

Una aproximación al seguro marítimo de defensa jurídica

Autora: VANESSA AMARELLE GUILLIN

Tesis doctoral UDC / 2017

Director: D. Jose Luís García- Pita y Lastres

Directora: D^a María Rocío Quintáns Eiras

Programa de doctorado en Derecho

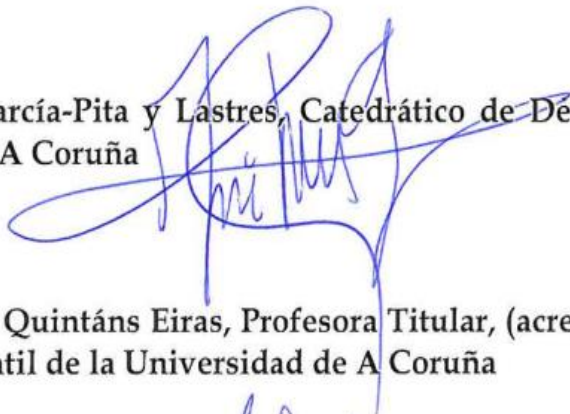


UNA APROXIMACIÓN AL SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA

Tesis doctoral que presenta la Licenciada
Vanessa Amarelle Guillín para obtener el grado de Doctor
en Derecho, dirigida por el Prof. Dr. D. Jose Luís García- Pita y Lastres y la
Profra. Dra. D^a M^a Rocío Quintáns Eiras

V^o B^o

D. Jose Luis García-Pita y Lastres, Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad de A Coruña



D^a María Rocío Quintáns Eiras, Profesora Titular, (acreditada Catedrática) de
Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña



A Coruña 2017

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

AGRADECIMIENTOS

Me gustaría agradecer en primer lugar a mis directores de tesis, el profesor Jose Luís García- Pita y la profesora Rocío Quintáns, por sus correcciones, por sus ideas, por su tiempo, por plantearme dudas, y sobre todo por comprender los malabarismos que conlleva trabajar y hacer una tesis doctoral al mismo tiempo ... Sin ellos, este trabajo habría sido infinitamente peor.

A mis padres, por haberme inculcado los valores del esfuerzo y el trabajo, porque sin su ejemplo y su apoyo, nunca hubiese comenzado, -mucho menos terminado-, esta aventura. A mi hermana Natalia, por sus verdades sin piedad que inspiran el alma y espabilan los miedos a partes iguales.

A Maxi, por ser el mejor compañero de viaje.

A mis amigos, por creer más en mí que yo misma.

Gracias.

RESUMEN

El presente trabajo analiza el seguro de defensa jurídica en el ámbito marítimo, partiendo de los procesos marítimos como fuente de riesgos, y del seguro de defensa jurídica regulado en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, norma que excluye expresamente de su ámbito objetivo de aplicación, aquellos litigios o riesgos derivados del uso de buques o embarcaciones marítimas.

En la medida en que se somete a fuentes formales e instrumentales del Derecho y del Seguro marítimos y se expone a auténticos riesgos de la navegación, existe el seguro marítimo de defensa jurídica como institución marítima.

Las entidades aseguradoras que ofertan esta cobertura, denominada FD&D, a los operadores marítimos son los Clubs P&I, mutuas a prima variable que condicionan absolutamente el propio contrato de seguro, consistente en unas normas estándar para todos los Asociados, en las que se atribuyen al Comité y Directores importantes facultades de control sobre la cobertura y el siniestro, y ello en detrimento de los derechos del asegurado.

RESUMO

O presente traballo analiza o seguro de protección xurídica no eido marítimo, en base ós procesos mariños como fonte de risco, e ó seguro de protección xurídica regulado pola Lei 50/1980, de 8 de outubro, de Contratos de Seguro, norma que exclúe expresamente da súa área de aplicación obxectiva, aqueles litixios ou riscos que resulten da utilización de buques ou embarcacións marítimas.

Na medida en que está suxeito a fontes formais e instrumentais do Dereito e Seguro marítimos, e expónse a auténticos riscos da navegación, existe un seguro marítimo de protección xurídica como institución marítima.

As compañías de seguros que ofrecen esta cobertura, coñecida como FD&D, ós operadores marítimos son os Clubs P&I, mutuas a prima variable, que condicionan absolutamente o contrato de seguro, que consiste nunhas regras estándar para todos os Asociados, nas que se atribúen ó Comité e ós Directores importantes facultades de control sobre a cobertura e o sinistro, en detrimento dos dereitos do asegurado.

ABSTRACT

The present work analyzes the legal defense insurance in the maritime area, on the basis of maritime processes as a source of risks, and of legal defense insurance regulated in Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, a rule which expressly excludes from its objective scope of application those disputes or risks arising from the use of ships or maritime vessels.

Insofar as it is subject to formal and instrumental sources of Maritime and Insurance Law and it is exposed to real risks of navigation, there is maritime legal defense insurance as a maritime institution.

The insurance companies that offer this coverage, called FD&D, to the maritime operators are P&I Clubs, mutual insurance companies with variable premiums, that absolutely condition the insurance contract itself, which consists of standard rules for all Associates, in which important powers are attributed to the Board and Managers for controlling both coverage and casualty, at the expense of insured's rights.

INTRODUCCIÓN

El seguro de defensa jurídica está, en la actualidad, consolidado en la práctica asegurativa, incluyéndose como cobertura complementaria en multitud de seguros ofertados por las aseguradoras multirramo, y como seguro autónomo e independiente en otros casos, lo que ha de ponerse en relación con la idea de derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 de nuestra Constitución, e incluso con los arts. 25 y 105 de la Constitución en materia de actos administrativos y sanciones.

Sin embargo, el art. 76.g) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, excluye expresamente, de su ámbito de aplicación: “la defensa jurídica que tenga por objeto litigios o riesgos que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas”, exclusión cuyo alcance todavía hay que aclarar, ya que aunque parece absoluta, no debe perderse de vista que el riesgo marítimo no se ha excluido con carácter general de la LCS, y teniendo el sector marítimo un gran peso en la economía de los distintos países, y sobre todo, un papel fundamental en el transporte internacional de mercancías, resulta de especial interés abordar el estudio del seguro de defensa jurídica precisamente en ese ámbito: el marítimo.

En los últimos años se han producido importantes cambios en el Derecho de Seguros, por un lado, en la normativa de ordenación y supervisión en el marco de la Directiva Solvencia II, y especialmente en materia de seguros marítimos, con la aprobación de la vigente Ley de Navegación Marítima que recoge de manera actualizada su regulación, superando la obsoleta regulación decimonónica del Código de Comercio de 1885. Sin embargo, ninguna referencia, al menos expresa, encontramos al seguro marítimo de defensa jurídica.

En consecuencia, se acomete la elaboración de la presente tesis doctoral con el objetivo de verificar si realmente existe en la realidad negocial asegurativa el seguro marítimo de defensa jurídica, y ante la eventual respuesta afirmativa, cuáles son los elementos configuradores del contrato, determinando si se trata de una categoría independiente, o una mera cobertura adicional, de manera similar a la prevista en el art. 74 de la LCS para los supuestos de responsabilidad civil. Precisamente como el riesgo a asegurar es el eventual daño económico causado por una reclamación o un procedimiento al

asegurado, resulta imprescindible prima facie analizar los riesgos que conllevan los procedimientos marítimos, y si ello, agrava o altera de algún modo el seguro de defensa jurídica vinculado a la navegación marítima.

A la hora de determinar la metodología a emplear, se ha topado con un inconveniente, y es la escasísima, prácticamente inexistente, literatura sobre el tema concreto objeto de estudio, por lo que la aproximación se inicia desde la bibliografía general en materia de seguro de defensa jurídica, -en el marco regulador de la LCS-, de seguro marítimo en general, y de los Clubs de P&I como aseguradoras especializadas en el ámbito marítimo. Ese inconveniente, ha supuesto desde otra óptica, un interesante aliciente para investigar el SMDJ a través de las normas de Flete, Sobreestadía y Defensa (FD&D) que las propios Clubs tienen disponibles para el público en sus webs corporativas, y que constituyen el marco regulador que delimita el seguro comercializado en la práctica.

Debe advertirse que no se han abordado todas y cada una de las cuestiones susceptibles de análisis, como por ej. el papel del INCAM Panel¹, los elementos formales y personales del siniestro, el eventual carácter delimitador de la cobertura o limitativo de derechos de algunas de las previsiones contenidas en las FD&D Rules de los Clubs P&I, e incluso, si ese clausulado sería susceptible de incardinarse en las denominadas condiciones generales de la contratación... en tanto en cuanto, son impuestas por la aseguradora. Se ha optado por hacer una panorámica general, una aproximación como indica el título de esta tesis doctoral a la institución objeto de estudio, centrándome en aquellas características más peculiares, y dejando abiertas posibles líneas de investigación para el futuro.

En el Capítulo 1 se aborda el análisis de los procesos marítimos como fuente generadora de riesgos, partiendo de la jurisdicción marítima británica y estadounidense, así como las especialidades procesales que en este ámbito material son más representativas, especialmente las *acciones in rem* por permitir el embargo preventivo del buque en el puerto en el que se encuentren; para a continuación abordar las especialidades en España introducidas por la LNM, tanto a nivel procesal como aquellos expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante notario. Se termina el capítulo esbozando

¹ IMCAM son las siglas del “International Maritime Conciliation and Mediation Panel”, es decir, el Panel para la Conciliación y Mediación Marítima Internacional, creado en 2005. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “La mediación en el ámbito jurídico internacional: el caso marítimo”, *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, 2010, pp. 305-317.

INTRODUCCIÓN

una panorámica del arbitraje marítimo internacional como método alternativo de resolución de controversias de mayor flexibilidad y adaptabilidad al elemento marítimo de estos procesos.

En el Capítulo 2 y con carácter previo al análisis del Seguro Marítimo de Defensa Jurídica (SMDJ) propiamente dicho, se establecen como punto de partida unas consideraciones previas sobre el Seguro de Defensa Jurídica (SDJ) regulado por la Ley de Contrato de Seguro, con contraposición a aquellos elementos definitorios y diferenciadores de los seguros marítimos en general, para poder someter a debate si existe un auténtico SMDJ y cómo es esa “maritimidad” del mismo.

El Capítulo 3 estudia el elemento subjetivo del asegurador, y dado que la cobertura de defensa jurídica marítima se articula en torno a los Clubs de Protección e Indemnización, su origen histórico, su contextualización en el mercado inglés, su forma societaria y los documentos básicos que rigen su actividad, así como la proyección internacional de los trece Clubs más importantes, y finalmente, la situación legislativa en España, con especial mención de la prohibición por parte de la LOSSEAR de las mutuas a prima variable en nuestro país.

Los Capítulos 4, 5 y 6 acometen el análisis del contrato de SMDJ, aunque se ha optado por abordar aquellas cuestiones más paradigmáticas y diferenciadoras de la defensa jurídica marítima, frente a la “terrestre”, aunque hemos de reconocer, que gran parte de esas peculiaridades vienen condicionadas por la propia aseguradora, y el régimen de funcionamiento de los Clubs de Protección e Indemnización (Clubs P&I), con paralelismos con otras coberturas prestadas por estas entidades. De este modo, en el Capítulo 4, se aborda el concepto y los elementos del contrato, tanto personales como formales, aunque respecto de los primeros ya no el Club como entidad mutua, sino desde la perspectiva de las personas físicas que interactúan en la configuración del mismo con los asegurados.

En este apartado, se incluye asimismo un epígrafe relativo a la excepcionalidad de las embarcaciones de recreo, y ello, porque los elementos contractuales tanto personales como formales en este caso difieren de lo comentado respecto de los buques inscritos en los Clubs de P&I.

El Capítulo 5 lleva por título la cobertura, y precisamente ese el contenido del mismo: los riesgos incluidos, las exclusiones y el elemento temporal de la cobertura en relación con la verificación del siniestro, porque en este tipo de seguro, al igual que ocurre en el regulado por la LCS, la duración y dilación en el tiempo de la prestación asegurada, dificulta en gran medida su ubicación temporal en un punto exacto de la cronología de la relación contractual.

Se finaliza el capítulo analizando unos aspectos de gran trascendencia como son las restricciones a los derechos al asegurado en materia de cobertura, tanto por la inexistencia del derecho a la libre designación de profesionales, como a la regulación de las discrepancias y los conflictos de interés, para terminar con la posibilidad que se reserva la aseguradora de extinguir el contrato en cualquier momento, cuando se den determinadas circunstancias.

Finalmente el Capítulo 6 en relación con el siniestro, se centra en aquellas peculiaridades de la institución jurídica, tanto en lo relativo a los deberes del asegurado tras la producción del siniestro, con mención expresa del principio de abono previo tan característico de los Clubs de P&I, como a las amplias facultades y poderes que se reservan los órganos principales de la aseguradora, (Comité y Managers) en relación con el control y la liquidación de las reclamaciones.

En último lugar, y dada la especial relación jurídica que se articula entre los profesionales jurídicos, (y otros peritos expertos cuya intervención podría ser necesaria dependiendo de los casos), y los clientes por la intervención directa del asegurador, quien no sólo ejerce control, sino también la dirección técnica de los asuntos, se plantean, como jurista, las posibles colisiones entre la manera de prestar la cobertura los Clubs de P&I y las normas deontológicas de la Abogacía.

Se procede, por tanto, al desarrollo y estudio de esta institución jurídica, desconocida en los textos legales, en la doctrina y en la jurisprudencia, pero perfectamente consolidada entre las coberturas ofertadas por los mencionados Clubs P&I, y en la realidad negocial de los propios operadores marítimos.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1: PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTES DE RIESGOS.....	23
I.- INTRODUCCIÓN.....	23
II.- PROCESO Y DERECHO PROCESAL COMO FUENTE DE RIESGOS EN EL DERECHO MARÍTIMO.....	25
III.- JURISDICCIÓN MARÍTIMA Y ESPECIALIDADES PROCESALES EN LOS PRINCIPALES FOROS DEL DERECHO MARÍTIMO: EEUU Y REINO UNIDO.....	30
III.1.- Jurisdicción marítima competente en Reino Unido: especialización de la Queen`s Bench Division de la High Court.....	30
III.2.- Jurisdicción marítima competente en Estados Unidos: competencia exclusiva de las Cortes Federales de Distrito.....	35
III.3.- Especialidades procesales.....	44
III.3.1.- Actio in personam.....	45
III.3.1.1.- <i>Concepto</i>	45
III.3.1.2.- <i>Freezing injunction (o Mareva) y Orden Anton Piller en el Reino Unido. La Maritime Garnishment & Attachment en Estados Unidos</i>	46
III.3.2.- Actio in rem.....	53
III.3.2.1.- <i>Concepto</i>	53
III.3.2.2.- <i>Créditos marítimos y créditos marítimos privilegiados (Maritime Liens)</i>	56
III.3.2.3.- <i>Embargo preventivo de buques</i>	62
III.3.2.4.- <i>Créditos marítimos por servicios prestados al buque (los “Necessaries”) en Estados Unidos</i>	68
IV.- JURISDICCIÓN Y ESPECIALIDADES PROCESALES EN ESPAÑA	69
IV.1.- Proceso marítimo en España: jurisdicción de especialización relativa.....	69
IV.2.- Tribunal Marítimo Central: “equivoca jurisdicción mercantil” en la tramitación de los expedientes de salvament.....	74

	Pág.
IV.3.- Especialidades procesales marítimas en España en la nueva Ley de Navegación Marítima.....	79
IV.3.1.- Embargo preventivo de buques.....	81
IV.3.2.- Venta judicial de buques.....	88
IV.3.3.- Créditos marítimos y procedimiento para limitar la responsabilidad.....	91
IV.4.- Papel del fedatario público en otros expedientes de Derecho Marítimo.....	99
V.- ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS MARÍTIMOS INTERNACIONALES.....	105
V.1.- Internacionalidad a la luz del artículo 3 de la Ley 60/2003 de Arbitraje.....	105
V. 2.- Flexibilidad del arbitraje al servicio de la autonomía de las partes.....	107
V.2.1.- Elección del foro	112
V.2.1.1.- Arbitraje institucional y arbitraje ad hoc.....	112
V.2.1.2.-Instituciones Arbitrales marítimas internacionales.....	113
V.2.2.- Elección del procedimiento.....	115
V.2.3.- Elección del Derecho aplicable.....	117
V.2.3.1.- Sumisión a un Derecho estatal versus sumisión a un “Derecho” no estatal.....	117
V.2.3.2.- Cláusula Paramount	120
V.2.3.3.- Regulación aplicable en caso de no elección por las partes.....	121
V.3.- Extensión de la eficacia del convenio arbitral a terceros: la subrogación del asegurador en la posición del asegurado.....	123
VI.- INTERRELACIÓN DEL ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN EN LOS CONFLICTOS MARÍTIMOS INTERNACIONALES.....	127
VI.1.- Regulación de la litispendencia internacional y omisión del arbitraje.....	128
VI.2.- Litispendencia internacional e institución del <i>forum non conveniens</i>	131
VI.3.- <i>Anti suit injunction</i>	133

ÍNDICE

	Pág.
VI.4.- <i>Intervención judicial en el arbitraje comercial internacional</i>	136
VI.4.1.- <i>Tutela cautelar</i>	137
VI.4.2.- <i>Tutela ejecutiva. Orden público como límite al reconocimiento y ejecución de resoluciones</i>	140
CAPITULO 2: CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO	145
I.- INTRODUCCIÓN	145
II.- SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA	146
II.1. Evolución histórica.....	146
II.1.1. <i>Antecedentes históricos</i>	146
II.1.2. <i>Panorama actual</i>	150
II.2. Concepto y naturaleza jurídica	152
II.2.1. <i>Definición normativa del SDJ</i>	153
II.2.2. <i>Definición doctrinal del SDJ</i>	157
II.2.3. <i>Naturaleza jurídica del seguro y ubicación sistemática en los seguros privados</i>	157
II.3. Explotación del seguro por las entidades asegurativas	162
II.3.1. <i>Antecedentes legislativos en el Derecho de la Unión Europea</i>	162
II.3.2. <i>Incorporación de las normas de Solvencia II</i>	169
III.- LA “MARITIMIDAD” DEL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA	172
III.1. Punto de partida: principales elementos diferenciadores del seguro marítimo.....	174
III.1.1. <i>Principio de universalidad de riesgos</i>	178
III.1.2. <i>Incertidumbre subjetiva</i>	181
a) Riesgo putativo	182
b) Seguro sobre buenas o malas noticias	185
III.1.3. <i>Contrato de seguro marítimo firmado entre empresarios: equilibrio entre las partes</i>	186
a) Discutido carácter de contrato de adhesión	188
b) Autonomía de las partes <i>versus</i> imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro	190
c) Seguro marítimo como seguro de grandes riesgos	194

