

LA LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO EN LOS SEGUROS DE DAÑOS Y DE ACCIDENTES. ARTS. 38 y 104 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.

Josep Viella i Massegú

Abogado.

Vocal para Catalunya de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

La importancia que cabe dar al procedimiento de liquidación de daños que está previsto en el art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro (uno de los artículos más complejos de la Ley de Contrato de Seguro y sin duda uno de los que ha dado pie a mayores pronunciamientos jurisprudenciales) podría quedar resumido en una Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2.004 cuando decide desestimar una demanda por cuanto el actor, ante la divergencia de los informes periciales de aseguradora y asegurado, decide interponer la demanda en reclamación del daño en lugar de proceder al nombramiento de un tercer perito tal como estipula el art. 38 LCS; dice la Sentencia:

“... 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 del 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. Así las cosas es obligada la desestimación de la demanda...”

En el caso a que se refiere la anterior Sentencia al actor no se le atienden sus pretensiones al serle desestimada de plano la demanda (sin entrar a conocer del fondo del asunto) por no haber seguido los trámites de liquidación del daño previstos en el art. 38 LCS, los cuales, dice el Tribunal, son imperativos en todos sus términos. Del mismo modo se pronuncia la doctrina científica y jurisprudencial de forma prácticamente unánime (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 1.999 (“... el procedimiento de designación del tercer perito, por el cauce de jurisdicción voluntaria establecido en la ley, tiene ya repetidamente establecido esta Sala que es de cumplimiento inexcusable...”), no siendo las partes libres de prescindir del procedimiento del art. 38 LCS –STS 14.07.1992, 17.07.1992 y 04.06.1994- y Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 16 de mayo de 2.005 y la de fecha 7 de octubre de 1.994 de la Audiencia Provincial de Ourense, por citar sólo dos ejemplos de la llamada jurisprudencia menor; ésta última reza así:

“... , el artículo 38 de la misma ley establece, con carácter imperativo...un procedimiento para verificar la valoración del daño, en los casos de seguro, una vez producido el siniestro, sin que pueda abandonarse unilateralmente por cualquiera de las partes una vez iniciado, y lo resuelto por los peritos es vinculante, sin perjuicio del derecho a la impugnación judicial posterior....”.

De hecho el propio art. 2 LCS establece que los preceptos de esa Ley *“tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se establezca otra cosa”*, excepción ésta no contemplada en el art. 38.

Fijada de este modo la capital importancia de este mecanismo de liquidación del perjuicio derivado de un siniestro, veamos cuáles son sus principales características y cuáles han sido las respuestas que ha ofrecido la jurisprudencia a sus diversas interpretaciones.

La concreta dicción del art. 38 es la siguiente (al que se remite el también el artículo 104 de la misma LCS):

“Una vez producido el siniestro, y en el plazo de cinco días, a partir de la notificación prevista en el artículo dieciséis, 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 pusiesen de acuerdo en cualquier momento sobre el importe y la forma de la indemnización, el asegurador deberá pagar la suma convenida o realizar las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado, si su naturaleza así lo permitiera.

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

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

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

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

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

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

La doctrina científica, en ocasiones, ha tachado de inconstitucional el mecanismo del art. 38 LCS en tanto en cuanto, dicen los autores que así lo defienden, limita el derecho de los ciudadanos a la jurisdicción para que sean los Tribunales quienes fijen el quantum de la indemnización; también en otro orden de cosas por cuanto parece establecer una suerte de desigualdad de armas entre aseguradora y asegurado, al estar aquélla acostumbrada a operar en este tipo de situaciones frente al asegurado, quien tras padecer el perjuicio, debe preocuparse de cuantificar el daño a través de un mecanismo que le resulta ajeno y difícil.

