que el T.S. estudia el derecho a percibir honorarios del Perito tercero, cuyo dictamen fue declarado nulo por error, habiendo declarado nuestro más alto Tribunal que: «...confunde lamentablemente el recurso, el derecho a los honorarios por un profesional que aporta su trabajo a la consecución de un fin, cualquiera que sea su resultado no viciado

por dolo o negligencia y el rechazo del Órgano Jurisdiccional de ese resultado de labor profesional condensado en el informe pericial por simple y disculpable error...». Es decir, el T.S. declara el derecho a la percepción de honorarios por el Perito, aun en este supuesto de haberse invalidado el dictamen por error.

El contenido del artículo 39 de la L.C.S. puede cerrarse con el sistema que debería utilizarse para reclamar tanto los honorarios del Perito propio como el 50 % de los del Perito tercero, lo que debería efectuarse como petición complementaria de la principal en el proceso judicial mediante el que cualquiera de las partes impugnase el dictamen pericial por razones de fondo, siempre que concurriese la circunstancia de que una de las partes hubiese mantenido una valoración del daño manifiestamente desproporcionada, puesto que ese motivo es el que habría dado lugar, posiblemente, al proceso pericial imperativo del artículo 38, que hubiera podido ser evitado si una de las partes no hubiese mantenido una posición desorbitada en el orden económico.

Voy a terminar, y como es habitual, debo hacerlo dando gracias al Excmo. Sr. Presidente de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, y a todos los Académicos de Número, por haberme nombrado.

Estos actos de toma de posesión son científica y jurídicamente de gran relevancia, y personalmente muy gratificantes y emotivos. Sin embargo, deberemos convenir en que esto no es más que el principio de la puesta en marcha de la Academia, cuya revitalización era absolutamente necesaria, pero ha llegado la hora de caminar, y ciertamente ya se ha comenzado con una serie de ambiciosos proyectos acordados en la Junta de la pasada semana.

Lo dijo Thomas Huxley, «el gran objetivo de la vida no es el conocimiento, sino la acción», y lo anticipó Demóstenes al afirmar que «las palabras que no van seguidas de los hechos, no valen para nada».

Tengo que darles las gracias por su paciencia en escucharme. Su prudencia y su atención merecen que termine con un pensamiento de Séneca, con el que me siento identificado: «El que es prudente es moderado; el que es moderado es constante; el que es constante es imperturbable; el que es imperturbable vive sin tristeza; el que vive sin tristeza es feliz; luego el prudente es feliz».

Muchas gracias.

CONTESTACIÓN
DEL EXCMO. SR. D. LUIS MIGUEL ROMERO VILAFRANCA

INTRODUCCIÓN

ILMO. SR. ACADÉMICO DE NÚMERO,
EXCMOS. E ILMOS. SRES.,
QUERIDOS COMPAÑEROS,
SRAS. Y SRES.:

En los tiempos actuales, en los que tanta atención se presta a lo superficial, a lo banal o a lo frívolo, en los que antes se prima a la sensación celérica de las imágenes sobre el reposo sereno de las ideas, en los que se han perdido facultad de elevación y ansias de profundidad, reconforta sobremanera hallarse en esta Academia en donde se eleva y se profundiza con rigor, tal y como lo ha hecho nuestro nuevo Académico Miguel Guillot Hospitaler.

En nuestra Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, que me honro en presidir, en la que en su centenaria historia nunca faltaron ni ejemplos dignos de ser citados, ni modelos que le sirvieran de aliento, es un gran honor y una no menor satisfacción recibir en este acto a un jurista de la calidad de nuestro nuevo Académico de Número.

Y antes de ceder a la tentación de seguirle en el curso magnífico de sus elevadas consideraciones de orden doctrinal, permítanme expresar, como en un fraterno mensaje, toda la alegría que me rebosa por poder intervenir en este acto de estricta justicia, al recibir en esta Academia, que tiene como uno de sus fines primordiales la formación jurídica de las jóvenes generaciones de juristas, a quien durante estos últimos años lidera y organiza el esfuerzo formativo de la Corporación a la que pertenece, con una eficacia y una generosidad que sirve de

ejemplo y guía a todos los que estamos implicados en su regiduría y servicio.

Cumplido este desahogo, y antes de glosar la figura del nuevo Académico, pasaré a contestar su brillante Discurso de ingreso en la Corporación.