	Pág.
<i>III.1.4. Influencia de la regulación inglesa</i>	197
<i>III.1.5. Problema de la causalidad en los contratos de seguro marítimo</i>	200
III.2. Dialéctica sobre la posibilidad de un seguro marítimo de defensa jurídica.....	208
<i>III.2.1- Aplicabilidad de las fuentes formales e instrumentales del Derecho marítimo y del Seguro marítimo</i>	210
<i>III.2.2.- Exposición a auténticos riesgos de la navegación marítima</i>	214
CAPÍTULO 3: ASEGURADORAS DEL SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA	217
I.- INTRODUCCIÓN.....	217
II.- DE LAS MUTUAS ASEGURADORAS A LOS CLUBS DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN	218
II.1.- Origen de las mutuas aseguradoras marítimas	218
II.2.- Decadencia de las mutuas aseguradoras y surgimiento de los Clubs de Protección e Indemnización	219
III.- LAS ASEGURADORAS DE DEFENSA JURÍDICA EN EL MERCADO INGLÉS	222
III.1. Lloyd`s	222
<i>III.1.1. Especial funcionamiento como “aseguradora”</i>	222
<i>III.1.2. Lloyd`s en España</i>	225
III.2. Clubs de Protección e Indemnización (Clubs P&I)	226
<i>III.2.1. Forma societaria de los Clubs</i>	227
<i>III.2.2. Documentos básicos de la sociedad</i>	228
a) Memorandum o Acto Constitutivo	228
b) “Articles” o Estatutos	229
c) “Rules” o reglamentos	230
IV.- COORDINACIÓN INTERNACIONAL DE LOS CLUBS ASEGURADORES DE DEFENSA JURÍDICA: GRUPO INTERNACIONAL DE CLUBS DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN (IGP&I)	231
IV.1. Principios, acuerdos y estructura organizacional	231
IV.2. Clubs P&I miembros del Grupo Internacional de Clubs de Protección e Indemnización (IGP&I)	234

ÍNDICE

	Pág.
V. DIFICULTADES LEGISLATIVAS EN ESPAÑA PARA ASEGURAR LA DEFENSA JURÍDICA MARÍTIMA	235
V.1. Cuestión previa: las aseguradoras en la LNM	236
V.2. Evolución de la legislación española en materia de mutuas a prima variable	239
V.3. Prohibición de aseguramiento en el extranjero	241
V.4. Prohibición de mutuas a prima variable por la LOSSEAR	243
V.5. Posibilidades de crear un Club P&I en España y cobertura indirecta a través de aseguradoras nacionales.....	245
CAPÍTULO 4: EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA. PARTE I: CONCEPTO Y ELEMENTOS	249
I.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	249
II.- ELEMENTOS PERSONALES	253
II.1.- Los Clubs P&I como aseguradoras: “ <i>Directors</i> ” y “ <i>Managers</i> ”	253
II.2.- Los armadores y fletadores como asegurados principales. Otros posibles asegurados: <i>Joint members, Affiliates, Co- assureds</i>	257
III.- ELEMENTOS FORMALES	263
III.1.- Inscripción y registro en el Club: inexistencia de póliza	264
III.2.- Aceptación y acatamiento de los documentos básicos del Club	267
IV.- EXCEPCIONALIDAD DE LAS EMBARCACIONES DE RECREO	275
IV.1.- Seguro de responsabilidad civil: sometimiento a la LCS	275
IV.2.- Elementos personales	279
IV.3.- Elementos formales	280
IV.4.- Defensa jurídica como cobertura complementaria del seguro de responsabilidad civil	281

	Pág.
CAPÍTULO 5: EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA. PARTE II: COBERTURA	285
I.- COBERTURAS GENERALES PROPORCIONADAS POR LOS CLUBS Y SU RELACIÓN CON LA COBERTURA DEL SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA	285
II.- LA COBERTURA FREIGHT, DEMURRAGE AND DEFENCE (FD&D)	291
II.1.- Origen histórico y tratamiento actual	291
II.2.- Elemento temporal en la cobertura: relación con el siniestro	298
II.2.1.- Principales teorías en el marco del seguro de defensa jurídica	298
II.2.2.- Aplicabilidad al seguro marítimo de defensa jurídica	304
III.- RIESGOS INCLUIDOS	306
III.1.- En función del tipo de procedimiento	307
III.2.- En función del tipo de servicio o asesoramiento	308
III.3.- En función del motivo que origine la reclamación	310
IV.- RIESGOS EXCLUIDOS	313
IV.1.- Exclusiones generales	313
IV.2.- Riesgos específicamente excluidos	314
V.- RESTRICCIONES A LOS DERECHOS DEL ASEGURADO	318
V.1.- Libre designación de profesionales	318
V.1.1.- Requisito esencial del seguro de defensa jurídica.....	318
V.1.2.-Inexistencia del derecho a la libre designación de profesionales en el seguro marítimo de defensa jurídica	325
V.2.- Discrepancias y conflictos de interés	328
V.3.- Libertad aseguradora para extinguir el contrato	331
 CAPÍTULO 6: EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA. PARTE III: EL SINIESTRO	 337
I.- INTRODUCCIÓN	337

ÍNDICE

	Pág.
II.- DEBERES DEL ASEGURADO TRAS LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO	338
II.1.- Deber de información	338
II.2.- Deber de aprobación previa	341
II.3.- Deber de abono previo: principio “ <i>first pay to be paid</i> ”	344
III.- GESTIÓN DEL SINIESTRO POR EL CLUB	349
III.1.- Obligaciones del Club en relación con el siniestro	349
III.2.- Poderes del Comité relativos al control y liquidación de reclamaciones	355
III.3.- Poderes de los Gerentes relativos a las reclamaciones	357
IV.- RELACIÓN PROFESIONALES- ASEGURADOR- ASEGURADO	358
IV.1.- Cuestión previa: naturaleza jurídica de la relación profesional- cliente	358
IV.1.1. <i>Profesionales Jurídicos</i>	360
IV.1.2. <i>Otros profesionales</i>	365
IV.2.- Prestación del asegurador y normas deontológicas de la Abogacía	368
IV.3. Responsabilidad del asegurador por los daños y perjuicios causados al asegurado con ocasión de la prestación de servicios jurídicos	373
CONCLUSIONES	377
BIBLIOGRAFÍA	387
ANEXO	411

ABREVIATURAS

AAP	Auto de Audiencia Provincial
ADM	Anuario de Derecho Marítimo
ADR	Alternative Dispute Resolution
AFD	Anuario de la Facultad de Derecho
A.L.G.N.M.	Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima
Ass.	Assicurazioni. Rivista di diritto, economia e finanza delle assicurazioni private. Italia
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Court of Appeal (Inglaterra), Court of Appeals (EEUU)
CE	Constitución Española de 1978
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCBE	Council of Bars and Law Societies of Europe
CCom	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CLCM	Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, enmendado por el Protocolo de 1996, hecho en Londres el 2 de mayo de 1996.
CMI	Comité Maritime International
CNMC	Comisión Nacional de Mercados y la Competencia
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional
Colum J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
CPR	Civil Procedural Rules (U.K)
D.A.	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
EGA	Estatuto General de la Abogacía
Ej.	Ejemplo

ABREVIATURAS

FAA	Federal Arbitration Act
FD&D	Freight, Demurrage and Defence
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure (USA)
FIDAC	Fondos internacionales de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos
GRT	Gross Registered Tons
H&M	Hull & Machinery Insurance (Seguro de Casco y Maquinaria)
IA	Insurance Act 2015
ICC	International Chamber of Commerce
ICMA	International Congress of Maritime Arbitrators
IEEMM	Instituto Europeo de Estudios Marítimos
IGP&I	Internacional Group of P&I Clubs
IIDM	Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo
L`ADE	L`Assurance Defence en Europe. Revista editada por RIAD
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCrim	Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEC 1881	Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LHN	Ley de 21 de agosto de 1893 sobre hipoteca naval
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
Lloyd`s Rep.	Lloyds` List Reports
LMAA	London Maritime Arbitration Association
LNM	Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

ABREVIATURAS

LOSSP	Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados
LOSSEAR	Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras
LPEMM	Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
P&I	Protection and Indemnity o Protección e Indemnización
PCCI	
PD	Practice Direction (relativo a CPR)
PECL	Principles of European Contract Law
Pt.	Part (relativo a CPR)
R.A.P.	Revista de Administración Pública
R. des C.	Recueil des Courts, Hague Academy of International Law
R.E.S.	Revista Española de Seguros
RGAT	Revue Générale des Assurances Terrestres. Francia
Rgto. Not.	Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado
RIAD	Rencontres Internationales des Assureurs Défense Asociación Internacional de Seguro de Defensa Jurídica
ROSSEAR	Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras
RRCER	Real Decreto 607/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria para embarcaciones de recreo o deportivas
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SCA	Supreme Court Act 1981, Reino Unido.
Secc.	Sección
SDJ	Seguro de defensa jurídica
SMA	Society of Maritime Arbitrators
SMDJ	Seguro marítimo de defensa jurídica

ABREVIATURAS

SRCAMC	Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims
ss.	siguientes
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TPM	Tonelaje de Peso Muerto
TMC	Tribunal Marítimo Central
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TOMAC	Tokyo Maritime Arbitration Commission of JSE
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TRLOSSP	Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados
<i>Tul. Mar. LJ</i>	Tulane Maritime Law Journal
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, (UNCITRAL, por su siglas en inglés United Nations Commission for the Unification of International Trade Law)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNESPA	Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras
USC	United States Code

CAPÍTULO 1: PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

I.- INTRODUCCIÓN

El seguro marítimo de defensa jurídica, como toda cobertura de seguro, surge como consecuencia de la necesidad de obtener “seguridad” ante la incertidumbre, y en el caso concreto, frente a la posibilidad de resultar afectado por un procedimiento de cualquier tipología en el ámbito marítimo.

Ahora bien, esta afirmación introductoria resulta a todas luces incompleta, y ciertamente vaga, porque no describe la naturaleza de ese vínculo de afectación, si es imprescindible ser parte activa o pasiva de un procedimiento, qué condiciones objetivas y/o subjetivas ha de reunir un sujeto para ser parte en él, o cómo ha de ser la vinculación con la navegación o el buque para que realmente se materialice el siniestro en el marco del seguro marítimo de la LNM, y no nos hallemos ante un seguro de defensa jurídica cuya principal y prácticamente única fuente sea la LCS.

Ciertamente, la aproximación a esta institución jurídica no es sencilla, porque el entramado de relaciones y contratos que se derivan de la expedición marítima, y por este motivo, también de las eventuales controversias que se pudieran suscitar, no se circunscriben únicamente a una única rama del Derecho, la Mercantil, y dentro de ella la vinculada al transporte marítimo, sino que ha de abarcar materias administrativas (como por ej. sanciones), penales, laborales (por ej. conflictos con los trabajadores),... etc.

Aquella “seguridad” a la que aludíamos se concreta en la certeza de que cuando sea preciso, la aseguradora pondrá a disposición del asegurado el profesional que este pudiere necesitar, o en su caso, abonará los honorarios devengados por los servicios prestados² hasta el importe máximo asegurado. En consecuencia, paralelamente al propio Derecho sustantivo que ha de regular el fondo del asunto para dar una respuesta

² En el caso del seguro marítimo de defensa jurídica, y como se verá en el apartado V.1.2. del Capítulo V, la libre elección de abogado esencial en el marco del SDJ de la LCS, no se traduce en la institución jurídica objeto de estudio, toda vez que los Clubs P&I restringen tal posibilidad en favor de los profesionales que los Gerentes del mismo designen, o el que designe el asegurado, pero siempre con el consentimiento previo del Club.

al conflicto surgido, se descubre la trascendencia del propio “proceso” que servirá de canal de tramitación de la controversia.

Respecto del proceso, salvo en el arbitraje y la mediación que como medios alternativos de solución de controversias sí prevén la posibilidad de que las partes pacten, decidan o se remitan a las normas que han de regir los procedimientos, no ocurre algo similar con el sometimiento a la jurisdicción del Estado, toda vez, que tanto en España como fuera de nuestro país, el ejercicio de la potestad jurisdiccional por Juzgados y Tribunales se haya regulada, y el procedimiento por el que esta se ejerce resulta indisponible para las partes. No hay que olvidar –como señaló GUASP³- que el proceso es una Institución, y que –como toda institución- se haya regido por una idea común objetiva a la que se adhieren las voluntades de las partes, sin posibilidad de separarse de ella, salvo cuando la Ley Rituaria expresamente lo prevea.

De este modo, y aunque la relación entre el análisis de los procedimientos y el seguro objeto de estudio pudiera no parecer fácil de intuir en un primer momento, resulta evidente que estos han de condicionar e influir en la naturaleza, el desarrollo, y la prestación de la cobertura. Por este motivo, se acomete el análisis de estos procesos marítimos en general como fuente de riesgos, para a posteriori, de manera más pormenorizada, proceder a detenernos en las especialidades que la jurisdicción en el ámbito marítimo presenta en Reino Unido y Estados Unidos como foros en los que se desarrollan la inmensa mayoría de las reclamaciones marítimas, y que podrán favorecer o dificultar el efectivo derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a utilizar los medios de prueba y defensa al alcance de los sujetos intervinientes.

Resulta evidente, asimismo, que estos procesos estarán determinados y condicionados en gran medida por el carácter internacional de la navegación marítima, que generará cuantiosos conflictos adicionales en cuanto al foro competente para resolver la controversia, al Derecho aplicable nacional o internacional que resulte de aplicación, y a los intereses de las partes en uno u otro sentido, en virtud de que pudiesen resultar más favorables a sus intereses particulares unos u otros.

Finalmente, nos referiremos al arbitraje marítimo internacional como el gran protagonista en este tipo de controversias; una institución que canaliza la mayoría de

³ GUASP DELGADO, J. y ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 39.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

ellas, entre otros motivos por permitir la auténtica especialización de sus órganos decisores en la materia marítima, algo que no ocurre con el mismo alcance en los órganos jurisdiccionales.

II.- PROCESO Y EL DERECHO PROCESAL COMO FUENTE DE RIESGOS EN EL DERECHO MARÍTIMO

La primera aclaración que precisa este epígrafe es la **distinción entre proceso y procedimiento**, porque aunque comúnmente se utilizan ambos términos indistintamente, en sentido estricto, no son vocablos sinónimos.

Así, un proceso jurídico puede definirse como aquella: “serie de actos con desarrollo temporal, regulados por el Derecho en su individualidad, en su interrelación y ordenación, y en su dirección a producir un determinado acto final”⁴, aunque esta estructura de actos sólo será calificada de proceso cuanto a través de la misma se realice la actividad jurisdiccional; las restantes modalidades de procesos jurídicos tendrán naturaleza de procedimiento.

El Derecho regulador del proceso se denomina Derecho procesal y dentro de esta disciplina se encuentran diversas definiciones de proceso, entre las que parece ajustada la de GUASP⁵ que señala: “*el proceso no es pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones*”. Debiendo entenderse pretensión en un sentido jurídico, como una reclamación dirigida a un órgano jurisdiccional, especialmente instituido para satisfacerla o rechazarla. En concreto su contenido podría determinarse por⁶:

- i. Las normas y principios configuradores de la potestad jurisdiccional, es decir, los actos del propio juzgado o tribunal durante la tramitación del proceso.
- ii. Las normas reguladoras de la organización judicial: su estructura orgánica, el estatuto jurídico del personal jurisdiccional y del personal auxiliar.

⁴ ORTELLS RAMOS, M., “Capítulo I: INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES EL DERECHO PROCESAL?” en *Derecho Procesal. Introducción*, Valencia, 2000, p. 20.

⁵ GUASP DELGADO, J. y ARAGONESES ALONSO, P., cit., p. 33.

⁶ ORTELLS RAMOS, M., “Capítulo XIII: PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS”, *Derecho Procesal Introducción...*, cit., p. 180, e *ídem* “Capítulo XXII: CIENCIA JURÍDICA PROCESAL: SUS MÉTODOS”, *Derecho Procesal Introducción...*, cit., pp. 374- 375.

- iii. Las normas reguladoras del derecho de acción, entendido como el derecho a que se preste por los órganos jurisdiccionales del Estado la tutela jurisdiccional pretendida⁷; y,
- iv. Las normas reguladoras del proceso en sí mismo: requisitos de admisibilidad, capacidad y legitimación, los actos concretos que lo integran, así como las distinciones procedimentales, y los efectos configuradores de derechos del proceso considerado como un todo.
- v. Toda la normativa reguladora del sistema de recursos, tanto aquellos que proceden ante el propio juzgador de la controversia, como aquellos relativos a la segunda y ulteriores instancias, tanto ordinarios como extraordinarios.

Los riesgos relacionados con la navegación se denominan en terminología de Derecho de seguros “grandes riesgos”⁸, y ello se traslada al SMDJ en tanto en cuanto, los procesos jurídicos a los que presta cobertura están inexorablemente condicionados por la propia naturaleza del buque, que se concibe para recorrer grandes distancias por mar, *quedando sustraído a la esfera del poder de las autoridades terrestres al control de su mismo propietario o quien lo explota comercialmente*⁹.

Es decir, no estamos ante un mero medio de transporte que comprar, vender o hipotecar cuya utilidad y relaciones jurídicas estén asociadas con esa función, sino que las circunstancias económico- físicas o geográficas que configuran y distinguen el tráfico marítimo, se proyectan en sus consecuencias jurídicas. Es, al mismo tiempo, un instrumento de producción y un centro de trabajo.

Esa referida imposibilidad de que pueda existir un control real y directo, tanto desde una óptica jurídica, como política o económica, del buque, de las mercancías, del flete, de

⁷ No debe perderse de vista que este derecho al proceso, no implica en modo alguno, el derecho a obtener una resolución definitiva favorable o estimatoria de las pretensiones, sino a un proceso con todas las garantías, en el que no se produzca indefensión, concepto jurídico indeterminado del que se sirve el Tribunal Constitucional para determinar la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Vid. SANCHEZ RUBIO, A. “Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, A.F.D., Universidad de Extremadura, Vol. XXI, 2003, pp. 601-616.

