

CAPÍTULO OCTAVO. ACTUACIONES DEL COMISARIO DE AVERÍAS EN CASO DE SINIESTRO²⁹⁸

1. INTRODUCCIÓN

Las actividades preventivas y de asesoramiento desplegadas por el Comisario de Averías, analizadas en el capítulo anterior son básicas para la buena marcha de la actividad del transporte. Sin embargo, la realidad muestra que, desgraciadamente, el acaecimiento del siniestro puede tener lugar y ellos afecta al interés del asegurado sobre las mercancías y/o sobre los medios empleados para su transporte. En este caso, se hace necesaria la participación de profesionales especializados ya que las partes del seguro no cuentan, en general, con los medios y el tiempo suficiente para desplegar la pericia requerida en el siniestro. Así, entra en juego, de nuevo, la figura del Comisario de Averías -no en vano de aquí procede su denominación- como experto en la materia.

Su intervención requiere, lógicamente, la cobertura del citado interés por una entidad aseguradora, bien corresponda a las mercancías objeto de transporte o bien a los propios medios en que se articula, incluyendo, en otros supuestos, la cobertura de la responsabilidad del responsable de la operación traslaticia ante el riesgo que pueda afectar a su patrimonio.

Por tanto, y como ya se ha visto en los capítulos precedentes, el Comisario desempeña una labor de colaboración imprescindible con las partes contractuales del seguro en el proceso abierto con el acaecimiento del siniestro y con la finalidad de justificar el daño sufrido por el asegurado²⁹⁹.

El siniestro es el acaecimiento del riesgo objeto de cobertura, en este caso el daño sufrido por las mercancías porteadas, el medio utilizado u otros objetos asegurados con ocasión o a consecuencia del transporte. Su significado es “crucial” en la relación jurídica asegurado, pues de él deriva la obligación principal de la entidad aseguradora, la indemnización al asegurado por el daño sufrido³⁰⁰. En este sentido, el daño se sustancia en la pérdida total o parcial de las mercancías transportadas. Al asegurado le incumbe la demostración de la existencia del siniestro, la producción del daño y que éste ha tenido lugar durante el período de cobertura y con ocasión o a consecuencia del transporte³⁰¹.

En los seguros terrestres, la indemnización por el asegurador sigue el procedimiento contemplado en la LCS para los seguros de daños (art. 38 LCS) junto con las especialidades señaladas en sus arts. 61 y 62 y las condiciones generales y particulares expresadas en la póliza. Este procedimiento tiene aplicación subsidiaria a los ámbitos

298 La autoría de este capítulo corresponde a Pablo Girgado Perandones.

299 TIRADO SUÁREZ, F. J., “Seguro de transporte de mercancías por carretera: la configuración legal de la figura del comisario de averías a la luz del Derecho positivo vigente” en AA.VV., *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In memoriam F.M. Sánchez Gamborino*, Madrid (Fundación Francisco Corell), 2005, p 597.

300 GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 160.

301 GARRIGUES, J., *Contrato...*, cit., pp. 169-170; BOQUERA, J., *El contrato...*, cit., p. 239.

marítimos y terrestre, sin menoscabo de las especialidades previstas en el ámbito marítimo (art. 437 LNM). Con independencia del ámbito en que se realice el transporte, la indemnización del daño asegurado se corresponde con la obligación principal del asegurador (art. 19 LCS, art. 429 LNM). Su determinación se rige por el principio indemnizatorio, es decir, la indemnización no puede ser objeto de enriquecimiento injusto por el asegurado y ha de corresponder con el daño efectivamente causado (art. 26 LCS). Sin menoscabo de ello, y a diferencia de la normativa general citada (LCS), en los seguros marítimos se remite como criterio indemnizatorio "... a las condiciones estipuladas en la póliza" (art. 429 LNM). Ello no implica, sin embargo, la falta de operatividad del principio indemnizatorio en los seguros marítimos, sino que explica la importancia reconocida a la autonomía de la voluntad en estos últimos.

El importe indemnizatorio está delimitado por el legislador, distinguiendo entre riesgos incluidos y excluidos. Conforme a los primeros, se comprende el valor de los daños materiales que sufra el objeto asegurado, fijando como límite la suma asegurada (art. 430 LNM). Igualmente, la indemnización se extiende a una serie de coberturas complementarias, en concreto las siguientes:

- el importe de la contribución a la avería gruesa a cargo del interés asegurado,
- la parte que corresponda a tal interés en una remuneración por salvamento
- y los gastos razonables efectuados por el tomador del seguro, el asegurado y sus dependientes para aminorar el daño.

Estas coberturas complementarias –que funcionan como “adicionales”- implican otras sumas aseguradas paralelas, aplicándoseles también la regla proporcional, como resalta el propio legislador. Su funcionamiento es semejante al correspondiente al valor del interés, pudiendo además excluirse en tal caso la aplicación de la regla proporcional tanto en el momento de conclusión del contrato como con posterioridad (art. 430.2 LNM).

En la temática de la cuantía indemnizatoria, el asegurador no se puede ver impelido a sustituir o reparar necesariamente el objeto asegurado y siniestrado por otro en idénticas condiciones (art. 431 LNM). Es cierto que cabe pactar su aplicación por las partes, pero se le libera al asegurador de la carga excesiva que implica tal sustitución o reparación, admitiendo que recurra a una indemnización en metálico del daño sufrido.

Con independencia de los pactos que puedan alcanzar las partes a fin de ampliar las coberturas del riesgo, el legislador señala una serie de daños y perjuicios que quedan al margen de la indemnización y cuya procedencia se remite a la experiencia judicial. Así, el art. 432 LNM, excluye en concreto los siguientes:

- “Los perjuicios derivados del siniestro, tales como retrasos, demoras, paralizaciones, pérdidas de mercado, diferencias de cambio, lucro cesante y, en general, cualquier daño indirecto, salvo los expresamente incluidos en esta ley”.
- “Los daños y perjuicios ocasionados por el objeto asegurado a personas, salvo que la responsabilidad consiguiente sea objeto del seguro”.

Finalmente, conviene hacer notar el silencio del legislador sobre el régimen de las franquicias, anteriormente contemplado en los arts. 751, 771 y 848 CdC. Ello no supone,

en modo alguno, que sea inadmisiblesu incorporación mediante cláusulas específicas a la póliza del seguro, sino que, ante la inexistencia de normativa especial, se ha de recurrir al régimen supletorio previsto. Lo relevante es que se prescinde de una regulación que ha generado más controversias y confusiones que claridad en la resolución de conflictos.

A continuación, y de un modo ordenado, se realiza un tratamiento conjunto con independencia del medio -aéreo, marítimo o terrestre- empleado en la operación de transporte de las tareas fundamentales desempeñadas por el Comisario. Como es sabido, este se desarrolla a través de diversos pasos sucesivos que son objeto de estudio:

- la personación en el lugar del siniestro (requerimiento de intervención, alcance y compromiso de cumplimiento),
- la constatación objetiva del siniestro (levantamiento de acta, significado),
- la identificación de los daños sufridos,
- la enumeración de los daños sufridos.

2. SINIESTRO E INTERVENCIÓN DEL COMISARIO DE AVERÍAS

En la determinación del daño sufrido, la práctica habitual en caso de siniestro por los interesados es recurrir al buen juicio de un especialista en la materia, como el Comisario de Averías. Esta actividad se realiza a través de un procedimiento que cuenta con varias fases.

2.1. Designación y nombramiento

La primera fase de este proceso se inicia con la designación y el nombramiento del Comisario. Se trata de una cuestión importante el hecho de dejar claro cuál es el sistema de designación del Comisario de Averías, porque tiene consecuencias en el alcance de sus decisiones. Así, cabe una designación unilateral -realizada por una parte y sin acuerdo con la otra- o bien la designación consensuada por las partes o acordada por el juez o por vía notarial. Igualmente, se debe atender a otras cuestiones como el hecho de la participación o no de la compañía aseguradora en su designación y el modo de hacerlo; y también si la designación la efectúa el propio porteador en conexión con un seguro de responsabilidad civil que él mismo contrata o se trata, por el contrario, de un seguro de las mercancías y, en esta ocasión, su conclusión se lleva a cabo por el cargador o el consignatario. Además, el propio perito deberá hacer constar lo antes posible -en un plazo de siete días- su aceptación a la designación que se le acaba de realizar³⁰².

El régimen jurídico contemplado en el art. 38 LCS es obligatorio en los seguros terrestres y tiene naturaleza supletoria en los seguros marítimos y en los grandes riesgos. No obstante, este papel relevante de la libertad contractual, sí conviene tener en cuenta

302 GARRIGUES, J., *Contrato...*, cit., p. 172.

su reglamentación como referencia o guía en su elaboración³⁰³. Según el precepto, una vez producido el siniestro, el asegurado o el tomador deberán comunicar por escrito al asegurador -en el plazo de siete días o en el mayor que haya fijado la póliza (art. 16 LCS)- la producción del siniestro y una relación de los objetos -dañados y salvados-, así como una estimación de los daños sufridos³⁰⁴.

La falta de acuerdo entre las partes -tomador y asegurador- motiva el recurso a la intervención pericial (peritos, comisarios de averías)³⁰⁵. Un primer elemento importante es la designación del Comisario, porque tiene consecuencias en los efectos que puedan tener sus decisiones. El art. 38 LCS reconoce a ambas partes la posibilidad de designar un perito, aceptado por ambas partes, o, en caso de discrepancia, la designación individualizada por cada uno de ellos.

Con frecuencia, esta designación la realiza la propia entidad de seguros, sin menoscabo del interés del tomador del seguro en realizarlo de común acuerdo. En este último caso, se plasma en un documento de nombramiento de peritos -“compromiso de resarcimiento”³⁰⁶- y en él se indican una serie de datos relativos a los trabajos que se van a realizar, los bienes asegurados, la causa y las circunstancias del siniestro, los peritos nombrados para su evaluación y la valoración económica de los daños sufridos (v. la normativa de seguros)³⁰⁷. Este documento es diferente del dictamen pericial emitido por el Comisario de Averías conforme a lo estipulado. También tiene un significado jurídico diverso al del juramento o promesa de actuación en un proceso judicial (art. 335 LEC), cuya finalidad no es otra que la exigencia de objetividad e imparcialidad al perito designado judicialmente.