EL DISCURSO

El magnífico discurso de nuestro Académico recipiendario ha centrado las **dos cuestiones más controvertidas del procedimiento pericial del artículo 38 de la L.C.S.**, cuales son su carácter imperativo y la impugnación del mismo ante los Tribunales de Justicia.

Un artículo 38 que constituye el precepto de la Ley del Contrato de Seguro que **más pronunciamientos jurisprudenciales** ha merecido desde la entrada en vigor de aquella Ley y en uno de los que más ha fijado su atención la doctrina mercantilista, de lo que nos ha dado cumplida cuenta nuestro nuevo Académico.

Y es que el legislador de seguros de 1980, en su intención de establecer un sistema procedimental exhaustivo de liquidación del siniestro, redactó un precepto —este artículo 38— de una considerable extensión —9 párrafos— que ha merecido críticas por parte de la doctrina por su defectuosa técnica legislativa, pero que es, en todo caso, minucioso y detallado y sigue el patrón cronológico de un procedimiento iniciado con el siniestro y que termina con el pago al asegurado por parte de su aseguradora.

A nuestro juicio, hay que partir de la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro y del **carácter tuitivo** de los derechos del asegurado que informa la misma, de conformidad con su artículo 2, en virtud del cual la voluntad de los contratantes reflejada en el contrato sólo puede modificar las prescripciones legales cuando sea en beneficio del asegurado.

Dicho carácter protector del asegurado es el que informa también el artículo 38 que nos ocupa, y se manifiesta, por ejemplo, en que los distintos plazos que se establecen en el procedimiento sean más amplios cuando se refieren al asegurado (lo que ha criticado nuestro Académico), o en la presunción de la preexistencia de los objetos asegurados de acuerdo con el contenido de la póliza.

Por tanto, entendemos que cualquier duda de interpretación habrá de ser resuelta teniendo presente tal carácter protector de los derechos del asegurado, teniendo en cuenta además que es este momento, de producción del siniestro y liquidación del mismo, el verdadero núcleo del aseguramiento y en virtud del cual éste tiene sentido, por cuanto, ocurrido el siniestro, se ha materializado el riesgo que mereció la contratación de la póliza y el asegurado ha de recibir la prestación debida por el asegurador, normalmente en forma de indemnización.

Pues bien, sin abandonar esta idea del carácter tuitivo de las disposiciones, y dado que las dos cuestiones acaso más problemáticas y conflictivas de la norma —su carácter imperativo e impugnación del dictamen pericial— han sido expuestas de forma exahustiva y brillante en el Discurso de ingreso, basaré mi contestación al mismo refiriéndome a un punto también interesante en relación con este precepto:

La posibilidad o no de la resolución de la controversia asegurador-asegurado respecto de la determinación de la cuantía de los daños y del importe de la indemnización a través de sistemas alternativos al procedimiento pericial contradictorio del art. 38 LCS: el arbitraje propio, el arbitraje de consumo o la figura del Defensor del asegurado.

1. ARBITRAJE

El artículo 38 LCS únicamente prevé expresamente dos formas de fijación de la indemnización: el arreglo amistoso y el procedimiento pericial. De tal manera que si ambas partes no se ponen de acuerdo sobre el importe y forma de la indemnización se inicia el procedimiento pericial regulado por la Ley que tiene el carácter de obligatorio para las partes cuando cualquiera de ellas lo inicia, y sin que la otra pueda acudir a la jurisdicción ordinaria en tanto en cuanto no finalice este procedimiento, como se nos ha expuesto.

Así las cosas, nos encontramos con que el artículo 38 no contempla expresamente la posibilidad de someter la cuestión a arbitraje.

Para resolver esta duda, y antes que nada, habrá que empezar diciendo que el procedimiento pericial regulado por el reiterado precepto no es *stricto sensu* un arbitraje ni responde al esquema del sistema arbitral establecido por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. De ahí que algunos autores lo hayan calificado como «*arbitraje impropio*».

El propio Académico en su Discurso, al comentar la importante sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1992, ha hecho referencia a la misión de los Peritos intervinientes en el procedimiento del artículo 38 que «*la aproximan a la de los árbitros*». Nosotros pensamos que ello sería predicable en todo caso del tercer Perito designado de común acuerdo, pero no de los nombrados por asegurador y asegurado, que adolecen de la imparcialidad que ha de presidir en todo caso la actuación arbitral —si bien, y en la medida en que los Peritos de las partes alcanzaran un acuerdo, podría pensarse que en su labor pudiera haber existido un elemento *decisorio*—.