⁸ Sobre el seguro marítimo como seguro de grandes riesgos, *vid.* el Capítulo 2, apartado III.1.3.c).

⁹ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo (Con especial referencia a la práctica de los formularios y a la Reforma del Derecho Marítimo Español)”, *Revista Foro Galego*, nº 196-197, 2º semestre 2006- 1º semestre 2007, pp. 8-9.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

las personas que en él navegan, y de las responsabilidades que puedan surgir para los sujetos intervinientes, es lo que se ha venido denominando como la **autarquía de la expedición marítima**. Es decir: *“la cualidad que designa el doble fenómeno de la necesidad y legitimación o justificación en Derecho, así el plano jurídico- público, como en el plano jurídico- privado, de dotar al Buque de una estructura personal de toma de decisiones y ejercicio de funciones, no solo directivas- empresariales, sino incluso propias del Derecho administrativo e internacional, que le permitan desarrollar, en el marco de un régimen de iniciativa propia, una navegación desvinculada de la autoridad privada del naviero y la autoridad pública del Estado”*¹⁰.

Esta realidad ha provocado que el Derecho marítimo se haya visto marcado por los siguientes elementos¹¹:

- i. La necesidad de importantes recursos económicos, y también humanos, ha conllevado la configuración de formas especiales de empresas o asociaciones marítimas. De hecho, aunque existen mutualidades en España de gran calado¹², la concentración de capital e intereses de los Clubs P&I en el ámbito internacional es un ejemplo paradigmático de esa especialización.
- ii. Se considera, más en el pasado que en la actualidad, que cada viaje y cada buque son una “unidad económica de riesgo independiente”.
- iii. En el Derecho marítimo cobra gran virtualidad el principio de comunidad de riesgos entre todos los partícipes en la expedición marítima concreta, y la consecuente distribución de daños y gastos entre todos los interesados. Sin embargo, como contrapartida se ha limitado la responsabilidad del naviero o armador y otros sujetos intervinientes.

¹⁰ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, cit., p. 11.

¹¹ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 782.

¹² A título ejemplificativo, y toda vez que el papel de los abogados en la defensa jurídica resulta cuanto menos una de las prestaciones imprescindibles por parte del asegurador, puede señalarse la Mutualidad de la Abogacía de España, cuyo ahorro gestionado para el ejercicio 2015 ha sido de 5.270 millones de euros, con un colectivo de mutualistas que a 31.12.2015 se elevaba a 190.892 de los cuales, 138.345 son mutualistas activos, 37.517 mutualistas en suspenso y 15.030 pensionistas, tal y como resulta de su Informe Anual para el ejercicio 2015.

- iv. El Capitán es la máxima autoridad del buque, con **facultades técnico- náuticas y comerciales**, que sin ánimo de ser exhaustivos, se refieren a la dirección técnica de la navegación, y la actuación en representación del naviero para las relaciones con terceros relativas a la explotación del buque (contratación de suministros, servicios, personal, u otras necesidades ordinarias, o incluso contratación con clientes). A ellas se une la obligación del capitán la **llevar a bordo una serie de documentación**, la más trascendente el Diario de Navegación, donde deben precisarse todas aquellas circunstancias del buque, carga, navegación o actos o hechos sucedidos a bordo con trascendencia jurídica (artículos 78 a 97 LNM, siguiendo la línea de los derogados 1, 2 y 3 del artículo 612 CCom).

Pero si algo llama poderosamente la atención, y está íntimamente relacionado con esa autarquía de la expedición marítima, alejada y sustraída de la esfera de poder terrestre, - a la que se ha hecho referencia en párrafos precedentes-, son las **facultades públicas del Capitán**. La lejanía física de la embarcación conlleva la necesidad de que las autoridades del Estado de pabellón deleguen de algún modo sus potestades en materia de Derecho Público, en alguien que tenga la posibilidad material de ejercerlas, y ese alguien es el Capitán del navío.

El derogado artículo 700 del CCom se refería al mantenimiento del orden y la función de policía a bordo, pero los artículos 176.1 y 178.1 LNM dan un paso más, y reconocen expresamente la condición de “autoridad pública” para mantener “*el orden y la seguridad a bordo*”. A mayor abundamiento, en segundo lugar, el meritado artículo 178.1 LNM confiere los deberes y facultades de un “encargado del Registro Civil, sobre aquellos hechos y actos inscribibles, que durante el viaje afecten al estado civil de las personas; esto es, en esencia: el nacimiento, la defunción, la desaparición, el matrimonio y el otorgamiento de testamento.

Estas particularidades del Derecho marítimo, marcado por una nota de internacionalidad evidente, venía haciendo –hasta ahora- que los **procedimientos civiles ordinarios** previstos para otro tipo de controversias y conflictos, **resultasen inadecuados e ineficaces para proteger con rapidez y eficacia los intereses propios de la actividad marítima**. De hecho, ello ha motivado que en España las escasas normas procesales marítimas estuviesen tradicionalmente dispersas en distintas normas sustantivas (CCom,

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

LHN, Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques) y Convenios Internacionales ¹³, técnica legislativa a todas luces confusa y descoordinada, que no hacía sino dificultar todavía más, el estudio, análisis, iniciación y tramitación de este tipo de procedimientos.

La reciente aprobación de la LNM refleja el intento reciente del legislador de superar esta tendencia, incorporando en su texto especialidades procesales para el ámbito de la navegación marítima, o al menos esa es la denominación que se le da al Título IX de la norma, aunque como se desarrollará en el apartado IV de este capítulo, la técnica empleada no ha sido del todo satisfactoria. Pensemos en que uno de los reproches más comunes que se hacen a la administración de justicia, es su lentitud, el retraso en la tramitación de los procedimientos, y los perjuicios inherentes a ello que se generan para los justiciables, ya no sólo en la dimensión de los costes que se devengan progresivamente a lo largo del tiempo, sino incluso, porque en ocasiones, la estimación o desestimación de las pretensiones llega demasiado tarde.

Si ponemos en relación los comentados elementos diferenciadores del Derecho marítimo, con los inconvenientes de los procesos jurisdiccionales y los extrapolamos al SMDF, resulta fácilmente comprensible que cuando esos procedimientos tienen por objeto intereses en relación con un buque, sus mercancías, y/o su personal en el sentido más amplio de estos términos, se produce un **efecto multiplicador de los riesgos**. Y ello en cuanto a las sumas máximas que habrán de ser objeto de cobertura para proteger la auténtica indemnidad de los asegurados, la complejidad de los procedimientos, pero también afecta a los profesionales intervinientes que deberán disponer de una formación y conocimientos técnicos específicos, todo ello, adaptado a la dimensión espacial y geográfica transnacional de este tipo de conflictos.

No puede perderse de vista que la interacción entre instituciones jurídicas del Common Law y los sistemas de Derecho Civil, generan situaciones de conflicto adicionales entre ordenamientos que se ven “forzados a entenderse” cuando ya ha surgido una controversia de partida con elementos de maritimidad y puntos de conexión normalmente con varios países. Además, en no pocas ocasiones, las partes tienen el interés particular de perseguir el enjuiciamiento en un determinado foro territorial,

¹³GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos*, Ed. Colex, Madrid, 1996, p. 7-8.

cuyas resoluciones hayan sido tradicionalmente más favorables a la estimación de sus pretensiones concretas¹⁴.

III.- JURISDICCIÓN MARÍTIMA Y ESPECIALIDADES PROCESALES EN LOS PRINCIPALES FOROS DEL DERECHO MARÍTIMO: EEUU Y REINO UNIDO

III.1.- Jurisdicción marítima competente en Reino Unido: especialización de la Queen`s Bench Division de la High Court

El Reino Unido, potencia marítima incuestionable, ha contado con anterioridad al siglo XIV con tribunales en los puertos, que especializados en materia marítima sólo tenían competencia en el ámbito local y resolvían de conformidad con las prácticas habituales y las colecciones medievales. Aunque por su debilidad ante los casos de piratería y expolios se crean los “Admiralty Courts” (el primero a principios del s. XIII) que se caracterizaban por estar bajo la jurisdicción del “Lord of the Admiralty” oficial de la Corona que estaba cargo de una flota en un distrito concreto o para una expedición.

¹⁴ Aunque el fondo del asunto es la compraventa de mercancías no con el seguro marítimo, sí subyace esta cuestión de foro que interesa más a los intereses particulares de una de las partes, en la STJCE, de 9 de diciembre de 2003, Asunto C-116/02, Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl. Se solicitaba decisión prejudicial en relación con la litispendencia sobre el mismo asunto en dos órganos jurisdiccionales diferentes el Tribunale civile e penale di Roma (Italia) y Landesgericht Feldkirch (Austria), si bien en el primero de ellos se sometía a enjuiciamiento la resolución del contrato y en el segundo, la reclamación de las facturas adeudadas. La decisión judicial declara irrelevante la duración excesivamente larga de los procesos ante los órganos jurisdiccionales del Estado del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda (el italiano), y obliga a suspender el procedimiento del órgano jurisdiccional, designado en una cláusula atributiva de competencia, ante el que se ha interpuesto la segunda demanda (el austríaco).

Precisamente, para mitigar este efecto pernicioso el artículo 6 del Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, establece que ha de prevalecer en todo caso la competencia del tribunal elegido en el acuerdo exclusivo de elección de foro. A efectos del SMDJ, debe tenerse en cuenta que aunque el artículo 2.2.f) y g) de este Convenio excluye de su ámbito de aplicación “*el transporte de pasajeros y mercaderías, la contaminación marina, la limitación de responsabilidad por demandas en materia marítima, las averías gruesas, así como el remolque y salvamento marítimos en caso de emergencia*”, el artículo 17, sí lo declara aplicable a un “*litigio relativo a un contrato de seguro o reaseguro*” siempre que dicho contrato de seguro o reaseguro se refiera a una materia a la que este Convenio sea aplicable. Aun así, hay quien defiende que sí se aplicaría a seguros o reaseguros que se refieran al “*transporte de pasajeros y mercaderías, la contaminación marina, la limitación de responsabilidad por demandas en materia marítima, las averías gruesas, así como el remolque y salvamento marítimos en caso de emergencia*”. THOMAS, R. “*The modern law of Marine Insurance*”, Vol. III, Ed. Informa, London, 2009, pp. 241-242.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Estos Admiralty Courts aunque inicialmente ostentaban unas funciones más bien disciplinarias, marítimas y de enjuiciamiento de sucesos más allá de las fronteras, poco a poco experimentan un gran auge e incremento de poder, sobre todo, derivado del control del tráfico marítimo del Canal de la Mancha, extendiéndose además de a casos de piratería, expolios, contrabando etc., a causas civiles y penales en materias marítimas y mercantiles¹⁵.

De todos modos, los celos de los tribunales locales a esta expansión propiciaron que a finales del s. XIV se estableciese una técnica de distribución competencial siguiendo criterios materiales, de manera que “*la competencia del Almirantazgo se refería únicamente a causas que acontecieran en el mar (“only a thing done upon the Sea”)*”¹⁶, aplicándoseles un procedimiento más rápido, que como ya hemos visto aconseja abordar este tipo de conflictos para una mejor eficacia.

Durante los siglos sucesivos, se dio un interminable conflicto entre estos Tribunales de Almirantazgo (Tribunales de raigambre menos anglosajona, con notas del sistema de Derecho Civil¹⁷) y los Tribunales del Common Law, de manera que en el s. XVIII muchas materias que al menos formalmente corresponderían a los tribunales de Admiralty, terminaron adjudicándose a las “Common Law Courts”.

Ahora bien, lo que *a priori* había sido una distribución de competencias en torno a criterios de Derecho material, poco a poco fue convirtiéndose en una auténtica especialización procesal, que atribuía a los tribunales de almirantazgo, la competencia para las *actio in rem*¹⁸, en concreto, para instar el embargo del buque, incluso

¹⁵ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, cit., pp. 19- 20; MANGONE, G.J., *United States Admiralty Law*, Ed. Kluwer Law International, The Hague- The Netherlands, 1996, p. 16; MARAIST, F.L., *Admiralty in a nutshell*, Ed. West Group, St. Paul, Minn, 2001, pp. 2-3.

¹⁶ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, cit., p. 21.

¹⁷ “Tras sus comienzos titubeantes y conflictivos, a partir del siglo XVI, el impulso decidido de la autoridad real amplían sustancialmente las competencias del Admiral Court en consonancia con el auge del comercio marítimo de la época, y así va consolidándose como tribunal especial, con competencia sobre los sucesos producidos en el mar o con ocasión del comercio marítimo, a través de un procedimiento rápido y sencillo, basado en el sistema del civil law. El recurso a conceptos de derecho civil dotó al tribunal de un carácter singular en el marco del Common Law y permitió la consolidación de un ámbito competencial propio. Así llama la atención (...) la distinción entre las *actio in rem* y las *actio in personam*, proveniente del derecho romano.” PULIDO BEGINES, J.L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 93.

¹⁸ Es decir, aquellas acciones que se dirigían directamente sobre cosas concretas: el buque o el cargamento, y que se contraponían a las *actio in personam*, que sí se ejercían contra una persona, que se presume responsable de haber causado un daño y/o incumplido un acuerdo contractual. GARCÍA-

sustituyendo la notificación de la demanda, por un escrito (*writ in rem*) que se adhería al propio buque en un lugar visible¹⁹.

De manera que en siglo XIX, coincidiendo con una absoluta posición hegemónica de Inglaterra en el transporte marítimo internacional²⁰, ambos tribunales terminaron por fusionarse en virtud de sucesivas reformas Jurisdiccionales, por las cuales se creaba una única “High Court of Justice”²¹, y las Admiralty Courts eran una sección de la “Supreme Court of Judicature” dentro de la división “Probate, Divorce and Admiralty Division”²², conservando eso sí, la especialidad de las materias marítimas en el ejercicio de las acciones *in rem*²³.

En la actualidad, es la “Supreme Court Act” (SCA) la norma que desde 1981, establece cuáles son las materias competencia y el modo de ejercicio de las acciones ante los Juzgados de Admiralty en sus Secciones 20 a 24.

En cualquier caso, con carácter previo debemos ubicar orgánicamente estos Juzgados. Y así, en la Parte I de la SCA se regulan los denominados “Senior Courts” formados por la Corte de Apelación (Court of Appeal), el High Court of Justice y el Tribunal de la Corona. Dentro de la High Court, y según lo establecido por la Sección 5(1) encontraríamos tres divisiones: la División de la Chancillería, la Queen`s Bench Division (que traducido sería algo así como División del Banco de la Reina), y la División de Familia.

La Sección 6(1) en su letra b) establece que la Queen`s Bench Division tendrá a su vez, un Admiralty Court y una Commercial Court²⁴.

PITA Y LASTRES, J.L. “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, cit., p. 18, en el mismo sentido, HILL, Ch. J., *Maritime Law*, Lloyd's of London Press Ltd., 1998, p. 92.

¹⁹ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, cit., p. 23.

²⁰ “En el siglo XIX, casi el 90 por ciento de las mercancías que viajan por mar lo hacen en buques de bandera inglesa, y esto explica el hecho de que la mayoría de los pleitos sobre Derecho marítimo se sustancien ante tribunales británicos, que a través de una rica producción jurisprudencial y legal, crean soluciones originales y adaptan remedios antiguos a las nuevas exigencias del tráfico”. PULIDO BEGINES, J.L., cit., p. 91.

²¹ A pesar de que su traducción al castellano sea “Corte o Tribunal Supremo”, en realidad, se correspondería más bien con un Tribunal de Primera Instancia según la planta y composición de los órganos jurisdiccionales que establece nuestra LOPJ.

²² SCHOENBAUM, T.J., *Admiralty and Maritime Law*, Vol. I, Ed. Thomson- West, 2001, pp.15-16.

²³ MANGONE, C.L., cit., p. 22.

²⁴ MEESON, N., KIMBELL, J.A., *Admiralty Jurisdiction and Practice*, Ed. Informa Law & Finance, London, 2011, pp. 2-3.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Como se adelantaba en los párrafos previos, la **Sección 20 (2)** determina la competencia de los Juzgados de Almirantazgo, y aunque el hecho de que se recojan en un precepto pudiera parecer que restringe su contenido, no es así, ya que se extiende su conocimiento a:

- i. litigios en relación con la posesión o la propiedad del buque, incluyendo cuestiones que surjan entre copropietarios en cuanto al empleo o los ingresos del mismo (subsecciones A y B), y reclamaciones relativas a una hipoteca sobre la embarcación o de una cuota de ella (subsección C);
- ii. cualquier reclamación por daños causados o recibidos por un buque (subsecciones D y E). En este apartado hemos de incluir, porque así lo dispone la Sección 20(5) cualquier reclamación por la responsabilidad en que se hubiese incurrido bajo las normas del capítulo III, Parte VI de la Merchant Shipping Act 1995 relativa a contaminación por hidrocarburos, incluyendo las previsiones de los FIDAC.
- iii. cualquier reclamación por lesiones personales, incluyendo la muerte, ya sean causadas por defectos en el buque o sus equipos o como consecuencia del hecho ilícito, negligente o culposo de propietarios, fletadores, el capitán o la tripulación, o cualquier otra persona en posesión o control del mismo (subsecciones F e I);
- iv. cualquier reclamación derivada del transporte de mercancías por pérdida o daño en las mismas (subsecciones G y H);
- v. reclamaciones en materia de salvamento (incluyendo una mención expresa a las acciones que resulten del Convenio sobre Salvamento de 1989²⁵), remolque o practicaje (subsecciones J, K,L). En la **Sección 20(3)** se incluyen también las reclamaciones derivadas de colisiones entre buques.
- vi. toda reclamación relativa a bienes o materiales suministrados a un buque para su explotación o mantenimiento (subsección M);
- vii. Toda reclamación relativa a la construcción, reparación, o equipamiento de un buque, o con respecto a los derechos o tasas portuarias (subsección N), los salarios de la tripulación (subsección O), o cualquier otra cantidad abonada por cuenta del buque por parte del capitán, cargador, fletador o agente (subsección P);

²⁵ Salvage Convention 1989.

- viii. Las reclamaciones derivadas de préstamo o avería gruesa (subsecciones Q y R),
- ix. Reclamaciones en materia de buques o mercancías confiscadas (subsección S).