Superadas estas críticas en la forma en que, como hemos visto, la jurisprudencia ha señalado (obligatoriedad y vinculación), a lo primero a que obliga el precepto, tras el siniestro –hecho súbito, accidental e imprevisto, cuyas consecuencias dañosas estén cubiertas por las garantías de la póliza- o accidente -suceso que provoca una lesión corporal, derivado de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la voluntad del asegurado, produciéndole una invalidez temporal o permanente o la muerte-, es a que el asegurado o el tomador comuniquen por escrito a la aseguradora el alcance de los daños. Ello deberá ocurrir dentro de los cinco días (naturales, art. 5.2 del Código Civil) siguientes a la declaración del siniestro (el art. 16 señala que el plazo de declaración del siniestro será de 7 días), o plazo superior –nunca inferior- fijado en el contrato de seguro. Ya en este primer estadio se produce una importante obligación para el asegurado cual es su deber de demostrar la preexistencia de los objetos dañados (por ejemplo conservando los restos de las cosas dañadas –sobre lo que la LCS nada indica si bien se recogió en su momento en los modelos de condiciones generales sobre seguros de daños de la Dirección General de Seguros en la derogada Resolución de fecha 17 de marzo de 1981-; poniendo de manifiesto la carta de porte en los seguros de transporte terrestre; la contabilidad en el seguro de

pérdida de beneficios; en fin, los documentos que acrediten la deuda en el seguro de crédito, etc.) a fin de evitar su enriquecimiento injusto (algo vedado por el art. 26 LCS), si bien constituyendo presunción a su favor el propio contenido de la póliza ante situaciones en las que no exista otro medio probatorio, se dice, más eficaz. Complementa esta obligación otra prevista en el art. 16 de la misma Ley al obligar al asegurado a dar al asegurador todas las informaciones conocidas sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro; incluyéndose la grave sanción de pérdida de la indemnización si el asegurado viola ese deber concurriendo dolo o culpa grave.

Paralelamente, el asegurador debe realizar las investigaciones y peritaciones necesarias para tasar el daño, dentro de los cuarenta días posteriores a la declaración de siniestro por parte del asegurado (art. 18 LCS) o de los tres meses desde la producción del evento dañoso (art. 20.3 LCS), so pena de incurrir en mora (art. 20).

Si tras las correspondientes valoraciones se produce acuerdo entre las partes, el asegurador asume la obligación del pago de la indemnización en el tiempo, modo y lugar previstos en el acuerdo, el cual no debe constar necesariamente por escrito. Si finalmente el asegurador no cumple con su obligación de pago (o de reemplazo del objeto asegurado –art. 38, párrafo tercero-), el asegurado podrá reclamársela por vía judicial sin necesidad de acudir al procedimiento de determinación del daño por peritos, ya que en este supuesto de acuerdo amistoso el daño ya fue tasado por conformidad de las partes. De ahí, quizás, la importancia de que el meritado acuerdo conste por escrito.

Cuando, contrariamente, no se produce acuerdo en la entidad y/o valoración del daño, o en la determinación del grado de invalidez como consecuencia lesiva del accidente (en el seguro de accidentes), se pone en marcha el mecanismo legal de valoración con la obligación de nombramiento por las partes de un perito de su libre designación. Obligación que también es predicable de los siniestros en que intervenga el Consorcio de Compensación de Seguros. Surge en este punto la controversia de quiénes sean los que ostenten legitimidad para proceder al nombramiento de perito; léase, tendrán legitimidad: ¿el tomador o el asegurado?, ¿la tendrán los beneficiarios de la indemnización? La doctrina más autorizada ha considerado que no la tendrán los beneficiarios ya que éstos

sólo entran en escena, por prescripción legal, cuando el daño o perjuicio ya está liquidado y tasado (lo contempla de forma clara el art. 40 LCS cuando indica que el derecho de los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados se extenderá a las indemnizaciones que correspondan al propietario); más problemas plantea el tema de si tendrá o no dicha facultad el tomador del contrato, ya que no contribuye a su esclarecimiento lo que dispone el art. 7, párrafos segundo y tercero LCS: *si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. No obstante, el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro. Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida.* En todo caso y visto que, normalmente, será el asegurado el beneficiario de la indemnización parece que sea éste quien ostente derecho a intervenir en el proceso de liquidación del daño, sin que podamos entender que ello sea una norma de universal aplicación.

