

El artículo 38 Ley de Contrato de Seguro en la Gestión de Siniestros

El procedimiento de peritos

Estudio realizado por: Ignacio Lacalle Goría
Tutor: Salvador José Martín García

Tesis del Master en Dirección de Entidades
Aseguradoras y Financieras

Curso 2004/2005

Esta tesis es propiedad del autor.

No está permitida la reproducción total o parcial de este documento sin mencionar su fuente.

Presentación

Esta tesis tiene por objetivo analizar el funcionamiento y los efectos del procedimiento pericial para la resolución de los siniestros. Su aplicación, no falta de polémica, ha generado una jurisprudencia que ha desarrollado el precepto de la ley. Es por ello, que este trabajo también tiene un marcado cariz práctico para la gestión y dirección de los siniestros.

Mi experiencia profesional me ha permitido detectar un cierto rechazo a la aplicación del artículo 38; de sus formalidades, de sus efectos y de las obligaciones reales para las partes implicadas. En algunos sectores se considera que la resolución judicial es más justa. Sin embargo, no se contempla el mayor coste para esa vía, ni la incertidumbre que en ocasiones nos deparan ciertas resoluciones, ni los retrasos que sufre la Administración de justicia. A veces se ha manifestado que es un procedimiento que favorece claramente al asegurador.

Lo cierto es que desde el punto de vista de la gestión de un siniestro, en caso de conflicto, para asegurado y asegurador, es el sistema más barato, rápido, transparente y, habiendo cumplido sus formalidades, más efectivo que nos ofrece el ordenamiento jurídico en la actualidad, incluso por encima del sistema arbitral.

Pese a las críticas y los rechaces del uso y aplicación del procedimiento de peritos, el legislador le ha dado un nuevo frente de actuación a través de la modificación dispuesta en el Real Decreto Legislativo 8/2004, desarrollado en la última parte de esta tesis.

- Dedicado a mis queridas Silvia, Anna y Cristina.

Resumen

En esta tesis se trata la aplicación práctica del procedimiento de peritos descrito en el artículo 38 para la resolución de los siniestros.

Un aspecto importante para su aplicación es conocer el desarrollo efectuado por la jurisprudencia respecto a los casos, efectos y aplicaciones del procedimiento.

A las generalidades de la aplicación del procedimiento para todo tipo de siniestros se añadirá un análisis de las particularidades en el procedimiento de nombramiento de perito médico conforme dispone el artículo 104 de la Ley de Contrato de Seguro para el caso de los siniestros de accidentes. También se tratará de la novedosa aplicación del procedimiento de peritos para la resolución de los Autos de Cuantía Máxima del Seguro Obligatorio según el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Resum

En aquesta tesi es tracta l'aplicació pràctica del procediment de pèrits descrit a l'article 38 per a la resolució dels sinistres.

Un aspecte important per a la seva aplicació és conèixer el desenvolupament efectuat per la jurisprudència en relació als casos, efectes i aplicacions del procediment.

A les generalitats de l'aplicació del procediment per a tot tipus de sinistres s'afegirà una anàlisi de les particularitats en el procediment de nomenament de pèrit mèdic segons disposa l'article 104 de la Llei de Contracte d'Assegurança per a el cas de sinistres d'accidents. També es tractarà la innovadora aplicació del procediment de perits per a la resolució dels Actes de Quantia Màxima de L'Assegurança Obligatòria segons el Reial Decret Legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles a motor.

Summary

This thesis analyses the practical application of the procedure of experts as described in article 38 of the Contract Law of Insurance for the resolution of the wrecks.

An important aspect for its application is to know the development conducted by the jurisprudence related to the cases, effects and applications of the procedure.

To the majorities of the application of the procedure for all type of wrecks an examination of the particularities in the procedure of appointment of medical expert will be added according to the article 104 of the Contract Law of Insurance to the case of the wrecks of accidents.

Also will develop the novel application of the procedure of experts for the resolution of the Cars of Maximal Quantity of the Obligatory Insurance according to Royal Legislative Decree 8/2004, of October 29th, by that the text of the Law is approved on civil and safe responsibility in the circulation of motor vehicles.

Índice

1. Introducción.
2. Gestión de siniestros.
 - 2.1. Los peritos.
 - 2.2. El pago de la indemnización.
3. La Jurisprudencia.
 - 3.1 Derecho imperativo.
 - 3.2 Preexistencias de Valores.
 - 3.3 Ámbito de aplicación del procedimiento pericial.
4. El artículo 38 de ley 50/1980, de 8 de Octubre de 1980, de la Ley de Contrato de Seguro.
 - 4.1 El nombramiento de peritos.
 - 4.2 Regulación legal de los peritos.
 - 4.3 ¿Quién puede hacer un peritaje?
 - 4.4 Los plazos y las formas del nombramiento.
 - 4.5 Un perito. Dos peritos. El tercero.
 - 4.6 El Dictamen Pericial. Efectos.
 - 4.7 La impugnación del Dictamen Pericial.
5. El artículo 104 de la Ley de Contrato de Seguro.
6. La Ley 34/2003.
7. El arbitraje.
8. Conclusiones.
9. Bibliografía.

El artículo 38 LCS en la Gestión de Siniestros

El procedimiento de peritos

1. Introducción.

El artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro es probablemente uno de los artículos que más resoluciones del Tribunal Supremo han generado. Además de los distintos estudios doctrinales sobre la materia.

En la Ley de Contrato de Seguro se contemplan los trámites de la resolución de los siniestros de forma genérica a través de los artículos 16, 18 y 38. Otros artículos del texto legal tratan de las particularidades en la tramitación para un tipo de seguros concretos.

En este trabajo veremos los trámites generales para la resolución de los siniestros, el análisis somero de la figura del perito, sus funciones en su labor de esclarecer el siniestro y la valoración de su justa indemnización.

El artículo 18 tiene por objeto el tratamiento de la obligación principal del asegurador en el caso de un siniestro, el pago de la indemnización, tras las investigaciones y peritaciones necesarias. Si el ofrecimiento del asegurador de la indemnización del siniestro no se corresponde a las expectativas del asegurado, designarán cada uno un perito para acordar una peritación de los daños. Aquí surge una de las características más importantes del artículo 38: su marcada naturaleza de Derecho Imperativo, que en la resolución práctica de los siniestros, tanto asegurador como mediador y asegurado olvidan con frecuencia.

El precepto que motiva esta tesis tiene un carácter genérico de aplicación para toda clase de seguros, aunque existe una referencia específica en el artículo 104 en sede de los seguros de accidente, que se remite al artículo 38 en lo relativo al procedimiento de peritos.

Las distintas resoluciones del Tribunal Supremo y su doctrina han permitido un desarrollo del complejo artículo 38, pero pese a la profusión de resoluciones la interpretación del precepto ha supuesto un constante debate en la doctrina científica: la utilidad del procedimiento, su carácter imperativo, los peritos que intervienen o su naturaleza supletoria a otros artículos de la Ley de Contrato de Seguro, son algunas de las cuestiones que trataremos, con el fin de entender el alcance real y efectivo del procedimiento, y como una verdadera

herramienta de resolución de los siniestros que ocasiones puede suponer importantes efectos legales.

En la tesis recopilaremos las distintas interpretaciones judiciales y doctrinales, incluso las más singulares, para unir el procedimiento a los efectos de su aplicación efectiva y práctica en la resolución de los siniestros.

.oOo.

2. Gestión de siniestros.

El contrato de seguro definido en la ley dispone que es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento, cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

Las principales características del contrato de seguro son:

- ✓ Aleatorio – Las partes desconocen cuáles podrán ser las consecuencias económicas de la verificación del siniestro.
- ✓ Bilateral – A la obligación del asegurador de la prestación del pago de la indemnización si se produce el siniestro se corresponde con la obligación del tomador del seguro del pago de la prima.
- ✓ Oneroso – El pago de la prima es necesario para que el asegurador tenga la obligación al pago de la indemnización.
- ✓ De adhesión – El tomador del seguro se adhiere a las condiciones o clausulado que el asegurador le propone.
- ✓ Tracto sucesivo – La obligación del asegurador se prolongará durante un cierto periodo de tiempo.

El momento culminante de un contrato de seguro es el siniestro: el pago de la indemnización al asegurado en concepto de los daños sufridos, por un incendio, un robo o un accidente. El asegurado busca con el contrato de seguro una tranquilidad económica frente a una eventual pérdida y un servicio en el momento del siniestro. No olvidemos que con el siniestro se materializan las promesas de pago que se hicieron al asegurado.

Muchas veces con la declaración y el inicio de la gestión de un siniestro también se inicia el momento de dar servicio al cliente (tomador, asegurado o beneficiario). En estas ocasiones el asegurado da pocas oportunidades de rectificación, pues no suele ser un cliente al que se le da un servicio continuo. Otros servicios, por ejemplo los bancos, suelen ser repetitivos: vamos con frecuencia a nuestra oficina y conocemos a los empleados de la misma; si un día se produce un fallo menor en el servicio se suele condonar con la reposición de los efectos negativos que hemos sufrido, olvidándonos normalmente de ese pequeño perjuicio.

Sin embargo, en el ámbito del seguro, el asegurado no da oportunidades al asegurador al emplear poco sus servicios, puesto que la siniestralidad no suele tener la repetición que los servicios de un banco.

Es muy importante que el asegurador: gestores de siniestros, peritos, mediadores, sean ágiles en las gestiones iniciales del siniestro. Todas las pólizas de seguro tienen prevista la ocurrencia del siniestro, disponiendo para ello los pasos a seguir en caso del siniestro y el pago de la indemnización. Eso constituye el servicio al asegurado, en contraprestación a la prima que pagó y tiene el deber de prestarlo con eficacia y conforme al contrato y la ley.

En la gestión de un siniestro intervienen varias personas desde sus respectivos puestos y especialidades. Toda función tiene un orden y unas personas encargadas de desarrollarlo que miran el contrato con unos criterios comunes dispuestos por las normas técnicas de la contratación de pólizas y la tramitación de siniestros. Pese a esos criterios técnicos, el asegurador no debe olvidar el interés humano, la equidad, el interés comercial y el propio prestigio asegurador.

2.1 Los Peritos

Aunque más adelante trataré la figura del perito desde el punto de vista de su regulación legal, ahora quiero referirme al mismo como elemento objetivo y necesario para el esclarecimiento del siniestro en que la Ley de Contrato de Seguro permite su intervención.

Según la definición del Diccionario de la Real Academia Española “el perito es experto, hábil y práctico en una ciencia o arte.” Arte, en este caso, proviene del griego τέχνη, que etimológicamente significa técnica.

El asegurado precisa de sus servicios para verificar el siniestro declarado, la materialización del riesgo y la valoración de los daños. Francisco Javier Tirado Suárez define su función como “la figura del perito en el campo del seguro es fruto de la práctica aseguradora en orden a propiciar una liquidación extrajudicial del daño.”

Las entidades aseguradoras contratan los servicios de los peritos para la valoración de los daños ocasionados por el siniestro y analizar las causas y circunstancias en que se produjo el siniestro. El artículo 38 en su párrafo quinto nos indica “...los peritos ... harán constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización.”

El perito debe comprobar:

Que el siniestro se ha producido en fecha posterior a la contratación de la póliza.
Que la situación del riesgo es la indicada en la póliza.
Que los bienes dañados están cubiertos por la póliza.
Que los capitales asegurados son suficientes.
Que la póliza tiene contratada las garantías para atender el siniestro.
Determinar las causas del siniestro.
Que se ha efectuado el salvamento adecuado.
Determinar los responsables del siniestro.
Determinar quiénes son los perjudicados del siniestro.
Comprobar concurrencias de otros seguros y efectuar su reparto.
Valorar los daños habidos.
Efectuar una propuesta de indemnización.

La función pericial no es simplemente la de una tasación de daños. Su informe conforme a lo estipulado en las condiciones particulares, generales y adicionales de la póliza y a la ley de contrato de seguro debe proponer una indemnización a la entidad aseguradora o el rechazo de las consecuencias económicas del siniestro, en ambos casos debidamente argumentado y acreditado.

El artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro establece la obligación expresa al tomador y al asegurado en facilitar toda clase de informaciones. Se desprende que el perito del seguro, en el mandato y representación del asegurador, debe tener el acceso a la totalidad de esa información, denunciando en su caso la falta de colaboración del asegurado para poder confeccionar su informe.

2.2 El pago de la indemnización.

El artículo 18 trata de la obligación del asegurador, el pago de la indemnización del siniestro, aunque también prevé la posibilidad de que la prestación del asegurador se efectuada in natura, mediante la reparación o la reposición del objeto siniestrado. En su redactado se desprende una presunción de que existe una obligación de pago del asegurado, aunque también se intuye que esa

prestación no es inmediata, el asegurador tendrá un plazo para conocer la existencia del siniestro, pero la determinación del pago de la indemnización del siniestro deberá esperar a la fijación de la valoración de los daños. Pero el artículo 18 determina que en el supuesto que el asegurador no haga efectiva su prestación antes de los cuarenta días deberá del artículo 18 estable el llamado "importe mínimo conocido".

La ley prevé el pago a cuenta de la indemnización final. Con un carácter de tutelar los derechos del asegurado, dispone la obligación de proponer al asegurado un anticipo de la prestación. A los efectos del asegurador su cumplimiento le libera del pago de los intereses previstos en el artículo 20.

El primer problema es que el precepto no estipula ningún sistema reiterado de pagos anticipados, sino el deber de entregar una determina cantidad a cuenta. No se ha de aplicar el pago del importe mínimo conocido del precepto cuando el asegurador niega que pueda deber cantidad alguna por estar el hecho sin cobertura de las garantías contratadas en póliza o haberse producido el hecho por alguna causa extintiva de su obligación de pago de la indemnización. Así, entre otras, la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, S 4-9-1995, nº 799/1995, rec. 2894/1993. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis**: La sentencia impugnada condenó a las compañías aseguradoras demandadas al pago de la indemnización por el siniestro producido en la fábrica propiedad del demandante, al apreciar causa fortuita. El tribunal desestimó el recurso del asegurado y estimó parcialmente el de las aseguradoras, en cuanto al pago del recargo del 20% en lo que se refiere al tiempo precedente a la sentencia, pues **existía discusión entre las partes sobre la procedencia o no de la cobertura del siniestro**, lo que se aparta del supuesto de hecho del artículo 38 de la ley, y sirve para acreditar **la existencia de causa justificada para la aseguradora que podía determinar que no tuviese el deber de satisfacer esa cantidad mínima a que se contrae el artículo 18 de la ley de contrato de seguro**. Hasta que ello no se constate, no podrá indicarse que acontece la mora por parte del asegurador y el efecto agravatorio del recargo.

En alguna ocasión se ha visto la redacción del artículo 38, párrafo octavo, " *Si el dictamen de los Peritos fuera impugnado, el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el art. 18*" en contradicción con el propio artículo 18. No obstante, creo que **son compatibles**, pues el supuesto expuesto en ese párrafo octavo debe interpretarse en los casos en los que el procedimiento pericial ha sido iniciado antes de agotarse el plazo de los cuarenta días del artículo 18. En esos procedimientos, el pago anticipado de la indemnización antes del transcurso de los cuarenta días queda relegado al dictamen conjunto de los peritos, y para el caso de que el asegurador lo impugne deberá, entonces sí, abonar el importe anticipado de la indemnización.

El problema para el asegurador es saber cuál es el importe que debe anticipar al asegurado. El importe del pago a cuenta no puede dejarse a su libre arbitrio, pues va en contra de lo dispuesto en el **artículo 1256 del Código Civil** *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. La buena fe contractual*, característica de básica del ordenamiento jurídico, debe prevalecer como criterio para determinar cuánto debe anticipar el asegurado. El asegurador deberá hacer valer el contrato de seguro suscrito y los datos que hasta el momento le haya suministrado el asegurado o el perito.

El momento en el que el asegurado no esté conforme con la valoración de los daños que le ofrece el asegurador en concepto de indemnización por el siniestro, el asegurado puede nombrar su propio perito e incluso acudir a una tercera.

