

hacernos cargo de una, que algunos autores han propuesto con fundamento en presencia de lo que dispone el art. 945 del Código de Comercio, y á que tambien da lugar el art. 2133 desde el momento en que á semejanza de aquel determina que se requerirá á los interesados ó consignatarios y que esto mismo se repite en el 2132. ¿Qué interesados y qué consignatarios deberán ser citados? ¿Todos los interesados presentes, como dice el art. 2132, y los consignatarios que corresponda á los interesados ausentes? ¿O los interesados ó consignatarios presentes nada más?

Porque es de advertir que, como manifiestan los Sres. La Serna y Reus, "el buque puede haber descargado en otros puertos donde haya hecho escala, y en este caso es muy probable que en el puerto donde se instruyen las diligencias, no estén todos los interesados, ni tampoco sus consignatarios, porque consignatario es el que recibe la carga como portador legítimo del conocimiento y no puede haber en aquel punto consignatarios de mercancías descargadas ó que han de descargarse en otros puntos."

Esta observacion justifica la opinion profesada por los mencionados autores y que nosotros seguimos de buen grado de que la citacion deberá hacerse á los interesados ó consignatarios presentes porque de lo contrario se dilataria inútilmente la práctica de unas diligencias que exigen premura y rapidez. Por los ausentes deberá citarse al Ministerio fiscal, segun se ordena en esta misma Ley para otros casos análogos; y esto no les impide tomar parte en la continuacion del expediente.

Tambien debemos hacernos cargo de otra cuestion interesante, suscitada por los autores es, á saber: ¿qué personas están comprendidas bajo la denominacion de interesados? ¿Podrán ser parte en estos expedientes los aseguradores como tales interesados y al mismo tiempo que los asegurados? "Por una parte, dicen los autores citados, parece que debemos inclinarlos á la afirmativa, porque segun la manera como se resuelva el expediente de avería, así tambien el asegurado, segun las condiciones de la póliza tendrán ó no derecho á reclamar del asegurador y es muy posible que el asegurado se confabule con el capitán para favorecerse mutuamente. Pero tambien debe reconocerse que el asegurador, no siendo naviero, ni armador, ni consignatario del cargo, únicos entre quienes se ventila la cuestion de averías, representando el capi-

tan á los primeros, no parece deba intervenir ni mezclarse en ella, puesto que sus contratos son privados y particulares con el asegurado. Esta opinion nos parece la más probable." Y nosotros asentimos á lo dicho por los autores indicados.

Resueltas estas cuestiones ninguna dificultad puede ofrecer, ni ofrece en realidad, la inteligencia de los artículos acabados de consignar. Lo primero con que nos encontramos es con que despues de haberse abierto las escotillas y hecho constar el estado del cargamento, es cuando para proceder á la calificacion, reconocimiento y liquidacion de las averías y su importe, se ha de requerir al capitán de la nave y á los interesados ó consignatarios para que en el término de veinticuatro horas nombren peritos bajo apercibimiento de que si no lo hicieren serán nombrados de oficio.

Ese requerimiento es por lo tanto distinto y no tiene nada que ver con la citacion primera para presenciarse la informacion ni con el requerimiento que á los interesados ó consignatarios presentes y el Ministerio fiscal, en su caso, deberá hacerse para que nombren perito que asista á la apertura de las escotillas, así como se deduce claramente de las disposiciones que examinamos que los peritos que se han de nombrar para que hagan la calificacion de la avería pueden ser [distintos de los que se hubieren nombrado para presenciarse el acto de abrir las escotillas y dar su opinion sobre el Estado del cargamento. Si fueren los mismo parece natural que deberá ratificarse su nombramiento.

Mas no solo pueden ser distintos, sino que con arreglo á la segunda disposicion importante sobre que debemos llamar la atencion de nuestros lectores, el capitán de la nave por una parte, y todos los interesados ó consignatarios, y á nuestro juicio el Ministerio fiscal en su caso por otra, pueden nombrar un perito por cada clase de géneros que hayan de reconocerse, y el Juez sorteará un tercero caso de discordia. Excusamos alabar esta disposicion porque bien se comprende que jugando como juega aquí un papel importante el dictámen pericial, y pudiendo ser muy distintos los géneros que deban ser reconocidos, no hay necesidad de demostrar la conveniencia de que á la distincion de los géneros corresponda la diferencia de peritos. Y asimismo, parécenos excusado advertir que el sorteo del tercer perito en discordia deberá tener efecto del modo y con las solemnidades que se determinan en el art. 616 de esta Ley.