A la pregunta de cuándo pueden durar esos, digamos, contactos previos entre asegurador y asegurado para valorar el daño y saber si el primero acepta el siniestro y ofrece una determinada indemnización; o dicho de otra manera, cuándo podrán las partes comunicar a la otra el nombramiento de su perito, hallamos la respuesta en el párrafo cuarto del art. 38 cuando se remite al art. 18 de la misma LCS. Si a los cuarenta días de comunicado el siniestro las partes no se han puesto de acuerdo sobre la indemnización (algunos autores consideran que el día a quo no es la declaración de siniestro sino la fecha en que el asegurado ha cumplido su obligación de información –art. 16-), o antes si el contrato de seguro lo contempla en beneficio del asegurado, cualquiera de ellas tendrá el camino expedito para proceder al nombramiento de perito. Dicho perito deberá aceptar su nombramiento por escrito y ello se comunicará a la otra parte, a la cual se le requerirá para que nombre el suyo en el plazo máximo de ocho días; el mecanismo del requerimiento es preceptivo. Si dicha designación no tuviere lugar, se establece la presunción iuris et de iure de que acepta lo que dictamine el perito de la contraparte, quedando vinculado por su dictamen (Audiencia Provincial de Lugo de 10.11.2004, entre otras muchísimas). Vinculación que incluso se produce cuando una de las

partes designa perito, si bien lo realiza más allá de los ocho días previstos en el precepto; así lo contempla, por ejemplo, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 26 de octubre de 2.005, que indica:

“...Superado el indicado obstáculo lo que plantea el recurso es si la parte actora-apelada ha cumplido los términos del referido artículo 38 LCS...o si por el contrario al efectuar y elaborar el informe pericial de forma extemporánea, esto es transcurrido el plazo legal fijado en dicho precepto, quedó vinculada por ese primer dictamen... Pues bien, acudiendo a lo acontecido...la compañía aseguradora ... da traslado del informe pericial, sin tener respuesta alguna del demandante. Llegados a este punto, la compañía al tener la llamada por respuesta, le comunica el importe de la indemnización que pone a su disposición...el asegurado ni designa otro perito en el plazo de ocho días, ni elabora otro informe pericial, sino que es pasados casi dos meses cuando recibe un informe pericial, del que ni siquiera da cuenta a la aseguradora, sino que en base al mismo articula posteriormente la demanda. En definitiva, de todo lo actuado, se puede inferir que la..aseguradora procedió tal y como le era exigible, verificando las actuaciones lógicas y a las que tanto contractualmente (art. 41 del condicionado) como por imperativo legal (art. 38 LCS) se encontraba obligada...”.

Antes de seguir adelante con el iter que señala el artículo que comentamos, no está de más recordar que mientras el mismo va desarrollándose no puede producirse la prescripción de la acción que el asegurado ostenta frente al asegurador para la reclamación de la indemnización. Plazo de prescripción de dos años para el seguro de daños y de cinco años para el de personas, como se encarga de señalar el art. 23 de la Ley de Contrato de Seguro. Así lo ha recogido la jurisprudencia; sirva de muestra la siguiente dictada con fecha 31 de enero de 1.992 por el Tribunal Supremo:

“...Si bien es cierto que a tenor del art. 1969 del Código Civil, el tiempo para la prescripción de las acciones del caso de autos, se contaría desde el día en que pudieron ejercitarse, no lo es menos que la primera consecuencia a extraer de la realidad fáctica descrita, es que existió una interrupción de la prescripción, ya que «desde el momento en que ocurrió el primer siniestro», las partes estuvieron discutiendo sobre la obligación indemnizatoria que correspondía a la Compañía aseguradora-recurrente, incluso, ésta vino en reconocer tal obligación, lo que supone una causa