La cronología del siniestro hasta alcanzar el procedimiento pericial seguiría el siguiente esquema:

PLAZOS DE LA TRAMITACION DE UN SINIESTRO		
Declaración del siniestro.	7 días desde los hechos.	Art. 16
Nota de daños	5 días desde la fecha de la declaración.	Art. 38.1
Investigaciones y peritaciones	40 días desde la declaración del siniestro.	Art. 18
Acuerdo de indemnización total	40 días desde la declaración del siniestro.	Art. 18
Importe mínimo conocido	40 días desde la declaración del siniestro.	Art. 18
Falta de acuerdo y nombramiento de perito por unas de las partes.	Sin plazo, habiendo abonado el importe mínimo. Caso contrario antes de los 40 días.	Art. 18

Con el siniestro, asegurado y asegurador, inician los trámites para conocer si el asegurador tiene obligación contractual de proceder al pago de la indemnización, pero también para conocer cuánto ha de pagar. Con la declaración del siniestro se pondrán en marcha unas relaciones, comunicaciones y gestiones entre las partes que tienen sus efectos legales, y que hasta el momento de la declaración del siniestro quedaba en un segundo plano dentro de los efectos contractuales del seguro.

.oOo.

3. La Jurisprudencia.

Hasta aquí hemos visto los principales artículos de la ley de contrato de seguro que tratan de forma general la resolución de los siniestros. El planteamiento de esta tesis nos ha obligado a conocer estos trámites, puesto que sin ellos no podemos alcanzar el objetivo principal, el procedimiento pericial, que se llega tras el trámite legalmente descrito.

Una vez nos encontramos en el procedimiento de pericial, en este capítulo vamos a contemplar algunas de las sentencias del Tribunal Supremo sobre casos concretos que han provocado discrepancias de interpretación del artículo 38 entre el asegurado y asegurador.

3.1 Derecho imperativo.

Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia 26-1-2004, nº 5/2004 – “Pero ocurre que tras el dictamen del perito del actor, unilateral y contradictorio con el del perito de la aseguradora, ninguna de las partes lo prosiguió, cumpliendo lo que prescribe el párrafo 5º del art. 38, o sea, el nombramiento de un tercer perito. Es el actor quien da fin a esta situación, exigiendo el día 4 de marzo de 1994 a la aseguradora el pago de la cantidad en que su perito había evaluado los daños. El procedimiento de tan citado art. 38 es **imperativo**, todos los términos en que se expresa son de esta naturaleza, sin que se deje margen alguno a la voluntad de las partes para dejar de cumplir lo ordenado, siempre que no haya acuerdo entre ellas sobre la indemnización.”

Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia 6-11-2003, nº 1065/2003 – “La regulación total del artículo 38 destaca por su naturaleza de **derecho imperativo**, lo que contrasta vivamente con la praxis aseguradora anterior a la Ley de Contrato de Seguro, en la que existían numerosos problemas planteados, tanto a nivel doctrinal, como en el terreno operativo, puesto que los diversos artículos del Código de Comercio en la materia tenían un claro carácter dispositivo, conforme a los artículos 385 y 438 de dicho cuerpo legal, en los que con claridad meridiana, se consagraba el principio del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, concretada en las cláusulas contractuales, siendo los preceptos del título VIII del citado Código de aplicación subsidiaria a la póliza.”

Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia 14-7-1992, nº 384/1992 - “...el artículo 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, instaura con **carácter imperativo** un procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño, con el nombramiento y actuación de peritos en la forma y condiciones que en él se indican. No es ninguna de las partes libre para imponer a la otra una liquidación del daño a través de un 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 repetido artículo 38; además de una obligación legal de atenerse al indicado procedimiento, es una obligación

contractual de la que no cabe desligarse unilateralmente, sin consentimiento de la otra parte.”

El derecho imperativo proviene de una clásica división de las normas del derecho privado. Así, se distinguen entre las normas supletorias o dispositivas o de Derecho voluntario, aquellas para el caso de que las partes no hayan dispuesto de forma diferente, de las normas necesarias o imperativas o de Derecho cogente, aquellas en las que las partes no pueden negociar, no tienen capacidad de pactar su contenido de forma distinta. El **artículo 6 del Código civil** dispone en su cardinal tercero la nulidad de los actos contra normas de derecho imperativo: **“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”**

Si el asegurado no está conforme con la valoración de los daños del siniestro, ni con la oferta económica de indemnización que le realiza el asegurador, las partes podrán acudir al procedimiento pericial, pero una vez iniciado por una de ellas, la otra parte no puede desvincularse libremente.

Por el contrario, el asegurado no debe acudir obligatoriamente al procedimiento pericial, cuando no ha existido oferta de indemnización del asegurador. Ni el asegurador pretender obligar al asegurado sin antes notificarle la valoración de los daños causados de la forma de pago.

3.2 Preexistencias de Valores.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 16-12-2003, nº 1179/2003 – “...el importe del interés asegurado está fijado y no resulta necesaria una previa tasación pericial, tampoco es preciso acudir al procedimiento del art. 38 de la Ley del Contrato de Seguro... si en el contrato se fija de mutuo acuerdo el valor singular del objeto para el caso de siniestro de robo y no hay desproporción notoria con el valor real, es de aplicación el principio de autonomía de la voluntad”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20-11-2003, nº 1087/2003 – “La iniciación del procedimiento extrajudicial de liquidación del siniestro previsto en el art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro no implica necesariamente la aceptación por la aseguradora de su obligación de indemnizar ya que los informes periciales pueden poner de manifiesto circunstancias que impidan considerar el siniestro incluido dentro de la cobertura de la póliza ya que ese procedimiento no se contrae, exclusivamente, a la valoración económica de los daños producidos, así resulta del contenido del acuerdo a que puedan llegar los peritos, según establece el párrafo quinto del art. 38 que se dice infringido.”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20-12-2002, nº 1246/2002 – “...en la presente contienda judicial, se ha demostrado la existencia del siniestro -un robo-; ahora bien, en relación a la **preexistencia de los objetos** hay que decir que la misma ha de lograrse a través del principio general hermenéutico que establece el artículo 1.214 del Código Civil, o sea, llegar a una valoración lógica

sobre la existencia de los concretos objetos, que según dice la parte recurrente han sido afectados por el siniestro. Y es, en este aspecto en lo que hay que estar en total acuerdo con la sentencia recurrida cuando en ella se afirma que el asegurado -ahora recurrente- incluyó en su relación de objetos desaparecidos sobre lo que no existe la más mínima base de verosimilitud, sacándose dicha consecuencia de un concienzudo análisis de la prueba documental aportada, así como del dictamen pericial obrante en autos”.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 22-2-2001, nº 147/2001 - “... se alega infracción del art. 38 de la Ley 50/1980, al afirmarse en la sentencia recurrida que además no se da, en opinión de la Sala, la presunción de razonabilidad en la **preexistencia** de los **objetos** asegurados -de acuerdo con lo previsto en el art. 38 de la Ley-, al no haber aportado ni una sola factura o justificante de la titularidad de la mercancía utensilios que se detallan como perdidos en el incendio”. El párrafo segundo del art. 38 de la Ley reguladora del Contrato de Seguro dispone que "incumbe al asegurado la prueba de la **preexistencia** de los **objetos**", cuestión, por tanto, de carácter fáctico cuya apreciación corresponde a los Tribunales de instancia cuyas conclusiones han de ser aceptadas en casación en tanto no resulten desvirtuadas alegando error en la apreciación de la prueba con cita de los preceptos reguladores de la misma que se estimen infringidos; cauce procesal que aquí no se ha seguido por el recurrente, por lo que procede la desestimación del motivo.”

El hasta hace poco tiempo aún vigente artículo 1214 del Código civil disponía: “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.”. Este artículo fue derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La ley procesal en su artículo 217.2 manifiesta: “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.” Además en el apartado quinto del mismo artículo se dice: “Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.” Es decir, la norma procesal continúa con los criterios probatorios del derogado artículo 1214 del Código civil, pero además dispone para el caso de que exista una norma especial que disponga otro tipo de carga de la prueba. Por ello, la preexistencia de los objetos siempre corresponderá sea parte demandada o demandado el asegurado.

No obstante, hay que destacar **el valor probatorio del contrato de póliza**. A él deberá acudir el asegurador en el supuesto que el asegurado no pueda aportar ningún documento, factura o albarán que acredite la pérdida económica de los bienes. El problema de acudir a la póliza es que las cantidades fijadas como “capital asegurado” no están contempladas de forma singular e individualizada. En ocasiones los propios aseguradores lanzan al mercado pólizas de seguros “modulares”; se fijan sumas máxima aseguradas para distintas garantías; incendio, robo,... en donde realmente no se aseguran objetos, más bien se aseguran capitales. Así, ambas partes deberán tener en

cuenta que en este frecuente tipo de pólizas la buena fe contractual es una característica necesaria.

La preexistencia de los objetos también puede ser objeto del procedimiento pericial. Recordemos que el artículo 38 en su párrafo quinto dispone que el informe pericial deberá contener *las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización*. Nada impide que los peritos acuerden o no en su acta conjunta las preexistencias de los objetos, recojan los documentos que los acrediten, o bien acuerden utilizar otros medios de valoración, por ejemplo para el caso de en un seguro de lucro cesante el daño es complicado valorarlo al no existir un objeto, la pérdida es una expectativa. **En este caso los peritos pueden acordar la valoración de los daños a partir de declaraciones fiscales y proveedores.**

Indicar que el asegurador puede **rechazar** la prueba propuesta por el asegurado por insuficiente o bien porque el asegurador puede aportar otras pruebas que acrediten errores o falsedades. Normalmente, la comunicación y el traslado de los datos y documentos serán entre el asegurado y el perito del asegurador.

3.3 Ámbito de aplicación del procedimiento pericial.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 4-6-1994, nº 527/1994 – “Si bien la reglamentación contenida en el art. 38 LCS se halla establecida, con carácter imperativo, solamente para los seguros contra daños (en cuanto el citado precepto se halla incardinado en la Sec. 1ª -Disposiciones Generales- del Tít. II, que se refiere exclusivamente a esa clase de seguro), ello no impide que las partes contratantes de otra especie distinta de seguro (concretamente el de personas), puedan someterse, de mútuo acuerdo, a la normativa del referido artículo, sumisión que tiene su apoyatura legal, con carácter general, en el art. 1255 CC y, de manera específica, en el inc. último, art. 2 LCS, aparte de que la aplicabilidad de dicho art. 38 no pugna con la naturaleza específica del seguro de personas, como lo evidencia el hecho de que el art. 104 LCS remite expresamente a las partes al mismo cuando discrepen acerca del grado de invalidez derivada de un accidente, lo que patentiza que para resolver cualquier otra discordancia (distinta de la expresada) que pueda surgir en materia de seguro de personas, las partes puedan someterse convencionalmente al procedimiento pericial, de naturaleza extrajudicial, que regula el repetido art. 38.”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 4-11-1996, nº 880/1996 – “...que la reglamentación del artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro se halla establecida, con carácter imperativo, solamente para los seguros contra daños (en cuanto el citado precepto, se halla incardinado en la Sección Primera - Disposiciones Generales- del Título II, que se refiere exclusivamente a esa clase de seguro) y que para que pueda ser aplicado dicho precepto a otra clase de seguros (concretamente al de responsabilidad civil por muerte de una

persona, derivada de culpa extracontractual, como es el caso que aquí nos ocupa) se requiere un pacto expreso de las partes por el que, de mutuo acuerdo, se sometan al mismo, cuyo pacto expreso no se ha probado que exista para el presente supuesto litigioso, ya que la cita que, en alguna de las cláusulas de las pólizas de los dos seguros concertados, por exigencia legal, para el encierro de vaquillas en el que ocurrió el luctuoso suceso, se hace del artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro, está referida, evidentemente, a las tasaciones periciales que se hicieran de los daños causados en las cosas como consecuencia de dicho festejo, pero no para el caso de que el resultado fuera la muerte de una persona, que es el caso aquí enjuiciado, en el que difícilmente puede concebirse tasación pericial alguna...”

La Ley de contrato de seguro no impide a las partes la aplicación del procedimiento pericial en ninguno de sus modalidades de seguro de daños del Título segundo de la ley. La propia Sentencia del Tribunal Supremo del párrafo anterior establece que el procedimiento pericial no es aplicable al seguro de responsabilidad civil, salvo que así se haya pactado expresamente. Tal y como comenta Francisco J. Tirado Suárez, nada impediría a las partes acudir al procedimiento para conocer si entre las causas del siniestro existe alguna excluida de la coberturas del contrato de responsabilidad civil.

Incluso en el ámbito del seguro de personas del Título segundo, seguro de accidentes, la propia ley en su artículo 104 establece una remisión al artículo 38 para el caso en que las partes no alcancen un acuerdo al grado de invalidez, aunque alguna sentencia también indica que puede ser convencionalmente por las partes para cualquier otra discrepancia.

Sin embargo, en el ámbito del seguro de accidentes existe una modalidad de seguro de grupo que poco tienen que ver con los clásicos seguros de accidentes y su regulación en los artículos 100 y siguientes de la ley de contrato de seguro. Me refiero a los llamados **Seguros de Accidentes de Convenios Colectivos**. Este tipo de seguros no le son de aplicación la ley de contrato de seguro ya que tienen su sustentación en el propio convenio colectivo de que trate el seguro y en la legislación de la Seguridad Social.

Finalmente, hay una remisión del artículo 106 de la ley de contrato de seguro en el apartado de los de los **seguros de enfermedad y asistencia sanitaria** que quedarán sometidos a las normas contenidas en la sección anterior en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros. Por tanto, en un seguro de enfermedad que cubra la garantía de invalidez permanente, en caso de discrepancia en el grado de invalidez, podrán asegurado y asegurador ir al procedimiento previsto en el artículo 104. En definitiva será de aplicación el procedimiento pericial del artículo 38.

Además de lo dispuesto en la propia ley de contrato de seguro, existen otras normas que bien se remiten al procedimiento pericial del artículo 38 o bien determinan procedimientos similares:

- ✓ **El seguro marítimo**. La regulación de este tipo de seguros permanece en el secular **Código de Comercio de 1885**. El artículo 853 se refiere a los peritos para la liquidación de las averías de la gruesa. Nombrados

los peritos por los interesados o por el Juez o Tribunal, procederán, previa la aceptación, al reconocimiento del buque y de las reparaciones que necesite y a la tasación de su importe, distinguiendo estas pérdidas y daños de los que provengan de vicio propio de las cosas. También tiene la misma referencia el artículo 869 para la liquidación de las averías simples.

- ✓ **Seguro agrario combinado; la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, de Seguros Agrarios Combinados en su artículo 12** establece la siguiente norma para la peritación de daños: “1. El Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Agricultura y de Hacienda, establecerá las normas que han de regir los sistemas de peritación, así como las condiciones que han de reunir los Peritos tasadores. 2. El establecimiento de los sistemas de peritación se realizará con la participación de los representantes de las Organizaciones y Asociaciones de agricultores y de las Entidades aseguradoras.”

Así, para cada tipo de cultivo el gobierno, a través de Orden del Ministerio de Agricultura establece la normativa del sistema de peritación. A modo de ejemplo la Orden de 9 de marzo de 1999, por la que se aprueba la Norma Específica para la Peritación de Siniestros del Cultivo de Girasol en el Seguro Agrario Combinado.

- ✓ **Consortio de Compensación de Seguros. El Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre**, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consortio de Compensación de Seguros, en su artículo 20, bajo el epígrafe: *Peculiaridades de la tramitación de siniestros*, dispone “La tramitación de los siniestros en los que el Consortio tenga la condición de asegurador o reasegurador, con la vinculación al dictamen de los peritos a que se refiere el art. 38, párrafo séptimo, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, en cuanto a las cuestiones de hecho consignadas en él, se ajustará a la referida ley.”

.oOo.

4. El artículo 38 de ley 50/1980, de 8 de Octubre de 1980, de la Ley de Contrato de Seguro.

“Una vez producido el siniestro, y en el plazo de cinco días, a partir de la notificación prevista en el art. 16, el asegurado o el tomador deberán comunicar por escrito al asegurador la relación de los objetos existentes al tiempo del siniestro, la de los salvados y la estimación de los daños.

Incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos. No obstante, el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces.

Si las partes se pusieren de acuerdo en cualquier momento sobre el importe y la forma de la indemnización, el asegurador deberá pagar la suma convenida o realizar las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado, si su naturaleza así lo permitiera.