Por último, nombrados los peritos, ó designados de oficio segun proceda, aceptarán y jurarán el desempeño del cargo, en la forma prevenida en el art. 947 del Código, ó sea prometiendo desempeñar fiel y legalmente su cometido, y el Juez le señalará un término breve para presentar su informe. Para fijar este término entendemos que deberá tenerse en cuenta el número y clase de los géneros y tambien el número y circunstancias apreciables á simple vista de las averías que resulte haber sufrido el cargamento.

Art. 2135. Los peritos harán la calificación de las averías enumerando con la precision posible:

- 1.º Las simples ó particulares.
- 2.º Las gruesas ó comunes.

Ya hemos dicho las clases de averías de que trata el Código de Comercio y á quiénes alcanza la responsabilidad de las mismas. Y hemos indicado tambien que el título que estamos examinando de la presente Ley no menciona siquiera las averías llamadas ordinarias; que solo enumera ó se hace cargo de las simples ó particulares y de las gruesas ó comunes y que trata de estas es su principal objeto. Estas indicaciones están comprobadas por el contexto del artículo que vamos á examinar; pero ahora debemos ser todavía más explícitos. De las tres clases de averías solo una, la de las gruesas ó comunes da lugar á contribucion ó produce obligacion entre todos los interesados en el buque y su cargamento, porque como dice un autor, justo es que todos contribuyan á lo perdido ó gastado para la salvacion comun.

Pero ni las averías ordinarias, las cuales segun se indica en el artículo 932 del Código son de cuenta del naviero fletante y deben satisfacerse por el capitán, abonándosele la indemnizacion que se hubiere pactado en la póliza del fletamento ó en los conocimientos, ó que si no se hubiere pactado indemnizacion especial y determinada se entienden comprendidas en el precio de los fletes; ni las averías particulares respecto de las cuales se sigue el principio general de derecho de que los efectos de accidentes y casos fortuitos no deben pasar de las personas y cosas sobre las que recaen directamente; razon por la cual prescribe el art. 934 del Código que se soportarán por el propietario de la cosa que ocasionó el gasto ó recibió el daño, ni unas ni otras decimos, dan lugar á contribucion y por eso la Ley actual no tenia para qué tratar de ellas, sino de las gruesas ó comunes, y por eso

el título que comentamos segun se deduce de su epígrafe está exclusivamente consagrado á ellas.

Hay, sin embargo, un punto en que la Ley tenia que hablar de las averías simples ó particulares cual es al indicar ó establecer el procedimiento para la calificación de las averías, pues segun se desprende de la enumeracion que dejamos hecha de las comprendidas en las tres diferentes clases de que queda hecho mérito, no siempre podrá distinguirse fácilmente entre las simples y las gruesas que pueden afectar á los mismos géneros. Y esta y no otra es la razon de que en el artículo objeto de este comentario se prescriba que los peritos harán la calificación de las averías enumerando con la precision posible las simples ó particulares y las gruesas ó comunes; único modo de poder llegar despues á la liquidacion de la gruesa y á fijar la contribucion á la misma.

Por eso tambien se nota que en los artículos posteriores, en los que se parte del supuesto de estar hecha la calificación, no se hace ya mencion de otras averías que las gruesas ó comunes que son las que en realidad dan y pueden únicamente dar origen al acto de jurisdiccion voluntaria en cuyo exámen nos ocupamos.

Tal es el alcance del título que examinamos y bastan ciertamente las indicaciones hechas para que se comprenda la significacion, la importancia y la razon de ser de lo dispuesto en el artículo objeto de este comentario.

Art. 2136. Presentado que fuere por los peritos el informe, se pondrá de manifiesto en la escribanía por el término de tres dias, dentro del que los interesados podrán consignar, por medio de comparecencia ante el actuario, la razon que tengan para no prestarle su conformidad.

Art. 2137. Si alguno no estuviere conforme con el dictámen de los peritos, el Juez al siguiente dia de trascurrido el término fijado en el artículo anterior, convocará á los interesados para el inmediato á una comparecencia. En este acto les recibirá por vía de instruccion las justificaciones que hicieren, extendiéndose de todo el acta correspondiente.