intERRUPTIVA PREVENIDA EN EL ART. 944 DEL CÓDIGO MERCANTIL, Y DADO QUE SEMEJANTE SITUACIÓN SE PROLONGÓ HASTA LA REMISIÓN DE LA CARTA DE 21-8-1986, QUE, RATIFICANDO LA ANTERIOR DE 16 DE MAYO, EXPRESABA LA NEGATIVA A INDEMNIZAR, OTRA CONSECUENCIA DEL «FACTUM» ES QUE A PARTIR DE LA INDICADA FECHA HABÍA QUE CONTAR EL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DEL ART. 23 DE LA LEY 50/1980, EL DE DOS AÑOS, SIN QUE HUBIERAN TRANSCURRIDO, PUESTO QUE LA DEMANDA FUE PRESENTADA EN EL MES DE ENERO DE 1988, Y ESTO ASÍ, ES EVIDENTE QUE NO CABE APRECIAR INFRACCIÓN, POR VIOLACIÓN O INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LOS PRECEPTOS QUE HAN QUEDADO CITADOS, CON LO CUAL, EL AP. A) DEL MOTIVO NO RESULTA ATENDIBLE”.

Si atendiendo a los requisitos legales cada parte nombra a su perito y éstos se ponen de acuerdo, el mismo se reflejará en un acta conjunta que incluirá no sólo el importe de la indemnización sino también la causa o causas del siniestro.

Si ambos peritos no obtienen un acuerdo de voluntades, deberá procederse en la forma señalada por el párrafo sexto del art. 38 LCS: el nombramiento de un tercer perito. Dicho nombramiento deberá producirse de mutuo acuerdo entre las partes, de tal suerte que si no alcanzan dicho acuerdo, el nombramiento corresponderá a la autoridad judicial mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria (en el actual anteproyecto de la esperada nueva ley de jurisdicción voluntaria está previsto el procedimiento en los arts. 262 a 265). La competencia objetiva será del Juzgado de Primera Instancia y la territorial corresponderá al del lugar en que radiquen los bienes asegurados. Nombrado el perito y aceptado el cargo por éste, su dictamen, en unión de los peritos nombrados anteriormente por las partes, deberá realizarse en el plazo de los treinta días siguientes o en aquel otro que las partes hayan acordado y será adoptado por unanimidad o mayoría. Cada parte abonará los honorarios de su perito y la mitad de los del perito tercero (art. 39 LCS).

Las críticas de algunos autores que se recogían en el principio de este escrito en cuanto a la supuesta inconstitucionalidad del precepto por vedar a las partes la posibilidad de decidir si acudían al amparo judicial o se sometían al trámite del art. 38 LCS, deberían cesar cuando contemplamos lo que ocurre tras la emisión del informe por parte los tres peritos actuantes (el nombrado por cada parte y el tercer perito). Dicho dictamen deberá ser comunicado a las partes de forma fehaciente y el mismo será vinculante para

todos a menos que sea impugnado en sede judicial. Es decir, en último término, las partes pueden someter su discrepancia al conocimiento judicial: en el plazo de treinta días si el que acciona es el asegurador y en el de ciento ochenta días si quien desea atacar el dictamen pericial es el asegurado. El plazo debe entenderse de caducidad, el dies a quo para su cómputo es el día siguiente al de la notificación del dictamen y los días deben entenderse naturales. Que el plazo es de caducidad lo dice de forma pacífica la jurisprudencia; así Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 29.05.1992, 09.02.1995, 26.09.1997 y más recientemente las de fechas 16.06.2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona y 23.09.2005 de la Audiencia Provincial de Córdoba. Transcurrido el plazo sin ser impugnado, aquél deviene inatacable, aun cuando el informe en sí mismo no constituya título ejecutivo.

La ley de contrato de seguro guarda silencio sobre los motivos en que pueda basarse la impugnación, habiéndose entendido por la jurisprudencia que el conocimiento judicial puede abarcar cuantas cuestiones le planteen las partes.