Si no lograrse el acuerdo dentro del plazo previsto en el art. 18, cada parte designará un perito, debiendo constar por escrito la aceptación de éstos. Si una de las partes no hubiera hecho la designación, estará obligada a realizarla en los ocho días siguientes a la fecha en que sea requerida por la que hubiere designado el suyo, y de no hacerlo en este último plazo se entenderá que acepta el dictamen que emita el perito de la otra parte, quedando vinculado por el mismo.

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

Cuando no haya acuerdo entre los peritos: ambas partes designarán un tercer perito de conformidad y de no existir ésta, la designación se hará por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallaren los bienes, en acto de jurisdicción voluntaria y por los trámites previstos para la insaculación de peritos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, el dictamen pericial se emitirá en el plazo señalado por las partes o, en su defecto, en el de treinta días, a partir de la aceptación de su nombramiento por el perito tercero.

El dictamen de los Peritos, por unanimidad o por mayoría, se notificará a las partes de manera inmediata y en forma indubitada, siendo vinculante para éstos, salvo que se impugne judicialmente por alguna de las partes, dentro del plazo de treinta días, en el caso del asegurador y ciento ochenta en el del asegurado, computados ambos desde la fecha de su notificación. Si no se interpusiere en dichos plazos la correspondiente acción, el dictamen pericial devendrá inatacable.

Si el dictamen de los Peritos fuera impugnado, el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el art. 18, y si no lo fuera

abonará el importe de la indemnización señalado por los Peritos en un plazo de cinco días.

En el supuesto de que por demora del asegurador en el pago del importe de la indemnización devenida inatacable el asegurado se viere obligado a reclamarlo judicialmente, la indemnización correspondiente se verá incrementada con el interés previsto en el art. 20, que, en este caso, empezará a devengarse desde que la valoración devino inatacable para el asegurador y, en todo caso, con el importe de los gastos originados al asegurado por el proceso, a cuya indemnización hará expresa condena la sentencia, cualquiera que fuere el procedimiento judicial aplicable.”

4.1 El nombramiento de peritos.

Hasta ahora hemos visto las distintas gestiones que asegurado y asegurador deben realizar una vez el primero ha efectuado la declaración del siniestro. Tras esos trámites y con el fracaso del acuerdo amistoso, nace el conflicto entre las partes. El legislador en previsión a la falta de acuerdo propone el sistema del procedimiento pericial.

Es muy posible que en trámite previo al inicio al procedimiento pericial, ya haya intervenido algún perito, sino por cada una de las partes, sí al menos el del asegurador. La intervención de estos profesionales, no está reñida con la posibilidad que puedan de nuevo hacerlo en el procedimiento pericial, todo lo contrario, es recomendable su intervención, pero en algunos casos nos encontraremos que los daños siniestrados han sido reparados o repuestos por el asegurado, habiendo desaparecido aquellos. Además, el propio precepto no dice nada respecto al impedimento de la participación de un perito en el procedimiento pericial que ya haya realizado peritaciones antes del intervenido.

Parece que la ley cuando se refiere a la posibilidad o legitimidad de nombrar a un perito para iniciar una valoración, sólo se refiere al asegurado. De la lectura del segundo párrafo del artículo 18 parece claro que es el asegurado quien va a recibir la prestación del asegurado. No obstante, el artículo 20 se refiere también al tomador del seguro como posible receptor de una indemnización, al igual que el asegurado, el tercero perjudicado para los casos de los seguros de responsabilidad civil o el beneficiario en los casos de seguros de personas. La jurisprudencia se ha decantado en la posibilidad de nombramiento de perito por parte del tomador: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 14-7-1987, nº 527/1994 – “... lo esencial para la determinación legitimadora no es otro factor que el de interés en la obtención de la indemnización del daño, sin que pueda ser motivo u ocasión de enriquecimiento injusto, según preceptúan los artículos veinticinco y veintiséis de la Ley Especial que regula el tema debatido. Por ello, el tomador del seguro, en cuanto lo hace en este caso "por cuenta propia" se le concede la correspondiente al daño sufrido en la instalación del negocio de bar-restaurante del que es propietario...”

Así habrá que identificar la facultad de nombrar un perito con la titularidad de un interés económico, siempre y cuando sea parte del contrato de seguro.

Por parte del asegurador, la facultad de nombramiento de perito tiene su complejidad cuando hay variedad de aseguradores. En el supuesto de concurrencias de seguros, al asegurado deberá informar de la totalidad de seguros sobre el riesgo a todos los aseguradores. Cada asegurador podrá nombrar a su respectivo perito, nombrar sólo uno de común acuerdo o bien aceptar el informe pericial de uno de ellos. Los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía de los daños producidos en el siniestro.

No tiene visos de prosperidad la utilización del procedimiento para los casos en que los aseguradores concurrentes no alcancen un acuerdo respecto al reparto de sus participaciones o valoraciones, por ejemplo: bienes que son definidos como continente o contenido de una casa. Esas situaciones no pueden ir en perjuicio del asegurado, que goza de la protección de lo dispuesto en el artículo 18. Es una difícil situación que no puede hacer fracasar el procedimiento pericial ni su objetivo principal: alcanzar un acuerdo justo de indemnización. Parecen divisarse soluciones judiciales por la vía de acciones de repetición entre el asegurador que considera que su participación de daños fue superior a la que contractualmente debió atender.

El conflicto entre aseguradores no aparecerá, normalmente, cuando actúen bajo la figura del coaseguro, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la ley de contrato de seguro. Al existir un acuerdo, los aseguradores pueden pactar quién de entre ellos es su representante que se encuentra facultado para representar a los demás aseguradores para el cumplimiento de contrato. En caso de coaseguro será el asegurador delegado o “*abridora*” de la póliza quién deberá nombrar al perito en nombre de todas las participantes en el cuadro de reaseguro.

La relación jurídica entre asegurado o asegurador con el perito que nombre es un arrendamiento de obra. La expresión “ejecutar una obra” no debe ser entendida en su interpretación literal – construir una casa – sino que también es un arrendamiento de obra la realización completa de un encargo o tarea. En el arrendamiento de obra hay un resultado, con independencia de las horas necesarias para realizar el trabajo, mientras que en el arrendamiento de servicios se compromete a realizar unos servicios con independencia del resultado. Recordemos que el artículo 38 de la ley de contrato de seguro obliga al perito a un resultado, el dictamen pericial.

En el nombramiento de perito, las partes que intervienen en ese contrato serán de una parte asegurado o asegurador, arrendatario, y de otra parte el perito, arrendador, pues es él el que se obliga a ejecutar la obra.

Respecto al contenido del contrato de arrendamiento de obra: la principal obligación del arrendatario es la de pagar el precio cierto fijado, mientras que la del arrendador será la de realizar la obra, respondiendo por incumplimiento. Los peritos no pueden renunciar a su encargo salvo que aleguen justa causa.

Por último, indicar que el arrendatario puede desistir por su sola voluntad a la finalización de la obra, indemnizando en este caso al arrendador de los gastos y trabajos realizados.

4.2 Regulación legal de los peritos.

En capítulos anteriores hemos visto la función del perito en la determinación de las causas y circunstancias del siniestro en su fase inicial. Ahora me referiré al régimen legal de la figura del perito:

A) Los peritos aparecen regulados en la legislación española post-constitucional con la **Ley 33/1984 de Ordenación del Seguro Privado**: en su Exposición de Motivos se refería a la derogada Ley de Ordenación del seguro privado de 1954 "... no tuvo un desarrollo sistemático por lo que al mantener la misma concepción del control sin dotarle de medios e instrumentos para adoptar las medidas correctoras oportunas, dejó mermada la efectividad de la acción oficial de vigilancia." Efectivamente, la anterior ley no hizo mención de los peritos; no hizo ningún tipo de regulación reglamentaria. La Ley de 1984 actualizó la realidad aseguradora para su ordenación y control, que según la propia ley justificaba por;

- "La existencia de nuevas necesidades de cobertura de riesgos.
- Las innovaciones en el campo del seguro con vigencia en áreas internacionales.
- La necesaria unidad de mercado que la realidad impone y que también se deriva de la posible adhesión de España a la CEE; así como las orientaciones de la vigente normativa de esta última, deben incidir en cualquier regulación que quiera llevarse a cabo sobre el sector asegurador."

En el artículo 48 de la Ley 33/1984 se estableció el primer paso para la institucionalización de la figura del perito-tasador, entre otras que también se regulan: "Peritos-tasadores de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías.

1. El **Ministerio de Economía y Hacienda ejercerá el control** sobre las personas físicas o jurídicas que realicen las **actividades de peritos-tasadores de seguros**, comisarios de averías y liquidadores de averías. **Fijará las condiciones que han de cumplir para su actuación en el sector de seguros, para la obtención del título correspondiente e inscripción, en el registro especial previsto en el art. 40, y establecerá el régimen jurídico de su actuación.**

2. Los peritos-tasadores de seguros, los comisarios de averías y los liquidadores de averías **podrán asociarse en organizaciones profesionales** o empresariales, que se relacionaran con la administración a través del Ministerio de Economía y Hacienda. El control y la relación con la administración a que se refieren los números anteriores corresponderán, en su

caso, al órgano autonómico competente respecto de las personas físicas o jurídicas que actúen exclusivamente en el territorio de una comunidad.”

Este artículo, conjuntamente con otras disposiciones de la ley, fue objeto de Recurso de Constitucionalidad de los Gobiernos Autonómicos catalán y vasco, en el **Tribunal Constitucional , Sentencia de 11-5-1989, nº 86/1989, recurso 765/1984, BOE 140/1989, de 13 junio 1989**. El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos que se refieren al Ministerio de Economía y Hacienda y órganos de él dependientes. Sin embargo respecto al artículo 48 dice: “ Primeramente, ha de rechazarse la impugnación del precepto que se estudia en lo que respecta al control sobre las personas físicas o jurídicas que realicen las actividades de peritos- tasadores de seguros..., que es atribuido al Ministerio de Economía y Hacienda en el apartado 1º. En efecto, ha de tenerse en cuenta que el propio artículo 48, en su apartado 3º, prevé que el control y la relación con la Administración respecto a los referidos profesionales corresponderán en su caso al órgano autonómico correspondiente respecto de las personas físicas o jurídicas que actúen exclusivamente en el territorio de una Comunidad, criterio respetuoso con las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas...En cuanto a lo que respecta a las condiciones a cumplir para su actuación en el sector de seguros, y para la obtención del título correspondiente, y para su inscripción en el Registro Especial previsto, ha de tenerse en cuenta que se trata de un título habilitador en el nivel nacional, por lo que aparece justificada una actuación garantizadora de unas condiciones comunes en todas las Comunidades Autónomas, y por ello ineludibles en el concepto de lo básico. No obstante, ha de tenerse en cuenta que los Estatutos de las Comunidades Autónomas recurrentes reservan a éstas la competencia exclusiva sobre "Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 Constitución Española" (artículos 10.22 Estatuto Autonómico del País Vasco y 9.23 Estatuto Autonómico de Cataluña). Ello quiere decir que se trata de una competencia autonómica y que la atribución al Estado que efectúa el art. 48.1 LOSEP se fundamenta en el carácter básico del precepto en relación con la ordenación del seguro privado. Sin duda, no puede objetarse que el Estado considere que efectivamente hay aspectos de las condiciones de ejercicio de tales profesiones que exigen una regulación homogénea en todo el territorio español. El precepto que ahora se analiza es, por tanto, adecuado al reparto competencial, sin perjuicio de que sólo los aspectos de la regulación estatal de dichas condiciones que puedan considerarse básicos para la ordenación del seguro privado serán de aplicación directa en las Comunidades Autónomas recurrentes.”

El primer escrito de Recurso de Constitucionalidad fue presentado por el abogado de la Generalitat de Cataluña el 3 de noviembre de 1984 y el abogado del Gobierno vasco lo hacía el día 5 del mismo mes. Probablemente el legislador nacional no debía tener mucha confianza en sacar adelante ambos recursos de inconstitucionalidad respecto al contenido del artículo 48. Digo esto porque el Real Decreto 1348/1985 que aprobó el Reglamento de Ordenación

de Seguro Privado se limitó a transcribir el artículo 48 de la Ley en el artículo 133 del citado reglamento, sin el esperado desarrollo reglamentario que se había anunciado.

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional, quizá el legislador podría haber efectuado una reforma del reglamento con el fin de introducir toda la regulación de los peritos-tasadores de seguros, pero no tuvo la paciencia de esperar a la sentencia y prefirió ir por la “puerta de atrás”. Así, mediante **Orden de 10 de julio de 1986** desarrolló la figura de los peritos-tasadores de seguros. Ya que ese reglamento el legislador lo desarrollo mediante una Orden, es decir, sin el rango legislativo apropiado, el Tribunal Supremo declaró nulo la Orden, **Tribunal Supremo, Sentencia 7-2-1989, nº 44/1989, EDJ 1989/16496, dice la sentencia** ” Configurada pues la disposición impugnada, como la que desarrolla la remisión normativa demanda del artículo 48 de la ley 33/1984, cuando encomienda precisamente al Ministerio de Economía y Hacienda el establecimiento del régimen jurídico de actuación de la actividad aseguradora o actividades directamente relacionados con el seguro, con arreglo a la clasificación anterior, puesto que esta técnica cabe utilizarla a favor de cualquier norma reglamentaria o ministerial, lo que no ocurriría si se tratara de una delegación normativa receptiva, cuya operatividad esta restringida al gobierno, **hay que considerarla sujeta al dictamen del Consejo de Estado** y en consecuencia afectada de nulidad radical por la omisión de este requisito preceptivo, aunque se trate de un vicio de procedimiento que también esta regulado por la ley formal”

La **Orden de 10 de julio de 1986** fue el primer desarrollo de la institucionalización de la figura del perito-tasador de seguros. Su importancia fue tal, que su nomenclatura sobre los sub-tipos de peritos ha sobrevivido ha su derogación, y es aún utilizada en algunas empresas periciales.

Regulaba el Registro Especial de peritos-tasadores, y además disponía “El Registro Especial se mantendrá coordinado con los que puedan llevar las Comunidades Autónomas de acuerdo con su normativa.” También se regulaban las sociedades de peritos, comisarios de averías y liquidadores de averías.

El capítulo III, artículos 4 a 12, regulaba la figura del perito-tasador de seguros y disponía las funciones de éste en el artículo 4: “Corresponde a los Peritos tasadores de seguros el asesoramiento técnico-profesional a los asegurados, a los aseguradores o a terceros, en la evaluación y medidas de prevención de los bienes a asegurar a efectos de tarificación de los riesgos y en el **dictamen sobre la causa de los siniestros cuyo riesgo haya sido asegurado, la valorización de los daños, la apreciación de las demás circunstancias que influyen en la determinación de la indemnización según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización**, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros profesionales por su propia normativa con rango legal o reglamentario.”

El artículo 5 distinguía entre **especialidades**: “La sección primera, Peritos tasadores de seguro del Registro Especial, se desglosará en cuatro subsecciones en función de las siguientes especialidades:

- **IRD: De incendios y riesgos diversos.**

- **VA: De automóviles.**

- **AG: Agrarios.**

- **CCS: Consorcio de Compensación de Seguros.**

El artículo 6 recogía la **exclusividad** de la actividad pericial a las personas inscritas en el Registro Especial. El artículo 7 desarrollaba el Título y los requisitos de su obtención. Incluso en el artículo 9 se regulaban los cursos de formación: “Los cursos de formación para la especialidad VA tendrán una duración mínima de tres meses y un mínimo de cien horas lectivas. Para la especialidad IRD, la duración mínima será de seis meses y doscientas horas lectivas. En ambos supuestos, los cursos se impartirán en presencia, se exigirá asiduidad en la asistencia y, en los impartidos por Centros privados, intervendrá el Ministerio de Economía y Hacienda en la calificación del examen final, a través de un representante.”