Pero es que este tercer Perito, como ha destacado acertadamente el recipiendario, ni siquiera tiene el carácter de Dirimente entre los otros dos, sino que ha de efectuar un dictamen propio en todos sus extremos, sin que su deber sea el de decidir cuál de los otros dos informes es el que ha de prevalecer, ni adoptar soluciones «salomónicas» como las que critica el Académico.

Por último, su carácter imperativo, el procedimiento mismo, y la forma y efectos de su conclusión, tampoco coinciden en modo alguno con el de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, el cual está basado precisamente en el acuerdo *ab initio* de las partes en someter la cuestión al mismo.

Por tanto, no pudiendo equipararse el procedimiento pericial del artículo 38 LCS a un procedimiento arbitral, y no establecida legalmente ninguna limitación al respecto, concluimos que es posible la inclusión en el contrato de seguro de una cláusula de sumisión a arbitraje.

Incluso la Ley 30/1995, de 30 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, contempla la posibilidad de resolución mediante arbitraje de las controversias entre las aseguradoras y los tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios e incluso perjudicados en sus artículos 4 y 61.1.

Tal cláusula de sumisión a arbitraje no podría ser considerada en ningún caso como lesiva para los derechos de los asegurados, siendo la doctrina mayoritaria en el sentido de considerarla como **limitativa de los derechos del asegurado** y, por tanto, para su validez y eficacia habría de reunir los requisitos del artículo 3 por todos sabidos (aceptación expresa por parte del asegurado y resaltada tipográficamente en la póliza). Además, y de conformidad con el artículo 31 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, la cláusula ha de resultar clara y explícita. Esta misma norma añade que la negativa del consu-

midor a someterse a un arbitraje distinto del regulado por dicho precepto (al que luego nos referiremos), no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.

Nosotros pensamos que, al margen de las mayores garantías que para el asegurado presenta la consideración de la cláusula como limitativa por lo que acabamos de decir, la sumisión de la problemática a arbitraje al margen del procedimiento establecido por la Ley, **podría resultarle más beneficiosa** en la medida que se obtendría una resolución, en principio más ágil, flexible y rápida.

En efecto, y en cuanto a la característica de la **flexibilidad**, el procedimiento arbitral no está encorsetado como lo está un sistema como el previsto por el artículo 38 LCS y es mucho menos rígido, por supuesto, que el procedimiento jurisdiccional ante los Tribunales.

Tal flexibilidad del procedimiento arbitral, como es sabido, únicamente viene limitada por el respeto a los principios de audiencia, contradicción y de igualdad entre las partes, conforme al artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

La **rapidez** es, por otro lado, otra de las características del arbitraje que suele destacarse cuando se predicen sus excelencias. Y así es, puesto que en buena medida por ser flexible se eluden dilaciones innecesarias, y actúa como procedimiento en instancia única, sin perjuicios de los recursos de anulación y revisión que, en su caso, puedan interponerse contra el laudo.

Pero es que, además de estas consideraciones, el arbitraje representaría a nuestro juicio una garantía más que interesante para el asegurado, cual es la de la **absoluta imparcialidad del árbitro**, y, ya que se tratará en la generalidad de los casos de una cuestión que precise de conocimientos técnicos, **del Perito** (o Peritos) que intervengan en dicho proceso arbitral, cuya designación correrá a cargo del propio árbitro, sustrayéndolo al perverso sistema de insaculación que para el nombramiento de Peritos establece la LEC y al que, no lo olvidemos, se remite el artículo 38 LCS para la designación del tercer Perito por el Juez cuando no ha habido acuerdo entre las partes a tal fin.

Una imparcialidad que de ningún modo puede predicarse de los Peritos designados por las partes en el procedimiento pericial, sin que ello suponga prejuzgar la profesionalidad de los mismos.