La decisión tomada en esta High Court puede ser apelada ante la Court of Appeal, y a partir del año 2009, como última instancia se sitúa la Supreme Court of the United Kingdom²⁶, que sustituye a la House of Lords, y conoce con carácter excepcional de aquellos asuntos que afecten a la población y que tengan gran relevancia pública o importancia constitucional.

La Sección 22 que lleva por título Restricciones a la interposición de acciones *in personam* en supuestos de abordaje y otros casos similares, establece una limitación de competencia muy relevante para estos tribunales de almirantazgo, ya que prevé que no puedan conocer de **ninguna acción in personam** para hacer valer una reclamación en materia de colisión, salvo que²⁷:

- a) el demandado tenga su residencia habitual o un establecimiento en Inglaterra o Gales; o
- b) la causa de la acción se haya producido en aguas interiores de Inglaterra o Gales o dentro de los límites de un puerto de Inglaterra o de Gales; o
- c) una acción que surja del mismo incidente o serie de incidentes esté en el tribunal o haya sido oída y determinada en el tribunal.

Además, el High Court no podrá tampoco enjuiciar ninguna acción *in personam* para hacer valer una reclamación - a la que le resulte de aplicación el artículo, esto es, en materia de abordaje (collision)-, hasta que se haya iniciado un procedimiento por el demandante ante cualquier tribunal fuera de Inglaterra o Gales contra el mismo demandado respecto del mismo incidente -o serie de incidentes- y aquel haya sido suspendido o finalizado de otro modo.

En materia de jurisdicción competente, no podemos concluir este apartado sin incluir una referencia a la **competencia territorial** de la High Court, y es que esta será competente en relación a todos los buques y aeronaves sin tomar en consideración si son británicos o de no, si están registrados en el Reino Unido o incluso, si los

²⁶ Información extraída de la web oficial corporativa de la Supreme Court of the United Kingdom [<https://www.supremecourt.uk/about/history.html>].

²⁷ MEESON, N., KIMBELL, J.A., cit., 239-240.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

propietarios tuviesen su residencia habitual en el país (Sección 20 (7)). Como resulta evidente, este precepto permite verificar la amplitud de la competencia territorial de este tribunal en consonancia con la amplia diversidad de asuntos marítimos que está llamada a conocer²⁸.

III.2.- Jurisdicción marítima competente en Estados Unidos: competencia exclusiva de las Cortes Federales de Distrito

Con carácter previo debe señalarse que uno de los temas principales de la Constitución americana es el federalismo. Federalismo entendido como la división de poder entre distintas “soberanías” (sovereignties), en el caso estadounidense, entre el gobierno federal-nacional y los gobiernos de cada uno de los cincuenta estados²⁹.

Así, el gobierno federal tiene fuertes, aunque limitados poderes, y en concreto, aquellos que establece la Constitución, entre los que podemos destacar: cuestiones internacionales, comercio inter-estatal, propiedad intelectual, antitrust, energía y cuestiones medioambientales, banca, y seguridad de productos.

Por su parte, cada estado tiene su propia Constitución, y sus propias ramas legislativa, ejecutiva y judicial. Entre las materias reguladas exclusivamente en el nivel estatal, podemos citar: derecho de familia, “tort law”³⁰, derecho de contratos, derecho corporativo, derecho de propiedad real (“*real property law*”), sucesiones, y derecho criminal³¹.

Debe señalarse asimismo, que es frecuente que se produzcan disputas políticas y judiciales en aquellas cuestiones en que la línea divisoria entre lo que regula el gobierno federal y los estados no es del todo clara. En cualquier caso, de conformidad con la

²⁸ MESA ESCOBAR, C., *Propuesta de reforma al procedimiento marítimo colombiano desde la perspectiva del derecho marítimo comparado*, IIDM, Bogotá, 2012, p. 38.

²⁹ FINE, T.M., *An introduction to the Anglo- American Legal System*, Ed. Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 28.

³⁰ Aunque no existe una coincidencia exacta para este tipo de Derecho del sistema anglosajón en el Derecho Civil, podemos aproximarlo a la institución de la responsabilidad civil extracontractual como la conocemos en el artículo 1902 del CC. CAMPOS MARTÍNEZ, R.S.E., “Una aproximación a los Torts en el Common Law”, <http://derecho-ccp.udd.cl/derecho/files/2011/09/TESINA-ALUMNO-RODRIGO-CAMPOS-MARTINEZ.pdf>, [Última consulta, febrero 2017].

³¹ FINE, T.M., cit., p. 28.

Cláusula de Supremacía del artículo VI de la Constitución³², cual quien ley federal válida prevalece sobre cualquier ley estatal incompatible.

La atribución de la jurisdicción marítima a los tribunales federales proviene de la Sección Segunda del Artículo Tercero de la Constitución³³ de los EEUU que prevé³⁴:

“El Poder Judicial se extenderá a todos los casos, de derecho y de equidad, que surjan en virtud de la presente Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados que se establezcan bajo su autoridad, (...) a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima, (...)”.

Ciertamente los padres de la Constitución americana fueron conscientes en el siglo XVIII, de la trascendencia de las cuestiones marítimas, y por ello, se decide someterlas a la competencia objetiva de los tribunales federales incluyéndolas entre otras materias de interés general para la nación, por encima de los poderes soberanos de los distintos estados. Esto es algo absolutamente coherente no sólo con el papel generador de riqueza que tiene el transporte marítimo, sino también, con el carácter “internacional” que este reviste en la práctica, y que condiciona absolutamente las relaciones jurídicas inter partes, y las necesidades de los procesos judiciales, en los que es muy habitual, como ha sido referido, que los sujetos intervinientes tengan vínculos de conexión con distintos países.

Sin embargo, esta previsión de “todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima” es lo suficientemente amplia, para que a lo largo del tiempo haya generado incertidumbres e inseguridades en la delimitación exacta de cuál era el ámbito de

³² El artículo VI de la Constitución americana, recoge esta Cláusula de Supremacía al afirmar en su segundo párrafo que: *“This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof (...)”.*

Además, hace referencia a numerosas cuestiones, como la validez de las deudas y compromisos previos a su promulgación (párrafo 1), para a continuación reconocer la validez como “ley suprema de la tierra” a la Constitución, las leyes de los Estados, los tratados ratificados bajo la autoridad de los EEUU, así como la vinculación de los jueces a las mismas. El tercer párrafo recoge la necesidad de que los Senadores, Representantes, miembros de las diversas legislaturas estatales, y todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los varios estados, de prestar juramento o promesa de respetar la Constitución.

³³ TETLEY, W., *International Maritime and Admiralty Law*, Ed. Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002, pp. 75-76.

³⁴ El texto original en inglés reza: *“The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority (...) --to all cases of admiralty and maritime jurisdiction, (...)”.*

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

jurisdicción de los tribunales federales, lo que hizo que durante el siglo XIX se hablase de una Corte de Almirantazgo cauta y de naturaleza restringida al momento de conocer de una causa a la que resultase de aplicación normativa marítima especial³⁵. De hecho, en caso de duda se remitían a la jurisdicción ordinaria.

Fue el **juez J. Story**³⁶ una de las personalidades que promovió una visión más amplia de la competencia de estos tribunales, extendiéndola a todos los asuntos que tuviesen relación con la navegación marítima y el comercio por mar (posteriormente se reconoció también en relación con los principales ríos y canales del país, siempre que el siniestro pudiese tener un impacto negativo en el comercio marítimo). Tal fue su contribución a este tema, que algunos autores lo denominan el padre de la jurisdicción marítima americana³⁷.

Aunque los asuntos iniciales de la Corte Suprema, como Corte de Almirantazgo se limitaban al apresamiento de buques extranjeros en aguas norteamericanas y casos de salvamento, lo que sí permitió esa diversidad de causas llevadas a esta jurisdicción especial, fue la generación de precedentes sobre la competencia de los jueces federales para conocer de toda clase de asuntos marítimos, llegando a ser una de las jurisdicciones más extensas en cuanto al enjuiciamiento de causas marítimas³⁸.

Los precedentes más relevantes sobre la delimitación del ámbito de la jurisdicción marítima en Estados Unidos son los conocidos como *Delovio v. Boit*³⁹ y *The General Smith*⁴⁰ que supusieron la apertura de la competencia a supuestos de apresamiento, salvamento, reclamaciones de daños causados por buques, el incumplimiento de un

³⁵ MESA ESCOBAR, C., cit., p. 178.

³⁶ Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (Supreme Court of United States), nombrado por el Presidente James Madison el 15 de noviembre de 1811, confirmado por el Senado el 18 de noviembre de 1811. Su servicio terminó el 10 de septiembre de 1845 por fallecimiento. Información extraída de la web corporativa del Federal Judicial Center, Agencia de formación e investigación de los Tribunales Federales.

[<http://www.fjc.gov/servlet/nGetInfo?jid=2302&cid=999&ctype=na&instate=na>].

³⁷ THOMAS, R., cit., pp. 92-93.

³⁸ MESA ESCOBAR, C., cit., pp. 179-180.

³⁹ *DeLovio v. Boit*. 7 Fed. Cas. 418, no. 3,776 C.C.D.Mass. 1815. El objeto del debate, a nuestros efectos, radicaba en si una póliza de seguro podía ser o no un contrato de carácter marítimo, y por tanto, competencia de la Corte de Almirantazgo. A este respecto, llama la atención que para defender la competencia especial y no la ordinaria se considerase el tratamiento internacional de la cuestión en los siguientes términos: “*And in point of fact the admiralty courts of other foreign countries have exercised jurisdiction over policies of insurance, as maritime contracts*”.

⁴⁰ *The General Smith*, 17 U.S. 4 Wheat. 438 438 (1819).

contrato de seguro marítimo, así como delitos e infracciones que atentasen contra el orden público o la soberanía⁴¹.

Los criterios para determinar la jurisdicción marítima podrían ser los siguientes:

1. la controversia tiene como base o fundamento un acto de comercio marítimo o un contrato de naturaleza marítima;
2. el siniestro puede afectar –incluso potencialmente– al comercio marítimo;
3. el conflicto se ha producido en aguas navegables; y
4. la causa de la disputa es el propio buque o sus accesorios.⁴²

Además, de la Sección referida de la Constitución americana, el *Judiciary Act de 1789* prevé en su Sección 9 la competencia de los tribunales federales en materia marítima.

Como ya he adelantado al analizar la jurisdicción marítima británica, y como tendremos ocasión de desgranar en mayor detalle en el epígrafe siguiente, las reclamaciones marítimas se dividen en esencia en dos grandes grupos: las *in rem* (contra el buque) y las *in personam* (generalmente contra el armador o propietario de la nave).

En este sentido, la competencia exclusiva de las Cortes Federales sólo se atribuía respecto de las *acciones in rem*, permitiendo a las Cortes Estatales conocer de las *acciones in personam*, a elección del demandante, cuando la causa marítima permitiese el uso de los recursos legales (remedies) ofrecidos por el Common Law. Ello supone una ventaja para el demandante, que según los intereses que persiga, le podrá resultar más recomendable o interesante, acudir a una u otra jurisdicción. Esta previsión la hallamos en la meritada Sección 9 de la Judiciary Act de 1789 que señala: “preservando para los demandantes, *en todos los casos, el derecho de ejercer una pretensión basada en el Derecho jurisprudencial, cuando la Jurisprudencia es competente para darlo (...) Y también será competente para la cognición, simultáneamente con los tribunales de los diversos Estados, o los tribunales de circuito, según sea el caso (...)*”⁴³.

El sistema judicial federal de este país está basado en la organización jerárquica y geográfica de los tribunales, asemejándose a una pirámide, en cuya base estarían los

⁴¹ TETLEY, W., *International Maritime...*, cit., pp. 425 y 427.

⁴² SCHOENBAUM, T.J., *Admiralty ...*, pp. 25-29.

⁴³ En su versión original: “*Saving to all suitors, in all cases, the right of a common law remedy, where the common law is competent to give it (...) And shall also have cognizance, concurrent with the courts of the several States, or the circuit courts, as the case may be, (...)*”.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

tribunales de distrito (district courts)⁴⁴, que suponen el primer nivel judicial (algo así, como los juzgados de primera instancia en España). En el nivel inmediatamente superior estaría el tribunal de apelación (court of appeals), y en el vértice está el más alto tribunal de la nación, el Tribunal Supremo (Supreme Court of the United States). Además, las decisiones del Tribunal Supremo en cuestiones de derecho federal, son vinculantes en todos los juzgados del país.

Cada distrito judicial federal incluye un tribunal de insolvencia que funciona como una unidad del tribunal del distrito, y otros dos también de carácter especializado: el tribunal de comercio internacional (Court of International Trade) para comercio internacional y cuestiones aduaneras; y el tribunal de demandas o reclamaciones federales (United States Court of Federal Claims) con jurisdicción en contratos federales, expropiación de la propiedad privada por el gobierno federal, y una variedad de reclamaciones pecuniarias contra el Estado⁴⁵.

Llama la atención que la importancia otorgada a las cuestiones de almirantazgo y jurisdicción marítima al ser mencionadas expresamente en el solemne texto constitucional⁴⁶, no se traduzca en la existencia de una corte única específica. Ello permitiría una especialización y una profesionalización de los jueces y magistrados más que conveniente en el sector.

No debe perderse de vista que en EEUU los jueces no superan una oposición como puede ocurrir en España, sino que son elegidos, sin que los jueces federales tengan un sistema de acceso diferenciado. De hecho, la mayoría no acceden a la carrera judicial hasta tener experiencia, en muchos casos un significativo número de años, en la práctica del Derecho tanto en el sector público como privado.

⁴⁴ El Congreso ha dividido la nación en 94 distritos judiciales, cada uno de los cuales tiene un tribunal de distrito. Cada estado, tiene uno o más distritos judiciales, dependiendo de su tamaño y población, y se prevén otros adicionales para territorios de ultramar. Estos 94 distritos están organizados en 12 circuitos regionales, cada uno de los cuales tiene una Corte de Apelación a la que correspondería enjuiciar en segunda instancia los recursos que se planteen en relación con los district courts de su circuito. FINE, T.M., cit., pp. 39-40.

⁴⁵ FINE, T.M., cit., pp. 39-40.

⁴⁶ La solemnidad de este texto, y su carácter de norma fundamental se aprecia sin lugar a dudas desde el párrafo introductorio: *"We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America"*.

A título de curiosidad no está de más hacer mención del diferente sistema de elección de jueces en el caso de tribunales federales y los estatales. Mientras para los primeros es la propia Constitución la que establece que deberán ser nombrados por el Presidente y confirmados por Senado, y ostentan su cargo con carácter más o menos vitalicio, por el contrario, los jueces de los tribunales estatales son seleccionados de diversas maneras: a través de un sistema de elecciones, nombramiento por un número determinado de años, o combinando ambos métodos, por ejemplo, nombramiento seguido de elección⁴⁷.

En último lugar, debe hacerse mención a una problemática que se suscita en relación con esta competencia jurisdiccional federal: ¿el Derecho aplicable a la cuestión de fondo debe ser la norma federal o la de los estados? En *Southern Pacific Co. v. Jensen*⁴⁸ y en *Chelentis v. Luckenbach Steamship Co.*⁴⁹ el tribunal configura la cláusula constitucional de “jurisdicción de almirantazgo y marítima” como aquella que otorga al “Poder soberano” (sovereign) federal dos poderes diferenciados: el de determinar qué tribunales han de conocer de los asuntos marítimos, y el de establecer el derecho sustantivo de aplicación a los mismos⁵⁰. Añadiéndose un problema adicional, porque el Derecho a aplicar no es únicamente sustantivo, sino también adjetivo, porque la determinación de los tribunales no incluye las normas del procedimiento.

Y aquí hallamos una especialidad del seguro marítimo, y que por tanto, afectará a los procesos a los que nuestro SMDF ha de prestar cobertura. Como norma general, a una cuestión sometida a la jurisdicción federal de almirantazgo resulta de aplicación el derecho sustantivo marítimo, lo que significa que los tribunales deben aplicar el Derecho marítimo federal como ordenamiento jurídico uniforme. Sin embargo, existe un controvertido precedente que en el año 1955 que estableció que las reclamaciones derivadas de contratos de seguro marítimo son una excepción a la regla general, y por tanto, deben enjuiciarse conforme al derecho estatal⁵¹. Esta resolución del Tribunal

⁴⁷ Información extraída de la web oficial de los Tribunales de Estados Unidos, apartado comparativo de Tribunales Federales y Estatales.

<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/comparing-federal-state-courts>.

⁴⁸ *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205 (1917).

⁴⁹ *Chelentis v. Luckenbach S.S. Co., Inc.*, 247 U.S. 372 (1918).

⁵⁰ MARAIST, F.L. y GALLIGAN, T.C.Jr., *Admiralty*, Ed. West Group, St. Paul, Minn, 2001, p. 4.

⁵¹ THOMAS, R. cit., pp. 81-82.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Supremo de los EEUU es conocida como “*Wilburn Boat*”⁵². En cualquier caso, esta sentencia constituye una auténtica excepción en el contexto de la Jurisprudencia marítima norteamericana, donde rige el principio de que las materias contractuales son marítimas por razón de su objeto.

En esta Sentencia, la aseguradora de una casa flotante (houseboat) destruida por un incendio, rechazó indemnizar al propietario de la misma, alegando el incumplimiento de la “warranty” prevista en la póliza. Estas “garantías” preveían que el barco no podía ser vendido y que solo sería utilizado para fines privados, aunque los propietarios lo habían adquirido con fines comerciales, y lo habían transmitido a una compañía con este propósito. Lo cierto es que aunque las garantías habían sido vulneradas, este hecho no había tenido influencia alguna en la pérdida.

Lord Mansfield define una “insurance warranty” como “la condición en la que un contrato se basa”, de manera que según la Secc. 33(1) de la MIA 1906, una garantía en ese sentido, supondría el compromiso del asegurado a hacer alguna cosa, a no hacer alguna cosa, a que alguna condición debe ser verificada o cumplimentada, o que el asegurado afirma o niega la existencia de un estado particular de las cosas.⁵³

Debe precisarse que el término “warranty” no es el equivalente jurídico de su traducción al español “garantía”, sino que se refiere a un compromiso del asegurado de hacer o no hacer alguna cosa (por ej. la no utilización para fines comerciales del buque, compromiso de no navegar fuera de aguas nacionales, ...), debiendo destacarse, entre todas, la garantía por excelencia que es la de “seaworthiness” o navegabilidad. De conformidad con el Derecho inglés el incumplimiento (breach of warranty) de cualquier tipo de garantía, libera al asegurador de sus obligaciones desde la fecha del incumplimiento. Algunos casos estadounidenses acogen una postura similar, al entender que el incumplimiento de la garantía “voids the policy”. Sin embargo, en EEUU la extinción del contrato no opera automáticamente, sino a elección del asegurador; incluso, en ocasiones, ante la ausencia de una previsión específica, el efecto del incumplimiento es la suspensión de la cobertura hasta que el buque recupere la

⁵² *Wilburn Boat Company v. Fireman's Fund Insurance Company*, 348 U.S. 310 (1955). Sobre esta sentencia, también MANGONE, C.L., cit., pp. 65 y 247; TETLEY, W., *International Maritime...*, pp. 585-586.