Por último el artículo 12 de la Orden habla de las **incompatibilidades**, y con referencia a la figura del Tercer perito disponía en su apartado quinto: “Será incompatible la actividad de peritación de seguros con carácter independiente y, en consecuencia, tampoco podrán actuar como Peritos terceros las siguientes personas:

a) Las que ostenten cargos de Administradores, Delegados, Directores, Gerentes, Apoderados generales o ejerzan bajo cualquier otro título la dirección de una Entidad aseguradora o reaseguradora.

b) Los profesionales o empleados que ejerzan la peritación de seguros en la especialidad VA en exclusiva para una Entidad aseguradora acreditada en el momento de su inscripción mediante el correspondiente certificado de suficiencia.

c) Las Sociedades de peritación de seguros cuyo socio mayoritario, directa o indirectamente, sea una Entidad aseguradora o alguna de las personas a que se refiere la letra a) anterior.”

Junto a la Orden de 10 de julio de 1986, el legislador también desarrolló las figuras de los peritos agrarios (AG) y perito del Consorcio (CCS) mediante la **Orden de 17 de agosto de 1988**. La primera fue anulada por sentencia del Tribunal Supremo, como ya he comentado, mientras que la segunda fue derogada por la Ley 30/1995 de Ordenación del Seguro Privado.

A través de la Disposición adicional quinta de la Ley de Mediación de seguros privados se hacía una modificación del artículo 48.1 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984: “El Ministerio de Economía y Hacienda ejercerá el control sobre las personas físicas o jurídicas que realicen las funciones de

tercer perito previstas en el artículo 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, ya sea aquél designado por ambas partes de conformidad o por la autoridad judicial. Fijará las condiciones que han de cumplir para la inscripción en el Registro Especial previsto en el artículo 40 y la subsiguiente actuación en el sector de seguros.” La disposición hablaba por primera vez del Tercer perito como figura distinta a otro tipo de peritos, creando de alguna forma una subsección dentro de las creadas por la anulada Orden de julio de 1986, donde distinguía aquellas donde distinguía IRD, VA, AG y CCS. La regulación de tercer perito como figura distinta al perito, no parece muy acertada; la actividad pericial en ocasiones se desarrolla al servicio del asegurado o asegurador y en otras ocasiones a petición de ambas partes o del juzgado que tenga que nombrar a un tercero.

B) En la **Disposición Adicional quinta de la Ley 30/1995**, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados se establecieron los para ser perito de seguros:

- 1) Los peritos de seguros deberán estar en posesión de titulación en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de dar su dictamen, si se trata de profesiones reguladas.
- 2) El conocimiento suficiente de la técnica de la pericia aseguradora y de la legislación sobre contrato de seguro.

La citada Disposición Adicional también define cuáles son las **funciones de los peritos**:

- 1) Dictamen sobre las causas del siniestro.
- 2) Valoración de los daños.
- 3) Valoración de las circunstancias que influyen en la determinación de la indemnización derivada de un contrato de seguro.
- 4) Formulación de la propuesta de importe líquido de la indemnización.

El precepto, pese a las importantes bases que estableció para el desarrollo, vía reglamentaria, de la actividad pericial, desde su entrada en vigor el 10 noviembre de 1995 hasta el 5 de noviembre de 2004 no hizo ningún desarrollo legislativo. Mediante el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación y supervisión de los Seguros Privados, se promulgó el reglamento que desarrollaba la Ley sin hacer ninguna mención a la actividad de los peritos.

La Disposición Adicional quinta, fue finalmente derogada por el **Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. Mediante la Disposición Adicional tercera del citado Real Decreto Legislativo se expresaban con las mismas funciones y requisitos de la norma que derogó. Ya que la derogación ha sido reciente, no ha dado tiempo de conocer si, finalmente, la

Administración hará un desarrollo normativo uniforme para todo el territorio nacional donde sustentar la institución pericial.

C) A nivel autonómico y dentro de las competencias propias, la Generalitat de Cataluña promulgó la norma, vigente, que desarrollaba la actividad de los peritos: **Decreto 218/2002, de 23 de julio, de los peritos y las peritas de seguros, de los comisarios y las comisarias de averías y de los liquidadores y las liquidadoras de averías.**

La exposición de motivos del Decreto establece que el artículo 10.1.4 del Estatuto de autonomía de Cataluña atribuye a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de ordenación del crédito, banca y seguros, en el marco de la legislación básica del Estado y, si procede, de acuerdo con los términos que aquella legislación establezca. El art. 149.1.11 de la Constitución española reserva al Estado las materias de sistema monetario: cambio y convertibilidad, bases de la ordenación del crédito, banca y seguros. La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, establecía la ordenación y supervisión del seguro privado, con el fin de tutelar los derechos de las personas aseguradas, facilitar la transparencia y el desarrollo del mercado de seguros y fomentar la actividad aseguradora privada. Las letras a) y b) del número 2 del artículo 69 de la mencionada Ley establecen que a las comunidades autónomas cuyos estatutos de autonomía hayan asumido competencias en la ordenación de los seguros les corresponde el desarrollo legislativo de las bases de ordenación y supervisión de los seguros privados y, con respecto a competencias de ejecución, les corresponden las de ordenación y supervisión de los seguros privados, que la mencionada Ley otorga a la Administración general del Estado, entendiéndose hechas al órgano autonómico competente las mencionadas referencias. La disposición final primera de la Ley 30/1995 determina las bases de la ordenación de seguros y las competencias exclusivas del Estado.

La norma catalana se convierte en el único texto normativo promulgado por alguno de los gobiernos autonómicos. Pero además, es la única norma en todo el Ordenamiento español que regula y desarrolla las funciones, requisitos y registros de los peritos que desarrollen su actividad profesional, pero sólo en el ámbito territorial de Cataluña.

El objeto del Decreto viene definido en el artículo 2: “**Constituye el objeto de este Decreto establecer las condiciones para la incorporación y ejercicio, como peritos y peritas de seguros**,... de aquellos y aquellas profesionales que con carácter habitual o permanente desarrollan las funciones establecidas por la disposición adicional quinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.” Precisar que donde habla de la disposición adicional quinta de la ley 30/95, habrá que pensar en el mismo desarrollo pero de la Disposición Adicional tercera del Real Decreto Legislativo 6/2004.

El artículo 3 establece **la obligación de inscribirse** en un censo para aquellos profesionales que tenga domicilio profesional en Cataluña. Este Censo de

peritos está bajo el control de la Dirección General de Política Financiera del Departamento de Economía y Finanzas. La Disposición Transitoria del Decreto estableció un plazo de inscripción en el Censo; “Las personas profesionales con domicilio profesional en Cataluña que vengan ejerciendo la profesión de perito/perita de seguros desde antes del **1 de abril de 2000**... acreditarán, a efectos de lo dispuesto en el presente Decreto, la condición de perito/perita de seguros...mediante la posesión del certificado individual elaborado por la Asociación Profesional de Peritos de seguros y Comisarios de averías conjuntamente con la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras y el visto bueno de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía. Estas personas dispondrán de un plazo de tres meses a contar a partir de la entrada en vigor de esta norma para acreditar ante la Dirección General de Política Financiera del Departamento de Economía y Finanzas su condición y, en consecuencia, ser incluidos en el Censo que contempla el artículo 3.”

Los requisitos para el ejercicio de la profesión y la inscripción en el Censo está desarrollado en el artículo 4. Se establece la obligación de estar en posesión de alguna de las titulaciones que el mismo precepto enuncia, sin carácter cerrado, pues permite que las asociaciones aseguradoras y de los colegios profesionales propongan nuevas titulaciones que puedan acceder a la actividad pericial.

“1. Los peritos y las peritas de seguros...deberán estar en **posesión** de alguna de **las titulaciones en la materia** a la cual pertenece el punto sobre el que han de efectuar **su dictamen**, si se trata de profesiones reguladas, y de **conocimiento suficiente** de la técnica de la **pericia aseguradora** y de la **legislación sobre el contrato de seguro**.

2. **Las titulaciones específicas** que tienen que permitir el acceso a las respectivas especialidades son:

a) Ingenieros o ingenieras (de grado medio o superior) o formación profesional para las especialidades de perito/perita de seguros de automóviles o de perito/perita de seguros de embarcaciones deportivas.

b) Ingenieros o ingenieras (de grado medio o superior) para la especialidad de perito / perita de seguros en reconstrucción de accidentes de tráfico.

c) Ingenieros o ingenieras (de grado medio o superior) y arquitectos o arquitectas (de grado medio o superior) para la especialidad de perito/perita de seguros de incendios y riesgos diversos.

d) Ingenieros agrónomos o ingenieras agrónomas (de grado medio o superior) para la especialidad de perito/perita de seguros agrarios.

e) Licenciados o licenciadas en medicina y cirugía para la especialidad de perito/perita de seguros personales.

Las **organizaciones más representativas de las entidades aseguradoras** y de los colaboradores en la actividad aseguradora, los colegios profesionales de profesiones reguladas y otras asociaciones profesionales equiparables **podrán proponer la inclusión de nuevas titulaciones específicas** referentes a materias objeto de dictamen, que mediante un decreto podrán incorporarse a la relación precedente.”

Además de las titulaciones específicas que establece la norma, hay una exigencia cognitiva de la “técnica de la pericia aseguradora y de la legislación vigente sobre contrato de seguro”. También dispone de un ambicioso desarrollo para la obtención del título, la superación de las pruebas y, tras la superación de esas pruebas, la inscripción del Censo.

“3. Para acreditar el conocimiento suficiente sobre la técnica de la pericia aseguradora y de la legislación vigente sobre contrato de seguro será necesario, alternativamente, superar una prueba selectiva de aptitud o un curso de formación que hayan estado reconocidos por la Dirección General de Política Financiera del Departamento de Economía y Finanzas.

3.1 Para asegurar el nivel de preparación y conocimientos suficientes, las organizaciones más representativas de las entidades aseguradoras y de los peritos y las peritas de seguros...adoptarán, conjuntamente, las medidas necesarias para establecer las líneas generales de actuación y los requisitos básicos que deberán de cumplir los programas de formación de estos profesionales, así como la concreción de los medios necesarios para su ejecución.

3.2 Las mencionadas organizaciones podrán realizar pruebas selectivas de aptitud e impartir cursos de formación para la acreditación del conocimiento específico suficiente sobre la técnica de la pericia aseguradora y de la legislación vigente sobre contrato de seguro y las supervisarán mediante la constitución de un tribunal conjunto. Las mencionadas organizaciones supervisarán los cursos de formación impartidos por terceros atendiendo al cumplimiento de lo que se dispone en el número 4 del presente artículo.

4. La Dirección General de Política Financiera del Departamento de Economía y Finanzas fomentará la esmerada preparación técnica y la cualificación profesional de los peritos y las peritas de seguros... Asimismo, podrá requerir que se efectúen las modificaciones necesarias en el contenido de los mencionados programas de formación, y en el contenido de las pruebas de aptitud, así como en los medios precisos para su organización y ejecución y determinará la suficiencia para asegurar el nivel de preparación previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados. Se faculta a la Dirección General de Política Financiera del Departamento de Economía y Finanzas para la adopción de las medidas oportunas que considere necesarias para llevar a cabo las funciones que se prevén en este artículo.

5. A los peritos y las peritas de seguros...que acrediten el cumplimiento de lo exigido en los puntos anteriores se les expedirá la Dirección General de Política Financiera del Departamento de Economía y Finanzas les expedirá el correspondiente diploma de perito/perita de seguros... les inscribirá en el Censo de peritos y peritas de seguros, de comisarios y comisarías de averías y de liquidadores y liquidadoras de averías definido en el artículo 3 del presente Decreto.”

Recordemos que la regulación de la obtención del título y su inscripción en el Censo que propone la Administración catalana es para aquellas personas que ejercían su profesión con posterioridad al 1 de abril de 2000, pues en concordancia con la Disposición Transitoria, ésta permitía en el plazo de tres meses la simple inscripción en el Censo a aquellas personas que venían ejerciendo la actividad de perito con anterioridad a esa fecha.

El artículo 5 establece la obligación a los profesionales, personas físicas y jurídicas, de manifestar el cese de su actividad a la Dirección General de Política Financiera del Departamento de Economía y Finanzas. En el caso de las asociaciones profesionales hay una exigencia de comunicación mensual al organismo de control de las bajas de sus asociados.

Las Incompatibilidades de los peritos vienen determinadas en el artículo 6:”No podrán ejercer la actividad profesional de perito/perita de seguros...aquellas personas que desarrollen otras actividades profesionales cuyas legislaciones específicas reguladoras así lo contemplen.”

En definitiva, en el panorama actual es la única norma, no suficientemente desarrollada quizá por la laguna legislativa a nivel estatal, que institucionaliza la figura pericial, en similares características de la derogada Orden estatal de 10 de julio de 1986.

4.3. ¿Quién puede hacer un peritaje?

Parece que con la escasa normativa que regula la función del perito de seguros, cualquiera puede ser perito, ser nombrado por el asegurado o asegurador o bien por ambas partes para proceder a un dictamen como Tercer perito.

La simple titulación no puede interpretarse como un conocimiento pericial de seguros. La normativa catalana que hemos analizado anteriormente hace gran hincapié en el conocimiento de la “técnica de la pericia aseguradora y de la legislación vigente sobre contrato de seguro”. Un traumatólogo puede ser un gran médico asistencial, con amplios conocimientos en las distintas pautas y protocolos de actuación en, por ejemplo, una fractura de rodilla, sin embargo, carece de la formación para afrontar un informe pericial; puede desconocer la definición de accidente que hace la Ley de Contrato de Seguro, puede no saber valorar los menoscabos de un asegurado en base de los baremos de indemnización que una póliza de accidentes, etc.

La falta de regulación hace pensar que cualquier profesión o titulación es capaz para realizar un peritaje. Aunque sí parece muy claro que habrá ciertas profesiones que carecerán de la habilidad pericial. Continuando con el ejemplo anterior, un traumatólogo no será contratado nunca para hacer una valoración de unos daños en un incendio en una fábrica de pintura. Pero el problema se centra cuando la profesión o titulación tiene una linde poco definida, o cuando incluso existen áreas de actividad que pueden compartir ambas profesiones y titulaciones. Las partes deberán guiarse por la titulación, experiencia, y conocimientos contrastados de la persona que van a contratar para efectuar el peritaje. En el caso del tercer perito las partes deberán coincidir en las facultades periciales de la persona que van a nombrar y de igual modo lo hará el Juez en caso de acudir a él para el nombramiento.

La falta de capacidad para participar como perito en un procedimiento pericial, creo que no puede ser motivo de impugnación o recusación por la otra parte. La propia legislación que hemos recopilado no hace mención de ningún tipo de incompatibilidad entre profesiones. Legalmente sólo aparece la incompatibilidad en la, todavía vigente, Ley de Mediación de Seguros Privados en su artículo 22.3: “En particular, se **considerarán incompatibles para ejercer la actividad como corredores de seguros** las personas físicas siguientes: c) Los peritos tasadores de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías, a no ser que limiten su actividad como tales a prestar servicios a clientes asegurados.” Esta incompatibilidad es parcial, pues el Corredor de seguros no podrá ofrecer sus servicios como perito en el mercado, pero si podrá ofrecer esos servicios a sus clientes de su correduría. Excepto esa mención, no hay ninguna otra causa, por lo que la designación del perito no podrá recusarse, salvo que exista una norma expresa que determine la incompatibilidad.

El problema de la designación de peritos se acentúa principalmente para el asegurado. **El Mediador** debe ser elemento que ejerza el asesoramiento suficiente al tomador o al asegurado para guiarle en el nombramiento pericial.

Una buena opción es acudir a alguna de las asociaciones profesionales periciales con el fin de obtener el adecuado servicio pericial profesional y conocedor de la técnica pericial de seguros y el conocimiento de la Ley de Contrato de Seguro, entre otros del propio artículo 38.

Algunas de estas asociaciones:

ASOCIACIÓN DE PERITOS DE SEGUROS Y COMISARIOS DE AVERIAS (APCAS): Asociación de peritos de seguros que nace en 1962 en el Sindicato del Seguro como Agrupación de Peritos Tasadores, posteriormente se transformó en asociación profesional. Es la única asociación propia de la profesión de perito de seguros. La entidad es miembro de la Junta Consultiva de Seguros, órgano consultivo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Apcas es miembro desde su fundación de la Federación Internacional de Peritos de Seguros de Autos (FIEA). También mantiene relaciones con la Federación Internacional de los Peritos de Incendios y Riegos Diversos (FUEDI).