En el ámbito marítimo³⁰⁸, este “compromiso de resarcimiento” ha despertado interés entre

303 Tradicionalmente, ha sido una cuestión discutida la aplicación de la LCS al seguro marítimo. La bibliografía ha sido muy amplia al respecto. Con anterioridad a la LNM, v. la amplia bibliografía recogida por TIRADO SUÁREZ, F. J., “Art. 38 LCS” en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Ley del contrato de seguro. Comentario a la Ley 50/1980 y a sus modificaciones*, cuarta edición, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 835-836, nota 52, que incluye también decisiones judiciales contrarias a la aplicación de la normativa terrestre. No obstante, tras la derogación del Libro III del CdC -*Del comercio marítimo*- con la aprobación de la LNM, el legislador asume prevé expresamente el reconocimiento del carácter subsidiario de la LCS a los seguros marítimos (así, v. con claridad la redacción del art. 406.1, 2º párr.).

304 Como el mismo precepto indica, al asegurado le corresponde la prueba de la preexistencia de los objetos asegurados, si bien su relación en el contenido de la póliza desempeña un papel presuntivo a favor del asegurado, cuando razonablemente no se pueda aportar una prueba más eficaz (art. 38, 2º párr. LCS). Sobre este deber de información, v. en detalle, TIRADO SUÁREZ, F. J., “Art. 38 LCS”, cit., pp. 797 ss.

305 El nombramiento del perito corresponde al tomador del seguro. Cuestión que puede plantear algún conflicto en los seguros terrestres que, como es sabido, se entiende, salvo prueba en contrario, que el seguro es contratado por cuenta ajena (art. 7 LCS). En cambio, en los seguros marítimo no se plantea tal dilema, ya que la presunción *iuris tantum* es la conclusión del contrato por cuenta propia (v. art. 412 LNM).

306 RODRIGO DE LARRUCEA, J., *Manual del Comisario de Averías*, Iberediciones/ Comisariado Español de la Marina Mercante (COMME), Madrid, 1994, p. 186.

307 Sobre el “compromiso de resarcimiento” véase el modelo referido por GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho marítimo internacional*, 3ª ed., ed. Marcial Pons, Madrid 2006, p. 678.

308 Así v. el modelo referido por GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit. p. 678.

las partes a la hora de determinar cuál puede ser su alcance coercitivo entre las partes del seguro. Si realmente se encuentran supeditadas las partes por el resultado de la liquidación a modo de un arbitraje privado entre personas. En realidad, como se ha recordado³⁰⁹, la problemática tiene su origen en la práctica vinculante existente en el Derecho inglés consistente en la designación unilateral por el armador del liquidador de averías. En nuestro caso, como se ha indicado anteriormente, dicha designación no asume tal carácter imperativo sino que habrá que estar a lo pactado por las partes y a su posible impugnación, sirviendo de referencia el régimen contemplado en el art. 38 LCS³¹⁰. Como será objeto de análisis más adelante, la pericia requiere de la aceptación por ambas partes del seguro a fin de que la labor desempeñada por el Comisario tenga fuerza vinculante entre aquellas³¹¹.

La designación puede realizarse con posterioridad al siniestro o previamente al formalizar el seguro de cobertura de riesgo con la entidad aseguradora. La falta de acuerdo entre los peritos en cuanto al siniestro puede suponer una nueva designación, pero ya dentro del procedimiento recogido en el art. 38 LEC. Como es sabido, la reforma del citado precepto supuso que la función realizada hasta entonces por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallaban los bienes asegurados haya sido asumida por el letrado de la administración de justicia o el notario en la forma prevista en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o en la legislación notarial, respectivamente³¹². No obstante, aparte del procedimiento legal, cabe la participación del Comisario de Averías en supuestos como el del arreglo o acuerdo amistoso entre asegurador y asegurado. El procedimiento legal -art. 38 LCS- es único e imperativo, salvo para los supuestos de grandes riesgos, en cuyo caso, como es sabido, las partes pueden acordar un procedimiento específico de liquidación en caso de siniestro, pero siempre sin afectar a cuestiones de orden público inherentes a la institución del seguro (por ej., el principio indemnizatorio, la falta de cobertura por mala fe del asegurado).

Dentro de esta primera fase, el asegurado deberá probar la producción del siniestro y su inclusión dentro de la cobertura del seguro. Para ello deberá presentar la documentación exigida en la póliza, la cual podemos clasificarla en atención a la coincidencia o no de porteador del transporte y asegurado.

Conforme a las condiciones generales habitualmente empleadas por las entidades aseguradoras³¹³, en el caso de que el porteador sea un tercero, se exige normalmente la siguiente documentación³¹⁴:

309 GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit., pp. 678-679.

310 Sobre este tema, v. más adelante. Aunque se refiere a peritos de seguros, entendemos que el régimen también es aplicable a los Comisario.

311 GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit., p. 679.

312 Como se verá más adelante, v. el capítulo VIII de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), relativo al nombramiento de perito en los contratos de seguro (arts. 136-138).

313 En concreto nos referimos a los condicionados elaborados por la patronal UNESPA respecto al ámbito terrestre del transporte (art. 12.1 CG-UNESPA).

314 Siguiendo a BOQUEA, J., *El contrato de seguro...*, cit., pp. 240 ss.

- “La carta de porte, albarán de entrega o documento análogo, con la reserva formulada por el receptor dentro de los plazos legales establecidos”.
- “Copia de la carta dirigida al transportista porteador cursada dentro del plazo, con expresa invitación a éste para el justiprecio contradictorio de los daños”.
- “Original de la contestación dada por el porteador”.
- “Acta de reconocimiento, certificado de averías o peritaje de las pérdidas o daños sufridos, realizado por personas u organizaciones independientes legalmente reconocidas”.
- “Acta de venta, en su caso, de los efectos que hubieran sido vendidos o rematados”.
- “Comprobante de gastos extraordinarios si se hubieran producido, visados por el Comisario de averías o perito correspondiente”.
- “Facturas comerciales originales de las mercancías aseguradas”.

En cambio, cuando el tomador del seguro o el asegurado sea propietario u operador del medio de transporte o del vehículo porteador de las mercancías, los requisitos serán los siguientes³¹⁵:

- “Certificado del atestado del conductor vehículo siniestrado o, si queda incapacitado para ello, del representante de la empresa porteadora, presentado ante las autoridades locales o comandantes del puesto de la Guardia Civil donde ocurriera el siniestro”.
- “Acta pericial de daño”.
- “Carta de porte, albarán de expedición o documento análogo.
- “Facturas comerciales originales de las mercancías aseguradas o documento que las sustituyan”.

2.2. Personación en el lugar del siniestro

La siguiente fase se inicia con la personación del Comisario en el lugar del siniestro a requerimiento por la parte o partes interesadas, cuyo alcance y compromiso de cumplimiento venga reflejado en el acuerdo contractual fijado entre las partes.

En relación con esta personación, cabe señalar el derecho del asegurador a acceder a los bienes siniestrados³¹⁶. Se trata de una exigencia necesaria para mejor servir no sólo a la inspección y valoración del daño, sino también, en su caso, a la disminución del daño sufrido. Con frecuencia, tal derecho se suele incorporar a los clausulados contractuales de las pólizas, si bien requiere de la aceptación expresa y por escrito del tomador, conforme al art. 3 LCS. El motivo de tal exigencia reside en el hecho de implicar una

315 Así, v. el art. 12.1 Condiciones Generales-UNESPA.

316 Tal derecho no aparece reconocido en la normativa aseguradora -ni en la general, ni en la específica- sino que se aprecia en las condiciones generales de las pólizas. Si bien ya derogado, cabe destacar su atención en la Resolución -ya derogada- de la DGSFP de 17 de mayo de 1981. Dicho reconocimiento comprendía no sólo al asegurador sino también al perito.

cláusula limitativa de sus derechos³¹⁷. Este deber, lógicamente, está conectado con la labor del Comisario, puesto que será el mismo el que reconozca la situación de los bienes siniestrados, más que el asegurador. De este modo, y habiendo podido conocer el asegurador *in situ* el estado de los bienes siniestrados no parece que este pueda reclamar los daños y perjuicios por falta de declaración del asegurado al haber podido estar informado del siniestro por este otro medio (art. 16.2 LCS).

Además, esta facultad del asegurador cabe ponerla en relación con el deber del tomador o el asegurado de emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. Una intervención rápida del comisario puede implicar la adopción de medidas que cumplan con tal finalidad mitigadora de las consecuencias negativas del siniestro (v. art. 17 1º párr. LCS). Por ello, y cumpliendo con lo mencionado en el párrafo anterior, no parece que el asegurado pueda rechazar o impedir -ni tampoco obstaculizar- la personación del Comisario. Es más, tal actitud del asegurado faculta al asegurador para reducir la cuantía de la indemnización en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la conducta del asegurado y los daños derivados de ella (art. 17 2º párr. LCS).

Respecto del requerimiento de intervención, el Comisario deberá entregar un documento acreditativo a quien lo solicite a modo de justificante del encargo. El paso siguiente sería su cumplimiento por el Comisario. A tal fin, deberá de realizar el reconocimiento de la avería, teniendo en cuenta los plazos para identificar los vicios, ya sean aparente u ocultos, en el momento de la recepción de las mercancías.

2.3. Constatación objetiva del siniestro

En la constatación objetiva del siniestro, el Comisario analiza, en un primer momento, cuál es el estado actual del interés asegurado -mercancías, buque, ...-, llevando a cabo una descripción preliminar de los daños sufridos. A continuación, se ocupa de determinar si el daño sufrido se encuentra cubierto por la póliza de seguro. Más adelante, como es objeto de atención en el siguiente epígrafe, se ocupa de su valoración, es decir de cuál sea el *quantum* indemnizatorio³¹⁸. Este primer paso en la investigación del siniestro tiene como objetivo primordial identificar la tipología del siniestro, y, de este modo, delimitar con mayor claridad la causa o las causas que han podido ocasionarlo. .

En la identificación de los daños sufridos, el Comisario deberá llevar a cabo un estudio específico de la carga, no siendo suficiente un cálculo promediado del daño, sino que se requiere segregar y segmentar la carga, atribuyendo a cada apartado el daño sufrido. Ello permite una estimación más justa y adecuada del siniestro. No se considera admisible que el examen y conocimiento de las mercancías se realice sobre una muestra o una única parte de ellas, sino se requiere la consulta íntegra de ellas. No obstante, mediante una autorización expresa y por escrito de las partes, cabe admitir un cambio en dicho criterio. No obstante, en circunstancias excepcionales, está justificado que el Comisario se pueda apartar de las reglas previstas, si bien ello deberá justificarlo motivadamente en su informe.