⁵³ GÜRSES, Ö., *Marine Insurance Law*, Ed. Routledge, Oxon, 2017, p. 107.

condición pérdida (pensemos por ej. en un supuesto de pérdida de navegabilidad, clasificación... etc.).⁵⁴

En un primer momento tanto el Tribunal del Distrito este de Texas, como la Corte de Apelación del Quinto Distrito confirmaron que el asegurador tenía derecho a denegar la cobertura por el incumplimiento de la garantía. Sin embargo, la Corte o el Tribunal Supremo, rechazó adoptar una norma federal, que en términos similares a la Secc. 33 de la Marine Insurance Act 1906 (U.K.), denegase la cobertura por incumplimientos de garantía, con independencia de la causalidad en el resultado dañoso. El razonamiento utilizado era que tal norma resultaría especialmente rigurosa e injusta, atendiendo asimismo al hecho de que numerosos estados la habían derogado en todo o en parte. En consecuencia, devolvieron el asunto al tribunal de distrito para que volviese a dictar sentencia, pero bajo la normativa estatal que resultase de aplicación.

En todo caso, aunque pudiera parecer que las “warranties” de seguro marítimo americanas se han condenado a las normas de 50 diferentes leyes estatales, en realidad, muchos de ellos han adoptado lo que popularmente se denominan “normas anti-tecnicismos” (anti technicality statutes) que prevén que, un incumplimiento de las garantías previstas en una póliza de seguro no tienen efecto jurídico en la cobertura, a menos que incrementen el riesgo, o incluso en algunos estados, a menos que ese incumplimiento tenga nexos causales con el daño.

En realidad, hay mucha más uniformidad y aplicación del derecho marítimo federal general, del que una lectura de la decisión *Wilburn Boat* podría hacer esperar. De hecho los tribunales a la hora de abordar un asunto de seguro marítimo, tal y como establecía esta decisión judicial, deben partir de una pregunta inicial: ¿la cuestión relevante –al fondo del asunto- está regulada por una norma federal marítima establecida judicialmente?⁵⁵ Si tal norma existe, entonces prevalecerá sobre el derecho estatal. En este punto no puede perderse de vista que el espíritu de la previsión constitucional radicaba en resolver esta tipología de conflictos aplicando las normas y principios

⁵⁴ THOMAS, R. cit., pp. 84-90, y SCHOENBAUM, T.J., “Warranties in the Law of Marine Insurance: Some Suggestions for Reform of English and American Law”, *Tul. Mar. LJ*, vol. 23, 1998, pp. 290 y ss.

⁵⁵ THOMAS, R. cit., pp. 82-83. Norma federal marítima establecida judicialmente es el equivalente que hemos traducido de: “judicially established federal admiralty rule”.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

comunes a todas las naciones “marítimas”⁵⁶, asumiendo y aceptando, las categorías e instituciones de ese Derecho universal marítimo.

El asunto *Wilburn Boat* es también significativo en relación con la doctrina de la *ubérrima fides* o (utmost good faith)⁵⁷ en *McLanahan*⁵⁸, ya que la mayoría de los tribunales, -aunque no todos-, han mantenido que la doctrina de la ubérrima fides es una “norma federal marítima establecida judicialmente”, que por tanto debe ser aplicada con preferencia sobre las leyes estatales. Las consecuencias jurídicas son diferentes, ya que en numerosos estados, la norma prevé que la omisión de datos relevantes precontractuales no tiene efectos si no ha habido ánimo de engañar, un estándar mucho más laxo que el requisito de ubérrima buena fe exigible al asegurado en el caso federal.

De todos modos, pese a la claridad que a priori podría desprenderse de tales precedentes, durante el siglo XX existen ejemplos de que la aplicación de *Wilburn Boat* y *McLanahan* ha sido del todo excepcional, y generadora de gran controversia. Resultan especialmente interesantes dos sentencias: la conocida como *Aetna Insurance Co v. Dudley*⁵⁹ de 1992 y la *Chiariello v ING Groep NV*⁶⁰ de 2006.

En la primera de ellas, la póliza de seguro de un yate preveía un límite a la navegación, que fue obviado por los asegurados al alquilarlo a un hombre que navegó hasta Bahamas (fuera de los límites de navegabilidad permitidos), donde un miembro de la tripulación resbaló y cayó en la cubierta. La entidad aseguradora inició una acción declarativa en Florida para determinar la existencia de cobertura, y aunque en primera instancia el juzgado del distrito aplicó la norma estatal para determinar que sí existía cobertura, por cuanto el incumplimiento del asegurado no había incrementado el riesgo

⁵⁶ MARAIST, F.L. y GALLIGAN, T.C.Jr., cit., pp. 3 y 5.

⁵⁷ Sobre la definición de buena fe, en términos de mantener la promesa hecha, negociar en un modo que no suponga una ventaja contra el perjuicio de la contraparte, actuar justa y honestamente, cooperar, informar a la otra parte de todo aquello que necesita saber... MACDONALD, P., PICKEN, S., FOSS, P., *Good faith and Insurance Contracts*, Lloyd's List, 2010, pp. 5-6.

⁵⁸ La primera aparición de la doctrina de la ubérrima fides en Estados Unidos fue en 1828, en *McLanahan v. Universal Insurance Co.*, (vi. *McLanahan v. Universal Insurance Company* 26 U.S. 170 (1828)), y aunque es discutible que constituya una “norma federal marítima establecida judicialmente” a los efectos del test que exige la doctrina *Wilburn Boat*, ha sido aplicada y citada muy a menudo en los 127 años que transcurren entre ambas resoluciones; además, en el caso de esta última, la objeción del Tribunal Supremo era a la creación de nuevas normas federales, no el reconocimiento de las existentes. THOMAS, R. cit., pp. 92-93.

⁵⁹ *Aetna Insurance Co v. Dudley*, 595 So.2d 238 (FlaApp 1992).

⁶⁰ *Chiariello v ING Groep NV*, 2006 AMC 2135 (NDCal 2006).

en la caída, la Corte de Apelación de Florida revocó tal decisión, entendiendo que debía aplicarse la ley federal de conformidad con el principio de *Wilburn Boat*.

En *Chiariello*, el supuesto de hecho consistía en la negativa del asegurador a indemnizar al asegurado por la pérdida de un yate bajo una póliza de cascos (hull policy), porque el asegurado no había informado convenientemente de que el único miembro de la tripulación había abandonado el buque, existiendo una “single-handed navigation clause”⁶¹. Aunque la Corte aceptó que la doctrina de uberrima buena fe era una ley federal establecida, observó que: “*However, the question of whether the doctrine of uberrimae fidei imposes a continuing obligation on the assured to notify the insurer of any subsequent change in a material fact is not, similarly well-established*”.⁶² Es decir, se matiza que la obligación continua de notificar al asegurado cualquier cambio en un hecho material, no estaba tan, y traduciendo literalmente la terminología utilizada, “bien establecida”.

En consecuencia, el tribunal aplicó la ley estatal de Nueva York, que era la norma que regía el contrato de seguro, y la doctrina establecida en la decisión *Navegation Goya SA v. Mutual Boiler & Machinery Insurance Co*⁶³ de 1975, por la que el asegurado no tenía la continua obligación de informar al asegurador los cambios materiales en el riesgo asegurado. Eso sí, salvo que la entidad aseguradora hubiese establecido que la cobertura estaba condicionada a tal circunstancia.

Todo ello permite comprobar que la cuestión de la jurisdicción y el derecho aplicable federal versus estatal en EEUU, tiene implicaciones prácticas de gran trascendencia para los operadores marítimos, que deben afrontar notas adicionales de incertidumbre en los procesos y procedimientos marítimos, con trascendencia en la cobertura jurídica de los mismos a través del SMDJ.

III.3.- Especialidades procesales

⁶¹ Cláusula prevista en numerosas pólizas para prevenir que la navegación se produzca con “una sola mano”, es decir, con un único miembro a bordo para dirigir la expedición.

⁶² THOMAS, R. cit., pp. 98-100.

⁶³ *Navegation Goya SA v. Mutual Boiler & Machinery Insurance Co*, 411 F. Supo. 929, 1977 AMC 175 (SDNY 1975).

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

En los apartados anteriores se dejaba anunciado que en el Derecho marítimo del Common Law, tenía una importante reminiscencia del derecho civil tradicional, esto es, la distinción entre acciones reales (*actio in rem*) y personales (*actio in personam*), que condicionan la jurisdicción aplicable, y que además, ofrecen posibilidades y consecuencias jurídicas muy dispares para quien eventualmente las ejercita. Se trata como decíamos de la manifestación de una especialización procesal con raíces en el sistema de Derecho Civil, en auténticos Juzgados de Common Law.

III.3.1. - *Actio in personam*

III.3.1.1. - *Concepto*

La calificación como acciones personales y reales es tan antigua como el propio Derecho Romano, que las distinguía *prima facie* con carácter sustancial porque las primeras se utilizan para hacer valer los derechos relativos y de obligación, mientras las segundas constituían el instrumento legal para defender los derechos absolutos. Desde una óptica formal, en las *acciones in personam* el sujeto pasivamente legitimado estaba individualmente determinado desde la misma demanda, mientras en las *in rem* el demandado sólo figuraba en la condena⁶⁴.

En el ámbito marítimo esta separación no ha sido siempre tan nítida, y es que un “*Processus contra contumacem*” suponía un proceso de embargo preventivo de la propiedad para obligar a la comparecencia del acusado, un procedimiento desarrollado en la Europa medieval y firmemente establecido en Inglaterra aproximadamente en el siglo XV. El propósito principal del proceso era contrarrestar la contumacia negativa del acusado a comparecer ante la Corte y contestar a la demanda interpuesta en su contra, de manera que si recibía una serie de citaciones para comparecer y no lo hacía, después de cuatro incumplimientos el Tribunal del Almirantazgo podía adjudicar, por motivos de “contumacia del acusado”, la posesión de la propiedad arrestada al demandante⁶⁵. Ello implica que el procedimiento era el mismo independientemente de la acción interpuesta.

⁶⁴ ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., “*Derecho Romano I. Parte General. Derechos Reales*”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988, pp. 197-198.

⁶⁵ TETLEY, W., “Arrest, Attachment, and Related Maritime Law Procedures”, *Tulane University Law Review*, May / June 1999, pp. 2-3.
[<http://www.law.kyushu-u.ac.jp/programs/english/thaillm/materials/2014-2015/course1/Class%207-1%20Arrest%20-Tetley.pdf>]

El éxito de las *acciones in rem* tramitadas en el Tribunal del Almirantazgo dio lugar a una disminución significativa de las *acciones in personam*, y los litigantes mercantiles empezaron a interponer las acciones personales ante los tribunales de derecho ordinario (common law courts), por lo que la acción personal de almirantazgo fue progresivamente cayendo en desuso en U.K.⁶⁶

La mayor dificultad que presenta la operatividad de las *acciones in personam*, y que explica que sean instituciones poco utilizadas en el ámbito marítimo, radica en que el éxito de su procedencia se condiciona a la efectiva notificación del demandado, por resultar imprescindible su comparecencia ante el tribunal en aras a salvaguardar el principio de contradicción entre las partes. Y dado el elemento de internacionalidad que caracteriza las relaciones jurídicas marítimas, en la práctica, esa notificación del presuntamente responsable del daño o el incumplimiento contractual puede resultar imposible, inclinando la balanza en favor de las *acciones in rem* que permiten la notificación directamente al buque.

En conclusión, podemos definir la *actio in personam* como: aquella acción dirigida contra la persona presuntamente responsable de haber causado un daño a otra, o haber incumplido un acuerdo contractual, y que tiene como fin, además de condicionar el tribunal competente, permitir al demandante perseguir todo el patrimonio del demandado⁶⁷.

III.3.1.2.- Freezing injunction (o Mareva) y Orden Anton Piller en el Reino Unido, Maritime Garnishment & Attachment en Estados Unidos

En primer lugar, debe precisarse que estas especialidades procesales son una manifestación de la potestad de los tribunales competentes sobre el fondo del asunto, para adoptar con carácter adicional medidas cautelares y otras medidas preventivas. Se trata de auténticos procesos, -con especialidades que comentaremos-, pero que tratan en definitiva de: “*contrarrestar el riesgo de que se realicen actos o adopten conductas que*

⁶⁶ TETLEY, W., “Arrest, Attachment...”, cit., p.4.

⁶⁷ MESA ESCOBAR, C., cit., pp. 42-43.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

*impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia de condena que pueda ser dictada, aprovechando la duración del proceso”.*⁶⁸

La conocida como “Mareva injunction” tuvo reconocimiento legal con la previsión de la Sección 37(3) de la SCA que refiere: “*The power of the High Court under subsection (1) to grant an interlocutory injunction restraining a party to any proceedings from removing from the jurisdiction of the High Court, or otherwise dealing with, assets located within that jurisdiction shall be exercisable in cases where that party is, as well as in cases where he is not, domiciled, resident or present within that jurisdiction*”⁶⁹. Es decir, la High Court tiene potestad para emitir un mandamiento judicial (orden interlocutoria) ordenando al demandado, cualquiera que fuere su nacionalidad o residencia, que no realice ninguna actuación sobre sus bienes que pudiera implicar la sustracción a su jurisdicción. En palabras de González Lebrero⁷⁰: “*es una figura procesal de derecho inglés, según la cual, un acreedor tiene el derecho de obtener una orden judicial destinada a impedir que un deudor pueda disponer de sus activos, cualesquiera que sean, en detrimento de aquel, antes (o después) de que se dicte una sentencia judicial o un laudo arbitral, definitivos y firmes*”.

Hasta 1975, el derecho anglosajón sólo preveía el embargo preventivo de buques anterior a la sentencia (denominado *arrest*) o el ejecutivo, cuando ya existía esa resolución judicial definitiva (al que se refiere el *attachment*), pero no contemplaba la posibilidad de actuar en modo similar frente a otros bienes del eventual deudor⁷¹.

Fue en una controversia suscitada con el buque Mareva⁷², cuando la Corte de Apelación (*England and Wales Court of Appeal, Civil Division*), decidió que un acreedor podía obtener tal protección ante el riesgo de insolvencia del deudor, ya que aunque no había

⁶⁸ CAMARA RUIZ, J, “CAPITULO XXI DESCRIPCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS”, *Derecho Procesal Introducción*, cit., p. 366.

⁶⁹ SINGH, L., *The Law of Carriage of Goods by Sea*, Ed. Bloomsbury Professional, West Sussex, 2011, p. 332.

⁷⁰ GONZALEZ LEBRERO, R.A., “*Curso de Derecho de la Navegación*”, Ed. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria- Gasteiz, 1998, p. 764.

⁷¹ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos ...*, cit., p. 52.

⁷² *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA*, [1975] 2 Lloyd’s Rep 509. Sentencia del 23 de junio de 1975 de la División Civil de la Corte de Apelación, Jueces: Lord Denning, MR, Roskill and Ormrod, L.JJ.

sido dictada todavía una resolución definitiva, podía probar razonablemente su causa de pedir.

El supuesto de hecho era el siguiente: la compañía Mareva, propietaria del buque de mismo nombre, lo dio en fletamento, bajo el Derecho inglés, a la sociedad IBSA quien lo subfletó al Gobierno indio. El flete del contrato principal se devengaba por quincenas adelantadas, y aunque IBSA pagó las primeras cuotas, incumplió el tercer pago que vencía el 12 de junio de 1975, por lo que tras numerosas comunicaciones, Mareva resolvió el contrato al entender que esa deuda ya no sería abonada.

El 20 de junio reclamó las cantidades pendientes de pago, que ascendían a US\$ 30 800, más daños y perjuicios, y solicitó al juez, sin audiencia de la demandada, una injunction que prohibiera a la mercantil disponer del importe de los fletes que el Gobierno indio había en una cuenta de IBSA en Londres (£ 174 000 en total), ante la certeza de la desaparición efectiva de esos fondos. La Corte de Apelaciones, presidida por Lord Denning, accedió a lo solicitado⁷³.

A partir de este momento, se normaliza y generaliza su otorgamiento por los tribunales, y para ello, el demandante tiene la obligación de presentar una declaración jurada (affidavit) expresando los hechos, fundamentos, necesidad y urgencia de la medida, así como una garantía o caución, por los eventuales daños y perjuicios que se pudieren causar al demandado como consecuencia de la orden. Si el tribunal accede a la *freezing* injunction, el demandante debe notificar al demandado y cualquier tercero (por ej. una entidad bancaria), que pudiese disponer de activos del demandado.

Ahora bien, para ello, deben cumplirse determinados requisitos⁷⁴:

- i. El demandante debe probar que tiene acción contra el demandado porque se ha producido una vulneración de sus derechos (término más genérico que el mero incumplimiento contractual). Se admite sobre hechos futuros, siempre y cuando, sean “presently performable”.

⁷³ZEGARRA MULANOVICH, A., “Génesis y consolidación de las Mareva injunctions del Derecho inglés”, 20 *ADM*, 2003, pp. 173-232.

⁷⁴ BAUGHEN, S., *Shipping Law*, Ed. Routledge Cavendish, Oxfordshire, U.K., 2009, pp. 413-415; TETLEY, W., *International Maritime ...*, cit., pp. 410-411.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

- ii. El demandante debe probar asimismo, que tiene un caso factible y fundamentado, de manera que aunque no pueda asegurar la estimación íntegra de sus pretensiones, exista una posibilidad razonable de que la sentencia sea favorable.
- iii. El demandante debe acreditar el riesgo existente de que, salvo que se conceda la medida, la eventual sentencia que se dictase contra el demandado devendría inejecutable. En el affidavit que acompaña a la solicitud, habrán de identificarse los motivos para creer que el demandado tiene activos bajo la jurisdicción del tribunal, aunque el mandamiento judicial no estará vinculado por los que se hayan identificado en la declaración, sino a todos los que queden bajo su jurisdicción, eso sí, hasta el límite de la cuantía objeto de reclamación.
- iv. Finalmente, un último condicionante es que ha de mantenerse el equilibrio equitativo entre los intereses de todas las partes implicadas, demandante, demandado y terceros. Precisamente para evitar efectos draconianos en la actividad económica del demandado, se prevé la necesidad de prestar garantía para los eventuales daños y perjuicios que se pudiesen causar.