SOCIEDAD ESPAÑOLA VALORACIÓN MÉDICA DEL DAÑO CORPORAL.(S.E.V.M.D.C.). Agrupación de profesionales médicos expertos en la valoración del daño corporal. Interviene en cualquier tipo de valoración: forense, laboral y seguros, en este caso, principalmente por el Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

ASSOCIACIÓ CATALANA DE PERITS JUDICIALS I FORENSE. Entidad que agrupa a más de 35 especialidades, entre las que se encuentra el Tasador de seguros, si bien el abanico de profesionales es muy amplio. Pese a su ámbito territorial ha traspasado sus fronteras. La Associació es miembro fundador del Consejo General de Peritos Judiciales y Colaboradores con la Administración de Justicia. Puede ser una opción a la hora de que las partes deban hacer un nombramiento de un tercer perito.

En conclusión, el **Perito de Seguros** es un profesional experto en una materia que además conoce la técnica aseguradora y el contrato de seguro. Además de su profesión, conoce la legislación de seguros; puede aplicar una regla de equidad, establecer una concurrencia de seguros, interpretar un condicionado de una póliza de seguro, etc. El Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados establece en la Disposición adicional tercera: “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...”

- 1) El perito investiga y analiza las causas del siniestro, ya que ante un contrato de seguro la causa es el factor determinante de la existencia o no de cobertura, es decir, un siniestro puede ser la consecuencia de hechos o acciones diversas como causa del mismo y puede suceder que el contrato o póliza de seguro no cubra todas esas posibles causas: el dolo, la mala fe o la negligencia del asegurado son exclusiones de cobertura contempladas en la pólizas.
- 2) El perito de seguros valora los daños tasando el valor de bien y los daños producidos a ese bien en un siniestro. En el seguro de personas hace una valoración de los daños físicos y, en su caso, los daños psíquicos.
- 3) Valora las circunstancias que influyen en la determinación de la indemnización derivada de un contrato de seguro. El perito de seguros deberá determinar si la cobertura del siniestro debe de aplicarse en su totalidad o bien restringir la indemnización por causas del contrato, por ejemplo, la aplicación de una regla de equidad.
- 4) El perito de seguros formula al asegurador la propuesta de indemnización que le corresponde al asegurado por el siniestro ocurrido.

4.4. Los plazos y las formas del nombramiento.

La Ley de Contrato de Seguros no establece ninguna norma expresa para el cómputo de los plazos que en el artículo 38 y en todo el texto legal aparecen dispuestos. El Código de Comercio tampoco dispone ninguna normativa sobre el cómputo de los plazos. En nuestro ordenamiento jurídico el Código Civil tiene una naturaleza de derecho supletorio general sobre de las leyes especiales civiles y mercantiles, y de cualquier otra rama del derecho, pues conforme al artículo 4 del texto “la disposiciones del Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes como sistema de derecho civil general.” Por esta razón el plazo del cómputo de los días será conforme a lo que dispone el **artículo 5 del Código Civil** “:

1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuvieren fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles.”

Tal vez, alguien pueda opinar que el plazo no es del todo amplio, sobre todo a los efectos de contestar al requerimiento con el contenido formal que ahora explicaremos, sin embargo los actuales sistemas de comunicación permiten la notificación y la contestación del nombramiento del perito de forma fehaciente y con la rapidez necesaria. La Ley de 24/1998, del 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberación de los Servicios Postales, establece en su artículo 19, letra c), y dentro de los Derechos especiales y exclusivos atribuidos al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal establece el derecho a entregar notificaciones de órganos administrativos y judiciales, con constancia fehaciente en su recepción. Aclaro que el operador que tiene esa cualidad, conforme a la ley, corresponde sólo a Correos. Aunque la norma establece que el resto de operadores podrán realizar este tipo de notificaciones en el ámbito no reservado para el operador universal, Correos. Los efectos de esas notificaciones realizadas por el resto de operadores de servicios postales se rigen por las normas de derecho privado, por lo que aconsejo utilizar siempre los medios del operador Correos, pues las normas procesales sobre la prueba están contenidas dentro del derecho público, por lo que son de carácter indisponible.

Creo que en este punto la legislación de seguros debería mirar al futuro conjuntamente con la regulación normativa del mundo cibernético. [La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica](#), tiene como objetivo principal regular la seguridad de las comunicaciones electrónicas en la actividad de las empresas, los ciudadanos y las Administraciones públicas. **La ley regula la eficacia y la prestación de servicios de certificación.** En el

artículo 3, párrafo 10, dispone: “A los efectos de lo dispuesto en este artículo, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas.” Anteriormente, indicábamos que las normas sobre la prueba son de derecho público con carácter indisponible. No obstante, esta ley permite a las partes estipulen y fijen los pactos necesarios sobre la eficacia probatoria de la firma electrónica. Entra en colación el artículo 38 en este punto para actualizarlo con las nuevas tecnologías, permitiendo de forma ágil la notificación de desacuerdo y el nombramiento de un perito, exigiendo a la otra parte la comunicación y nombramiento de su perito.

Esa comunicación electrónica entre asegurado y asegurador podría ser intervenida por un organismo público para garantizar el contenido de las comunicaciones, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o bien que ésta habilitase esa función a personas jurídicas o físicas. Esta función podría recaer en los Mediadores de seguros. Recordemos su función de intermediación, asesoramiento y, en definitiva, de agente de la relación aseguradora en el mercado económico. Además de esa habilitación, la Dirección General de Seguros sería emisora de los certificados de confianza permitiendo la fuerza probatoria en su caso.

La habilitación de **los Mediadores** de seguros como posibles certificadores de contenido de las comunicaciones electrónicas entre asegurado y asegurador, en especial para las comunicaciones relativas al artículo 38, es el “[tercero de confianza](#)” que aparece en el artículo 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico:

1) “Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública.

2) El tercero deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado que, en ningún caso, será inferior a cinco años.” Esta figura podría solucionar la constancia respecto al momento de la firma, de forma que quedaría acreditado que la emisión del mismo fue en una fecha concreta, pero también acreditaría la recepción de la comunicación de una parte a otra.

Finalmente, el sistema tutelado por el Mediador podría proteger las posibles falsedades o errores en la atribución del certificado, lo que permitiría tener la seguridad de que la persona que tiene la cualidad de firmante, realmente se trata de él. Además, el propio contenido de las comunicaciones generadas a consecuencia de un desacuerdo en la indemnización de un siniestro, supondría únicamente la intervención del asegurador y del asegurado o tomador.

Otro aspecto formal de la comunicación del nombramiento de peritos es el hecho de que conste la aceptación del encargo del perito. Sobre esto algunos

autores han manifestado la nota más formal del artículo 38 y con un matiz más pro-asegurador; pues el hecho de que el asegurador pueda contar con un perito con mayor facilidad, debido a una probable relación laboral o mercantil con éste, merma la posición de igualdad con el asegurado, pues encontrará más dificultades en contratar los servicios periciales para contestar el requerimiento del nombramiento de perito del asegurador.

Sin entrar en ese debate, sí quiero ahora manifestar que **la formalidad de la constancia de la aceptación del perito** no se aparta del espíritu de la ley y del propio artículo 38. Respecto a este último, ya hemos aclarado que el precepto es de derecho imperativo, por lo que las partes del procedimiento no pueden disponer otra cosa, incluso así lo establece el artículo 2 de la propia Ley “Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de ley que les sea aplicable, se regirán por la presente ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo...” Pero además, la Ley de Contrato de Seguro establece en su artículo 5 un principio de documentación escrita “El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito.” Si la exigencia por escrito de la eficacia del contrato de seguro, no es menos que su principal efecto, el siniestro, también pueda y deba (según dispone particularmente el artículo 38) constar por escrito aquellas circunstancias que se generen en la resolución de un siniestro.

A mayor abundamiento, existe otra cuestión que subyace en el nombramiento de peritos y en la constancia de la aceptación de este al encargo asignado por el asegurado o asegurador: el perito en ese momento, además de su condición de arrendador de una obra (tal y como comentamos en capítulos anteriores) también tiene un efecto de mandato y representación frente a la otra parte. Aquí las partes del contrato de seguro están introduciendo a terceras personas en su relación contractual, accediendo a la totalidad de su contenido: condiciones generales, particulares garantías, capitales asegurados, etc., por lo que cada parte deberá conocer con certeza la identidad de la persona que la otra parte ha añadido en su relación contractual. Los peritos nombrados tienen una representación. Obran por cuenta y en nombre del asegurado o asegurador, por lo que para tener los efectos precisos deben constar necesariamente por escrito.

Para finalizar las formas del procedimiento pericial es muy importante indicar que además de **reunir los datos del perito nombrado**, creo que en el requerimiento deben **constar los datos esenciales del siniestro**: número de expediente, número de póliza de seguros, la fecha del siniestro, la constatación de la aceptación del perito y los datos de identificación del mismo.

Otro aspecto importante es poder **circunscribir el motivo de la pericia**. Puede ocurrir que en un mismo siniestro el asegurador entienda que por exclusión o por falta de contratación de una determinada garantía, una parte del mismo sea objeto de rechace de las consecuencias económicas y sin embargo otra parte del siniestro sí tenga cobertura pero no se alcance un acuerdo de indemnización respecto a ese punto. (Ver anexos I y II)

Además, para el caso de nombramiento del asegurador sería muy conveniente añadir a los anteriores datos reseñados, la comunicación al asegurado del importe mínimo conocido o bien indicar la suma de la indemnización que se le entregó en concepto de importe mínimo, conforme dispone el artículo 18.

En conclusión, el requerimiento debe contener todos los requisitos formales descritos por el artículo 38, si no los contiene el requerimiento es ineficaz. El problema es saber qué debe hacer la parte que recibe ese **requerimiento “incompleto”**. Una opción, que no recomiendo, es no hacer nada y dejar el asunto para un momento posterior para solicitar la anulabilidad del procedimiento pericial. Otras alternativas más positivas son hacer su nombramiento y requerir a la otra parte, advirtiéndole de su comunicación defectuosa y que hiciese la comunicación correctamente. Incluso la parte que recibe esa comunicación defectuosa puede continuar el procedimiento alcanzando el dictamen de dos peritos. No obstante, considero que **la falta de indicación del perito nombrado** por una de las partes es un defecto que la otra parte no puede dejar pasar, exigiendo a la otra parte el nombre del perito y su aceptación por escrito. En este sentido la **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1989 (referencia de Aranzadi 1989/3748)**: “...el requerimiento por la compañía de seguros al asegurado para que designe perito no cumple los requisitos legales del artículo 38 LCS si la parte que lo expide no hace constar, a su vez, la designación de su propio perito, identidad y la aceptación del mismo, por lo que el telegrama remitido al asegurado no surte efecto alguno.”

4.5. Un perito. Dos peritos. El tercero.

En el procedimiento descrito en el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro se establece la posibilidad de emitir un dictamen pericial por un solo perito, dos peritos o por el tercer perito.

Un Perito. Como hemos visto, si el asegurado o asegurador hace el nombramiento de un perito y requiere a la otra parte para que nombre el suyo puede ocurrir que la parte requerida renuncie a nombrar un perito o bien dejar pasar el plazo legal de los ocho días.

Por tanto, para que el perito nombrado por una de las partes elabore lo que llamaré **“Acta única”** (en contra de la elaborada por ambos peritos que en el precepto del artículo 38 llama “acta conjunta”.) se precisa el requerimiento, con todos los elementos formales que hemos visto, a la contraparte y la renuncia explícita o no de nombrar perito de la parte requerida.

EL dictamen por “acta única” tiene el mismo valor que el emitido por dos peritos o con la intervención de un tercero, pues tal y como dispone el final del párrafo cuarto del artículo 38 **“se entenderá que acepta el dictamen que emita el perito de la otra parte, quedando vinculado por el mismo.”**

Algunos discrepantes del artículo 38 exponen que para el inicio del procedimiento le es más fácil iniciarlo al asegurado que cuenta con peritos en plantilla, pero no así para el asegurado que el hecho de padecer un siniestro es un hecho singular en su vida cotidiana y la búsqueda de un perito puede convertirse en un reto imposible. Los autores que critican el artículo 38 se centran fundamentalmente en este punto: en la imposibilidad de proceder a la impugnación del "acta única". Se opina que debería haberse eliminado esa presunción legal, permitiendo la impugnación del dictamen por acta única.

La jurisprudencia ha negado la posibilidad de la impugnación del "acta única." Así la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia 4-6-1994, nº 527/1994, EDJ 1994/5114**: "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 entenderlo 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, a diferencia de lo que ocurre cuando el informe se emite por dos peritos nombrados, respectivamente, por cada una de las partes o por dichos dos peritos en unión de un tercero (cuando tenga que ser designado por falta de acuerdo entre aquéllos), en cuyos supuestos cabe la posibilidad de impugnación judicial del informe emitido por unanimidad o por mayoría, conforme establece el pfo. 7º, art. 38... La presunción legal que contiene el citado inc. último, pfo. 4º del repetido precepto, al decir, "se entenderá que acepta el dictamen que emita el perito de la otra parte", no es de naturaleza "iuris tantum" como pretende sostener la recurrente en su motivo cuarto, 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".

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 5-11-2002, EDJ 2002/46483: "Por ello, debe concluirse que la parte actora procedió de forma extemporánea a la designación de un **segundo perito** una vez tuvo cabal conocimiento de la pericial emitida por el de la Compañía aseguradora, por lo cual y, según los términos del tantas veces citado artículo 38 de la Ley del Contrato de Seguro, quedó vinculada por ese primer dictamen que valoraba la suma indemnizable en la cantidad puesta a disposición de la demandante por la aseguradora."

Añade dicha doctrina jurisprudencial que cualquiera que sea el criterio hermenéutico (literal, sistemático o teleológico) que se utilice para la interpretación del citado párrafo legal, ha de llegarse a la conclusión de que, producido el supuesto fáctico que el mismo contempla, el informe emitido por el perito de una de las partes, ante la incuria de la otra parte de nombrar el suyo, **no es susceptible de impugnación judicial alguna.**

Se trata de una de las situaciones más excepcionales del procedimiento, generando una **presunción legal**, que como hemos visto, tiene una naturaleza iuris et de iure, **no admite contradicción alguna.**

Ante el posicionamiento de la interpretación de la jurisdicción en este punto han surgido algunos autores que entienden que esa interpretación debería moderarse por similitud al hecho de que en el procedimiento judicial sí permite la impugnación del Perito. La verdad es que la estricta naturaleza de la sanción que se impone a la parte que no nombró a tiempo su perito, me permite hacer los siguientes comentarios, entre otros:

- ❖ El desarrollo del artículo 38 dispone del carácter **inatacable** del informe pericial, sólo en el supuesto de haber transcurrido los distintos plazos para las partes desde la notificación del informe. Mientras no se agoten esos plazos tanto el asegurado como el asegurador pueden proceder a la impugnación del dictamen pericial.
- ❖ La vinculación de la contraparte al “acta única” es en cuanto a su contenido, aunque sea la otra parte quien lo elabore. El propio artículo 38 habla que las partes estarán vinculadas al del dictamen de los Peritos por unanimidad o mayoría, siempre y cuando no lo impugnen. El “acta única” se acepta sin posibilidad de acudir a otro perito, ese es límite del proceso, que soporta la parte que no nombró su perito en el plazo legal, pero no su impugnación por error o dolo, como veremos los siguientes apartados.
- ❖ La interpretación negativa de la impugnación del “acta única” podría generar un peligroso vicio en el proceso pericial, y a la postre una indefensión a la contraparte, sobre todo si la oferta de indemnización inicialmente rechazada por el asegurado, que provoca el inicio del procedimiento pericial, es inferior a la valoración dispuesta en el “acta única”.
- ❖ Al tratarse de un dictamen que vincula a la contraparte que no nombró el perito, debe notificársele el dictamen en un plazo adecuado y con el contenido completo del mismo, pues de otra forma generaría también una indefensión.
- ❖ Por último, la propuesta de la indemnización que arroje el dictamen del “acta única” obviamente debe tener su puesta en disposición inmediata al asegurado. Pero la ley no dice el plazo, ni los efectos de su incumplimiento.