317 Como nos recuerda, TIRADO SUÁREZ, F. J., "Art. 38 LCS", cit., p. 802.

318 SORLÍ ROJO, V./ CUADRADO ECHEVERRÍA, J. L., *Los siniestros y las averías en el seguro de transportes*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 20.

En la identificación de la causa del siniestro, se requiere del Comisario un juicio objetivo y de experto. De tal modo, no se considera admisible la emisión de un juicio aproximado si concurre una causa desconocida que haga imposible averiguar su origen. Sin menoscabo de ello, sí se admite que pueda reseñar un listado de posibilidades, pero siempre precisando su condición hipotética, pero no definitiva.

Si bien es cierto que las condiciones externas que muestre el embalaje de las mercancías pueden atestiguar la concurrencia de un siniestro, ello no puede juzgarse como determinante. Las condiciones externas de la carga en buen estado no significan, necesariamente, que no se haya producido un daño interno u oculto (no aparente). De tal modo, conviene considerar otros aspectos relativos a las operaciones de manipulación, especialmente los relativos a la estiba o el trincaje de las mercancías en el medio de transporte, así como las características -tipo, cantidad- de aquéllas y su posición.

La redacción del informe desempeña un papel clave en la determinación de la responsabilidad por el siniestro. Las entidades aseguradoras son ajenas a este conocimiento especializado del Comisario y requieren de él para poder determinar, en su caso, la causa y las consecuencias del mismo, y, en conexión con ello, la responsabilidad por su acaecimiento.

Con frecuencia, suele ponerse el acento en la idea de que el Comisario realiza una foto fija de los hechos acaecidos, pero más bien se ha de valorar no sólo el resultado final -el siniestro- sino también el período comprendido entre la entrega y colocación de las mercancías a su porteador hasta el acaecimiento del siniestro o más bien hasta que se tiene constancia de tales hechos fatales. Para ello desempeña un papel relevante, por un lado, el acceso del Comisario al lugar del siniestro y, por otro, el examen de la documentación precisa sobre cómo se han dispuesto las mercancías objeto de traslado (por ej., el plano de estiba). En este punto, se observa la conexión, antes mencionada, con el deber de colaboración exigido al tomador por la legislación contractual para aminorar las consecuencias del siniestro (art. 17 LCS, art. 427 LNM). La experiencia del Comisario de Averías en estas circunstancias adversas sirve de base para la adopción de medidas preventivas como las analizadas en el capítulo anterior³¹⁹.

En la normativa marítima precedente, no se consideraba que el aviso del siniestro realizado al Comisario sirviera como cumplimiento del deber de comunicación, sino que se requería su aviso al asegurador³²⁰. Es interesante contrastar este punto con lo previsto en la LCS -art. 16- y en la ya derogada LMSP 26/2006 -art. 12.1-, que sí admiten como cumplimiento no sólo la notificación al asegurador sino también la realizada al agente³²¹. Cabe reconocer, previamente, la diferencia entre el agente, vinculado al empresario de seguros, y el Comisario, que, como se ha reiterado a lo largo del trabajo, se caracteriza por su independencia. Pero ello no es óbice para que advirtamos la finalidad perseguida por la

319 V. el capítulo anterior dedicado a la adopción de medidas preventivas por parte del Comisario.

320 En este sentido, v. RUIZ SOROA, J. M., *Manual ...*, cit., p. 140; RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *Los seguros marítimos y aéreos*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 92.

321 Al respecto, v. el art. 146 Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, que, como es sabido acoge el nuevo régimen de la distribución, procedente de la incorporación al ordenamiento jurídico español de la directiva europea. Téngase en cuenta las propuestas contempladas en la Directiva (UE) 2016/97, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros.

norma con la admisibilidad de la comunicación al agente, que no es otra que disminuir o aminorar -incluso salvar- los daños en el interés asegurado. Esta labor también la puede cumplir el aviso al Comisario, especialmente si, además, aparece designado en la póliza como aquel a quien se encargaba la peritación de los daños. La reforma proyectada ya albergaba la equiparación de tal comunicación (art. 455 PLNM 2008)³²², siendo acogido, finalmente, en el texto actual (art. 426). Cuestión distinta sería una comunicación insuficiente o tardía, más allá de los siete días contados desde el conocimiento del siniestro. En tal caso, sí cabe imponer una “sanción” al asegurado por los daños y perjuicios causados³²³, con un alcance equivalente al del régimen general (art. 16). En concreto, la concurrencia de dolo o mala fe en la omisión conduce a la pérdida de la indemnización, y, en cambio, la negligencia o el retraso culposo, limita a responder de los daños y perjuicios causados. En este último supuesto, se advierte que no es válida cualquier cláusula que se pretenda imponer al asegurado y le deje en peor situación (v. art. 426 *in fine* LNM).

Una vez comunicado el siniestro, el asegurado deberá facilitar al asegurador o al comisario la documentación oportuna para precisar y justificar las causas del accidente³²⁴. Este deber conecta con la facultad atribuida al comisario para reclamar al asegurado el suministro de toda aquella información que le permita elaborar con éxito el informe pericial. Con frecuencia, la propia póliza suscrita por las partes enumera un listado detallado de documentos, a modo de complemento del aviso del siniestro.

Del mismo modo y a fin de reforzar la veracidad de su informe, el Comisario puede recurrir a un fedatario público, a quien solicita el levantamiento mediante acta del estado en que se encuentran las mercancías. Igualmente, se podrá requerir la asistencia del porteador o sujeto responsable equivalente a dicho acto, proporcionándole una mayor certeza al informe, si bien no con el alcance de indisputabilidad del primero. En tal sentido, es conveniente que la comunicación se realice por escrito a los sujetos citados.

Otro punto a considerar radica en el uso diferente que pueda corresponder a la mercancía dañada respecto del que, inicialmente, estaba destinado. Se trata de una cuestión que el Comisario debe evaluar con cuidado y que enlaza con los deberes antes mencionados, especialmente con el de diligencia profesional. Tampoco el Comisario puede obviar las consecuencias derivadas del retraso en su actuación o falta de personación en el lugar indicado, pues de ello puede derivar la exigencia de responsabilidad por los daños causados y por incumplimiento de sus deberes profesionales. No obstante, en este último caso, se precisa la existencia de daños derivados de su modo de proceder con el fin de poder justificar la citada responsabilidad.

322 Al respecto, cabe atender a la previsión existente en Derecho comparado, en concreto en el ordenamiento italiano, que en su art. 71 CdC -ya derogado- establecía el carácter fiduciario del Comisario designado en la póliza y encargado de la recepción de las comunicaciones relativas al acaecimiento del siniestro. A continuación, su labor consistiría en su reconocimiento y peritación.

323 En aplicación del régimen anterior del CdC, v. la STS de 18 de diciembre de 1998.

324 Como expresaba con anterioridad el ya derogado art. 769 CdC: los documentos que justifiquen el viaje del buque, con la protesta del capitán o copia certificada del libro de navegación; el embarque de los objetos asegurados, con el conocimiento y documentos de expedición de aduanas; el contrato del seguro, con la póliza; la pérdida de las cosas aseguradas y la declaración de la tripulación, si fuera preciso. En la actualidad, el art. 426 LNM hace referencia, en general, al deber del asegurado o tomador de comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro en el plazo de siete días a contar desde el momento en que lo conozcan.

2.4. Actividad desplegada

Como se ha indicado en el capítulo sexto -dedicado al estatuto profesional-, se le exige al perito -y también al Comisario- unos conocimientos técnicos y prácticos. De este modo, cumplen con las aptitudes y habilidades exigidas para valorar los hechos y las circunstancias correspondientes al siniestro que les permite adquirir certeza sobre sus causas y el alcance de sus daños.

En este sentido, su actuación está presidida por la necesaria objetividad al igual que se expresa en la LEC con ocasión del dictamen de peritos. Al respecto, cabe comparar el papel del Comisario con el del perito en sede judicial. Este último, como afirma el art. 335 LEC, deberá desempeñar su labor que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito”. Entre las condiciones exigidas a los peritos en dicho ámbito judicial -v. las previstas en el art. 340 LEC- destaca la exigencia de la posesión de un título oficial correspondiente a la materia objeto del dictamen y a su naturaleza. En el caso de que la temática no requiera de habilitación a través de títulos profesionales oficiales -como corresponde a la actividad desempeñada por el Comisario en caso de siniestro- su nombramiento se realizará entre personas entendidas en la materia (v. art. 340.1 LEC).

Otro punto importante a tener en cuenta en la importancia desempeñada por su condición de profesional autónomo e independiente³²⁵, como se desprende de su posible tacha cuando sea designado judicialmente porque concurra en él cualquier circunstancia “debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional” (art. 343.1.5º LEC). En este sentido, cabe no olvidar que la valoración del dictamen pericial se realizará en juicio “según las reglas de la sana crítica” (art. 348 LEC).

Otros deberes aparte del de diligencia del Comisario durante el siniestro, también objeto de análisis en el citado art. 335 LEC:

- Deber de comparecer en juicio cuando se le llame,
- Deber de jurar o prometer decir verdad,
- Deber de actuar con la mayor diligencia posible,
- Considerar no sólo lo que puede beneficiar sino también perjudicar a las partes,
- Declarar que conoce las consecuencias penales por incumplimiento de sus obligaciones (arts. 459 y 460 Código Penal)³²⁶.

Volviendo sobre la figura específica del Comisario, cabe recordar el carácter técnico de la función que cumple en el ámbito asegurador, dedicado al análisis e identificación de los hechos relativos al acaecimiento del siniestro. Ajeno, por tanto, a la función interpretativa

325 Sobre la necesidad de independencia en el Comisario, cabe considerar la STS de 17 de julio de 1992. Si bien atiende a la función de los peritos de seguros, sus conclusiones pueden entenderse igualmente aplicables a los Comisarios.