En el ámbito marítimo tiene una especial repercusión, como ya ha sido señalado, el elemento de internacionalidad de las relaciones jurídicas, y por ello, hemos de referirnos a las conocidas como “*worldwide freezing orders*”.

Así, para que un tribunal expida un mandamiento judicial de estas características, además de los requisitos detallados en los párrafos precedentes, es imprescindible que proporcione justificación razonada de la especialidad del caso concreto, que justifique una jurisdicción extraterritorial (fuera de territorio bajo la soberanía británica). Bajo las circunstancias adecuadas, los juzgados han ido más allá de prohibir al demandado trasladar sus activos desde una jurisdicción extranjera, a ordenarle transferirlos desde una jurisdicción extranjera a otra.⁷⁵

Una *worldwide freezing order* puede concederse para reforzar un procedimiento sustantivo que se esté desarrollando en otra jurisdicción. Desde abril de 1997, los tribunales tienen la discrecionalidad, cuando sea conveniente (se hace mención a un test

⁷⁵ BAUGHEN, S., cit., p. 416.

de conveniencia denominado “test of expediency”), de expedir estos mandamientos respecto de procedimientos en cualquier jurisdicción extranjera de conformidad con lo previsto en la Secc. 25 de la Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982.

Este test de conveniencia ha de basarse en las siguientes cuestiones⁷⁶:

- i. Si la orden va a interferir en el desarrollo del caso en el tribunal principal que esté conociendo del fondo del asunto;
- ii. Si existe en la jurisdicción principal algún tipo de norma jurídica que prevea garantías análogas;
- iii. Si existe peligro de generar confusión, riesgo de conflicto o solapamiento con órdenes de otras jurisdicciones;
- iv. Si, al tiempo que la orden fue solicitada, era probable prever un conflicto de jurisdicción, e incluso si, en caso de desobediencia, la orden no podría ser ejecutada.

En línea con esta medida de protección de los intereses del demandante para salvaguardar la eventual ejecución de un fallo favorable, debe citarse la orden “Anton Piller”. Esta orden toma su nombre de una decisión del Tribunal de Apelación inglés en *Anton Piller K.G. V. Manufacturing Processes Ltd.*⁷⁷, en la que el apelante, Anton Piller, era un fabricante alemán de motores y generadores eléctricos utilizados en la industria informática, y el demandado era su agente en U.K., y precisamente por esa relación comercial, disponían de información confidencial. Los recurrentes comprobaron que los demandados habían proporcionado a otras empresas alemanas, Ferrostaal y Lechmotoren, planes detallados y planos de los productos. Los recurrentes estaban a punto de lanzar un nuevo producto y temían que sus especificaciones pudieran llegar a los competidores.

Anton Piller inició entonces a instancia de parte un procedimiento interesando una medida cautelar para restringir la infracción de los derechos de autor, así como una orden judicial que permitiese acceder a las instalaciones del demandado para buscar y eliminar toda la información confidencial propiedad de los apelantes. La orden judicial

⁷⁶ BAUGHEN, S., cit., p. 417.

⁷⁷ *Anton Piller K.G. V. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.).

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

fue concedida, pero la orden de inspección y remoción fue rechazada por el tribunal de instancia, y concedida en apelación.

Esta sentencia nos da una aproximación a cuál es la finalidad o el espíritu de este tipo de orden: la preservación de material probatorio que pudiera estar en posesión del demandado, incluyendo la posibilidad de obtener copias de pruebas documentales, la incautación por el tribunal de documentos que se sospeche puedan ser destruidos, inspecciones de bienes del demandado ... etc.

Los requisitos para que el tribunal pueda aprobar este tipo de medidas son muy similares a los comentados respecto de las *freezing injunction*; a saber: acreditar que el asunto principal tiene altas probabilidades de prosperar; que la denegación de la medida supondrá inequívocamente la ineficacia de una eventual sentencia favorable; y finalmente que el objeto del requerimiento está en poder del demandado, y/o que existe para el temor fundado de su destrucción⁷⁸.

En Estados Unidos, la regla 9 de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) establece cómo habrán de articularse las demandas en materias especiales, y en concreto, su apartado h) se refiere a reclamaciones marítimas o de almirantazgo, en las que deberá constar expresamente tal naturaleza para que sea enjuiciada por un juez marítimo, bajo el procedimiento establecido en las *Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims* (Reglas Suplementarias para Ciertas Reclamaciones en Materia Marítima y de Almirantazgo, SRCAMC).

El demandante que haga uso de la meritada regla 9(h) de las FRCP, tendrá derecho a los *remedies* previstos en las SRCAMC:

- regla B sobre acciones *in personam*: Attachment and Garnishment;
- regla C: acciones *in rem*;
- regla D: acciones posesorias, de petición y partición;
- regla F: acciones para la limitación o exoneración de responsabilidad.

⁷⁸ MESA ESCOBAR, C., cit., pp. 70-71; TETLEY, W., *International Maritime...*, cit., pp. 416 y 418.

Los más utilizados son el *maritime attachment and garnishment*⁷⁹, y la *actio in rem*, instituciones que no se encuentran disponibles en el procedimiento civil ordinario⁸⁰. La *actio in personam* estadounidense tiene una particularidad respecto de la británica, y es que el demandante tiene la posibilidad de solicitar el embargo y secuestro de ciertos bienes del demandado bajo la figura conocida como *attachment*.

Como su propio nombre indica se trata de obtener una garantía de ejecutabilidad a favor del demandante, a modo de embargo, si bien, la nota característica y diferenciadora de otras instituciones, es que su objetivo es adquirir jurisdicción sobre el demandado a través de sus bienes, y es que el conocimiento de la causa se atribuirá a la Corte que concedió y ordenó la ejecución de la medida (aunque el tribunal podría, discrecionalmente negar la solicitud, en caso de *forum non conveniens*)⁸¹.

Lo apuntado nos permite concretar cuáles son los requisitos para que esta solicitud (*attachment*) prospere⁸²:

- sólo es aplicable cuando lo que se ejercita es una acción personal;
- Es imprescindible que el demandado no se encuentre dentro de la jurisdicción de la corte donde la acción se interpone, o en su caso, que no haya sido posible su localización por el demandante, aunque los bienes del demandado, sí deben ubicarse dentro de la jurisdicción del tribunal;
- La medida procede contra toda clase de bienes, tangibles e intangibles, aunque los más frecuentes son el buque del demandado, un buque hermano del buque ofensor, o las cuentas bancarias del demandado;
- La notificación de la medida sólo podrá surtir efecto dentro del límite territorial del Estado del tribunal;
- Evidentemente, no puede existir una norma específica que prohíba la ejecución concreta.

⁷⁹ SCHOENBAUM, T.J., *Admiralty...*, pp. 389-399.

⁸⁰ No debe producir confusión la referencia al procedimiento civil ordinario como algo ajeno al Common Law, sino simplemente a los procedimientos generales y no de almirantazgo.

⁸¹ *Vid.* apartado VI.2. de este capítulo.

⁸² MESA ESCOBAR, C., *cit.*, pp. 194-199.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

En cuanto al procedimiento la propia Regla B de las SRCAMC, prevé como podría presuponerse, la necesidad de que el solicitante establezca con claridad sus pretensiones, y mediante un affidavit declarando que no ha sido posible localizar al demandado dentro de la circunscripción del tribunal, cuestiones que debe revisar y verificar el juez para garantizar que la medida sea necesaria e imprescindible.

En cualquier caso, no perdiendo de vista la realidad de los conflictos marítimos, y la necesidad de prever medidas y procedimientos especialmente ágiles que eviten la frustración definitiva de las acciones del demandante, el apartado C dentro de esta regla B(1), prevé una excepción a los requisitos anteriores en casos de extrema urgencia, en los que la revisión por parte del tribunal sea imposible. Pensemos por ejemplo en un supuesto en el que el buque esté próximo a zarpar. Ahora bien, el procedimiento prejudicial debe ser ratificado por un juez tan pronto como sea posible, y el demandante tiene la carga de probar que concurrían las merítadas circunstancias extremas, en cualquier audiencia posterior al embargo, de conformidad con la Regla E (4)(f)⁸³.

Finalmente, y aunque se desprende de todo lo expuesto hasta el momento, la medida perdería totalmente su sentido y finalidad si el demandado compareciese al procedimiento. En tal supuesto, la medida debe ser enervada, salvo que se proporcione a la Corte argumentos indubitados que permitan verificar que a pesar de tal comparecencia, el derecho sustancial del demandante a ejecutar una futura sentencia futura se vería vulnerado en todo caso.

III.3.2.- *Actio in rem*

III.3.2.1.- *Concepto*

Como ya ha sido señalado los derechos *in rem* son particulares del Derecho inglés de almirantazgo. Estos derechos son concedidos para reclamaciones sobre suministros necesarios para el buque, incumplimientos del contrato de fletamento, y para cualesquiera otras reclamaciones para las que se prevé un crédito marítimo. Lo absolutamente trascendente es que las acciones *in rem* implican un procedimiento sobre

⁸³ Regla E (4) (f): "*Procedure for Release From Arrest or Attachment. Whenever property is arrested or attached, any person claiming an interest in it shall be entitled to a prompt hearing at which the plaintiff shall be required to show why the arrest or attachment should not be vacated or other relief granted consistent with these rules. (...)*"

una *res* (cosa), como algo de naturaleza diferente a una persona, y por ende, se contraponer a las acciones *in personam*.

Tanto en Derecho británico como en el estadounidense, existen una serie de derechos llamados “créditos marítimos”/“*maritime liens*” o acciones contra un buque, conforme a los cuales, el buque en sí mismo es personificado, y la acción se dirige directamente contra él, como “la cosa culpable” o “*the guilty thing*”, y aunque la personificación del buque es una concepción que se puede hallar también en el Derecho europeo, existe una diferencia sustancial entre el tratamiento que recibe en el Common Law y en el Derecho continental, ya que en Europa, aunque se ejercite una acción *in rem* los procedimientos judiciales nunca se dirigen directamente contra la “cosa”, sino siempre contra “una persona”⁸⁴.

La importancia sustantiva de una acción de estas características es descrita por el juez Harrington en *Quin-Sea Fisheries Limited v. Broadbill*⁸⁵ del siguiente modo:

“La acción real no es una mera cuestión de procedimiento, sino más bien una cuestión de fondo que va hasta la esencia misma del derecho del almirantazgo. Las distinciones entre los demandantes que interponen un procedimiento derivado de la venta de un buque en un tribunal de almirantazgo, basada en la clasificación de los créditos marítimos, los possessory liens, las hipotecas y los derechos ordinarios reales están en la esencia misma de la ley del almirantazgo. Una distinción fundamental entre la venta de la propiedad marítima por un tribunal del almirantazgo, y una venta en un tribunal del Common Law es que una venta del almirantazgo concede un título libre y claro mientras que la venta

⁸⁴ GRIFFITH PRICE, E., “Statutory Rights in Rem in English Admiralty Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 27, No. 3/4, 1945, p. 21.

⁸⁵ *Quin-Sea Fisheries Limited v. Broadbill I*, 2013 FC 575 (CanLII), paragraph 15. El texto original en inglés es el siguiente: “[15] ... *the action in rem is not a mere matter of procedure, but rather is a matter of substance which goes to the very essence of admiralty law. Distinctions among claimants to the proceeds of the sale of a ship in an admiralty court, such as ranking based on maritime liens, possessory liens, mortgages and ordinary rights in rem are at the very essence of admiralty law. A fundamental distinction between the sale of maritime property by an admiralty court, and a sale in a common law court is that an admiralty sale gives title free and clear while the sale in a common law court is only a sale of the defendant's interest in the res.*” SCHMITT, D.G., “*The action in rem and arrest*”, Federal Court and Federal Court of Appeal Education Seminar, Maritime Law, 23 mayo 2014 en Ottawa, p. 2. [http://www.cmla.org/papers/Action_in_Rem_and_Arrest_-_Schmitt.pdf].

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

en un tribunal del Common Law, es solamente una venta del interés del demandado en la cosa.”

En el *Common Law* por tanto “*Actio in rem*” no es algo meramente procesal, sino que tiene consecuencias de fondo, aunque ello tampoco implica, a la vista de lo expuesto, que una “*actio in rem*” sea una pretensión basada en un título jurídico-real, en el sentido del Derecho continental.

Se ha mencionado que la *action in rem* en el Derecho inglés y americano es un procedimiento dirigido directamente contra el buque en sí mismo considerado. De ello se desprenden las siguientes notas características⁸⁶:

1. La responsabilidad personal del propietario no debería de ser una condición esencial para la prosperabilidad de la acción ejercitada;
2. La reclamación contra el buque debe seguir en manos del “*purchaser*”, independientemente del aviso o la notificación;
3. Las demandas contra el buque deben tener prioridad sobre cualquier otra reclamación contra el propietario; y
4. La resolución o sentencia en una acción *in rem* debe operar directamente sobre el título de propiedad, y suponer o transferir un título “absoluto”.

El ejercicio de estas acciones y procedimientos, normalmente va acompañada del embargo preventivo del buque (arrest), por el cual se ordena judicialmente su inmovilización en un puerto dentro de la jurisdicción del tribunal. Hemos de distinguir por tanto entre el attachment analizado respecto de las acciones *in personam*, del embargo que se puede producir en el ejercicio de acciones reales de este tipo.

Así, mientras en EEUU un buque puede ser “arrestado” en ejercicio de una acción *in personam*, sin que sea necesario que la reclamación tenga ninguna conexión con el buque en cuestión⁸⁷, en Inglaterra la única manera de obtener una resolución judicial en

⁸⁶ GRIFFITH PRICE, E., cit., p. 22.

⁸⁷ Un *attachment in personam* puede tener por objeto cualquier propiedad, y por consiguiente, el ejercicio de un acción de esta tipología no confiere título de propiedad como en el supuesto del ejercicio de los derechos *in rem*.

tal sentido, es ejercitando una acción de almirantazgo *in rem*, constituyendo un requisito adicional que la propiedad embargada sea la vinculada con el objeto de la reclamación, y no cualquier otra que pertenezca al propietario del buque demandado.⁸⁸

Este tipo de acciones son por tanto instrumentos idóneos para hacer efectivos los derechos que surgen de los créditos marítimos privilegiados.

III.3.2.2.- *Créditos marítimos y créditos marítimos privilegiados (Maritime Liens)*

Las Secciones 20 a 24 de la SCA 1981, establecen una serie diversa de créditos marítimos que dan origen a derechos crediticios con distintas consecuencias prácticas, ya que la mayoría derivan de la explotación comercial de un buque, pero estos *maritime claims*, no pueden confundirse con los créditos privilegiados que sí posibilitan en todo caso el embargo preventivo de un buque, lo que no ocurre para todos los créditos marítimos simples⁸⁹. La Sección 20 (2) de la SCA a la que ya nos hemos referido, incluye un listado taxativo de aquellos créditos marítimos que dan lugar a reclamaciones ante la jurisdicción marítima de la Corte.

A diferencia de la jurisdicción *in rem* de Reino Unido, en EEUU dicha jurisdicción se identifica con el concepto de maritime lien, y sólo podrá ser invocado en los eventos en los que el acreedor marítimo es titular de un lien.

Podemos aproximar una definición de crédito marítimo privilegiado como un “derecho real de garantía que recae sobre una *res* marítima determinada de propiedad ajena que puede recaer sobre un buque, la carga o el flete, y que otorga al portador el privilegio de persecución de la meritada *res* marítima, la posibilidad de su arresto, y posterior venta judicial, a fin de satisfacer el crédito emanado de la reclamación marítima a través de un procedimiento *in rem*, ubicándose en el primer puesto de la prelación de créditos”⁹⁰.

Además de los previstos en la SCA, en Reino Unido resultan de aplicación las disposiciones del Convenio internacional relativo al embargo preventivo de buques de

⁸⁸ GRIFFITH PRICE, E., cit., pp. 25-26.

⁸⁹ PULIDO BEGINES, J.L. cit., p. 259.

⁹⁰ MESA ESCOBAR, C., cit., p.82. y ALONSO LEDESMA, C., *Los privilegios marítimos*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 263.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

navegación marítima alcanzado en Bruselas, el 10 de mayo de 1952)⁹¹, en cuyo artículo 1 se establece que tendrán la consideración de créditos marítimos a efectos del embargo preventivo de buques, los derivados de:

- a) *daños causados por un buque, ya sea por abordaje, ya de otro modo*⁹²;
- b) *pérdidas de vidas humanas o daños corporales causados por un buque o provenientes de la explotación de un buque;*
- c) *asistencia y salvamento**;
- d) *contratos relativos a la utilización o al arriendo de un buque mediante póliza de aseguramiento o de otro modo;*
- e) *contratos relativos al transporte de mercancías por un buque en virtud de una póliza de fletamento, de un conocimiento o de otra forma;*
- f) *pérdida o daños causados a las mercancías y equipajes transportados por un buque;*
- g) *avería común;*
- h) *préstamo a la gruesa**;
- i) *remolque;*
- j) *pilotaje;*
- k) *suministros de productos o de material hechos a un buque para su explotación o su conservación, cualquiera que sea el lugar de los mismos;*
- l) *construcción, reparaciones, equipo de un buque o gastos de dique;*
- m) *salarlos del capitán, oficialidad o tripulación**;
- n) *desembolsos del capitán y los efectuados por los cargadores, los fletadores o los agentes por cuenta del buque o de su propietario**;
- o) *la propiedad impugnada del buque;*
- p) *la copropiedad impugnada de un buque o su posesión, o su explotación o los derechos a los productos de explotación en condominio;*
- q) *cualquier hipoteca naval y cualquier «mortgage»*

⁹¹ En el caso de España, este Convenio estaba en vigor desde el 27 de febrero de 1956. Con posterioridad, se ha adherido al Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, mediante publicación en el BOE de 23 de abril de 2004, y al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, BOE de 2 de mayo de 2011. Reino Unido no ha ratificado ni se ha adherido a estos últimos.