Las dudas que surgen son varias, además de las expuestas, pero lo cierto es que la doctrina del Tribunal Supremo no deja dudas. Se hecha en falta una revisión e interpretación del Tribunal Constitucional del precepto en este punto.

Dos peritos. En muchas ocasiones la práctica aseguradora hace que las negociaciones de las partes desemboquen en pactar, más o menos formalmente, el inicio del procedimiento, por lo que el procedimiento no coge de sorpresa a la contraparte. Además, me parece la postura más honesta desde el punto de vista del asegurador, indicar al asegurado que dado el

desacuerdo de indemnización se puede alcanzar el acuerdo a través del procedimiento pericial, invitándole a que nombre un perito, y si no existe el acuerdo, acudir a un tercero.

Uno que los **problemas** que se plantean en este punto es que el artículo 38 no dice nada respecto al plazo en que los dos peritos deben emitir su dictamen pericial. En otros ordenamientos jurídicos como el francés se establece un plazo máximo de seis meses para los seguros de incendio, si bien también sanciona como en nuestra legislación el retraso en el pago de la indemnización, pero con un plazo más largo que nuestros 40 días, pues se trata de tres meses desde la declaración del siniestro.

El problema que plantea no poner plazo a la confección del dictamen, en algunas ocasiones puede ser muy engorroso: las partes han adoptado el procedimiento para alcanzar un acuerdo y han sufragado parte de unos honorarios profesionales. Estos retrasos, en ocasiones, se convierten en estrategias erróneas que no conducen a ninguna solución, y lo único que demuestran es el desconocimiento del procedimiento, la técnica aseguradora y la legislación de seguros del profesional designado que, pese a ser conocedores de la materia, no son verdaderos peritos de seguros. La inseguridad y el desconocimiento se alían para emitir un dictamen de desacuerdo. Al final, el perjudicado normalmente es el asegurado que ve dilatarse la expectativa de indemnización del siniestro sufrido.

El mejor modo de defenderse de esas situaciones es requerir mediante comunicación fehaciente a la otra parte para que inste a su perito para la emisión del dictamen pericial conjunto. O bien prever esta posibilidad, pactando el asegurado y asegurador previamente que la emisión del dictamen conjunto se realice en un determinado plazo.

Cierto es que en ocasiones por la envergadura del siniestro hace necesario no sólo una sola visita al riesgo dañado, como por ejemplo en el seguro de incendios. También se precisa buscar datos, cálculos y análisis que requieren un plazo razonablemente amplio. Creo que la voluntad de la partes dará la pauta razonable de tiempo para la emisión del dictamen, cuyo retraso debe ser denunciado por la contraparte, pues su ámbito no corresponde al contrato de seguro, sino a un incumplimiento del contrato de arrendamiento de obra que efectuó el asegurado o asegurador con su perito.

La intervención de ambos peritos nombrados deberá generar la llamada **“Acta Conjunta”** según dispone el artículo 38. Esta Acta consiste en un dictamen pericial firmado por ambos peritos, donde han alcanzado un acuerdo pericial o bien un desacuerdo pericial. El contenido y valor del dictamen pericial lo trataremos en el siguiente apartado.

- **Acta conjunta con acuerdo pericial.** Se reflejará en un acta conjunta, en la que se harán constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización. Sin duda es el supuesto que tanto asegurado como asegurador desean. En este caso

el procedimiento finaliza y al haber alcanzado un acuerdo de la suma de la indemnización el asegurador deberá indemnizar al asegurado. Cada parte asumirá los gastos periciales que hayan soportado.

Un problema que en alguna ocasión se ha planteado es la impugnación del acuerdo de los dos peritos. Es decir, habiéndose emitido el Acta Conjunta con un pleno acuerdo de las causas del siniestro sus circunstancias y la correspondiente indemnización una de las partes decide impugnarla. Creo que cabría esa posibilidad pero respetando lo siguiente:

- ❖ Esa impugnación debe realizarse dentro de los distintos periodos que el artículo concede a cada parte.
 - ❖ Ni el asegurador debe haber abonado ningún importe al asegurado, ni éste debe haber aceptado importe alguno, pues existiría una presunción de la aceptación de la indemnización dispuesta en el acta conjunta de conformidad de peritos.
- **Acta conjunta sin acuerdo pericial.** Aunque la ley no lo indique, creo que igualmente los peritos también deben hacer constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización, que claro está, no coincidirá por los motivos que entiendan. Creo que en este punto la práctica pericial tropieza con ciertos formalismos que puede salvar. Me refiero al hecho que en ocasiones el acta de disconformidad se hace por separado, sin embargo entiendo que para una mejor intervención directa del tercer perito, el acta debe ser conjunta manifestando claramente los puntos en desacuerdo y aquellos otros que en los que las partes han alcanzado un acuerdo. En este sentido la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 9-4-1999, EDJ 1999/7959**: “El procedimiento de designación del tercer perito, por el cauce de jurisdicción voluntario establecido en la ley, tiene ya repetidamente establecido esta Sala que es de cumplimiento inexcusable, así la sentencia de 14 de julio de 1992, cuando dice que las partes no son libres de prescindir del procedimiento del artículo 38 , criterio que repite la de 17 de julio de 1992 y la de 4 de junio de 1994, que lo declara extensible a otros seguros.”

El tercero. La falta de acuerdo permite a las partes acudir al nombramiento de un tercer perito. En un primer momento serán las partes las que se pongan de acuerdo en el nombramiento del **Tercer perito**. La mejor opción es intercambiarse una terna de nombres entre las partes, coincidiendo casi siempre en algún profesional.

Pero para el supuesto de no alcanzar un acuerdo, la Ley nos remite al Juez de Primera Instancia para su nombramiento por los cauces de la Jurisdicción Voluntaria de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que no fue derogada por la nueva Ley 1/2000. El procedimiento a modo de demanda será presentada por una de las partes o bien por ambas partes con el fin de que a través de lo establecido por el artículo 341 de la Ley 1/2000 el Juez designe un perito. El Juez competente territorialmente para conocer del procedimiento será del lugar donde se encuentren los bienes. Una vez designado el Tercer perito, éste deberá acudir al Juzgado para hacer la aceptación del cargo.

El principal problema en la designación del tercer perito es que nuevamente el precepto guarda silencio, esta vez respecto al tiempo en que debe nombrarse el tercer perito, ni en que momento debemos ir al nombramiento judicial. Recordemos que el artículo 38 concede un plazo de 8 días naturales para el nombramiento de los dos peritos. Lo que si cambia en este supuesto es que **las partes no pueden imponer su tercer perito**, deben estar conformes en el nombramiento del mismo y si no lo están pueden acudir al los tribunales, pero nada impide que sea una de las partes la que inste la actuación judicial, sin que la norma obligue a la participación de ambas partes.

Otro aspecto importante del Tercer perito es que éste tiene un plazo de treinta días para emitir el dictamen desde la fecha de la aceptación del cargo, salvo que las partes acuerden otro plazo. Pero el detalle es que ese plazo obliga tanto al tercer perito como a los peritos nombrados por el asegurado y asegurador. Efectivamente, la ley en este punto impone a los tres peritos la formación de un colegio pericial, pues debe emitirse el dictamen por mayoría o por unanimidad en el plazo legal o el dispuesto por las partes, por lo que obliga a los tres peritos, no sólo al Tercero.

La **formación del colegio pericial** está regulada en el artículo 38, párrafo séptimo, sometido a la obligación de alcanzar un acuerdo por mayoría o unanimidad, por lo que no contempla otro caso. El dictamen que emita el colegio pericial resolverá aquellos aspectos del Acta conjunta que motivaron su desacuerdo. Aquellos otros puntos en que si existió acuerdo no deben ser tratados nuevamente. Una vez emitido el informe pericial corresponde al Tercer perito la obligación de comunicarlo de manera inmediata y en forma indubitada al asegurado y al asegurador.

4.6. El dictamen pericial. Efectos.

El dictamen pericial tiene dispuesto el contenido que legalmente se exige en el artículo 38, párrafo quinto: “... **se reflejará en un acta conjunta, en la que se harán constar: las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe liquido de la indemnización.**”

En primer lugar el dictamen pericial, con la intervención de uno, dos o tres peritos, **siempre se realizará por escrito**. El dictamen siempre es conjunto,

en una misma unidad física: el ACTA, que podrá contener los acuerdos o desacuerdos de los peritos designados al procedimiento. Es muy frecuente (ya lo hemos comentado anteriormente) sobre todo en los casos en que los peritos no alcancen un acuerdo, que cada uno elabore una acta por separado. Creo que cada acta deberá comunicarse a la contraparte y necesariamente el acta con el tercer perito deberá ser conjunta en un único dictamen. La forma de la elaboración del acta está dentro de la discrecionalidad técnica y profesional de los peritos designados.

Ya respecto al contenido propio del dictamen, los peritos deberán verificar, determinar y concretar las causas y circunstancias del siniestro, por así decirlo deben escribir la “historia” del siniestro, pero sin entrar en juicios de valor ni responsabilidades de las personas que intervienen en el siniestro. Lo que podrá determinar es si esos hechos son objeto de cobertura en la póliza, por ejemplo, si el siniestro tiene como causa una enfermedad y no tiene amparo en una póliza de accidentes.

Otro punto esencial en el dictamen es **la valoración de los daños**. Creo que aquí reside una gran importancia la actuación del perito. Es conveniente que la tasación se realice de forma ordenada según la disposición de las coberturas de la póliza. Deberán hacer una valoración de los objetos dañados; describiendo el tipo de objeto y la intensidad del daño. Habrá que hacer una valoración de las preexistencias, conforme los datos obtenidos del asegurado o bien de las sumas dispuestas en la póliza.

Además, el dictamen debe contener las circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate. Por ejemplo: podrán exponerse si existen circunstancias de agravación del riesgo no declaradas al asegurador, o bien podrán aplicar las reglas proporcionales en caso de situaciones de infraseguro.

Finalmente, el dictamen contendrá la propuesta de importe líquido de indemnización. La expresión descarta que la indemnización sea distinta al “importe líquido”, por ejemplo, la reposición. Tratándose de un dictamen, de dos o tres peritos, que puede impugnarse, parece correcto que la fijación de la indemnización por los peritos sea una “propuesta”, que no vinculará si no es por la autonomía de voluntad de las partes.

En anteriores apartados hemos adelantado algunos de los efectos del dictamen pericial emitido por uno, dos o tres peritos, pero una vez emitido el mismo y no ser impugnado por las partes, los **efectos legales**, en especial para el asegurador, son:

- 1) Deberá abonar la indemnización en el plazo máximo de **cinco días** desde que el dictamen tuvo el efecto inatacable.
- 2) Si no hiciese pago de la indemnización en el anterior plazo y el asegurado deba acudir a la vía judicial para la reclamación y efectividad de su pago, en este caso el asegurador pasará por: el incremento de la indemnización ,conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de contrato de seguros para los **intereses moratorios**, que no comenzarán a contabilizarse hasta

transcurrida la obligación de pago del asegurador, es decir, a partir del día 36.(30 días de caducidad para interponer impugnación del dictamen más el periodo de cinco días para el pago de la indemnización desde la fecha que fue declarado inatacable). Además deberá abonar todos los gastos y costas judiciales que se produzcan por la reclamación judicial del pago.

4.7. La impugnación del dictamen pericial.

El artículo 38 permite la impugnación judicial del informe pericial pero no describe las causas por la que asegurado y asegurador pueden proceder a la impugnación judicial del dictamen pericial. Aunque hemos visto que la interpretación jurisprudencial sobre la falta de nombramiento de perito en el momento inicial del procedimiento genera la imposibilidad de impugnarlo, sí podría procederse a la impugnación por los motivos que atienden al propio procedimiento. Así pues, parece que las causas podemos englobarlas en aquellas que impugnan el dictamen y las que se impugna el procedimiento pericial.

Respecto a los **motivos de impugnación del procedimiento** pericial serán aquellos que han vulnerado el procedimiento desde el punto de vista formal y en los aspectos que sí regula el propio artículo 38, por ejemplo los plazos que dispone. Si bien opino que la autonomía de la voluntad de las partes, puede subsanar esa impugnación, por ejemplo, si el dictamen con el Tercer perito se emite en un periodo de más de treinta días sería un motivo formal de impugnación, sin embargo si las partes aceptan su contenido una vez emitido han subsanado ese error.

Respecto a las causas de impugnación del **dictamen pericial** deberemos aplicar las causas generales dispuestas de forma supletoria en el Código Civil, en concreto en el artículo **1265: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”**.

Se dice que hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a emitir una declaración que sin ellas no se hubiera emitido. El dolo se trata de provocar un error por un comportamiento engañoso con el ánimo de engañar para obtener la declaración, siendo el error el que determine la declaración. Si ambas partes han actuado dolosamente, cesa la posibilidad de la impugnabilidad. Conforme lo dispuesto por el artículo 1270 del Código Civil, en ambos casos el dolo debe ser determinante, en este caso concreto estaremos en presencia de un procedimiento pericial nulo.

En cuanto al error se distingue el error obstativo: hay una discrepancia inconsciente entre la declaración y la voluntad, y el error vicio en el que la voluntad y declaración coinciden si bien la voluntad se formó por entender el sujeto algo que no correspondía a la realidad. Para impugnar un tribunal el dictamen el error deberá ser esencial, así se discrepe de las causas del siniestro o de la propuesta de indemnización. La jurisprudencia interpreta que la impugnación del dictamen por el error se entenderá excusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media. Pero dentro del ámbito profesional

pericial medir esa diligencia es algo difícil, si el dictamen es elaborado dentro de esa diligencia media será un error excusable, pero si lo hace fuera de esa diligencia será inexcusable. **El error se aprecia como causa de impugnabilidad del dictamen pericial cuando sea esencial e inexcusable.**

El ejercicio del **plazo de la impugnación** como antes he comentado es de treinta días para el asegurador y de seis meses para el asegurado. Es patente la desigualdad del plazo entre las partes, pero ni el legislador lo ha modificado ni la jurisprudencia ha interpretado una desigualdad. El plazo dispuesto para la impugnación es de **caducidad**, por lo que no se puede interrumpir el cómputo del mismo. La demanda de impugnación del dictamen pericial se conocerá en juzgado del domicilio del asegurado mediante el procedimiento ordinario o verbal de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil. La demanda se presentará contra la impugnación del dictamen, no contra los peritos que lo elaboraron. Por otra parte, la acción del procedimiento de impugnación se reserva al asegurado y al asegurador. Los peritos no pueden acceder a la impugnación judicial.

.oOo.

5. El artículo 104 de la Ley de Contrato de Seguro.

“La determinación del grado de invalidez que derive del accidente se efectuará después de la presentación del certificado médico de incapacidad.

El asegurador notificará por escrito al asegurado la cuantía de la indemnización que le corresponde, de acuerdo con el grado de invalidez que deriva del certificado médico y de los baremos fijados en la póliza. Si el asegurado no aceptase la proposición del asegurador en lo referente al grado de invalidez, las partes se someterán a la decisión de Peritos Médicos, conforme al art. 38.”

Como ya había citado, el uso del procedimiento pericial para una rápida resolución del siniestro descrito en el artículo 38 es en realidad un modelo tipo al que la propia ley se remite para el caso de los seguros de accidentes y también, indirectamente, los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria. No obstante, pese a ese modelo de procedimiento que nos brinda la ley, lo cierto es que la regulación del propio artículo 104 difiere en el modelo, además de las determinadas particularidades que presenta el propio seguro de accidentes. En este capítulo veremos las principales singularidades que se presentarán en el procedimiento que ya conocemos.

Antes de desarrollar este punto, debo aclarar que el seguro de accidentes ha sufrido una difusión de modalidades de tipos de seguros: seguro de accidentes personales, los seguros de grupo o acumulativos que a su vez se sub-dividen en: seguro familiar, empleados del hogar, convenios colectivos, escolar, ocupantes de embarcaciones de recreo, ocupantes de vehículos y seguros de titulares de tarjetas de crédito. El análisis que a continuación veremos está pensado en el clásico seguros de accidentes individuales, que podrá servir para las otras modalidades, excepto el seguro de convenios colectivos que tiene su regulación y efectos fuera del ámbito de la Ley de Contrato de Seguro.