326 En concreto, las sanciones penales se configuran en los art. 459 CP (delito de falso testimonio: faltar a la verdad –“maliciosamente”-en su testimonio en causa judicial) y art. 460 CP (delito de falso testimonio: sin faltar sustancialmente a la verdad, alterarla con reticencias, inexactitudes o silenciar hechos o datos relevantes que le fueran conocidos).

del contrato, que se identifica con la labor judicial o arbitral desempeña por jueces y árbitros. En definitiva, conviene insistir en ello que no asume la tarea de intérprete del contrato.

Igualmente, cabe deslindar en este punto su función con la propia del liquidador de averías (*average adjusters, dispatcheurs*), limitada en exclusiva a esta operación. La actuación del Comisario es mucho más amplia como ya se ha tenido ocasión de explicar en otros apartados de este trabajo³²⁷. Respecto a tal labor liquidadora, en la práctica marítima lo habitual no es el recurso a la vía judicial sino más bien acudir a los mecanismos privados contemplados en los condicionados de las pólizas, y caracterizados por la intervención del liquidador de averías.

Por otro lado, y en relación con la eficacia probatoria de su actuación, es importante distinguir si la actividad la realiza unilateralmente (por designación de una de las partes) o bien designada de manera objetiva por Juez o por acuerdo entre ambas partes³²⁸. Ello tiene su relevancia a la hora de fijar su remuneración y la cuantía a la que alcanza. En sede judicial, tiene su interés al calificarse tal retribución como costa judicial, conforme señala el art. 241.1.4º LEC. De cara a la fijación del importe cabe atender a lo previsto en la norma reguladora de su estatuto profesional (art. 242.5 LEC).

El Comisario no representa a las partes, sino que emite un dictamen pericial cuyo objetivo no es otra que la de buscar su eficacia entre ellas. Ello requiere contar con el consentimiento expreso de las partes a su dictamen³²⁹. Esta cuestión enlaza con la relativa a la naturaleza jurídica de su actuación, que es a requerimiento de un tercero y tiene similitudes y semejanzas con mediador, agente, entre otros sujetos³³⁰.

En algunos ordenamientos, como en el Derecho italiano, se le reconoce al liquidador de la avería gruesa una equivalencia a la del árbitro en el Derecho privado. No obstante, teniendo en cuenta la función y actividades desempeñadas por el Comisario en nuestra práctica marítima parece excesivo calificarlo como árbitro. No encaja con la naturaleza jurídica prevista en nuestro ordenamiento para el arbitraje en Derecho privado. Su labor es técnica y no de resolución de un conflicto entre particulares, como sí caracteriza a la tarea desempeñada por un árbitro³³¹. El informe emitido por el Comisario es equivalente a otros informes emitidos por peritos en la materia, en este caso la propia de la navegación marítima, pero no se le puede atribuir *per se* un poder de coercibilidad equivalente a la decisión de un árbitro o, yendo más allá, a una sentencia judicial³³². Más bien, el Comisario en caso de siniestro desempeña una función de unidad auxiliar dentro del procedimiento de liquidación del daño.

327 En concreto, v. *infra* el capítulo quinto.

328 En este sentido, el Comisario puede ser designado por diversos sujetos en una operación de transporte. Al margen del asegurador, cabe atender al porteador de las mercancías, especialmente en casos de seguros de responsabilidad civil, al cargador o destinatario de las mismas.

329 TIRADO SUÁREZ, F. J., “Art. 38 LCS”, cit., p. 852.

330 Al respecto, v. lo previsto en la D.A. 10º LOSSEAR para peritos y comisarios de averías.

331 GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit. p. p. 679.

332 GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit. p. 679, p. 679.

3. EVALUACIÓN DE LOS DAÑOS

3.1. Cuestiones generales

La valoración del daño representa una de las “tareas fundamentales” del Comisario de Averías en la liquidación del siniestro, que precede a la obligación esencial del asegurador en favor del asegurado. En el ámbito marítimo, como es bien sabido, la liquidación del siniestro alberga dos fases. La primera está referida al procedimiento, que cuenta con dos modalidades: por abandono y por avería. La segunda se corresponde a la indemnización propiamente dicha.

Centrados inicialmente en la liquidación por abandono, esta se caracteriza por la transmisión al asegurador de la titularidad del interés asegurado y, *a posteriori*, la recepción por el asegurado de la indemnización prevista en el contrato. Este supuesto procede cuando concurre la pérdida total del interés asegurado y tiene su origen en una consolidada tradición aseguradora marítima. Es importante traer aquí a colación que la “pérdida total” no comprende únicamente la desaparición definitiva del interés - supuesto tradicional- o su destrucción completa, sino también aquellos supuestos de presunción de pérdida, pérdida total económica (*constructive total loss*) o convenida por ambas partes.

En esta modalidad de liquidación, la labor desempeñada por el Comisario se limita a constatar la concurrencia de los supuestos señalados como causas de abandono. A su actuación precede la propia declaración del asegurado en virtud de la cual comunica la existencia de las circunstancias mencionadas. El examen realizado por el Comisario no es tanto sobre las mercancías sino más bien sobre el cumplimiento del requisito necesario para el abandono³³³. Si el asegurador no acepta una declaración positiva de abandono no tiene más remedio que acudir a la decisión judicial, sin menoscabo de que las partes hayan acordado solicitar el dictamen de un Comisario. No obstante, la falta de acuerdo entre las partes implica la vía judicial para la resolución de la decisión favorable o no a la liquidación por abandono.

En relación con el segundo procedimiento, la liquidación por avería atiende a aquellos siniestros en los que no se pueda aplicar la liquidación por abandono. Se puede emplear la expresión “pérdida parcial” en contraposición a la “pérdida total” del supuesto anterior. En realidad, se trata de una variedad muy amplia en la que se van a integrar todos los daños –“averías”- consecuencia del acaecimiento del siniestro. En la doctrina se ha puesto de relieve la ausencia de un valor dogmático o unificador a la denominación de “averías” para toda esta pluralidad de daños³³⁴. Así, se hace referencia a la legislación internacional en la que se sustituye esta categoría por la de “accidentes de la navegación”³³⁵. De este modo, se consigue una mejora en la delimitación de los supuestos, ya que sólo trataría aquellos supuestos calificables como “accidentes”, que derivan de la especialidad técnica de la navegación y por ello requieren de una atención

333 GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit., p. 862.

334 RUIZ SOROA, J. M./ GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Manual de Derecho de la Navegación marítima*, 3ª ed., ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 692.

335 Como se observa, por ej., en los ordenamientos italiano y francés.

específica. Quedan al margen otros supuestos en los que también concurren daños, pero cuya solución está más bien ligada a las soluciones específicas de su régimen normativo³³⁶.

Este dato técnico debe ser evaluado por el Comisario para determinar si el siniestro procede de un accidente de la navegación o, por el contrario, se ha de buscar la causa de los daños en otro supuesto específico y que requiere contemplar también su propia normativa. Al respecto, cabe insistir en que la labor realizada por el Comisario es técnica y no jurídica. Es indudable su papel imprescindible en la valoración del siniestro y de la avería sufrida por el interés asegurado, pero no se ha de olvidar cuál es el verdadero valor alcance de su labor, en concreto de *lex artis*.

En él se incluirán no sólo los daños propiamente dichos, sino también las pérdidas derivadas de retraso y las responsabilidades derivadas de la actuación del asegurado (v. art. 426 LNM). En este supuesto será necesario la determinación del daño efectivamente sufrido a través de un procedimiento específico y más complejo que el anterior en el cual se atiende a las diversas circunstancias del caso y que requiere tener en cuenta la modalidad específica de cobertura (mercancías, buques, responsabilidad civil, principalmente).

Si atendemos en concreto a las modalidades de seguros marítimos, podemos observar la existencia de varios puntos de interés. Así, en el caso de los seguros de cascos, se observa algunos de ellos:

- la decisión del asegurado de no reparar los daños sufridos, porque el daño sufrido no impide la navegación y no afecta a la navegación del buque. De este modo, se pospone la reparación a un momento posterior y más oportuno, desde el punto de vista económico y empresarial, para el asegurado. Son las llamadas “reparaciones aplazadas”.
- enlazado con el punto anterior, la concurrencia de varios seguros sobre distintos riesgos y el hecho de que el asegurado opte por el aplazamiento de la reparación, suscita indudables dudas en el quién y en el cómo se ha de cubrir la indemnización (reparto parcial, proporcional). Más aún, si aplazada la reparación inicial, tiene lugar un segundo siniestro que incluso esté conectado con el primero, la situación torna todavía más compleja. Entre otros asuntos, en los que no podemos detenernos, se plantea la duda de si el segundo siniestro cubre o no la indemnización prevista en el primero.
- la entrada en “dique seco” para realizar las reparaciones necesarias y la identificación de las correspondientes a los riesgos cubiertos, excluyendo las que no lo sean. Este punto cabe ponerlo en relación con la conocida cláusula “*bottom treatment clause*”³³⁷.
- Sin menoscabo de ello, es habitual el recurso a las franquicias en esta modalidad aseguradora.

336 Así, en aquellos casos como los daños sufridos a consecuencia de arribadas forzosas o por naufragio o los gastos extraordinarios por interrupción de viaje, se requiere más bien acudir propiamente al contrato -de fletamento, normalmente- concluido entre las partes.

337 v. GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit. p. 865.

En los seguros de mercancías, igual que ocurre en el de buques, cabe también distinguir entre el abandono de las mercancías en los supuestos de pérdida total, por un lado, y el procedimiento de liquidación cuando la pérdida es parcial, por otro. Respecto del primero de ellos -pérdida total y abandono de las mercancías- también se comprende el ya mencionado supuesto de la pérdida total “constructiva”, siempre que la mercancía sea “razonablemente” abandonada, bien porque la pérdida total sea inevitable o bien porque su reparación, reacondicionamiento y reenvío excediera del valor que el interés asegurado tuviera en destino (v. la cláusula 3ª de las ICC-A)³³⁸.

Respecto del segundo, en la liquidación de la pérdida parcial se emplea el valor de las mercancías en origen como criterio para la determinación del daño sufrido. No obstante, cabe la inclusión de otros costes, como los gastos de transporte, las operaciones de estiba y desestiba y, en su caso, los beneficios esperados.

El procedimiento se realiza en el plazo de un mes desde que la entidad aseguradora recibe la notificación del siniestro (art. 437.1 LNM)³³⁹, a no ser que, por las características específicas del supuesto, sea conveniente darle un tiempo más amplio. La entidad aseguradora puede elegir que sea el Comisario de Averías quien se encargue del procedimiento o bien que, ante la posibilidad de discrepancia entre las partes, se articule su designación por acuerdo entre ambos bien antes del siniestro en el propio contrato de seguro o bien con posterioridad al acaecimiento del siniestro.