⁹² Los liens marcados en el listado con un asterisco (*) son que tradicionalmente y desde sus orígenes han tenido tal consideración.

Una de los efectos jurídicos más trascendentes de este tipo de créditos marítimos privilegiados, es que otorgan una prioridad a la hora de cobrar el crédito. En el caso de Reino Unido, el cuerpo formado por las CPR, parte 61.10 establece que en caso de venta judicial el importe se distribuirá en el siguiente orden⁹³:

1. Costes judiciales⁹⁴,
2. Condenas por demandas de autoridades portuarias,
3. Maritime liens en el siguiente orden: créditos causado por daños –salvo que a posteriori se cree un crédito por salvamento-; créditos por salvamento; salarios del capitán y la tripulación; y desembolsos hechos por el capitán durante el viaje
4. Hipotecas,
5. Statutory liens. La diferencia más importante entre los statutory y los maritime liens es su capacidad de afectar a terceros⁹⁵.

Además de su menor capacidad para vincular a terceros, los statutory liens se diferencian de los maritime liens en que son sólo ejercitables respecto de buques, no contra otras propiedades del demandado. Sin embargo, sí permiten su ejercicio contra otros buques del mismo propietario o “persona relevante”⁹⁶.

En EEUU se prevé una distinción adicional entre los “Preferred maritime liens”, privilegios marítimos establecidos en el numeral 31301 del US Code, y los “maritime liens”. Los primeros serán según el artículo 31301(5)⁹⁷ aquellos gravámenes sobre un buque, (reclamaciones por los salarios del Capitán y la tripulación de un buque, el salvamento, daños ocasionados con el buque, reclamaciones por salarios de los estibadores, daños y perjuicios derivados de delitos marítimos), que surgen antes de que se haya presentado una hipoteca preferente bajo la sección 31321 de este título.

⁹³ BAUGHEN, S., cit., p. 409.

⁹⁴ MEESON, N., KIMBELL, J.A., cit., p. 238.

⁹⁵ BAUGHEN, S., cit., p. 379.

⁹⁶ BAUGHEN, S., cit., p. 379.

⁹⁷ El texto original en inglés: Section 31301(5) defines "preferred maritime lien" to mean a lien on a vessel that arises before a preferred mortgage was filed under section 31321 of this title for damages arising out of maritime tort, stevedore wages, crew wages, general average, and salvage.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Por su parte, los maritime liens son aquellos créditos que no gozan de preferencia, y se ubican en el listado de prelación de créditos después de las hipotecas navales preferenciales inscritas en EEUU.

En el caso americano, que al igual que en Reino Unido se aplica el principio inverso, según el cual el último *lien* causado tiene preferencia sobre los anteriores a él, el orden de la prelación de créditos será⁹⁸:

1. Costas judiciales y gastos de custodia;
2. Maritime liens preferenciales: salarios del capitán y la tripulación, salvamento y avería gruesa, daños ocasionados por un siniestro marítimo tanto personales como a la mercancía, estibadores, reclamaciones de responsabilidad contractual por servicios prestados al buque (los “necessaries”);
3. Hipoteca naval privilegiada,
4. Reclamaciones por *necessaries*, siempre y cuando el contrato sea celebrado con posterioridad a la inscripción de la hipoteca naval privilegiada.
5. Hipoteca naval extranjera,
6. Reclamaciones derivadas de responsabilidad contractual por contratos diferentes a los servicios prestados a un buque, tras la inscripción de la hipoteca naval extranjera.
7. Statutory Rights *in rem*: créditos no marítimos, hipoteca naval no inscrita, créditos reconocidos por otras jurisdicciones etc. Se trataría de derechos de garantía, que ALONSO LEDESMA⁹⁹ califica como créditos no preferentes, incluidos impuestos, así como otros créditos derivados de la infracción de las leyes federales. Se trataría más bien, de una medida procesal que permite al acreedor asegurar el cumplimiento de su pretensión mediante la afeción del buque al resultado del proceso, aunque a la vista de las decisiones jurisprudenciales, y los cambios formales introducidos en el procedimiento, la

⁹⁸ TETLEY, W., “Maritime Liens in the Conflict of Laws”, Published in *J.A.R. Nafziger & Symeon C. Symeonides, eds., Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren, Transnational Publishers Inc., Ardsley, N. Y., 2002, pp. 439-457, p. 11.*

[<https://www.1215.org/lawnotes/work-in-progress/maritime-liens.pdf>].

⁹⁹ ALONSO LEDESMA, *Los privilegios...*, cit., p. 241.

posición jurídica del acreedor se asemeje en el caso de los *maritime liens* y *statutory right in rem*¹⁰⁰.

En relación con los créditos marítimos surge una cuestión problemática, que aunque excede del objeto de estudio, debemos hacer una referencia por su trascendencia en los procedimientos marítimos internacionales al abordar los eventuales conflictos de leyes: ¿en un conflicto de leyes que debe prevalecer la ley del lugar donde se causó el *maritime lien* o la ley del lugar donde se ha ejercitado la acción y el tribunal está enjuiciando el asunto¹⁰¹?

Así, nos encontramos con dos sistemas enfrentados, mientras Inglaterra opta por la *lex fori* EEUU lo hace por la Ley que resulte más apropiada (The Proper Law), lo que se complica con la distinta naturaleza que se otorga al propio *maritime lien*, pues en un caso se entiende tiene naturaleza de auténtico derecho sustantivo, mientras en U.K. se califica como un instrumento de naturaleza procesal (remedy)¹⁰².

Este supuesto fue analizado en el famoso asunto *The Halcyon Isle*¹⁰³. Este buque gravado con una hipoteca por un Banco de Londres, no abonó los servicios de reparación realizados en el puerto de Nueva York en 1974. Tanto el banco como los “*necessaries men*” ejercitaron sendas acciones in rem y obtuvieron la venta del buque, si bien, el importe obtenido no alcanzaba para abonar las deudas de cada uno de ellos, por lo que debía establecerse qué crédito debía prevalecer. Aunque será abordado en el apartado III.3.2.4., los *necessaries* sólo son reconocidos como *maritime lien* en EEUU y no en U.K.

Aunque en la acción ejercitada en Singapur vieron estimadas sus pretensiones los *necessaries men*, el banco hipotecante obtuvo un fallo distinto en Inglaterra, dejando sin efecto el fallo de la Corte de Apelaciones de Singapur. La decisión mayoritaria se basó en la notición de que los créditos marítimos, en el supuesto de conflicto de leyes, eran “remedios procesales” más que derechos sustantivos, y en aplicación de la ley del foro,

¹⁰⁰ ALONSO LEDESMA, *Los privilegios...*, cit., pp. 154-155.

¹⁰¹ MESA ESCOBAR, C., cit., p.105.

¹⁰² TETLEY, W., *International Maritime*, cit., pp. 402-403.

¹⁰³ *The Halcyon Isle* (Bankers Trust International Limited v. Todd Shipyards Corporation) [1981] A.C. 221, [1980] 2 Lloyd's Rep. 325, 1980 AMC 1221 (P.C.)

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

esto es, la ley inglesa, los *necessaries* no tenían tal naturaleza, y por tanto, el crédito de la entidad bancaria debía tener preferencia en la prelación de créditos. Es decir, si la ley procedimental inglesa no lo reconocía como *maritime lien*, tampoco lo podía hacer un juez.

La opinión minoritaria de los jueces, insistían en la naturaleza sustantiva de los *maritime lien* como emanando de la *lex marítima* y el derecho civil, en que la ley más apropiada a la controversia (*lex causae*) reconocía tal naturaleza al crédito, con independencia, de que la ley doméstica denegase tal status a un reclamación equivalente que surgiese en Inglaterra¹⁰⁴.

En EEUU los créditos marítimos privilegiados extranjeros son tratados con más respeto que en Reino Unido, sobre todo por un motivo fundamental, y es que en vez de la ley del foro, valorar cuál es la ley más apropiada para el enjuiciamiento (*lex causae*), de conformidad con las normas de conflicto del foro. El análisis que han de hacer los jueces para determinar la ley aplicable al caso concreto se basa en el mayor o menor número de “puntos de contacto” entre el origen del crédito y las diversas normas de conflicto involucradas, siguiendo las líneas de la trilogía de sentencias de la Corte Suprema de EEUU, conocidas como *Lauritzen/Rhoditis*¹⁰⁵:

1. lugar donde se produce el siniestro marítimo;
2. pabellón del buque;
3. domicilio o nacionalidad del perjudicado;
4. domicilio o nacionalidad del propietario del buque;
5. lugar donde se celebró el contrato;
6. inaccesibilidad del foro extranjero;
7. ley del foro extranjero
8. y lugar base de operaciones del propietario del buque.

¹⁰⁴ TETLEY, W., “Maritime Liens...”, cit., pp. 12-16.

¹⁰⁵ *Lauritzen v. Larsen* 345 U.S. 571, 1953 AMC 1210 (1953); *Romero v. International Terminal Operating Co.* 358 U.S. 354, 1959 AMC 832 (1959); y *Hellenic Lines, Ltd. v. Rhoditis* 398 U.S. 306, 1970 AMC 994 (1970). TETLEY, W., “Maritime Liens...”, cit., p. 21.

De este modo, según cuál sea la ley extranjera o el foro con más puntos de contacto, el Tribunal de EEUU rechazará el conocimiento del asunto en favor de ese otro país, o en caso contrario, conocerá del mismo, dando solución a la controversia suscitada.

En el caso español, la LNM ha empleado la técnica legislativa de la remisión directa al Convenio de 1993¹⁰⁶, pero ampliando la base física de concreción del privilegio en lo que se refiere a los créditos laborales (art. 123 LNM). Este precepto, no supone una modificación del Convenio, ni una contradicción con las previsiones del mismo, sino la adición de una especial protección del ejercicio del derecho de garantía real que el privilegio representa, en supuestos de falta de concreción de la base física sobre la que recae tal derecho real. En todo caso, sólo operaría a efectos internos, porque el legislador español sólo puede realizar una interpretación auténtica del Convenio para España.¹⁰⁷

III.3.2.3.- Embargo preventivo de buques

Con lo expuesto hasta el momento, ya se intuye que la gran ventaja que proporcionan los créditos marítimos privilegiados y el ejercicio de una acción *in rem* es la posibilidad de embargar preventivamente el buque en cuestión, algo que en los países objeto de estudio se ha denominado “*arrest*”, y que incluso se puede encontrar traducido como “arresto de buques”.

Con carácter general, la tutela cautelar se define como aquella “*modalidad de tutela judicial que está destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto*”. En cualquier procedimiento judicial se produce una demora entre la interposición de la demanda y el momento en que se dicta la sentencia, entre otros motivos para garantizar un enjuiciamiento conforme a Derecho, en el que se garanticen los derechos de las

¹⁰⁶ Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, Instrumento de Adhesión de España, publicado en el BOE Nº 99, de 23 de abril de 2004.

¹⁰⁷ ALONSO LEDESMA, C., “Capítulo 5: Viejos y nuevos problemas de los privilegios marítimos”, en *Estudios de Derecho Marítimo*, GARCÍA- PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 297 y 302-303.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

partes. Pero este lapso temporal supone un riesgo para el demandante, ya que el demandado podrá adoptar comportamientos que dificulten gravemente la efectividad de la tutela que pueda ser concedida¹⁰⁸.

En el ámbito marítimo se produce un riesgo adicional, porque los buques por su propia naturaleza y destino se desplazan en el espacio, dificultando más si cabe, el ejercicio de los derechos por los eventuales perjudicados. Y es en este aspecto, donde su detención e inmovilización impidiendo que salga de puerto, cobra especial virtualidad práctica. Así, el embargo se convirtió paulatinamente en algo habitual, porque de este modo se retenía el patrimonio más valioso del presunto responsable dentro de la jurisdicción de la Corte de Almirantazgo, o se obtenía en su lugar una caución que permitiese al propietario del buque seguir utilizándolo para la navegación, pero sin someter al demandante a los riesgos de la expedición marítima.

La adopción del embargo preventivo del buque tiene un importante efecto “coactivo” sobre el propietario, ya que la paralización puede suponerle importantes daños y perjuicios que en buena lógica intentará evitar, pese a que en última instancia le asista un derecho a repetir contra el actor. En el entramado de relaciones jurídicas que se pondrían en entredicho destacan la eventual imposibilidad de cumplimiento de contratos ya formalizados, el coste asociado al sostenimiento del personal, de mantenimiento del propio buque y de conservación de las mercancías, pudiendo incluso tratarse de bienes perecederos que devendrían inservibles o no aptos para el consumo.

Tanto en U.K. como en EEUU, el solicitante del embargo –no cabe que se declare de oficio por el juez- debe evidenciar, mediante declaración jurada, aquellos hechos materiales¹⁰⁹ que justifican la “traba” del buque, y hacerlo de manera inmediata desde el momento en que tiene conocimiento de la ubicación de la *res* marítima en un puerto sometido a la jurisdicción del tribunal. Como ya ha sido señalado, el demandado tiene la

¹⁰⁸ ORTELLS RAMOS, M., “Capítulo 36” en AA.VV., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Thompson- Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 985-986.

¹⁰⁹ En la declaración jurada (affidavit) por tanto el demandante deberá justificar: la naturaleza de la reclamación, que esta no ha sido satisfecha, y la *res* marítima objeto de la medida -identificando el buque y su puerto de registro-. El crédito marítimo hecho constar en la declaración jurada para fundamentar el embargo preventivo, debe ser el mismo que el derecho crediticio reclamado ante la jurisdicción en el correspondiente proceso declarativo. MESA ESCOBAR, C., cit., p. 135.

posibilidad –y debe garantizarse su ejercicio- de prestar caución proporcional a las pretensiones solicitadas por el actor.

En el caso de U.K. si se trata de un buque inglés, resultan de aplicación las previsiones de la Secc. 20(2) de la SCA sobre créditos marítimos, y las CPR Pt. 61¹¹⁰, PD 5.3. que desarrolla el procedimiento comentado. El demandante podrá solicitar esta medida al mismo tiempo que interpone la demanda sobre la reclamación, o también es posible, que lo haga incluso con anterioridad a interponer el correspondiente procedimiento sustantivo en cualquier otro tribunal. Sin embargo, debe iniciar el meritado procedimiento sustantivo ante los tribunales ingleses antes de que expire el plazo límite que le haya concedido el tribunal, porque aunque el arresto es válido durante doce meses (Pt. 61.5 (7)), el gravamen que supone para el demandado justifica que se imponga premura en la interposición de la reclamación principal, aunque esta no tenga por qué dilucidarse en un Admiralty Court¹¹¹.

Un *maritime lien* puede ser ejecutado en EEUU también ante un Juzgado Federal en sede de Almirantazgo, y el procedimiento básico para ello se regula en las SRCAMC, normas C y E, que llevan por título “In Rem Actions: Special Provisions” y “Actions in Rem and Quasi in Rem: General Provisions” respectivamente.

En un primer momento, una vez que el juez verifica que concurren los requisitos para que proceda el arresto provisional del buque, emite un documento denominado “*writ in rem*”, que constituye la declaración formal de la orden de arresto y que tendrá que ser notificada a la mayor brevedad al buque afectado, en aras a posibilitar al demandado su derecho a impedir la inmovilización a través de la oportuna caución.

Si el procedimiento continúa, el juez dicta la medida ejecutiva concreta de aprehensión material del buque, que se denomina “*warrant of arrest*” que se comunica al alguacil marítimo (tanto las normas de U.K. como de EEUU se refieren a un “*Marshall*”¹¹²), quien se encargará de ejecutarla, de custodiar el buque durante el tiempo que dure el

¹¹⁰ Se han hecho recientes modificaciones en el Pt. 61, PD 61, para reflejar el uso creciente de la tecnología en los buques, donde se emplea un dispositivo de grabación similar al equipo de grabación de “caja negra” utilizado en los aviones. Los cambios se centran en proporcionar un proceso de prueba más simple y rápido promoviendo el intercambio de datos electrónicos. Las enmiendas han entrado en vigor el 28 de febrero de 2017. [<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>].

¹¹¹ BAUGHEN, S., cit., p. 408.

¹¹² MEESON, N., KIMBELL, J.A., cit., p. 162.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

embargo preventivo, y en caso de que se hubiese interpuesto la reclamación del crédito simultáneamente, de notificar la demanda judicial.

El arresto se hace efectivo mediante la fijación de una copia de la orden en un lugar visible del buque, y entregando una copia a la persona a cargo del mismo o su agente¹¹³, para que comparezca ante el tribunal para la fijación de la garantía que permita el levantamiento de tal medida. Debe hacerse mención que la PD.61.61.3 (3.6) de las CPR de U.K. prevé como otros medios válidos de notificación¹¹⁴:

- 4) cuando haya una notificación contraria al arresto, a la persona nombrada en la notificación como autorizada a aceptar el servicio;
- (5) cualquier abogado autorizado para aceptar el servicio;
- (6) de conformidad con cualquier acuerdo que establezca la notificación de los procedimientos; o
- (7) de cualquier otra manera que el tribunal pueda ordenar de acuerdo con la regla 6.15, siempre y cuando los bienes contra los cuales la demanda es presentada o parte de ella es de la jurisdicción del tribunal.

Algunos cambios relevantes podrían producirse en la normativa aplicable a las acciones *in rem* y los embargos preventivos de buques con motivo del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, al que por el momento no se han adherido ni lo han ratificado los países objeto de estudio¹¹⁵. Sin embargo, su artículo 14 prevé su entrada en vigor seis meses más tarde después de la fecha en que diez Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse por él.

¹¹³ MARAIST, F.L. y GALLIGAN, T.C.Jr., cit., pp. 101-102.

¹¹⁴ PD.61.61.3 (3.6): "A claim form *in rem* may be served in the following ways: (...) (4) where there is a notice against arrest, on the person named in the notice as being authorised to accept service; (5) on any solicitor authorised to accept service; (6) in accordance with any agreement providing for service of proceedings; or (7) in any other manner as the court may direct under rule 6.15 provided that the property against which the claim is brought or part of it is within the jurisdiction of the court."

¹¹⁵ A pesar de ser parte en la elaboración del texto de la Convención de 1999, el Reino Unido todavía tendría que ratificarlo, por lo que la Convención de 1952 sigue vigente en Gran Bretaña.