El perito médico. El principal actor del procedimiento pericial pasa a denominarse en el artículo 104: **Perito Médico**. Por tanto, a diferencia del procedimiento modelo, el sistema requiere que el perito sea médico, profesión regulada para la que se obtiene el Título de Licenciado en Medicina y Cirugía. Eso impide que un diplomado universitario en enfermería o un licenciado en psicología puedan intervenir en el peritaje.

Por supuesto, el perito médico, **además** del conocimiento de su profesión, (no hay que cansarse en remarcarlo) **deberá tener el conocimiento de la técnica de la pericia en seguros y de la legislación de seguros**. En el particular caso del seguro de accidentes, creo que es esencial tenga **conocimientos precisos y experiencia en:**

- 1) La definición de accidente del artículo 100 LCS.

- 2) El artículo 104 y 38 de la LCS.
- 3) La correcta interpretación y su aplicación de los baremos de indemnización de las pólizas de accidente.

La regulación de la figura del perito médico, como la del resto de peritos que ya hemos comentado, es prácticamente nula. No obstante, como recordatorio, hago mención a la regulación de la **Orden de 17 de agosto de 1988** que desarrolló en los artículos 7 a 11 la figura de los Facultativos Médicos que han de valorar los daños corporales derivados de siniestros a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros. La norma fue derogada por la Ley 30/1995 de Ordenación del Seguro Privado.

El grado de invalidez. En el seguro de accidentes no se inicia el procedimiento pericial a partir de los cuarenta días de la declaración del siniestro. Estamos en presencia de la determinación de un grado de invalidez, también conocido como porcentaje de menoscabo físico, éste no puede ser fijado hasta que el asegurado lesionado no termine su periodo asistencial (no ligado a la incapacidad laboral) con la curación o la estabilización de sus lesiones. Cuando hablemos de la indemnización, precisaré el momento en que se inicia el procedimiento pericial.

De lo expuesto no debe interpretarse erróneamente que en este tipo de seguros no existe la obligación genérica contemplada en el artículo 18, es decir, el pago al asegurado del **“importe mínimo conocido”**. Esta obligación prevalece sobre el seguro de accidentes como también lo hace sobre el seguro de daños.

- ❖ En los siniestros con lesiones leves o medias, el problema no se plantea en la práctica, pues el asegurado declara el siniestro y aporta la documentación médica una vez ha finalizado su periodo asistencial, por lo que el periodo de los cuarenta días difícilmente puede agotarse para el asegurador.
- ❖ El problema sí que se complica cuando nos encontramos con lesionados graves o grandes lesionados, que precisan periodos largos de curación. El asegurador normalmente solicitará a un perito médico el encargo de visitas periódicas al asegurado con el fin de fijar correctamente las provisiones del siniestro. En estos casos, el asegurador con la información de su perito médico podrá atender un pago parcial de la indemnización, que será deducido de la indemnización final.

El baremo. El asegurado deberá aportar el certificado médico al asegurador (ver anexo III). Respecto a la nomenclatura “certificado médico” debemos entenderlo como la principal acreditación que deberá aportar el asegurado entre el accidente padecido, las lesiones sufridas y la invalidez resultante. No olvidemos, que conforme al precepto, es el asegurado quien debe acreditar la invalidez. Pero además, el asegurador podrá solicitar al asegurado cuantos informes médicos, pruebas y diagnósticos, en analogía a las “...peritaciones y verificaciones...” del artículo 16 de la LCS.

Normalmente las pólizas de accidentes incorporan en sus condiciones generales los llamados baremos de indemnización. En un sentido amplio, no sólo se trata de las tablas de porcentajes que las pólizas determinan por la pérdida total de un listado de miembros y órganos. Junto a esas tablas se suelen incluir definiciones de tipo de invalidez y criterios interpretativos para su aplicación. Incluso en algunas pólizas, pueden remitirse en caso de baremo supletorio a otros baremos existentes como por ejemplo las tablas AMA (de la American Medical Association), aplicadas también por la Seguridad Social a través del Real Decreto 1971/1999 , de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía que incorpora el baremo de la determinación del porcentaje de discapacidad originada por deficiencias permanentes.

Es importante resaltar que el grado de invalidez que el asegurador indemnizará corresponde al total del menoscabo global del lesionado. Supongamos que un asegurado sufre a consecuencia de un accidente una lesión en un ojo que conforme a los distintos informes médicos le han provocado una pérdida de visión de un 40%. Pues bien, en las tablas del baremo de la póliza probablemente se determine que la pérdida total de un ojo suponga un 30% de invalidez, en nuestro ejemplo aplicaremos el 40% sobre el 30%. En este caso se aplicará el 40% sobre el 30%, obteniendo un grado de invalidez del 12%.

El baremo es el sistema de aplicación de la indemnización de las pólizas de accidentes definidas en las condiciones generales de la póliza, por lo que al tratarse de un sistema de indemnización que limita los derechos del asegurado deben constar firmado y aceptado por el asegurado el baremo y sus normas de aplicación. **En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13-10-2004, EDJ 2004/167377.**

La indemnización. El artículo 104 dice que la indemnización resultante conforme al certificado médico aportado y en aplicación a los baremos de la póliza se comunicará al asegurado **por escrito.**

Por una parte la redacción del precepto determina la obligación de la comunicación por escrito de la indemnización. Pero por otra, no hace mención al tiempo que debe transcurrir en la remisión de la comunicación, si bien pueda interpretarse innecesario, pues como ya he comentado el artículo 18 se aplica de forma genérica sobre cualquier siniestro. Así, el asegurador no tiene obligación de remitir la comunicación por escrito durante los primeros cuarenta días desde la declaración del siniestro. No obstante, creo que no habrá que agotar los plazos, por lo siguiente:

- ✓ La indemnización que corresponda se elaborará conforme a unos cálculos aplicados a las tablas y conforme a la certificación de invalidez del asegurado.
- ✓ Así, los porcentajes y capitales asegurados por invalidez son fijos, lo que modifica la expectativa de indemnización del asegurado respecto al

asegurador es la interpretación y **valoración médica de los grados de invalidez** que puedan corresponder.

- ✓ El asegurador realizará las verificaciones necesarias durante el periodo de los 40 días.
- ✓ Por ello, entiendo que el párrafo cuarto del artículo 38 es plenamente aplicable al artículo 104. Una vez entregado el certificado médico por el asegurado (no desde la fecha del siniestro) el asegurado y asegurador deberán alcanzar un acuerdo de indemnización durante los siguientes 40 días (plazo previsto por el artículo 18) que agotados sin acuerdo, obligaría a las partes a acudir al procedimiento pericial del artículo 38.

El dictamen pericial. Inicialmente, podría pensarse que el contenido del dictamen pericial debe ceñirse en la determinación médica del grado de invalidez. Me parece un error; tratándose de un tipo de seguros cuyo ámbito de aplicación viene definido en el artículo 100 de la LCS y que ha generado múltiples debates y además por que tratándose de un seguro deben aplicarse todas aquellas normas generales que se apliquen a otro tipo de seguro. El perito médico debe, entre otras cuestiones (ver anexo IV);

- Determinar que la causa de la invalidez es consecuencia que cumple los requisitos del artículo 100.
- Determinar que la causa de la invalidez es consecuencia de un accidente no excluido en póliza.
- Averiguar si el asegurado provoca intencionadamente el accidente.
- Esclarecer si existe algún grado de invalidez preexistente al accidente, debiendo deducirse del grado de invalidez provocado por el siniestro cubierto por el accidente.
- Verificar que la actividad profesional realizada por el asegurado se ajusta a lo declarado en póliza.

Otro punto debatido en cuanto al contenido del dictamen de los peritos médicos es si deben hacer una propuesta de indemnización. La norma sólo hace mención del procedimiento pericial para alcanzar un acuerdo sobre el grado de invalidez, limitando la capacidad de poner una cuantía indemnizatoria. No obstante, en el artículo 38 se establece como contenido mínimo del dictamen pericial “la propuesta de indemnización”. La remisión general que el artículo 104 efectúa a favor del artículo 38, podría justificar que los dictámenes de los peritos médicos incorporasen la indemnización.

Los datos del asegurado. En la actualidad los productos que se encuentran en el mercado disponen una referencia a la Ley Orgánica 15/1999 sobre la

protección de datos de carácter personal. Las disposiciones referentes a este punto son incluidas en las Condiciones Generales de las pólizas con una obligación de declaración de conformidad efectuada por el tomador del seguro.

El problema de la protección de datos es su consentimiento. La regla de la Ley orgánica es que el consentimiento sea inequívoco, permitiendo dos modalidades de prestación:

- 1- Consentimiento tácito como regla general.
- 2- Consentimiento expreso para los datos más sensibles como la orientación sexual, las creencias, la ideología, afiliación sindical, religión, raza y **salud**.

Creo que la referencia de las condiciones generales es un consentimiento tácito general. El perito médico necesita el consentimiento expreso y por escrito de la persona que valorará la pericial, sea el lesionado tomador-asegurado o bien asegurado. En las pólizas de accidentes de grupo, nos encontramos con asegurador que no ha participado ni conoce el contenido del seguro. A la protección del asegurado dispuesta en los artículos 104 y siguientes del Real Decreto 2486/1988 que aprueba el Reglamento de ordenación y supervisión del seguro privado, fundamentalmente el deber de información por escrito del alcance del seguro y sus límites, debe añadirse lo dispuesto por la ley orgánica a la hora del tratamiento de datos relacionados con la salud.

Por ello es muy conveniente, con el fin de evitar posibles causas de impugnación del procedimiento que el asegurado en el momento del nombramiento del perito médico, consienta expresamente el tratamiento de los datos de índole de su salud, tanto por el asegurador como por el perito médico que nombra a los efectos del procedimiento pericial. Por extensión, esa misma autorización deberá requerirla el Tercer perito para su nombramiento.

.oOo.

6. Real Decreto legislativo 8/2004.

El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, establece en los artículos 14 y siguiente una **novedosa actividad extrajudicial** que implica la designación de un tercer perito dispuesto en el artículo 38, apartado sexto, de la ley de contrato de seguro, si no se alcanza un acuerdo inicial con el asegurador respecto a los daños sufridos en un accidente de tráfico.

El artículo 14 dispone que las Diligencias preparatorias en vía civil cuando ocurrido **un hecho** de los que dan lugar a **responsabilidad civil cubierta por el seguro obligatorio**, cuando aquel **no haya sido objeto de proceso penal**, o se hubiese **reservado en él la acción civil**, **el perjudicado**, para reclamar al asegurador la reparación del daño e indemnización de perjuicios en vía civil deberá hacer ante el juez de primera instancia o instrucción, ante el juez de paz o ante un notario del lugar del hecho o de su domicilio, residencia o paradero **una declaración sobre las circunstancias de aquél, identificando a las personas lesionadas, los objetos dañados, el vehículo y el conductor que han intervenido en la producción del hecho y la especificación del asegurador.**

Este artículo poco nuevo dice del contenido que regulaba el artículo 11 de la Ley 122/1962 sobre uso y circulación de vehículos a motor. No obstante, los artículos posteriores describen un proceso extrajudicial que el perjudicado debe iniciar.

El artículo 15 fija que conjuntamente a la certificación de la declaración judicial o en su caso a una copia autorizada de ésta, el perjudicado deberá acompañar la valoración de un **perito de seguros** al asegurador, quién en el plazo de 8 días podrá nombrar su perito de seguros y abonar la cantidad que ambos peritos designados por el perjudicado y asegurador acuerden. En caso de no alcanzar el acuerdo, las partes procederán a nombrar a un Tercer perito según lo dispuesto en el párrafo sexto del art. 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

Una vez elaborado el dictamen conjunto pericial por unanimidad o mayoría el asegurador deberá abonar el importe resultante en el plazo de 10 días. No obstante, en este punto aparecen varias cuestiones:

- ❖ La remisión al artículo 38 LCS es genérica por lo que los efectos y contenido del dictamen pericial deben ser los mismos que ya tratamos, más los propios defectos de este singular.
- ❖ Por lo anterior, las partes tienen la opción de impugnar el dictamen pericial, no obstante no hace mención de los plazos de las partes.
- ❖ Al tratarse de una remisión también le es aplicable lo comentado sobre la naturaleza imperativa de la norma.

El dictamen pericial, obtenido en las diligencias preparatorias de los artículos 14 y siguientes tiene la **naturaleza ejecutiva, siempre que sea ratificado** ante el juez al que corresponda despachar la ejecución. Esa ratificación deberá efectuarla el colegio pericial.

Finalmente, el artículo 19 sanciona que los gastos que ocasione la tasación pericial obtenida en vía civil serán incluidos en la tasación de costas, a no ser que hubiera estimación excesiva de los daños y perjuicios por parte del perjudicado; en tal caso, serán de su cuenta. Se considerará que existe tal exceso cuando lo reclamado sobrepase en un 25 por ciento la cifra que se fije por el dictamen pericial. La norma **penaliza la pluspetición** del perjudicado con la **obligación de pagar** los gastos periciales de todo el proceso; por tanto deben incluirse los **honorarios del tercer perito y** también los del **perito designado por el asegurador**.

.oOo.

7. El arbitraje.

La función de los peritos que intervienen en el procedimiento pericial no es dirimir los puntos de derecho o de hecho ante un conflicto jurídico. A la hora de contratar al perito se valorara su profesión, técnica o experiencia en la materia profesional. No se busca a un mediador para que las partes lleguen a un acuerdo. No obstante, ese punto sin duda subyace en el procedimiento pericial, cuando la norma obliga que los dictámenes se elaboren conjuntamente. Pero lo que desde luego no hace el perito es acercar las posiciones del asegurado y del asegurador.

La Ley de arbitraje de 1953 establecía la no consideración del arbitraje, como la intervención de tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente. La función de los peritos está dirigida a emitir un dictamen técnico con una valoración de los daños, pero no está legitimado ni facultado para resolver el conflicto entre el asegurado y asegurador.

El procedimiento arbitral tiene un marcada naturaleza de voluntariedad de la aceptación por las partes, como alternativa del procedimiento pericial, que como ya hemos indicado tiene una naturaleza imperativa. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995 declaró la inconstitucionalidad del artículo 38.2.1 de la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres, por imponer la obligatoriedad del sistema arbitral. “La autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de **la voluntad de una de las partes** para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del art. 38.2.”

El Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados dispone en el artículo 61 como posibles mecanismos de solución de conflictos:

1. Los conflictos que puedan surgir entre tomadores de seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras se resolverán por los jueces y tribunales competentes.
2. Asimismo, podrán someter voluntariamente sus divergencias a decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y sus normas de desarrollo.
3. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, también **podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas**, surgidas o que puedan

surgir, en materia de su **libre disposición** conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

El arbitraje de consumo dispuesto en el número 2, que desarrolla el artículo 31 de la Ley 26/1984 dispone en su artículo 31.2 “El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito”. El arbitraje de consumo requiere que las compañías aseguradoras se adhieran a través de acuerdos a nivel sectorial, UNESPA en 1996 y que también están adheridos el Colegio de Mediadores de Seguros y a la Asociación Profesional de Peritos de Seguros. Además, los aseguradores que se adhieran al sistema arbitral de consumo la obligatoriedad de comunicar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, indicando las características de su adhesión al mismo.

Finalmente, tal y como se ha indicado por la doctrina, el pacto a la solución del sistema de arbitraje en un contrato de adhesión, es una cláusula abusiva según dispone la Ley 26/1984 de Consumidores y Usuarios en su artículo 26. Así, en el ámbito de los contratos de seguros, tratándose de una limitación de derechos del asegurado, ese tipo de cláusulas en las Condiciones Generales y Particulares están sometidas a los requisitos dispuestos en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

.oOo.

8. Capítulo de conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos analizado los aspectos más controvertidos de un difícil y complejo precepto. Pese a ese cariz, lo cierto es que es un procedimiento que tanto para el asegurador como el asegurado tiene la virtud de la rapidez para alcanzar un acuerdo en la indemnización de un siniestro, empresa que une por distintos motivos al asegurado y al asegurador.

Para la resolución de un siniestro el elemento fundamental por el que el asegurador se guía y la piedra angular en la que la propia ley centra para su resolución es el perito. Tras el fracaso del procedimiento amistoso y por mandato de ley las partes deben limar sus diferencias a través de los peritos. No es extraño que el artículo 38 se conozca como el procedimiento de peritos, pues son estos los que protagonizan la resolución de los siniestros que por una u otra causa o incidencia no se resuelven pacíficamente conforme a los pasos de los artículos 16 y 18 de la Ley de Contrato de Seguro.