En este punto, conviene recordar el carácter dispositivo del que goza la regulación sobre los seguros marítimos en la LNM, conforme se establece en el art. 407.1, y a salvo de disposición expresa del propio legislador. Así, en el supuesto arriba mencionado el punto de partida es el criterio expresado en el art. 437.1 LNM, según el cual el asegurador deberá practicar la liquidación del siniestro en el plazo fijado en la póliza, el cual no puede superar el plazo del mes a contar desde la aceptación expresa o presunta en el procedimiento de abandono o desde que el asegurador acepte el procedimiento de liquidación por avería.

La normativa marítima reconoce valor vinculante al informe pericial del Comisario cuando asegurador y asegurado le hayan designado de mutuo acuerdo. Este nombramiento se puede realizar tanto con anterioridad como con posterioridad al siniestro (art. 437.4 LNM)³⁴⁰.

Nada se dice en relación con la ausencia de tal pacto, pero debemos entender que carece de fuerza vinculante para las partes, sin menoscabo de su valor como informe pericial. El sistema de designación en tal caso no aparece regulado por lo que debemos tener en cuenta, en primer lugar, los pactos entre las partes sobre la forma de proceder. En ausencia

338 “This insurance indemnifies the Assured, in respect of any risk insured herein, against liability incurred under any Both to Blame Collision Clause in the contract of carriage”.

339 La norma regula a partir de qué momento se debe computar dicho mes, a) en el caso de abandono, desde su aceptación expresa o presunta por el asegurador o desde la declaración judicial de su validez; b) en el caso de liquidación por avería, desde la aceptación del siniestro por el asegurador. Este plazo de un mes se considera como norma imperativa y no puede ser alterada por la voluntad de las partes, a diferencia de otros preceptos del seguro marítimo, que, como es sabido, cuenta con naturaleza dispositiva (art. 407.2 LNM).

340 No obstante, GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit. p. 679, no parece darle ese valor.

de tal práctica, cabe recurrir al procedimiento previsto en el art. 38 LCS, en cuanto al carácter subsidiario previsto para el seguro marítimo (art. 406.1 2º párrafo LCS).

Su labor es auxiliar a la prestada por la entidad aseguradora, que será quien -siempre que el interés y su riesgo hayan quedado cubiertos por un contrato de seguro- indemnice al titular del interés. En este sentido, y previamente a la actividad desarrollada por el Comisario, es frecuente la exigencia a la entidad aseguradora de la prestación de una garantía a su futura contribución. Habitualmente se suele emplear el mecanismo del aval para su formalización³⁴¹.

En conexión con este aval o garantía -puede asumir incluso la figura de un depósito-, suele resaltarse el papel a desempeñar por el propio Comisario en la gestión y control de esta documentación. Al respecto, cabe que el Comisario pueda realizar abonos parciales al asegurado, si bien considerando y examinando las circunstancias de cada supuesto³⁴². En este punto, suscita un interés destacado la falta de atención específica del legislador -al margen de lo previsto en el art. 38 LCS- y el reconocimiento a aquellos usos y prácticas mercantiles en el sector cuando el seguro sea calificado como de gran riesgo.

Finalmente, el informe pericial emitido por el Comisario de Averías puede contar con el acuerdo o desacuerdo de las partes, ya sea total o parcialmente. Si el disenso sólo fuera parcial, la entidad aseguradora estaría obligada a indemnizar la parte correspondiente -la aceptada- en la que haya acuerdo. Respecto de la cuantía no aceptada, cabe recurrir a la impugnación judicial del informe pericial en el plazo de 30 días a contar desde la notificación (art. 437.4 *in fine*). En cuanto a la sí aceptada debe cumplir con su desembolso, si quiera parcial, entrando en mora en caso contrario, con las consecuencias perjudiciales que lleva consigo.

En primer lugar, tenemos la facultad de liquidación de averías de manera efectiva a través de un procedimiento extrajudicial y amigable en el que se designa al Comisario³⁴³. El Comisario desempeña una labor auxiliar de colaboración en la liquidación del siniestro y en la determinación de la cuantía correspondiente a la indemnización.

No obstante, a falta de tal acuerdo, cabe el recurso a la vía judicial, en cuyo caso, junto a la normativa vigente en la LNM, debe también considerarse lo previsto en las *Reglas de York y Amberes* (en adelante, RYA). En referencia a tales RYA conviene no olvidar dos puntos; por un lado, que incorporan remisiones a los ordenamientos nacionales, y, por otro, el hecho de que se trata de acciones que afectan exclusivamente a los contratos de transporte, pero no a

341 GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit. p. 679.

342 Como se reconoce en las RYA, en concreto la nº XXII. Véase GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit. p. 679.

343 Así se recoge en el art. 446.4 Proyecto de Ley de 2008 (v. SANCHEZ CALERO, F./ TAPIA HERMIDA, A. J., “El contrato de seguro marítimo en la Ley de navegación marítima”, *RDM*, nº 295, 2015, p. 970) y se incorpora a la redacción finalmente vigente. Una segunda cuestión de interés en la liquidación del siniestro del Proyecto y de la Ley, se corresponde a la posibilidad reconocida al asegurador en la liquidación por abandono de la facultad de renunciar a la transmisión de la propiedad de las cosas abandonadas o de sus restos (art. 465 Proyecto). Con ello, pretende evitar la “*damnosa hereditas*” -como se afirma en la Exposición de Motivos- que implica para la entidad aseguradora el hecho de quedarse con unas mercancías a las que difícilmente puede encontrarles destino, dada su actividad aseguradora (*ibidem*, p. 970).

los específicos del seguro³⁴⁴. Como señalan las citadas reglas, se trata de plazos que pueden prorrogarse si las partes así lo acuerdan después de concluir la travesía marítima (Regla XXIII.a.ii RYA) y no se aplicarán entre las partes en avería común y a sus respectivos aseguradores (Regla XXIII.b RYA). En este sentido, se establece una serie de plazos para el ejercicio de las acciones de reclamación del importe indemnizatorio, en concreto un plazo máximo de doce meses para el ejercicio de la acción, a contar desde que se conoce el informe de liquidación. Y, en cualquier caso, este plazo nunca podrá superar los seis años contados a partir de la fecha en que tuvo lugar el siniestro objeto de cobertura (Regla XXIII.a.i RYA *in fine*). Por último, respecto a este punto, es importante destacar en estos plazos que pueden ser ampliados por acuerdo entre las partes tras la contingencia del siniestro.

3.2. Valoración e indemnización

Con el fin de fijar la indemnización a la que se encuentra obligado el asegurador, es preciso conocer cuál es el valor del interés asegurado y, en este caso, siniestrado. La fijación de dicho valor puede realizarse de forma convencional entre las partes o, en su defecto, recurrirse al criterio acogido en la normativa correspondiente (LCS, LNM).

En el primer caso, las partes, de común acuerdo, pueden fijar en la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato el valor del interés asegurado que servirá de referencia en caso de siniestro para el cálculo de la indemnización (art. 28 LCS). La estimación del valor del interés asegurado deberá realizarse de forma clara e inequívoca. El compromiso de tal acuerdo estimatorio es evidente si tenemos en cuenta que el asegurador sólo podrá impugnar el valor estimado cuando su aceptación haya sido prestada por violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente (art. 28.3 LCS). Este último apartado pone de relieve que el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injustificado para el asegurado (art. 26.1 LCS).

En cuanto al criterio legal, la LCS sí recoge expresamente un mecanismo de valoración del interés asegurado en los seguros de transporte de mercancías (art. 62). Aunque la LCS indica que tal criterio se aplicará en caso de pérdida total, no parece que exista justificación para no emplearlo en el supuesto de que el daño fuera sólo parcial.

En cuanto al régimen legal de valoración del interés asegurado, se distingue si las mercancías están destinadas a la venta o no. En el primer caso, el valor de las mercancías en destino sirve de referencia para determinar el interés asegurado. Por tanto, se entiende incluido el lucro o beneficio esperado por el asegurado con la operación de transporte. No obstante, el Tribunal Supremo no mantiene un criterio uniforme respecto de la subsunción del beneficio esperado en este seguro o requiere una cobertura específica³⁴⁵.

344 Así, lo recuerda, GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit. p. 680.

345 En este punto, cabe traer a colación las SSTS de 15 de junio de 1988 y de 8 de marzo de 1990.

En caso de mercancías no destinadas a la venta, el criterio se corresponde con el valor de las mercancías en el lugar y momento en que se realice la carga. Además, se comprende también los gastos originados para su entrega al transportista (gastos de embalaje, almacenamiento, custodia, entre otros) y el precio del seguro.

En cuanto a la determinación del valor del interés asegurado, el art. 62 LCS establece que se atenderá a la estimación alcanzada entre tomador del seguro y asegurador. En caso de ausencia de acuerdo de estima, el criterio distingue en atención al destino de las mercancías. Así, en el caso de que las mercancías estén destinadas a la venta, la indemnización se regulará por el valor que las mercancías tuvieran en el lugar de destino. En caso contrario, la indemnización cubrirá el precio que tengan las mercancías en el lugar y en el momento en que se carguen y, además, todos los gastos realizados para entregarlas al transportista y el precio del seguro si recayera sobre el asegurado.

En caso de estimación del valor del interés asegurado por las partes, se puede incurrir en situaciones de seguro pleno, sobreseguro e infraseguro, sin que ello suponga excluir las reglas de aplicación existentes al respecto (arts. 30 y 31 LCS). Además, no se debe olvidar el significado del principio indemnizatorio en los seguros de daños, conforme al cual el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injustificado para el asegurado (art. 26 LCS).

3.3. Pago de la indemnización

El asegurador está obligado a indemnizar al asegurado una vez realizada las operaciones antes mencionadas. No obstante, el art. 18 LCS establece que, en cualquier caso, deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurado pueda deber, según las circunstancias por él conocidas. Incluso en el supuesto de que el dictamen pericial sea impugnado (art. 38.8 LCS).

En caso de retraso en el pago, el asegurador incurre en mora y se verá obligado a abonar los correspondientes intereses moratorios (art. 20 LCS). Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el importe y el modo de realizar la prestación indemnizatoria, se podrá acudir a un sistema pericial. Asimismo, el asegurador, cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado (art. 18.2 LCS).