Además, en el procedimiento arbitral, dado que la elección del árbitro se produce por acuerdo de las partes —o por la remisión en el convenio arbitral a una institución que administre el arbitraje—, ello

permite garantizar que la decisión va a ser tomada por una persona o personas expertas en derecho de seguros.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que la Ley de Arbitraje de 1988 distingue entre el **arbitraje de Derecho o el de equidad**, con notables diferencias entre uno y otro. Y así, mientras en el primero el árbitro ha de ser abogado en ejercicio que ha de atender a las normas aplicables al caso para resolver el caso; en el segundo la designación del árbitro puede recaer en una persona que no sea jurista y que no ha de atender al Derecho para la resolución del supuesto, sin que ni siquiera haya de motivar el laudo.

Teniendo en cuenta que la cuestión controvertida se hallaría regulada por normas de carácter imperativo, como es la Ley de Contrato de Seguro (cuya imperatividad proclama su artículo 2), y que trae causa del carácter tuitivo del asegurado que informa la Ley, impidiendo que la compañía aseguradora pueda sustraerse del régimen legal en perjuicio de los derechos del asegurado, podemos concluir que de las dos posibles clases de arbitraje, sólo la de Derecho parece apropiada para resolver cuestiones relativas al contrato de seguro.

Por otro lado, y como ejemplo de iniciativas que en el ámbito de los seguros han visto la luz para fomentar el arbitraje en esta materia, se puede citar el Tribunal Español de Arbitraje de Seguros (TEAS), bajo los auspicios de la sección española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA).

2. ARBITRAJE DE CONSUMO

El ya citado artículo 61 de la LOSSP establece igualmente la posibilidad de resolución de las controversias entre las aseguradoras y los tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios y perjudicados mediante el arbitraje que se regula en el **artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**.

Para ello se requieren acuerdos específicos a nivel sectorial y empresarial, y por lo que aquí interesa, conviene decir que la patronal de las compañías aseguradoras, UNESPA, se ha adherido a este arbitraje de consumo en 1996, y los Colegios de Mediadores de Seguros y la Asociación Profesional de Peritos ya estaban también adheridos a dicho sistema.

Como ha destacado la doctrina, este sistema arbitral de consumo puede resultar especialmente interesante en las reclamaciones de escasa

cuantía, que son precisamente aquellas en las que el asegurado pueda quedar más a merced del dictado de la compañía aseguradora, por resultarle más oneroso el sometimiento al procedimiento pericial del artículo 38 LCS, e incluso el arbitraje propio que hemos visto anteriormente.

Es, por tanto, en estas reclamaciones de poca cuantía donde puede tener mayor virtualidad esta clase de arbitraje (que es especial, de acuerdo con la Disposición Primera de la Ley de Arbitraje de 1988).

No obstante, hemos de reiterar que al ser este arbitraje de consumo esencialmente **de equidad**, el carácter imperativo de la Ley del Contrato de Seguro puede suponer desde el punto de vista del asegurado una mayor garantía que la que resulte de la sumisión del conflicto a este tipo de arbitraje.

Ello revela de inmediato una paradoja, ya que se tiene en general la sensación de que tal arbitraje de consumo suele favorecer más al consumidor que a los empresarios, reacios en lógica consecuencia a someterse al mismo. Tal razonamiento ha llevado a parte de la doctrina (EMBID IRUJO) a presagiar un futuro incierto al arbitraje de consumo en el ámbito del sector asegurador.

Otros autores (DE ANGULO) opinan que este tipo de arbitraje especial o impropio tiene mayor fuerza y eficacia que la tasación pericial contradictoria del artículo 38 LCS, ya que al contemplarse en la disposición adicional 1ª de la vigente Ley de Arbitraje y preverse la supletoriedad de la misma, frente a los «laudos» o decisiones que en tales arbitrajes de consumo se dicten, sólo cabrá el tasado recurso de anulación ante la Audiencia Provincial, y, una vez firmes, serán ejecutables por los Juzgados y Tribunales, sin perjuicio del excepcional recurso de revisión, en su caso.

3. DEFENSOR DEL ASEGURADO

Por último, entendemos que la figura del Defensor del Asegurado, regulada por el artículo 63 de la LOSSP, **no puede servir como alternativa al procedimiento pericial contradictorio del artículo 38 LCS** que nos ocupa, dado que adolece de los elementos que se revelan como necesarios desde el prisma de la protección del asegurado, cuales son los de imparcialidad, independencia y objetividad en la resolución de la problemática que plantea la liquidación del siniestro.