Dicho se está que si la calificación de las averías es necesaria por consecuencia de la dificultad de distinguir desde luego y siempre bien las de una clase de las de otra ó las llamadas simples ó particulares de las gruesas ó comunes, importaba y era tambien preciso que se recono-



ciera en los interesados el derecho de impugnar el dictámen pericial; porque por mucha que sea la pericia, por grandes extremos y profundos que sean los conocimientos de los peritos y por satisfactorias que sean las garantías que ofrezcan de imparcialidad, es bastante que quepa en sus dictámenes el error siempre posible y frecuente en las obras humanas para que no deba negarse á los interesados el derecho de impugnar las afirmaciones periciales defendiendo sus intereses. Por otra parte, este derecho es más digno de reconocimiento en casos en que como con frecuencia ocurrirá al tratar de calificar las averías sufridas por un buque ó su cargamento, puede venir á ventilarse una cuestion de intereses crecidos, que representen verdaderas fortunas y en donde por lo tanto es posible perjudicar notablemente no solo á individuos en particular sí que tambien á familias enteras.

La Ley actual no se aparta del principio de justicia; ántes bien le acata y reconoce explícitamente declarando el derecho á impugnar el dictámen pericial. Y si así no lo hubiera hecho, si tan manifestamente no le hubiese reconocido, bien puede afirmarse que ademas de proceder con injusticia y merecer consiguientemente todo género de censuras habria cometido una especie de inconsecuencia, porque en términos generales no admite que el dictámen de peritos pase de la categoría de un medio de prueba cuya apreciacion particular incumbe y pertenece á los Tribunales y acepta el que pueda deponerse contra él ó cualquiera de las apreciaciones en él contenidas, ya en los escritos de conclusion del juicio ordinario, ora en cualquier otra forma que quepa dentro de los moldes legales.

Pero al mismo tiempo que la Ley debia reconocer el derecho por parte de los interesados á impugnar el dictámen pericial, habia necesidad de que atendiendo á la urgencia y modo más oportuno de tramitar el expediente relativo á la calificacion y liquidacion de las averías, regulase el ejercicio de dicho derecho ó facultad; y esto lo hace tambien en los artículos que estamos examinando.

Y así es que en el art. 2136 se empieza diciendo que presentado que fuere por los peritos el informe se pondrá de manifiesto en la escribanía por el término de tres dias; cuyo término y modo de que puedan conocer los interesados son los que la Ley con verdadero fundamento considera suficientes y en armonía con la índole del acto de que se trata, y en seguida se añade que dentro de ese término podrán consignar

por medio de comparecencia ante el actuario; la razon que tengan para no prestarle su conformidad; con lo cual se da á entender sobradamente que si pasare dicho término sin comparecer á manifestar que no están conformes con él se les dará por conformes y no podrán, por lo tanto, impugnarlo despues, estableciéndose así una limitacion racional y justa en cuanto al ejercicio del derecho ó facultad que implícitamente se les reconoce.

Tampoco podia ménos la Ley de prever las consecuencias de la falta de conformidad ó lo que al manifestar uno ó más interesados deberia hacerse, y á esto responde el artículo 2137. "Si alguno, dice, no estuviere conforme con el dictámen de los peritos, el Juez, al siguiente dia de trascurrido el término fijado en el artículo anterior, convocará á los interesados para el inmediato á una comparecencia. En este acto les recibirá por vía de instruccion las justificaciones que hicieran extendiéndose de todo el acta correspondiente." Y aquí hay nueva ocasion de ver que la Ley procura conciliar todos los intereses, el derecho é interes particular de las partes, con la brevedad propia de un acto de jurisdiccion voluntaria en materia mercantil, pues no cabe ciertamente procedimiento más adecuado á este efecto que el de prescribir una comparecencia y recibir por vía de instruccion las justificaciones que se hicieren.

Debemos, no obstante, detenernos algo más en el exámen del artículo á que acabamos de referirnos, pues por su redaccion pudiera dar lugar á alguna duda que conviene desvanecer de antemano. Se dice, repetimos, que si alguno no estuviere conforme con el dictámen de los peritos, el Juez al siguiente dia de trascurrido el término fijado en el artículo anterior, convocará á los interesados para el inmediato á una comparecencia. ¿Deberá ser esta convocatoria general para todos los interesados ó referirse únicamente á aquel ó aquellos que se hayan mostrado disconformes? Por un lado parece que esto era lo que debia practicarse, por cuanto es indudable que la Ley funda la conveniencia de la comparecencia en el hecho de la disconformidad y á los que interesa oír es á aquellos cuyas justificaciones y cuyo modo de pensar, siendo contrarios al informe pericial, podrian arrojar verdadera luz sobre el asunto; pero por otra parte debe creerse (así lo creemos nosotros) que la convocatoria y consecuentemente la comparecencia ha de de ser ex-



tensiva á todos los interesados, primero, porque la Ley, cuando habla de ellas no establece distincion de ningun género, y en segundo lugar porque mejor se resolverá el asunto oyendo á todos que solo á algunos y con mayor razon si opinan de distinto modo, pues en este caso sus alegaciones y justificaciones serán contradictorias y el Juez podrá deducir la verdad con conocimiento de causa, con datos suficientes para formar criterio.