El deber del asegurado o del tomador del seguro de aminorar las consecuencias del siniestro tiene su reciprocidad en el deber del asegurador de rembolsar los gastos ocasionados por la adopción de tales medidas (art. 17 LCS). Los gastos deberán ser oportunos y proporcionados a los bienes salvados y serán abonados por el asegurador hasta el límite fijado en el contrato, sin que puedan exceder de la suma asegurada, incluso si tales gastos no han tenido resultados efectivos o positivos. Entre tales gastos, en sede de seguros de transporte, se incluye además los que fueran necesario o conveniente realizar para reexpedir los objetos transportados (art. 61.1º LCS).

Cuando las mercancías sean perecederas o de fácil deterioro o puedan perderse definitivamente, el porteador deberá venderlas con intervención de la autoridad competente.

No obstante, es conveniente comunicar tales circunstancias al asegurado y solicitarle instrucciones al respecto (art. 17 *in fine* LCS).

Finalmente, cabe indicar que la LCS reconoce un derecho de abandono al asegurado en caso de pérdida total del vehículo (art. 61.2º). Los plazos y requisitos de esta institución — procedente de los seguros marítimos y novedosa en los terrestres— deben indicarse en la póliza. Aunque tal derecho sólo aparece referido al abandono del vehículo en caso de pérdida total, el principio de autonomía de la voluntad implica reconocer que las partes pueden extenderlo a otras situaciones, cuando resulte más beneficioso para el asegurado (sobre la autonomía de la voluntad en el contrato de seguro, v. art. 2 LCS).

3.4. Actuación del Comisario durante la liquidación

Lógicamente, en el procedimiento de liquidación el Comisario también es destinatario del deber del asegurado, tomador o beneficiario de informar de manera continuada de las cuestiones relativas al siniestro. Con la finalidad de que así pueda preparar la liquidación técnica a facilitar al asegurador, se puede incluso proponer determinadas medidas de salvamento que puedan servir para aminorar el siniestro y también para evitar las posibles manipulaciones posteriores del siniestro en contra de los intereses del asegurador³⁴⁶. Al respecto cabe destacar la exigencia al Comisario de averiguar cuáles son los documentos a los que tiene derecho de acceso en el despliegue de su actividad, ya sean relativos al buque, al medio de transporte o al mismo accidente. Imprescindibles para la determinación y valoración del siniestro. En cuanto a los deberes, puede ser útil reconocer los deberes de confidencialidad y diligencia, en un sentido parecido al recogido en el art. 283 LEC, respecto del perito, ya sea en juicio o fuera de él.

Sin ánimo de exhaustividad, se puede expresar en este punto los siguientes deberes y obligaciones:

- 1) El Comisario debe cumplir la legislación vigente en la materia objeto de su actividad.
- 2) El Comisario debe actuar con la diligencia profesional propia de un especialista en la materia. En ese sentido, se requiere el cumplimiento deberá cumplir con el código deontológico de la profesión.
- 3) El Comisario debe cumplir los encargos solicitados, con autonomía e independencia, pero velando por la protección de los intereses de los sujetos que lo contratan.
- 4) El Comisario debe actuar con transparencia, evitando que en el desarrollo de su actividad concurra algún conflicto de intereses con aquel que le contrate. No obstante, cabe la posibilidad de contar con la autorización expresa de quien le encargue su contenido, a semejanza de otros instrumentos contractuales, como en la comisión (v. art. 267 CdC).
- 5) El Comisario debe emitir un informe razonado relativo al encargo que se le haya asignados.
- 6) Igualmente, debe informar sobre todas las circunstancias relativas al encargo que se le ha hecho. Este informe contará con información suficiente sobre el hecho dañoso y las circunstancias que lo envuelven.

346 v. GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “La declaración del siniestro y la información complementaria” en VERDERA Y TUELLS, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley del contrato de Seguro*, T. I, ed. CUNEF, Madrid, 1982, p. 428 ss.

Una vez designado el Comisario, las partes están obligadas a colaborar con él en la actividad que tiene encomendada, con el fin de que pueda elaborar del modo más completo posible el informe pericial. Para ello, sirve de referencia las Reglas de York y Amberes (en adelante, RYA) según las cuales -versión 2016- en su apartado E se impone a todas las partes en la aventura marítima común el deber, tan pronto como les sea posible, de proporcionar la información detallada del valor asegurado con respecto a su interés contributivo y, en caso de avería gruesa, habrán de notificar por escrito al liquidador de averías la pérdida o el gasto cuya indemnización reclaman, debiendo aportar la prueba que lo justifique” (ap. E.2 RYA)³⁴⁷.

El hecho de no facilitar información por las partes puede suscitar ciertas dificultades al Comisario en la elaboración del informe, pero si no le impide realizar la actividad contará con más libertad para llevarla a cabo. No obstante, puede afectar al resultado final, en cuanto haya cuestiones que, por falta de información, no hayan quedado suficientemente explicadas. En cualquier caso, el Comisario no sería responsable, ya que ha actuado con diligencia profesional y conforme a la información facilitada por las partes (v. ap. E.3 RYA)³⁴⁸. Las consecuencias negativas de la falta de información deberían sufrirlas únicamente aquella parte -o ambas, si fuera el caso- que no haya facilitado información suficiente, la haya negado o incluso sea incorrecta.

No obstante, no puede olvidarse la importancia que ya se otorgaba a la transparencia en el CdC, con anterioridad a la reforma de la LNM. Así, el ya derogado art. 847 CdC reconocía a cualquiera de los interesados que no estuvieran conformes con la liquidación practicada, la facultad de solicitar la intervención de la autoridad judicial a fin de citarles, dándoles audiencia para conocer los motivos de su discrepancia³⁴⁹.

347 Al respecto, v. GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso...*, cit. p. 679.

348 Como señala la Regla E, apartados 2 y 3:
 “3. A falta de notificación, o si alguna de las partes no proporciona datos que fundamenten una reclamación notificada, dentro de los 12 meses siguientes a la terminación de la aventura marítima común o al pago del gasto, el liquidador de averías tendrá la libertad de estimar el alcance de la indemnización sobre la base de la información disponible para el mismo. Los detalles del valor se proporcionarán dentro de los 12 meses siguientes a la terminación de la aventura marítima común, sin lo cual el liquidador de averías tendrá la libertad de estimar el valor contributivo sobre la misma base. Tales estimaciones se comunicarán por escrito a la parte interesada. Los presupuestos sólo podrán ser impugnados en el plazo de dos meses desde la recepción de la comunicación y únicamente por ser manifiestamente incorrectos”.

349 El precepto indicado, si bien derogado, afirmaba que: “Tanto en el caso de hacerse liquidación de las averías privadamente en virtud de lo convenido, como en el de intervenir la autoridad judicial a petición de cualquiera de los interesados no conformes, todos serán citados y oídos si no hubieren renunciado a ello.
 Cuando no se hallaren presentes o no tuvieren legítimo representante, se hará la liquidación por el Cónsul en puerto extranjero, y donde no lo hubiere, por el Juez o Tribunal competente, según las leyes del país, y por cuenta de quien corresponda” (art. 847 CdC).
 Cuando el representante sea persona conocida en el lugar donde se haga la liquidación, se admitirá y producirá efecto legal su intervención, aunque sólo esté autorizado por carta del naviero, del cargador o del asegurador.

4. EL INFORME PERICIAL

4.1. Cuestiones generales

Tradicionalmente, se ha reconocido como una de las actividades esenciales del Comisario la emisión de certificados de averías como requisito indispensable para que el asegurado tuviera derecho a recibir la indemnización del asegurador³⁵⁰. En esta sede, analizaremos el significado de esta documentación, los objetivos que se pretende alcanzar con su empleo y su distinción respecto de figuras afines.

La actuación del perito se documenta mediante la elaboración de determinados informes y su posterior entrega a quien se lo haya encargado, bien por la vía contractual o bien por la judicial, ambas ya comentadas. En este sentido, no podemos olvidar que la actividad del Comisario se enmarca dentro de los arrendamientos de obra (arts. 1588-1600 CC)³⁵¹.

En dichos informes el Comisario aplicará sus conocimientos técnicos y profesionales sobre lo que haya sido objeto de su pericia (v. art. 336.2 LEC). Esta “pericia”³⁵² ha de desplegarse con la máxima objetividad e imparcialidad y sometiendo lo dictaminado a la “explicación, aclaración y complemento, con plena contradicción”. Todo ello sin menoscabo del margen de libre valoración del propio Comisario, apreciando la diversidad y amplitud en la tarea encomendada. Igualmente, conviene no olvidar que la exigencia de objetividad, no puede obviar que actúa por cuenta de parte, salvo que nos encontremos en supuestos de nombramiento por el Juez o por la Junta Arbitral de Transporte, a los que puede aplicarse análogicamente lo previsto en el art. 38 LCS.

En sede judicial, se reconoce su papel de investigación y de comprobación de la veracidad de los hechos relevantes concurrentes al proceso. Así, desempeña un carácter instrumental respecto de otros medios de prueba en juicio. No obstante, conviene distinguir el significado, por un lado, del *informe* como medio de prueba, y, por otro, del mismo Comisario, como *f fuente* de la prueba, es decir, de dicho informe. Y ello teniendo en cuenta que el juicio emitido por el juez se realiza conforme a las reglas de la sana crítica y, en cambio, el juicio emitido por el Comisario se ampara en las propias reglas profesionales.

Por otro lado, una cuestión que conviene diferenciar con claridad el significado del informe técnico respecto del informe pericial. Y ello es de especial interés si, como se ha indicado en los capítulos precedentes, tenemos en cuenta la proximidad creciente entre las figuras del Comisario y el perito de seguros³⁵³, en un intento paulatino de asimilación de lo especial a lo general.

350 ARIAS FUERTES, J., *Derecho marítimo: personas e instituciones que intervienen y carácter con que lo hacen en el tráfico marítimo, con especial atención al Comisario de Averías*, Madrid, 1971. p. 19.

351 TIRADO SUÁREZ, F. J., “Art. 38 LCS”, cit., p. 852, en línea con otros autores; entre muchos, v. BATALLER GRAU, J., *La liquidación del siniestro en los seguros de daños*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1997, pp. 269 ss.