Aun cuando sea el asegurador el que se disponga a impugnar el dictamen de los peritos (también, lógicamente, cuando lo haga el asegurado) ello no le eximirá de satisfacer el importe mínimo de la indemnización a que se refiere el art. 18 LCS. Ello obliga a matizar que este apartado o mejor dicho párrafo octavo del art. 38 LCS no constituye una suerte de disposición especial con respecto a la general del art. 18 de la citada ley; aun cuando se trate de un seguro de daños o también en el caso del seguro de accidentes, el artículo 18 será de aplicación (ambos artículos son compatibles como ha dicho la reciente Sentencia de fecha 16.03.2005 del Tribunal Supremo) y antes de los cuarenta días desde la declaración del siniestro el asegurador deberá actuar en la forma indicada. Lo que ocurre es que en el caso del seguro de daños y habiéndose seguido el procedimiento de determinación del quantum indemnizatorio a través del mecanismo especial contemplado en el art. 38 LCS, una vez conste el dictamen de los tres peritos el asegurador deberá indemnizar con la cantidad mínima que entienda debe al asegurado, caso de impugnación judicial; así por ejemplo si el asegurador se dispone a impugnarlo con base a no mostrarse conforme con la suma declarada por los peritos por cuanto entiende que aquélla es menor, deberá indemnizar con esta última suma. Lo mismo ocurrirá si quien impugna el dictamen es el asegurado, en cuyo supuesto se entenderá que el asegurador ha aceptado el

informe pericial, con lo que en consecuencia deberá satisfacer el importe que se refleja en éste.

Caso que el dictamen no fuera impugnado por ninguna de las partes, el asegurador tendrá obligación de satisfacer el importe de la indemnización en el plazo de cinco días; plazo que en buena lógica y si atendemos a la literalidad del precepto deberá empezar su cómputo a partir de que finalice el término de ciento ochenta días de que dispone el asegurado para oponerse por vía judicial al dictamen. Existe en la doctrina científica alguna opinión discordante al entender que con esta interpretación de nada serviría la dualidad de plazos para la impugnación según se trate del asegurador o del asegurado (algo que sin duda quiso el legislador que favoreciera al asegurado).

Finalmente el último párrafo del art. 38 LCS se dedica a legislar sobre el supuesto en que, aun aceptándose el dictamen por todas las partes, el impago del asegurador obliga al asegurado a acudir a los Tribunales para reclamar a aquél el pago. En este supuesto la indemnización correspondiente se incrementará con el tipo de interés previsto en el art. 20 LCS (legal incrementado en un 50% para los dos primeros años y no menor del 20% para el supuesto de que hubieran transcurrido más de dos años desde la fecha del siniestro –en este último supuesto el dies a quo será la fecha del siniestro o el día en que se cumplan los dos años, según a qué territorio de Audiencia Provincial sea sometido el caso ya que en esta interpretación existen criterios ciertamente divergentes entre unas y otras-). Escasa o nula trascendencia tendrá el último inciso del párrafo que se comenta cuando incluye la obligación de imponer las costas al asegurador en todo caso, ya que ello ya constituye deber recogido en la vigente LEC que en materia de costas instaura precisamente el criterio del vencimiento objetivo.

El enunciado de este pequeño trabajo impone también realizar, siquiera sea someramente, un breve análisis de lo que preceptúa el artículo 104 de la LCS. Dice este artículo:

“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 artículo 38”.

Acaecido el accidente, será el asegurado quien deberá solicitar del asegurador la indemnización a través de la presentación de un certificado médico. A partir de este momento será la aseguradora la que ab initio deberá determinar cuál es el grado de invalidez que reconoce al asegurado. Notificada por escrito esta determinación, el asegurado puede aceptar o no el grado que se le ha otorgado o la cuantía que le es ofrecida. Si acepta el grado pero no así la cuantía de la indemnización, no será preciso acudir al proceso de determinación pericial del grado de invalidez conforme a las reglas establecidas en el artículo 38 LCS. Dicha obligatoriedad sólo se establece para el supuesto en que el asegurado no acepte el grado de invalidez que ha determinado la aseguradora (Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 17.06.1999). Parece evidente que en el caso de que lo discutido sea si se está o no ante un accidente (según la definición que del mismo se da en el art. 100 LCS, sin perjuicio de la delimitación del riesgo que figure en el contrato) tampoco será preciso que intervengan peritos médicos para determinarlo, sino que serán los Tribunales quienes deberán dirimir la contienda.