Tambien se dice que en el acto de la comparecencia se les recibirá (á los interesados) por vía de instruccion las justificaciones que hicieron; y ocurre preguntar ¿cómo han de hacerse estas justificaciones? ¿cómo se podrán hacer? ¿por escrito, presentando documentos? ¿ó alegando, exponiendo simplemente y de palabra hechos y razonamientos? A nuestro juicio, de ambas maneras. El acto de la comparecencia se celebra verbalmente y por lo tanto de palabra podrán los interesados alegar lo que tengan por conveniente en defensa de sus opiniones; pero esto no obsta para que proceda la presentacion y admision de los documentos que vengan á justificar las pretensiones formuladas.

Alguna otra observacion habremos de hacer, por último, con respecto á los artículos objeto de este comentario, que estimamos propias de la índole de este libro é interesantes.

La Ley fija un término para comparecer á manifestar la no conformidad con el dictámen pericial y expresa el modo cómo ha de hacerse constar esa falta de aquiescencia; ¿deberá hacerse constar tambien la conformidad? ¿podrá hacerse? ¿se hará caso afirmativo, ante el actuario por medio de comparecencia? Preguntas son éstas que no pugna con el texto legal resolver ó contestar afirmativamente y que en nuestro sentir deben ser así contestadas y aun añadir con respecto á la última que tampoco pugna con la Ley, que la conformidad se exprese por medio de un escrito, pues aunque los artículos que comentamos guardan silencio sobre estos particulares y se refieren solo á la no conformidad y aunque á primera vista pueda parecer que esos trámites serian inútiles toda vez que basta dejar transcurrir el término fijado de tres dias sin mostrar disconformidad para que se sobreentienda la aquiescencia, es lo cierto, que puede haber casos en que conformes todos los interesados con el informe pericial les convenga no solo manifestarlo así sino pedir tambien que tengan por hecha su renuncia á aprovecharse del resto del término que quede por correr y por lo tanto que quie-

ren abreviar la tramitacion y no creemos que ninguna de estas cosas les pueda ser negada, puesto que la misma renuncia de que hablamos es procedente y debe admitirse tratándose de un plazo que la Ley fija en interes de las partes para que tengan tiempo de examinar el informe, y que por la propia razon tiene que ser potestativo el aprovecharle ó no, el pedir ó no pedir que se abrevie, habiéndoles por conformes.

Claro está que esa abreviacion del término sólo podrá tener efecto, cuando conformes ó no conformes con el informe pericial lo soliciten todos; pero no mientras haya uno siquiera que deje de pedirlo.

Cuya consideracion nos lleva á otra observacion que es consecuencia de la que se acaba de exponer. Segun nuestra creencia cuando todos estén conformes con el informe de los peritos y manifestándolo así soliciten que se dé por corrido el término, procederá decretarlo y dentro de los dias siguientes dictar resolucion sobre la calificacion de la avería.

Pero cuando no medie esa conformidad con el dictámen pericial aunque los interesados lo estén en pedir que se dé por corrido el plazo ó que se abrevie no se podrá acordar este extremo porque entónces es de rigor la convocatoria á la comparecencia y segun la disposicion terminante del artículo 2137 se ha de hacer dicha convocatoria al dia siguiente de transcurridos los tres que se indican en el artículo 2136 fijándose el dia inmediato para la celebracion de la comparecencia. Y he aquí por donde se ve que el legislador no se ha hecho cargo de los diversos casos que pueden ocurrir, no ha previsto el de que tratamos y si ocurre ocasionará con la rigidez del precepto enunciado que no vemos medio de que se pueda eludir y que no admite interpretaciones, un verdadero perjuicio á los interesados á los cuales podia convenir y favorecer mucho la abreviacion posible de los trámites.

Por lo demas, lo repetimos, los artículos que acabamos de examinar responden á su objeto.

Art. 2138. Dentro de segundo dia, el Juez dictará auto acordando la resolucion que proceda.

Este auto será apelable en un solo efecto.

Art. 2139. Cuando todos los interesados hubieren prestado su conformidad al informe pericial sobre la liquidacion de la avería, ó se hubiere dictado el auto mencionado en el artículo precedente, el Juez ordenará que los mismos peri-



tos hagan dentro del término que les fije, la cuenta y liquidación de las averías gruesas ó comunes.