352 Cabe considerar la especialidad de la “pericia” del Comisario en asuntos relativos a la navegación marítima, las mercancías transportadas y los medios empleados para ello.

353 Señala TIRADO SUÁREZ, F. J., “Seguro de transporte ...”, cit., p. 604, que se ha producido una “asimilación de lo específico a lo genérico” entre el Comisario de averías y el perito. Más discutible es la opinión del autor afirmando que no existen riesgos determinados en la navegación marítima.

La normativa no hace referencia al cómo se ha de llevar a cabo la elaboración de ambos informes, siendo preciso para ello acudir a las propias pólizas en las que se fija cuál es su contenido y la labor asignada al Comisario para su desempeño. Desde el punto de vista jurídico, tiene un mayor interés el segundo de ellos -informe pericial-, porque en él se refleja cuál es la extensión de los daños, el valor de su reparación o sustitución y las causas que lo han motivado. Por ello, a continuación, nos centraremos principalmente en él. No obstante, no por ello es de menor importancia el informe técnico, pues es el que sirve de sustento y fundamento para los resultados presentados en el informe pericial.

La elaboración del informe pericial se puede realizar de modo individual o conjunto. A diferencia del primero, elaborado por cada perito, en el segundo, su elaboración requiere de la participación de varios de ellos y el acuerdo favorable a su elaboración en común.

Respecto de la estructura del informe, la práctica del sector suele indicar los siguientes puntos:

1. Remitente y destinatario
2. Descripción detallada de los motivos que han requerido su intervención
3. Factura comercial
4. Tipo de embalaje de la mercancía
5. Modo de estiba
6. Medio o medios de transporte empleados
7. Identificación del porteador y, en su caso, de los porteadores sucesivos
8. Documentación del transporte
9. Persona que solicita la inspección
10. Lugar de la inspección
11. Fecha de la inspección
12. Descripción de los hechos
13. Alcance del siniestro
14. Causa del siniestro
15. Observaciones.

4.2. Contenido del informe

Si bien en la normativa vigente no existe una relación de cuál ha de ser la estructura del informe, sí se aprecia un contenido mínimo que se debe incluir en el dictamen pericial a tenor de lo estipulado en el quinto párrafo del art. 38 LCS. Aún referido el citado apartado a la elaboración del informe conjunto, no parece concurrir motivo que, en caso de ser individual, el informe pueda prescindir de dicho contenido.

Así, la norma prevé que en el informe se harán constar, al menos, “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”. A continuación, analizamos cada uno de estos apartados y su contenido en el informe.

En primer lugar, el precepto hace referencia a *las causas del siniestro*. El estudio del Comisario, como venimos resaltando, no se trata de un juicio valorativo, sino técnico de cuáles son estas causas concurrentes al siniestro objeto de análisis. En este sentido, sí cabe que indique si ha participado o no el asegurado o un tercero en la producción del siniestro, pero no corresponde a su competencia la calificación jurídica de la conducta realizada por cualquiera de ellos³⁵⁴.

El segundo de los apartados que precisa el informe pericial se corresponde a *la valoración de los daños*. Esta labor evaluadora conecta con un apartado inicial del art. 38 LCS, según el cual incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos, pero el contenido de la póliza cumple una función presuntiva de ello “cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces” (segundo párrafo). A continuación, el Comisario debe analizar cuáles han sido los daños sufridos y el valor atribuido a ello. Con tan finalidad, es importante traer a colación el significado del principio indemnizatorio en los seguros de daños (art. 26 LCS)³⁵⁵. Así, para la determinación del daño se atenderá como valor del interés asegurado de referencia al correspondiente al momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro (valor final), salvo que las partes acuerden fijarlo previamente. En este punto, nos referimos a la posibilidad de que las partes del seguro acuerden fijar -*estimar*- un valor al interés asegurado, en el momento de conclusión del contrato o en uno posterior, que sirva de referencia para el cálculo de la indemnización. Se trata de la figura conocida de la póliza estimada, en cuyo estudio no podemos ahora detenernos³⁵⁶.

En cualquier caso, sea estimado el valor final del interés o haya de ser objeto de cálculo, el Comisario tiene la misión de examinar cual es el valor residual del interés, es decir, cuál es el resultante tras el acaecimiento del siniestro. La diferencia entre ambos valores -final y residual- permite colegir cuál es el daño efectivamente causado por el siniestro en el interés objeto de cobertura.

Como tercer apartado de este contenido mínimo, el art. 38 LCS requiere que se detalle también en el informe en liza “... las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del propio seguro de que se trate”. Como hemos indicado, no está claro cuál es el sentido y la extensión que comprenden tales circunstancias, ciertamente complejas. Al respecto, cabe atender a aquellas que puedan influir en la determinación de la indemnización. Con razón, entre nosotros³⁵⁷, se ha puntualizado que se debe examinar las indicaciones señaladas -y su exactitud- en la póliza (suma asegurada, objeto asegurado, riesgos, ...) y, en su caso, las declaraciones de las partes contenidas en el propio contrato. Todo ello permite reconocer si se puede estar dando una situación de seguro pleno, infraseguro o sobreseguro, entre otras.

354 Así, v. TIRADO SUÁREZ, F. J., “Art. 38 LCS”, cit., p. 856, siguiendo a MORELLI, G., “Appunti sulla pericia contrattuale nelle assicurazioni private”, *Diritto e Pratica nell’Assicurazione*, núm. 3, 1982, p. 633.

355 Sobre el tema, v. nuestro trabajo *El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado*, ed. Comares, Granada, 2005. El art. 26 LCS se reconoce como corolario del principio indemnizatorio en los seguros de daños.

356 Sobre la misma, v. nuestro trabajo, *La póliza estimada. La valoración convencional de interés en los seguros de daños*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

357 TIRADO SUÁREZ, F. J., “Art. 38 LCS”, cit., p. 856.

Por último, el legislador, cambiando en su redacción final su alcance³⁵⁸, el informe del Comisario deberá contener la propuesta de importe líquido de la indemnización. Como ya se ha indicado, el hecho de que se trata sólo de una propuesta implica que sea exigible el acuerdo de las partes para que el informe pueda tener carácter vinculante para ellas. Cuestión al margen sería si es requisito necesario que tal pacto se pueda entender implícito en la conducta de las partes.

En cualquier caso, conviene no olvidar que los puntos mencionados se corresponden al contenido mínimo del informe. Ello significa, cabe resaltarlo, que este puede ser ampliado por voluntad de las partes y extenderse a otros puntos, según las circunstancias de cada caso y lo estipulado en el propio contrato entre el Comisario y quien le encargue la elaboración del informe.

Por otro lado, en caso de discrepancia entre los peritos -que han sido nombrados por cada parte- sobre algún punto del citado informe, se suele mantener como acta conjunta, si bien de manera separada allí donde concurra tal discrepancia, con el fin de evitar que ello pueda afectar al contenido completo de cada informe³⁵⁹. Es, por ello, comprensible que la tasación se realice por partes. De tal modo, si fuera necesario llamar a un tercer perito -conforme al régimen estipulado en el mismo precepto- a fin de resolver la controversia, este último perito no tendría que atender de nuevo a todos los puntos del informe, sino sólo aquellos en los que se hayan puesto de manifiesto divergencias de criterio.

El nombramiento de este tercer perito de conformidad tiene su justificación, como es sabido, en la discrepancia entre los informes emitidos por los designados por cada parte (art. 38, 6º párr. LCS)³⁶⁰. En cuanto a su participación, cabe resaltar que la presencia del tercer perito no implica, en modo alguno, que asuma un papel dirimente entre las dos posturas, sino que su función principal consiste en facilitar un acuerdo entre todos los peritos, sea a través de un dictamen por unanimidad o sea por mayoría (art. 38, 7º párr. LCS). Con ello, se reconoce que no tiene eficacia la emisión individual por el tercer perito de un nuevo dictamen, sino que deberá necesariamente realizarse de forma conjunta con los otros dos o, al menos, con uno de ellos para alcanzar una mayoría necesaria y dirimente³⁶¹.

358 Como es sabido en la elaboración de la norma, tuvo un cambio de la redacción del Proyecto de LCS, según el cual, esta actividad consistía en determinar “el importe líquido de la indemnización”. En cambio en el trámite parlamentario, se reconsideró como “propuesta”. Las consecuencias son evidentes en cuanto a la vinculación que el informe pueda tener respecto de las partes del seguro.

359 Así lo pone de manifiesto TIRADO SUÁREZ, F. J., “Art. 38 LCS”, cit., p. 857, siguiendo a DEL CAÑO, F., cit., p. 525.

360 El párrafo sexto ha sido objeto de reforma por la Disposición Final de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). En tal sentido, de no existir conformidad en la designación del perito, se podrá promover expediente conforme al modo establecido en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria o en la legislación notarial. En ambos casos, 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.

361 Así, TIRADO SUÁREZ, F. J., “Art. 38 LCS”, cit., pp. 860-861, y la STS 9 febrero 1995, citada por el mismo autor.

4.3. Plazo para su emisión

Según el art. 18 LCS, el asegurador está obligado a satisfacer al término de las investigaciones y peritaciones necesarias el importe de los daños resultantes del siniestro. En cualquier caso, se fijan dos plazos. Uno primero de cuarenta días desde la recepción de la declaración del siniestro para abonar el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas (art. 18 *in fine* LCS).

Un segundo plazo, más amplio, de tres meses desde la producción del siniestro para realizar el abono íntegro de la prestación al asegurado. En caso de no cumplir con tales plazos el asegurador entrará en mora (art. 20.3º LCS), con las consecuencias gravosas bien conocidas, es decir, el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente al momento del devengo e incrementado en un cincuenta por ciento (art. 20.4º, primer párr. LCS). Dicho interés anual no podrá ser inferior al veinte por ciento transcurridos dos años desde la producción del siniestro (art. 20 núm. cuarto, segundo párr. LCS).

Sin embargo, sin menoscabo de los citados plazos, la norma no especifica cuál es el período con el que cuenta el perito para la emisión de su informe, sino que se atenderá a lo previsto contractualmente por las partes y a las circunstancias de cada caso. Teniendo en cuenta la pericia profesional del Comisario sí cabría reconocer una responsabilidad profesional en caso de retraso respecto de los tiempos pactados, debiendo incluir el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del informe. En concreto, se trata de una responsabilidad de naturaleza contractual y derivada de la naturaleza del vínculo que le liga con la parte que le ha encargo el informe. Al respecto, como se ha indicado en otro capítulo de este trabajo, la naturaleza jurídica del contrato se aproxima a la figura del arrendamiento de obra, que, como es sabido, no cuenta con una regulación suficiente en nuestro ordenamiento³⁶².