El dictamen de los peritos médicos (en este caso el precepto, a diferencia de lo que ocurre en el art. 38 LCS, determina qué clase de peritos deben intervenir) se limitará a establecer el grado de invalidez que aqueja al accidentado sin que se contemple en su cometido el determinar el concreto quantum indemnizatorio.

No quisiera finalizar este artículo sin antes señalar algunas cuestiones de índole práctica que han sido tratadas y resueltas por la jurisprudencia menor (con lo que ello conlleva de posibilidad de pronunciamientos contrarios entre Tribunales), con la finalidad de arrojar luz sobre aspectos que sin duda se escapan de la propia dicción literal de los tantas veces repetidos arts. 38 y 104 LCS :

- El mecanismo previsto en el art.38 no será de obligatorio seguimiento si lo que se discute entre aseguradora y asegurado es la cobertura del evento dañoso (Sentencias de fecha 01.07.2005 de la Audiencia Provincial de Lugo y de fecha 06.02.2002 de la Audiencia Provincial de Girona); tampoco para el supuesto en que se dirima si la póliza se

hallaba vigente al tiempo del siniestro (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 17.06.2002).

- El Corredor de Seguros que interviene en la tramitación del siniestro es una persona válida para recibir la notificación de la aseguradora del inicio del procedimiento de designación de perito, si bien el plazo para que el asegurado pueda nombrar el suyo no correrá sino después de que éste conozca aquélla. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de fecha 14.01.2003).
- Para el supuesto de emitirse tres dictámenes por los peritos intervinientes, es decir sin documentarse en un acta conjunta donde además no se exprese si existe acuerdo por unanimidad o mayoría, el peritaje no deviene inatacable ni aun cuando se hubiere dejado transcurrir el plazo de impugnación señalado por la norma (Sentencia de fecha 09.10.2002 de la Audiencia Provincial de Zamora).
- Si la discrepancia existente lo es en cuanto a si existe o no invalidez (no su grado), tampoco será de aplicación el mecanismo del art. 38 por remisión del art. 104 LCS. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 15.02.2001).
- Recibido por la aseguradora la notificación del nombramiento de perito por parte del asegurado, la aseguradora deja transcurrir el plazo de ocho días sin manifestación alguna de voluntad. En el posterior procedimiento judicial la aseguradora alega falta de cobertura e inaplicación del procedimiento del art. 38. El Tribunal entiende que dentro del plazo de los ocho días la aseguradora debería haber comunicado su decisión de no ofrecer cobertura, con lo que no habiéndolo hecho deberá estar a lo resuelto por el perito nombrado por el asegurado. (Sentencia de la Audiencia Provincial de León de fecha 15.12.2000).
- Caso especial lo plantea la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de fecha 29.03.2000, cuando concluye que en el seguro de accidentes sólo será obligatoria la sumisión al art. 38 si el contrato de seguro lo contempla y la cláusula en cuestión ha sido aceptada de forma expresa.

- La omisión de los trámites previstos en el art. 38 no puede ser apreciada de oficio por el Tribunal (Sentencia de fecha 21.01.2000 de la Audiencia Provincial de Cádiz).

Por obvio que parezca no deseo dar por terminadas estas breves reflexiones sin poner de relieve que las mismas no pretenden más (como no podía ser de otra forma) que dejar sentada la importancia que debe merecernos a todos la previsión legal comentada, algunas veces olvidada u obviada por quienes operamos en el derecho de seguros. Sin duda son muchos los aspectos que podían haber sido objeto de un análisis más exhaustivo, pero la lógica brevedad de todo trabajo de esta índole aconsejan diferirlo para otra ocasión.