En efecto, el Defensor del Asegurado depende directamente del asegurador y constituye más bien un departamento de atención o servi-

cio al cliente dentro de la organización empresarial de éste (al modo que fueron establecidos con anterioridad en los sectores bancario y bursátil), y que en cuya actuación únicamente vincula al asegurador y nunca al asegurado que haya formulado la reclamación; ya que, de acuerdo con el artículo 63.2 LOSSP, «la decisión del defensor del asegurado favorable a la reclamación vinculará a la Entidad Aseguradora».

Una merma de imparcialidad que resalta pese a que la LOSSP califique a las personas o entidades en que ha de recaer la designación, como *independientes* —además de estar dotados de reconocido prestigio—.

Pero es que, junto con este *déficit* de independencia que hace prácticamente inútil esta figura como alternativa al procedimiento pericial del artículo 38 LCS, las entidades aseguradoras pueden sustraer de las competencias del Defensor del Asegurado las reclamaciones referentes a la determinación de la indemnización correspondiente al siniestro de que se trate.

Y ello por cuanto, de conformidad con el artículo 63 LOSSP, la designación —que es voluntaria, por otro lado— del defensor del asegurado por parte del asegurador, va unida a la especificación por parte de éste de «los tipos de reclamaciones en los que se someten a su decisión». De manera que, no incluyendo las relativas a la determinación del *quantum* indemnizatorio, la figura del defensor del asegurado carece de cualquier competencia en la materia y lo hace inútil a los efectos que aquí interesan, y todo ello, además, por voluntad unilateral de la entidad aseguradora.

Valgan, pues, estas reflexiones como adición en contestación al brillante Discurso de nuestro nuevo Académico, que denota con su rigor lo acertado de su nombramiento, y cuyos méritos paso a continuación a glosar.

EL ACADÉMICO

Puede pensarse que para mí no es posible hablar con distanciamiento y sin «contaminación» de quien tantos avatares ha compartido conmigo y de quien tan en deuda estoy por tantos motivos. Y es cierto.

La objetividad de mi ánimo y la independencia de mi espíritu se ven ampliamente superadas en este caso por una riada de sentimientos de respeto, admiración, gratitud y afecto hacia el mejor Vicedecano que nunca un Decano pudiera desear tener a su lado. No puedo ser objetivo en mi valoración, pero tengan la seguridad de que en todo lo que diga seré profundamente justo, y en ello pongo por testigos a todos los que tienen la fortuna de conocer a nuestro nuevo Académico.

Miguel Guillot Hospitaler es solamente un Abogado, de una parte, y un servidor de los Abogados a través de la Corporación, de otra. Esos son sus principales méritos, y nada más y nada menos que esos son los méritos que justifican sobradamente su elección: los de ser un Abogado de cuerpo entero, un prototipo de buen abogado y el Vicedecano del Colegio de Abogados, cargo que desempeñó con tanto acierto que sus compañeros lo reeligieron por mayoría absoluta.

Teniendo en cuenta la importancia de la Abogacía y del Colegio de Abogados en la Academia, consentidme que, como Decano del Colegio y Presidente de la Academia, no desaproveche esta ocasión para, en su persona, rendir homenaje a esta profesión y a los compañeros que con tanto esfuerzo, sacrificio y generosidad la sirven desde la Junta de Gobierno.

Miguel Guillot es desde hace décadas la personificación de una profesión, la Abogacía, de la que dijo Dromi que: *nace con la libertad, vive para defenderla, y muere cuando ella muere.*

Nuestro nuevo Académico, en su dilatado ejercicio profesional, ha reunido siempre las mejores cualidades del auténtico abogado: la del fomento de la paciencia sin mansedumbre para con el cliente, del respeto sin humillación para con el tribunal, de la cordialidad sin concesiones indebidas para con los compañeros, de la firmeza sin amor propio para el pensamiento de uno, de la consideración sin debilidades para el de los demás.

Decía CIURAT en su *Arte Forense*:

«Dad a un hombre todas las dotes del espíritu, dadle todas las del carácter, haced que todo lo haya visto, que todo lo haya aprendido y retenido, que haya trabajado durante 30 años de vida, que sea en conjunto un literato, un crítico, un moralista, que tenga la experiencia de un viejo y la infalible memoria de un niño, y tal vez con todo esto formaréis un abogado completo.»