4.4. Impugnación del informe

Una vez concluido su trabajo, la ley exige a los peritos la notificación del dictamen, tanto sea por unanimidad como por mayoría, su notificación a las partes -asegurador y asegurado- “de manera inmediata y de forma indubitada” (art. 38, 7º párr. LCS). No se indica plazos de tiempo para cumplir con este deber, lo que sí se exige es la constancia fehaciente de la comunicación del dictamen a las partes. El legislador no presta atención al incumplimiento por el Comisario, sino, como se verá más adelante, al del asegurador en el pago del importe de la indemnización (v. art. 38, 9º párr. LCS).

No obstante, el Comisario puede incurrir en responsabilidad por retraso no justificado o la falta de notificación a las partes. Esta responsabilidad del perito “moroso” se fundamenta en el deber de diligencia exigible al Comisario, que ha sido objeto de atención en otro capítulo del presente trabajo. Por ello, es importante para el Comisario recurrir a mecanismos de fehaciencia que sirvan para confirmar que ha cumplido con el citado deber.

A continuación, se reconoce a cualquiera de las partes en el contrato de seguro la posibilidad de ejercitar una acción de impugnación del informe, dentro del plazo de treinta días, en el caso del asegurador y ciento ochenta en el del asegurado, computados ambos desde

362 Así, TIRADO SUÁREZ, F. J., “Art. 38 LCS”, cit., p. 859.

la fecha de su notificación³⁶³. La ausencia de interposición de tal acción implica, en consecuencia, que el dictamen de los peritos devendrá inatacable.

Lógicamente, este carácter vinculante sólo tiene eficacia respecto a las partes del contrato y no frente a terceros (art. 38, 7º párr. LCS), ya que son los únicos vinculados por la decisión pericial. Además, esta impugnación puede realizarse por cualquier de las partes, sin distinguir quién ha sido el que haya nombrado al perito.

El dictamen del Comisario, al igual que el del perito, puede ser objeto de impugnación, con independencia de que pueda impugnarse por otros motivos ajenos a la cuantificación de la prestación debida³⁶⁴.

La norma no precisa cuáles son las causas de la impugnación, por ello debe acudirse al régimen general de los negocios jurídicos, como lo es el acuerdo de peritación entre las partes. Así, cabe considerar los supuestos contemplados en el art. 1265 CC, es decir, la nulidad del consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Por otro lado, cabe considerar los posibles incumplimientos de los requisitos específicos recogidos en el propio art. 38 LCS. En estos últimos, como en aquellos en los que afecta a la cuantificación de la indemnización pericialmente propuesta, se exige una atención a cada caso para conocer el alcance de tal incumplimiento. Al respecto, este no tiene lugar automáticamente, sino más bien sólo aquellas partes del contrato afectadas por la actuación negligente del Comisario o el defecto en la cuantificación.

Sin embargo, la normativa da distinto plazo a los asegurados y a los aseguradores para impugnar el dictamen. Como ya se ha mencionado, en el caso de los primeros el plazo es de ciento ochenta días a contar desde la notificación (de ahí la importancia de la notificación inmediata y de forma indubitada). En cambio, el plazo a los aseguradores se reduce a los treinta días. La resolución judicial deberá determinar si existe derecho a la indemnización por el asegurador y la cuantía a la que ésta alcanza. Para ello, puede recurrir al procedimiento de peritación, anteriormente explicado.

En el caso de que no se interponga acción de impugnación, como ya hemos indicado, el dictamen pericial devendrá inatacable (art. 38, 7º párr. LCS). En tal caso, el asegurador tiene un plazo de cinco días para abonar la indemnización al asegurado señalada por los peritos (art. 38, 8º párr. LCS).

El legislador, además, se ha preocupado por establecer un régimen de mora en caso de que el asegurador incumpla su obligación de abonar la indemnización, siempre que ésta haya devenido inatacable, es decir, trascurrido el período para ejercitar la acción de impugnación o rechazada judicialmente (art. 38, 9º párr. LCS).

Así, ante la necesidad del asegurado de acudir a un procedimiento judicial para reclamarle el cumplimiento al asegurador moroso, el importe indemnizatorio se incrementa conforme lo establecido en el art. 20 LCS, de reconocida gravosidad para las entidades aseguradoras. El devengo de los intereses de mora se inicia al momento de que la valoración del Comisario

363 De nuevo se pone de manifiesto la importancia para el Comisario de recurrir a mecanismos de fehaciencia de su actuación.

364 Al respecto, v. la STS de 5 abril 2010.

devino inatacable, incluyendo, además, los gastos originados por dicho procedimiento judicial. En este sentido, el legislador se ha preocupado porque la misma sentencia haga expresa referencia a la condena y al importe que alcanza. (art. 38, 9º párr. LCS).

5. OTRAS ACTUACIONES DEL COMISARIO DE AVERÍAS. EN CONCRETO, LAS OPERACIONES DE SALVAMENTO

La actuación del Comisario no se circunscribe necesariamente a las mencionadas en los puntos precedentes, sino que, por el contrario, puede asumir unas funciones más amplias, en atención a lo previsto en la póliza y lo pactado entre las partes.

En este sentido, sus conocimientos técnicos y su pericia implican, con frecuencia, un “acompañamiento” a los diversos partícipes en una operación de transporte que se sustancia en labores de asesoría y representación. El alcance de su cometido, lógicamente, dependerá de lo pactado por las partes en la póliza o en el contrato correspondiente. Dejando a un lado las labores en la liquidación del daño, en la que el Comisario se desempeña como un liquidador de averías *stricto sensu* (Comisario-Liquidador), sí cabe hacer una breve referencia a su papel en las labores de salvamento tras el acaecimiento del siniestro.

Como es sabido, entre las obligaciones del tomador y del asegurado en el contrato de seguro destaca el deber de evitar o aminorar los daños consecuencia del siniestro. En el ámbito de los seguros terrestres, esta figura –también denominada “deber de salvamento”– está regulada en el art. 17 LCS y exige al tomador y al asegurado desplegar todas las medidas a su alcance a fin de aminorar las consecuencias del siniestro³⁶⁵. En principio, y hasta el límite fijado en la póliza, los gastos de salvamento están comprendidos en la cobertura, siempre que no sean inoportunos o desproporcionados, incluso aunque las medidas aplicadas no resulten efectivas. Con la finalidad de cumplir tal cometido, los conocimientos y la pericia del Comisario desempeñan una función clave para evitar conflictos en este punto entre asegurador y asegurado. De este modo, su intervención permite reducir los costes derivados de una gestión ineficaz y antieconómica de un siniestro. Esta reducción de costes no es, en absoluto, contradictoria con el incremento inherente a la retribución del Comisario, pues su tarea evita los perjuicios derivados de un salvamento negligente y, sin pericia. Por un lado, porque elude las dificultades que pueda ocasionar la delimitación exacta de los daños efectivamente originados en el cumplimiento de tal deber. Por otro, gracias a las instrucciones que pueda impartir a los actores involucrados favorece *in situ* un comportamiento eficiente, reduciendo y aminorando perjuicios posibles e inoportunos. Aunque el precepto legal, haga referencia al asegurador como sujeto que imparte instrucciones al asegurado, se entiende válida la asignación de dicho rol al Comisario en la misma póliza.

Por otro lado, en la normativa marítima –a pesar del silencio del CdC– sí se atiende a dicho deber, tomando como punto de referencia el clausulado de las pólizas, en especialmente las

365 Como señalara GARRIGUES, J., *Contrato...*, cit., p. 167, este deber “... es una prolongación lógica del deber de mantener, sin agravarlo, el estado de riesgo”; si bien, mientras este último se califica como deber pasivo, a diferencia del deber de salvamento que requiere de una conducta activa por el asegurado. En este caso, facilitando la labor desempeñada por el Comisario de Averías.

de procedencia inglesa³⁶⁶, lo que implica una aproximación más realista a las prácticas habituales en el sector. Así, el art. 427.1 LNM señala que “El tomador del seguro o el asegurado y sus dependientes deben emplear todas las medidas razonables a su alcance para salvar o recobrar los efectos asegurados y, en general, para evitar o disminuir el daño consecuencia del siniestro”. Cuestión que queda pendiente de interpretar por los tribunales es qué se entiende por “medidas razonables” que no es idéntica a la de “medidas a su alcance” de la normativa terrestre y que, en nuestra opinión, se orienta en torno al estándar profesional del asegurado.

Además, el legislador marítimo le reconoce al asegurador una facultad de intervención en la decisión y adopción de tales medidas razonables, “... sin que su conducta prejuzgue, en ningún caso, la aceptación de responsabilidad por el siniestro” (art. 427.2 LNM).

Finalmente, y a diferencia de ya derogada regulación en el CdC, ahora el nuevo régimen marítimo se preocupa por señalar quién corre con la cobertura de tales gastos de salvamento. En tal sentido, frente a la atención dispersa del CdC en algunos preceptos (arts. 791, 792 y 795), la normativa marítima establece que el asegurador responderá, “en los términos fijados en el contrato”, no sólo de los gastos ocasionados como consecuencia del empleo de las “medidas razonables”³⁶⁷ en el salvamento del objeto asegurado, sino también en los daños causados en el mismo objeto asegurado (427.3 LNM).

366 Como indica MARTÍN OSANTE, J. M., “Obligaciones y deberes de las partes en el contrato de seguro marítimo y su reforma” en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (Dir.), *Estudios de Derecho Marítimo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 1050. Así, tiene cierta semejanza con la conocida cláusula de “*Sue and labour*”, presente tanto en las pólizas inglesas de seguros de mercancías como en las de buques, conforme a la cual se pretende que el asegurador cubra los gastos en los que “*properly and reasonably*” ha incurrido el asegurado para aminorar el daño o evitarlo.

367 Sobre el significado de las “medidas razonables”, v. RUIZ SOROA, J. M., RUIZ SOROA, J. M., “Contrato de seguro marítimo. Disposiciones generales y especiales referidas al seguro del buque, mercancías y responsabilidad” en ARROYO MARTÍNEZ, I. (coord.), *Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación marítima*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 218.