Ante todo y para evitar en lo posible una solución de continuidad, debemos hacer notar que el último de los dos artículos precedentes demuestran la razón con que en el comentario anterior hemos resuelto en sentido afirmativo la duda de si procedería ó no que los interesados que estén conformes con el dictámen pericial lo manifiesten así, pues las palabras con que comienza el art. 2139 revelan que ese y no otro ha sido el pensamiento del legislador.

Pasando al exámen concreto de dichos artículos, nos encontramos con que han venido á resolver una duda importante que se suscitaba y ventilaba ántes entre los autores con presencia de las disposiciones del Código de Comercio relativas á la calificación de las averías, duda que merece ser expuesta y conocida.

El art. 946 del Código referido expresa que el reconocimiento y liquidación de la avería y su importe se verificará por peritos que, á propuesta de los interesados ó sus representantes, ó bien de oficio, si éstos no lo hiciesen, nombrará el Juez . . . etc., etc. Y en nota á dicho artículo que figura en la edición de 1878 de aquel cuerpo legal anotado y concordado por los Sres. La Serna y Reus, nos encontramos con que entre otras cosas se dice lo que sigue: "Aunque esta disposición parece clara, ha ofrecido dudas, creyendo algunos que no es el Tribunal el que debe hacer la clasificación de avería simple ó gruesa, porque no hay ningún artículo en el Código que le dé esta facultad, sino que esta atribución es de los peritos . . . ; pero de todos modos no creemos que la mente del legislador sea fiar á los peritos la decisión de unas cuestiones tan difíciles, tan complicadas y de tanta entidad." Pues esta duda, esta cuestión, tratada por los autores expresados con esmero y lucidez admirables, queda resuelta de lleno por virtud de los artículos precedentes. Y son dos los términos con que ha venido á resolverse. El primero es el de que habrá lugar á la decisión judicial, según el arbitrio del Juez, cuando haya falta de conformidad por parte de algunos interesados con el dictámen pericial; y el segundo que la calificación de los peritos se tendrá por buena y será desde luego aprobada por el Juez cuando con ella estén conformes las partes. Así se deduce del contexto de los dos artículos que comentamos, el uno de

los cuales se refiere al caso de no conformidad tratado en los artículos 2136 y 2137, y expresa que dentro de segundo día el Juez dictará auto acordando la resolución que proceda, cuyo auto será apelable en un solo efecto, y el otro de los que refiriéndose á los dos casos, al de conformidad y al de disconformidad con el dictámen de los peritos dice que cuando todos los interesados hubieran prestado su conformidad, ó se hubiera dictado el auto mencionado en el artículo precedente, el Juez ordenará, etc., etc., con cuya disyuntiva demuestra que cuando haya conformidad completa tiene que venir por fuerza la aprobación por parte del Juez. Y es de advertir que no elude esta interpretación del texto de la Ley el hecho de que se diga que cuando hubieren prestado su conformidad al informe pericial sobre la liquidación de la avería y que no se haga uso de la palabra *calificación*, porque no puede ponerse en duda que á ésta y no á otra cosa se refiere, dado que de lo único que la misma Ley ha hablado con anterioridad es de la calificación y que la verdadera liquidación de que en este título se trata es la que se ha de hacer después de clasificadas las averías. La palabra liquidación está empleada como sinónima, como entrañando el mismo significado que la de calificación, queriendo dar á entender la enumeración y calificación de las averías. Además, al tratar de la verdadera liquidación se sigue el mismo criterio.

Ahora bien, ¿es oportuno, es procedente esto? ¿No hubiera sido más conveniente que en todo caso recayera resolución judicial según el arbitrio del Juez calificando las averías? A nuestro juicio debiera hacerse seguido este último criterio en vez del que se ha adoptado, porque aunque es cierto que los interesados son los que deben celar especialmente por sus intereses, y no es ménos exacto en su consecuencia que reunidos el informe pericial de una parte, y la conformidad de todos los interesados con él, de otra, ofrecen esa reunión, ese hecho, garantías de importancia que han podido llevar al legislador á considerar de innegable procedencia la aprobación judicial cuando dicho hecho se diere ó produjera prácticamente, es más exacto y más cierto todavía, que aun así habría de resultar muy conveniente la libre decisión judicial, porque el Juez es perito en derecho, más que los peritos de que la Ley habla en este punto y en la mayor parte de las ocasiones más que las mismas partes; porque éstas por no conocer bien la ley mercantil, lo cual es frecuente por desgracia, pueden dejar de reclamar y resultar