Una de las principales características del artículo 38 es su naturaleza de derecho imperativo. La jurisprudencia se ha preocupado de manifestarlo en diversas ocasiones, lo que ha generado muchos problemas. No se trata de problemas de interpretación sino del real conocimiento del alcance efectivo de esa naturaleza.

El problema de ese desconocimiento, de ese efecto y de otras consecuencias jurídicas y económicas es sin duda alguna reflejo de la falta de preparación de alguno de los peritos que intervienen en el procedimiento. Efectivamente, la patente laguna legal de la regulación y desarrollo de la institución pericial, produce la sin razón que en algunas ocasiones se achaca al artículo 38.

Una de las conclusiones es la necesidad imperiosa de una regulación de la figura del perito de seguros, un desarrollo reglamentario que permita conocer los requisitos, las facultades y las responsabilidades de estos elementos necesarios para la resolución de un siniestro. Sería muy oportuna la regulación de un examen por parte del Dirección General de Seguros, con el fin de institucionalizar un programa de estudios y formación adecuado al importante alcance de la figura pericial.

A los efectos de un departamento de siniestros, la gerencia y tutela de una red pericial con las garantías de conocimientos exigidas por una normativa agilizaría los plazos de resolución de los siniestros.

Un aspecto que debemos resaltar es que el procedimiento pericial no es de aplicación única para el seguro de daños. La ley ha permitido su remisión para los seguros de daños en los artículos 104 y 106 de la Ley de Contrato de Seguro. Además, el legislador ha querido ampliar la aplicabilidad del procedimiento en materia de responsabilidad civil con la nueva regulación del procedimiento civil previo a la vía judicial con la nueva redacción del Real Decreto legislativo 8/2004.

Existe una vigencia clara del precepto, un ánimo de uso de una herramienta que el legislador deberá potenciar como alternativa a los problemas de la administración de justicia: principalmente su lentitud y los costes económicos. El procedimiento nació con lagunas que el legislador no se ha preocupado en resolver en los 25 años de vida del precepto. Eso hace necesario que a la vista de lo expuesto por la doctrina jurídica y científica se acometa una reforma parcial del texto, sobre todo, repito, para dar respuesta a los silencios que nos encontramos en la ley. Creo que esta cuestión unida a la regulación de la figura del perito de seguros, daría un nuevo impulso al procedimiento, haciéndolo más dinámico y rápido. Ambas cuestiones son lo que, sobre todo, el asegurado pide a la hora de resolver un siniestro.

Las formalidades del procedimiento han permitido a las voces más críticas con el artículo 38 ser su caldo de cultivo. Creo que es un error considerar que la resolución de un efecto del contrato, el pago de una indemnización, no contenga ciertas formalidades. Recordemos que estamos en presencia de un contrato que la ley dota de la excelencia de la escritura como elemento principal. Y recordemos que la jurisprudencia ha sido tajante ante el incumplimiento de esas formalidades.

Dentro del campo de las formalidades, creo que no quita rigor al proceso pericial el hecho de poder introducir elementos actuales, tan eficaces como los clásicos, para la comunicación, notificación y requerimiento de los nombramientos periciales. Aquí creo que el legislador debería dar entrada a las nuevas tecnologías. En los últimos años el desarrollo en el campo de las telecomunicaciones informáticas se ha implantado notablemente por la propia Administración, incluso en algunos casos ha llegado a merecer elogios internacionales. No obstante, ese desarrollo se ha producido casi de forma exclusiva en los procesos administrativos, favoreciendo al administrado la cercanía, simpleza y rapidez en ciertos trámites administrativos. En algunos casos, y creo que la Ley de Contrato de Seguro lo es por su repercusión y volumen de contratación en nuestra sociedad actual, sería aconsejable que esas características apuntadas en los trámites administrativos lo fuesen para la resolución de los conflictos de la ley.

En este trabajo hemos visto el conjunto del artículo 38 con el objetivo de acercarnos aun procedimiento que los departamentos de siniestros deben conocer con toda su amplitud y casuística posible para dar respuesta a las incidencias de los siniestros sin acuerdo. Recordemos que la incidencia se produce por que la expectativa de pago del asegurador no coincide con la expectativa de indemnización del asegurado. El procedimiento pericial deberá servir para que la valoración y criterio técnico del perito del asegurador, mejor preparado en la técnica pericial y los conocimientos del seguro, prevalezca frente al perito del asegurado y sobre el tercer perito. Cuanto más cerca nos encontramos en la cifra final de indemnización con el criterio valorativo pericial del asegurador, significará en resultados medibles una mejor aplicación de las técnicas periciales y del seguro, aplicada con garantías de éxito en el procedimiento pericial. Ocurre que es difícil la comprobación del procedimiento pericial con un procedimiento judicial que no se ha producido. Se desconoce qué resultado tendría una sentencia. Creo que el elemento para medir si el

asegurador cuenta con las correctas herramientas para la aplicación del procedimiento sería destacar si la cifra final de indemnización obtenida en el procedimiento pericial se aparta de los criterios valorativos iniciales. Cuanto más se apartan las cifras, menos eficaz ha sido el procedimiento.

Por último, sí quisiera indicar que este estudio ha sido analizado con parte de la doctrina jurídica del Tribunal Supremo. El problema que podemos plantearnos con el artículo 38 y con algún otro del ordenamiento jurídico español es que la continua reducción de los casos que el legislador permite la interposición de los recursos de casación ha provocado que, con seguridad muchos de los casos singulares que se hayan producido en el transcurso de la resolución de un siniestro, no hayan tenido la debida contestación jurídica. Sirva el comentario para el lector que, conocedor de algún caso singular, advierta que su posible inclusión o tratamiento aquí resultaría enriquecedor. No obstante, el tratamiento del tema como resolución de siniestros ha sido tratado, con ciertas matizaciones, como modelo de conocimiento del procedimiento pericial regulado en el artículo 38 de la ley de contrato de seguro.

.oOo.

9. Bibliografía

Blanco Giraldo, Fernando (1996): La ley del contrato de seguro en la jurisprudencia y en la doctrina judicial. Editorial Revista de derecho de los seguros privados.

Albaladejo, Manuel (1990): Compendio de derecho civil. Editorial Librería Bosch.

Bataller Grau, J y otros autores (1999): El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Editorial Tirant lo Blanch

Molinos Oliva, J.M. y otros autores (1998): Manual Básico de Seguros. Tramitación de siniestros. Vol. III. Editorial Centro de Estudios del Consejo General de los Colegios de Mediadores de Seguros Titulados.

Cardona y Roig, O. (1983): El siniestro de incendios. Editorial Escuela del seguro de Barcelona.

Pérez Torres, José Luis (2004): Conociendo el Seguro. Teoría General del Seguro. Editorial UMESER, S.L.

Sánchez Calero, F. y otros autores (1999): Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones. Editorial Aranzadi.

Olavaria Iglesia, J. y otros autores (2002): Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. Editorial Tirant lo Blanch.

Guerrero de Castro, Manuel: Artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro: Papel del perito de seguros médico. Modo de actuación y responsabilidad. Cuadernos de Valoración, tomo I -Año II-Nº 2, 2004. Edita Sociedad Española Valoración Médica Daño Corporal.

Gómez de Arriba, David: ¿Por qué necesitan mis datos?. Cuadernos de Valoración, tomo I -Año I -Nº 1, 2004. Edita Sociedad Española Valoración Médica Daño Corporal.

*Base de datos:

El Derecho editores. Base de datos. Jurisprudencia, último diario 27.06.2005. Legislación, último BOE125/205 de 26 de mayo. Actualización 3-2005.

*Internet:

www.apcas.es

.oOo.

Anexos

Anexo I: Ejemplo comunicación de nombramiento perito médico

ASEGURADO: IGNACIO
Nº POLIZA 8-89898989
EXPEDIENTE: 999999-999-I
RAMO: Accidentes.
FECHA SINIESTRO: 04.05.2005.

SEGUROS, S.A., a los efectos del artículo 104 de la Ley 50/80 del Contrato de Seguro, con relación al artículo 38 del mismo texto, hace constar por el presente documento que DESIGNA como perito médico del siniestro de referencia al **DR. D. J. HERNÁNDEZ, colegiado nº 99.999.** Con domicilio profesional en la calle Azul, 1, 2º de Barcelona. Teléfono 666.666.666 y Fax 93 666 66 66.

El perito médico designado, abajo firmante, ACEPTA EXPRESAMENTE el nombramiento y promete cumplir bien y fielmente sus obligaciones.

En señal de conformidad, Perito y Asegurador, firman el presente documento.

En Barcelona a veinticinco de mayo de dos mil cinco.

EL PERITO MÉDICO

EL ASEGURADOR

Anexo II: Ejemplo comunicación de aceptación del procedimiento pericial iniciado por el asegurado.

**SERVICIOS DE FRIO, S.L.
C/. Atento, 52
08001-Barcelona**

Expediente: 999999-999-I
Póliza: 8-89898989
Fecha siniestro: 04.04.2005

Barcelona a veinticinco de mayo de dos mil cinco.

Muy Sres. Nuestros:

A la recepción de su carta de designa de perito Sr. J. Pérez el pasado **veinte de mayo**, hemos de manifestarle, que conforme a lo dispuesto en el artículo 38 hemos procedido al nombramiento del perito **D. X. HERNÁNDEZ**, que acepta el nombramiento conforme al documento que le adjuntamos.

El procedimiento pericial se acepta a los únicos efectos del punto b de su carta, es decir, la cuantificación económica de los daños producidos en la Nave frigorífica nº 2 de sus instalaciones, conforme al siniestro referenciado.

La cobertura de la póliza no es objeto del procedimiento pericial. Ya se les ha comunicado en anteriores comunicaciones (06.04.05 y 25.04.05) que en la póliza contratada están excluidos los daños generados por agua, punto 3.5.G de las Condiciones Generales. Tampoco se ha derogado esa exclusión en las Condiciones particulares.

Sin otro particular, quedamos a la espera de sus indicaciones y aprovechamos la ocasión para saludarle atentamente.

Anexo III: Ejemplo de Informe médico del asegurado aportado al asegurador en el que se valora el grado de invalidez según baremo de la póliza

INFORME MEDICO

Con fecha 8 de Febrero acude a mi consulta el Sr. J. Ramón que refiere accidente ocurrido el pasado día 9.7.03 con atropamiento de la mano D. J. Ramón atendido de urgencias en hospital provincial de Barcelona.

Se procedió a una revisión radiológica que mostró una fractura de la base del 5º metacarpiano de a mano D. Presentó un síndrome compartimental que precisó desbridamiento quirúrgico el día 10.07.03 permaneciendo ingresado hasta el día 1.08.03. A continuación efectuó tratamiento ambulatorio y fisioterápico en Hospital Martorell hasta el día 3.03.04 en que fue alta medicolaboral pasando a situación de baja médica por la Seguridad Social durante dos meses más hasta que fue dado de alta por Inspección Médica.

A la exploración física se aprecia cicatriz retráctil de aproximadamente 12 cm. en cara palmar muñeca y mano D y dos cicatrices lineales de 5 y 6 cms en dorso mano D. Flexión de muñeca limitada a 30º y extensión limitada a 60º con inclinaciones anuladas. Rigidez a la flexión de articulación metacarpofalángicas de todos los dedos trifalángicos y rigidez de aproximadamente a un 40% de la flexión de las articulaciones interfalángicas proximales y distales que provoca la imposibilidad de efectuar una pinza digital útil y una prehensión de dedos correcta.

Las mencionadas secuelas, según el apartado 3.5 punto II a, porcentaje de invalidez del baremo de la póliza de accidentes Individual nº 8-88888, deben valorarse como una pérdida funcional parcial de la mano derecha, que, en opinión de este informante, supone un 40% de MENOSCABO GLOBAL.

Es todo cuanto puedo informar según mi leal saber y entender, firmando el presente documento en todas sus hojas, en Barcelona a nueve de Febrero de dos mil cinco.

Fdo: Dr. E. Martí
Col. Nº 99.999

Anexo IV: Acta de dictamen pericial médico de disconformidad.

Reunidos en la ciudad de Manresa D. [REDACTED], perito médico designado por D. JOAN [REDACTED], Y D. [REDACTED], perito médico designado por la Cia. aseguradora [REDACTED], en relación al accidente de fecha 4.1.01 cubierto por la póliza de accidentes que en [REDACTED] y en virtud del artículo 38 de la L.C.S. al que se han acogido ambas partes.

PROCEDEN al exámen del asegurado, a la evaluación de la documentación médica y a la discusión de lo establecido en dicho art. 38.

DISIENTEN en la valoración de las secuelas que se derivan del siniestro referenciado:

- el Dr. [REDACTED] estima que el menoscabo global que presenta el Sr. [REDACTED] de acuerdo al baremo de su póliza y por analogía según R.D. 1971/79 corresponde a un 10 %. Dicho 10 % corresponde a un menoscabo de un 5 % para la región cervical y de un 5 % para la región lumbar según las estimaciones basadas en el diagnóstico que figuran en el R.D. mencionado. No pueden admitirse secuelas neuropsicológicas como síndrome depresivo, inhibición con bradipsiquia y lentitud motora y cognitiva como derivadas de un Traumatismo Cráneo-Encefálico (TCE) cuando dicha entidad no consta diagnosticada como lesión inicial en ninguno de los informes médicos asistenciales relacionados con el accidente en estudio, y por tanto no las considera derivadas del mismo.


- el Dr. [REDACTED] estima, por otro lado, que dada la inconcreción del baremo de la póliza en relación a las secuelas de columna y craneales pueden usarse distintos baremos para su valoración por analogía, estimando que debería concretarse la valoración de los siguientes porcentajes tomando como base las secuelas que se describen en diferentes informes médicos y que figuran como hechos probados en sentencia del Juzgado Social de Manresa relativa al proceso laboral del accidente que nos ocupa:

1.- PATOLOGÍA CERVICAL: 10-15 % incluyendo en el mismo el estado actual de cervicalgia con intermitente braquialgia derecha (no objetivada hasta el momento por Electromiografía) y con limitación de movilidad asociada), y dada también la coexistencia de lesiones discales múltiples según Resonancia.


2.- PATOLOGÍA LUMBAR: 10-15 % incluyendo en el mismo una lumbalgia con signos exploratorios de ciatalgia derecha, aunque con predominio clínico de la lumbalgia y ausencia de objetivación electromiográfica hasta el momento de la ciatalgia, y también con limitación de movilidad asociada. Derivada básicamente de hernia discal L5-S1.

3.- TCE – SECUELAS NEUROLÓGICAS: objetivadas al cabo de unos meses del accidente por neurólogo y exploración neuropsicológica, con lesión en la Resonancia en región frontal izquierda de posible origen traumático. Equiparable a un daño o deterioro de las funciones cerebrales superiores en grado moderado con necesidad de supervisión de las actividades de la vida diaria, y cuantificable en un porcentaje del 35-40 %. El síndrome vertiginoso podría incluirse en la afectación craneal o cervical al no quedar claro su origen. En relación al síndrome depresivo que se relaciona en algún informe también podría incluirse en este mismo apartado.

Emitiendo por tanto esta acta pericial conjunta de disconformidad en cumplimiento de lo solicitado por las partes y en virtud del artículo 38 de la L.C.S., ya citado, y firmándola por duplicado en Manresa a nueve de julio de 2004.



Dr. _____



Dr. _____

Nombre y apellidos del autor

Ignacio Lacalle Gorla

Licenciado en derecho.

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Incorporado al sector asegurador desde 1984.

Desde Enero de 2000 en Seguros Catalana Occidente como Responsable de Daños Personales de Automóviles de Cataluña, Levante y Aragón del Centro de Siniestros de MNA.

Desde Enero de 2002 Responsable de la Unidad de Siniestros Corporales del Centro de Siniestro de Diversos de Seguros Catalana-Occidente. Y desde Marzo de 2003 compagina el anterior cargo con la jefatura de la Unidad de Judiciales Diversos del citado Centro de Siniestros.

.oOo.