Miguel Guillot es un prototipo de ese abogado para el que la justicia es ante todo una convicción y después una técnica. Que ante un nuevo caso que se le plantea no se limita a preguntar qué dice la Ley, sino que inquiere quién es y qué se propone el nuevo cliente, a quién puede dañar con sus propósitos o qué haría él en su lugar; en definitiva, dónde está lo justo, resuelto lo cual el apoyo legal es cosa secundaria, anteponiendo siempre su conciencia por encima de los deseos del interesado.

Yo rindo aquí en Miguel homenaje a ese abogado limpio que sirve siempre a la Justicia y que en las batallas judiciales sólo usa de los instrumentos procesales cuando sirve a su consecución.

Como escribiera Couture, los ardidés forenses cuando no son justos pueden significar una victoria ocasional, pero en la lucha, lo que cuenta es ganar la guerra y no ganar batallas. Y si en determinado caso, algún abogado ha ganado la guerra con el ardid, que no pierda de vista que en la vida de un abogado la guerra es su vida misma y no sus efímeras victorias.

Miguel Guillot es, pues, en suma, como abogado símbolo encendido de la libertad de expresión y postulador incansable del imperio y la regeneración del Derecho, como soldado desconocido de la jurisprudencia.

En cuanto a su faceta como miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Valencia, primero como Tesorero y después como Vicedecano, es un claro exponente de la dedicación, esfuerzo y generosidad con el que todos los miembros de la Junta han apoyado siempre al Decano, y que yo aquí en su persona quiero a todos agradecer.

El Decano es injustamente, quizás en demasiadas ocasiones, la única cara visible del esfuerzo y dedicación de los trece compañeros que forman la Junta.

Por eso lesionaría la justicia distributiva, si no aprovechara la oportunidad para poner de relieve y retribuir con mi gratitud, la exigida y prestada dedicación de todos aquellos compañeros, miembros de la Junta de Gobierno, que, a veces desde el anonimato, con auténtico sacrificio personal hacen posible regir los destinos corporativos, imprimiendo a su labor la eficacia y rectitud que impone el honor y la servidumbre, y revertir, con las horas desveladas de su trabajo corporativo, el altísimo honor que a su elección corresponde.

A ellos, pues, rindo homenaje en la figura de Miguel Guillot, que, como ellos, en las labores colegiales ha poseído la virtud de hacer

siempre lo que debía hacer en todo tiempo y lugar. Con el orgullo de hacerlo bien, y con la modestia y la discreción de quien no pide más aprobación que la de su conciencia, olvidando la conveniencia y la comodidad personales para deponerlos ante el interés de los compañeros que en él confiaron.

Anuncié al principio que no podría ser imparcial con Miguel y no lo he sido, pero afirmé mi convencimiento de que sería justo y en ello me ratifico.

Desde ese convencimiento, es una alegría y un honor, pero también un acto de estricta justicia, recibir como Académico de Número en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, al ilustre abogado, maestro de abogados y dirigente de la Abogacía, al Ilustrísimo Sr. D. Miguel Guillot Hospitaler.

Bienvenido.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	5
A) EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO	6
a) Peritos. Nombramiento. Plazo. Perito tercero	6
b) Dictamen pericial: Contenido	12
c) Características y conocimientos de los Peritos	15
B) CARÁCTER IMPERATIVO DEL PROCEDIMIENTO PERICIAL DEL ARTÍCULO 38 ..	17
a) Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de julio de 1.992. Obligación legal	17
b) Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de julio de 1992. Obligación contractual	18
c) Comentarios a la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de marzo de 1997	21
d) Medios de defensa: Excepciones procesales	22
C) IMPUGNACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL	25
a) Plazo	27
b) Legitimación activa y pasiva: Posibilidad de demandar a los Peritos	28
c) Procedimiento	32
d) Costas	32
e) Causas de impugnación	33
1. <i>Motivos formales</i>	33
2. <i>Inexistencia de dictamen</i>	33
3. <i>Motivos de fondo</i>	34
D) EFECTOS DE LA IMPUGNACIÓN DEL DICTAMEN	36
E) GASTOS DEL DICTAMEN PERICIAL	38

	<u>Página</u>
CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. LUIS MIGUEL ROMERO VI- LLAFRANCA	41
INTRODUCCIÓN	41
EL DISCURSO	42
1. Arbitraje	43
2. Arbitraje de consumo	46
3. Defensor del Asegurado	47
EL ACADÉMICO	48