Esta Convención incluye los créditos de la Secc. 20(2) SCA, pero también incluye nuevas categorías de créditos marítimos¹¹⁶:

e) Gastos y desembolsos relativos a la puesta a flote, la remoción, la recuperación, de un buque hundido, naufragado, embarrancado o abandonado, incluida la carga y todo lo que esté o haya estado a bordo de él, así como los costos y desembolsos relacionados con la conservación de un buque abandonado y el mantenimiento de su tripulación;

q) Las primas de seguro (incluidas las cotizaciones de seguro mutuo), pagaderas por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta. Esta novedad de considerar y calificar como crédito marítimo las cuotas pagaderas a los Clubs P&I y las primas de seguro, evidencia la generalización de este tipo de seguros entre los operadores económicos del sector, y la necesidad de evitar la quiebra del sistema con descubiertos muy perjudiciales, sobre todo en los sistemas mutuales donde se produce, como veremos, una comunidad de pérdidas entre todos los mutualistas, que de este modo, tendrían una garantía adicional para recuperar los importes adeudados.

r) Las comisiones, corretajes u honorarios de agencias pagaderos por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta; y,

v) Toda controversia resultante de un contrato de compraventa del buque.

Este Convenio plantea algunas cuestiones problemáticas. En primer lugar el artículo 3.2 a juicio de Baughen¹¹⁷ prevé la posibilidad de que las leyes nacionales posibiliten el embargo de otros buques que pudieran pertenecer al mismo propietario deudor, aunque el expreso rechazo de las propuestas de U.K. a facilitar el “levantamiento del velo” en este marco, parece que evitará tal regulación nacional en el país vecino. Además, el artículo 3.3. posibilitaría el arresto de un buque cuyo propietario no sea personalmente responsable, solo cuando la ley nacional permita la venta judicial en tales supuestos.

¹¹⁶ BAUGHEN, S., cit., p. 380.

¹¹⁷ BAUGHEN, S., cit., p. 381.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Un cambio trascendente respecto de la Convención de 1952, es el derecho de re-embargo, que prohibido por el artículo 3.3 de aquella, ahora se prevé en el artículo 5.1. que lo posibilita cuando la garantía inicial hubiese sido inadecuada. Finalmente la trascendencia del Convenio aprobado tiene repercusión incluso para países que no se hayan adherido al mismo, ya que en virtud del artículo 8.1: “(...) se aplicará a todo buque que navegue dentro de la jurisdicción de un Estado Parte, enarbole o no el pabellón de un Estado Parte”.

A mayor abundamiento, la jurisdicción sobre el fondo del asunto se atribuye en el artículo 7, a los tribunales del Estado en que se haya practicado un embargo o se haya prestado garantía para obtener la liberación del buque, y la única limitación sería el pacto al respecto de las propias partes si deciden someterlo a un tribunal en otro estado o a arbitraje lo que prevalecería, pudiendo declinar su competencia si la ley nacional les autoriza a ello y el tribunal de otro Estado se declara competente (artículo 7.2).

Este precepto habría implicado en casos como *The Bergen*, que de conformidad con las previsiones de la Convención de 1999, la suspensión del procedimiento hubiese sido obligatoria y no discrecional bajo la doctrina del *forum non conveniens*¹¹⁸. En este procedimiento, la reclamación derivaba de un conocimiento de embarque que contenía una cláusula que sometía todas las disputas a la jurisdicción del país en el que fletador tuviese su centro principal de negocios, esto es, Alemania.

Como quiera que Alemania era un estado contratante del Convenio de Bruselas de 1968¹¹⁹, el fletador alegó que la Corte de Almirantazgo no era competente en virtud de su artículo 17 (ahora, artículo 23), aunque el Juez Clarke entendió que sí lo era en virtud del artículo 57 que debía prevalecer¹²⁰, quedando la controversia sujeta a los principios

¹¹⁸ *The Bergen* [1997] 1 Lloyd's Rep 453, CA. BAUGHEN, S., cit., pp. 369 y 381.

¹¹⁹ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, sustituido a partir del 1 de marzo de 2002, por el Reglamento núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

¹²⁰ El artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 preveía la competencia exclusiva del tribunal del Estado contratante acordado por las partes, cuando al menos una de ellas tuviera su domicilio en el mismo; y el artículo 57 por otro lado, preveía que el Convenio no afectaría a “los convenios en que los Estados contratantes fueren, o llegaren a ser parte y que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones”.

de *forum non conveniens*. De todos modos esta resolución ha sido criticada y considerada errónea.

III.3.2.4.- Créditos marítimos por servicios prestados al buque (los "Necessaries") en Estados Unidos

Estos créditos marítimos han aparecido en la exposición con ocasión del análisis de los *maritime liens*¹²¹. El Derecho escrito federal norteamericano, en el 46 U.S.C. § 31301 (4) define " *Necessaries*" como aquellos créditos derivados de "*reparaciones, suministros, remolque y el uso de un dique seco o ferrocarril marino*". Aunque debe precisarse que se utiliza el término "incluye", de lo que se desprende que no se trata de una lista cerrada que recoja una enumeración taxativa de cuáles son los únicos conceptos que pueden calificarse como tales.

El Título 46 U.S.C. Secc. 31342 establece que la persona que preste servicios a un buque por orden de su armador o persona autorizada por el propietario, tendrá un *maritime lien* sobre el buque, podrá ejercitar una *actio in rem* para hacer cumplir el lien, y no estará obligado a alegar o probar al ejercitar la meritada acción que el crédito fue concedido al buque.

Esta definición ha sido interpretada ampliamente para incluir cualquier elemento razonablemente necesario para dar cumplimiento a los compromisos comerciales del buque. Por ejemplo, los tribunales han considerado "necesarios" los servicios de un inspector marítimo en relación con reparaciones, coste de elaboración y documentación, facturas de taxi para que los tripulantes lleguen al buque, así como primas de seguros. A *sensu contrario* no tendrán tal condición por ej. un contrato de tarjeta de crédito y los servicios de arquitectura naval relacionados con la reconstrucción de dos buques¹²².

En este punto puede tener trascendencia el papel de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, y la posible incorporación por el armador en el contrato de fletamento, de una cláusula que prohíba al fletador la celebración de contratos que se

¹²¹ *Vid.* lo comentado respecto al famoso asunto *The Alcyon Isle*, apartado III.3.2.2. de este capítulo.

¹²² En el caso *Kodiak Fishing Company* contra el *Pacific Pride*, 535 F.Supp 915 (WDWa, 1982), el tribunal expresó dudas de que la entrega de cangrejo a un buque de procesamiento de cangrejos constituyera la entrega de "artículos de primera necesidad" que dieron lugar a un embargo marítimo.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

puedan circunscribir a esta categoría. La validez de la cláusula respecto de terceros dependerá de que estos fuesen conscientes de su existencia al tiempo de la contratación, algo que sin duda será de difícil prueba si no consta por escrito, ya que parece poco probable que una mercantil o sujeto debidamente asesorado, renuncie a la posibilidad de tener un crédito privilegiado en el supuesto de impago.

Si la prueba de tal conocimiento previo no fuese concluyente, la cláusula devendrá nula, por una clara vulneración del derecho aplicable y en última instancia, porque resulta una cuestión de seguridad jurídica en el tráfico comercial.

IV.- JURISDICCIÓN Y ESPECIALIDADES PROCESALES EN ESPAÑA

IV.1.- Proceso marítimo en España: jurisdicción de especialización relativa

Históricamente, y en concreto a principios del siglo XIX nuestro país conoció una cierta especialización jurisdiccional, orgánica y procesal en relación con las materias jurídico-mercantiles marítimas, que aparecían configuradas como actos de comercio. Tales especialidades aparecían recogidas en el Libro Vº, del Código de Sainz de Andino -30 de mayo de 1829- y en la Ley de Enjuiciamiento sobre Causas y Negocios de Comercio de 24 de julio de 1830, que incluía especialidades procesales.

En efecto, el Código de Comercio de 1829, recogía en su Libro V (artículos 1178 y 1179) la atribución de la competencia para la “*administración de justicia en primera instancia sobre las causas y negocios mercantiles*” a los **Tribunales Especiales de Comercio**, que sustituyeron a los antiguos consulados (netamente marítimos). El criterio que establecía el propio CCom era que se tratase de “*obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificadas de actos de comercio*” (artículo 1199). Por consiguiente, no se habría podido hablar de una propia Jurisdicción Marítima, pues ni se limitaba exclusivamente a conocer de las controversias surgidas en materias jurídico-marítimas, sino –en general- de las controversias surgidas en relación con todas las materias mercantiles, y porque –por el contrario- dejaba fuera de su ámbito las materias marítimas propias de otras ramas del Ordenamiento, como el Derecho Administrativo.

La función jurisdiccional de estos tribunales se ejercía en torno a “*un prior, dos cónsules y dos sustitutos de cónsules, todos comerciantes de al por mayor, matriculados*” (artículo 1183), excluyendo a jueces ordinarios, hasta la segunda y tercera instancia que se encomendaba a la jurisdicción ordinaria de las Chancillerías y Audiencias Reales, posteriormente Audiencias Territoriales¹²³.

Sin embargo, en 1868 se inicia un proceso de erosión de esta especialidad procesal jurisdiccional¹²⁴, que se inicia con el Decreto de Unificación de Fueros que suprime los Tribunales de Comercio, y reforma el procedimiento de aplicación a aquellos procedimientos, y finalmente en 1881 con la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mediante Real Decreto de 3 de febrero de 1881, cuyo artículo 51 preveía: “*la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros*”. Esta concepción amplia de negocios civiles incluía los asuntos mercantiles, y entre ellos, también las controversias marítimas, a las que también resultaban de aplicación los procedimientos ordinarios, con alguna especialidad procesal como la ejecución forzosa de privilegios marítimos y de buques hipotecados.

Tal sólo el artículo 52 establecía una excepción para “*los juicios de testamentaría y abintestato de los militares y marinos muertos en campaña o navegación, cuyo conocimiento correspondía los Jefes y Autoridades de Guerra y de Marina*”, y por tanto, quedaban fuera del ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Hasta el 1 de septiembre de 2004, los asuntos mercantiles se tramitaban en los juzgados de primera instancia, donde se ventilan los procedimientos de orden civil, pero con ocasión de la reforma del sistema de quiebras y suspensiones de pagos, mediante la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹²⁵, y en concreto, a través de su artículo 2, crea los Juzgados de lo Mercantil.

¹²³ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, cit., p. 28.

¹²⁴ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, cit., p. 29.

¹²⁵ Asimismo, la propia Exposición de Motivos (apartado III) recoge la necesidad de dar cumplimiento al Reglamento (CE) número 40/1994, del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, cuyo artículo 91 obliga a cada Estado miembro a designar en su territorio un número tan limitado como fuese posible de Tribunales nacionales de primera y de segunda instancia, denominados «Tribunales de marcas comunitarias», encargados de desempeñar las funciones que en el citado reglamento se establecen. Se opta por atribuir tal competencia a los juzgados de lo mercantil y a

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

La Exposición de Motivos de la referida L.O. 8/2003, en su apartado II justifica la necesidad de crear los Juzgados de lo Mercantil por cuestiones de “especialización” ante la complejidad de la realidad social y económica, en un intento por modernizar la Administración de Justicia, a través de:

- Jueces de lo mercantil con conocimiento específico y profundo de estas materias,
- Resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica;
- Mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios, que se traducirá en mayor celeridad en la tramitación
- Mayor coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, que contribuirá a criterios más homogéneos, evitando, o al menos reduciendo, los supuestos de resoluciones contradictorias, y
- Redistribución del trabajo entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil.

Sin embargo, llama la atención que el propio legislador reconozca que esta nomenclatura no implica que todas las materias mercantiles se atribuyan a estos juzgados, ni siquiera que todas las materias atribuidas sean tampoco exclusivamente mercantiles. De hecho, la justificación que se proporciona es que *“el criterio seguido para esta atribución, dentro del orden jurisdiccional civil, no responde a directrices dogmáticas preestablecidas, sino a un contraste pragmático de las experiencias que han adelantado en nuestra práctica judicial este proceso de especialización que ahora se generaliza. Se parte así de unas bases iniciales prudentes que habrán de desarrollarse progresivamente en los años venideros, de acuerdo con la experiencia que se vaya acumulando”*.

En el artículo 86 ter de la LOPJ se regula la competencia funcional de los Juzgados de lo Mercantil, y además de los concursos de acreedores recién creados (apartado 1), se les atribuye el conocimiento de todas aquellas cuestiones que correspondiesen al orden jurisdiccional civil, en relación con las siguientes materias (apartado 2):

- a) competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, sociedades mercantiles y cooperativas.

la sección correspondiente de la Audiencia Provincial de Alicante como tribunales de marcas comunitarias en España, por ser esta ciudad donde tiene su sede la Oficina de armonización del mercado interior (OAMI).

- b) transportes, nacionales o internacionales.
- c) aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo.
- d) condiciones generales de la contratación.
- e) los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil.
- f) de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado, es decir: vulneración del Derecho de la Competencia mediante acuerdos, prácticas concertadas... etc.
- g) el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, cuando versen sobre materias de su competencia, salvo previsión en sentido contrario de tratados o convenios internacionales que resulten de aplicación (art. 2.3 de la LOPJ).

Debe precisarse que en materia de seguros no existe previsión específica alguna, por lo que su enjuiciamiento corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia, en la medida en que las pretensiones no estén vinculadas con la aplicación del Derecho Marítimo, que entonces, sí serían competencia de los Juzgados de lo Mercantil. De ahí que la calificación jurídica del SDJ como marítimo o no, no es una cuestión esencialmente teórica, sino que tiene transcendencia en cuestiones tan prácticas como el sometimiento o no a una jurisdicción específica.

Además de la perspectiva orgánica, ¿qué ocurre con los procedimientos? En la actualidad, y aunque no procede realizar un análisis exhaustivo de todas las normas reguladoras del Derecho procesal, no podemos dejar de mencionar que a diferencia de otras ramas del Derecho, el Derecho Mercantil, carece con carácter general de una norma procesal específica, como sí ocurre en el Derecho administrativo, penal o laboral¹²⁶, ya que a salvo de ciertas especialidades procesales su tramitación se regirá por las normas establecidas para los procedimientos civiles en general, por no existir

¹²⁶ En el ámbito del Derecho administrativo hasta el 1 de octubre de 2016, la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como en el ámbito jurisdiccional la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Por su parte, los procedimientos civiles se articulan de conformidad con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mientras el Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal aplica para los penales, y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social para el ámbito de las relaciones laborales y el orden social.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

una especie de “Ley de Enjuiciamiento Mercantil”. El Derecho Civil también carece de una norma procesal específica... porque donde la Ley se llama a sí misma “de Enjuiciamiento Civil”, lo cierto es que emplea el término “civil” como equivalente a Derecho privado, incluso –por tanto- de las materias mercantiles, civiles forales, internacionales-privadas. Por eso, la LEC no es una Ley procesal “especial”, sino el “Ius Communis sive Lex generalis” de aplicación judicial del Derecho privado.

Ciertamente se incluyen algunas especialidades procesales en relación con la hipoteca naval en la LEC: artículo 681.2 en relación el procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca; artículo 684.2 que establece la competencia territorial para la ejecución de la hipoteca naval, (en el foro al que se hubiesen sometido las partes en el título, en el lugar donde se hubiese constituido la hipoteca, el puerto donde se halle el buque, el del domicilio del demandado o el del lugar en que radique el Registro en que fue inscrita la hipoteca, a elección del actor); y artículo 685.3 que establece que se considerará título suficiente para despachar ejecución el documento privado de constitución de la hipoteca naval inscrito en el Registro de Bienes Muebles conforme a lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley de Navegación Marítima.

Sin embargo, **nuestro legislador en materia marítima ha tendido siempre a incorporar normas procesales en normas especiales**, lo que de por sí es criticable, por cuanto no parece una técnica legislativa ni sistemática adecuada. Y este reproche se justifica por los inconvenientes que se derivan de una excesiva fragmentación de las normas, cuando precisamente las particularidades sustantivas del Derecho marítimo -a las que se ha hecho referencia-, requieren sin duda instrumentos procesales adecuados, que podrían concretarse en los posibles escenarios¹²⁷ que se indican a continuación:

- i. una jurisdicción marítima, cuya actuación se rigiese por procedimientos civiles ordinarios o por procedimientos especialmente creados para enjuiciar este tipo de conflictos;
- ii. una jurisdicción especial mercantil, que conociese de las controversias jurídico-marítimas, bien a través procedimientos ordinarios, o a través de procedimientos propios diferentes de los anteriores;

¹²⁷ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, cit., p. 15.

- iii. una jurisdicción ordinaria que contase o no con procedimientos especializados para el ámbito marítimo, o en todo caso, procedimientos mercantiles que resultasen de aplicación a las controversias marítimas.

Con la reciente aprobación de la LNM se ha perdido una valiosa oportunidad para corregir y modificar los textos normativos procesales y adaptarlos a esa renovación de la legislación en materia marítima. De este modo, los Títulos IX y X de esta norma recogen no sólo especialidades procesales (de jurisdicción y competencia, en materia de embargo preventivo¹²⁸ y venta judicial de buques, o el procedimiento para limitar la responsabilidad por créditos marítimos), sino que se regulan auténticos procedimientos de jurisdicción voluntaria, denominados expedientes de derecho marítimo como: la protesta de mar, la liquidación de avería gruesa, el depósito y venta de mercancías y equipajes, el expediente sobre extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque, y la enajenación de efectos mercantiles alterados.

Llama especialmente la atención la Disposición final décima de esta LNM, que encomienda al Gobierno la realización de un estudio sobre la viabilidad de atribuir competencia objetiva a la Audiencia Nacional para el conocimiento de todos aquellos asuntos, que en relación con la navegación marítima, revistan especial trascendencia, y ello, cuando se ha tenido la reciente experiencia del “Prestige” que tuvo que ser instruido por el Juzgado de Corcubión¹²⁹ en A Coruña, sin medios suficientes.

IV.2.-Tribunal Marítimo Central: “equivoca jurisdicción mercantil” en la tramitación de los expedientes de salvamento

Aunque, en una primera aproximación, podría parecer que nuestro Ordenamiento jurídico sí que conoce o sí que posee una jurisdicción especializada en materia marítima, representada por los Juzgados marítimos y al Tribunal Marítimo Central, sin embargo, nada más lejos de la realidad, ya que pese a su denominación, no se trata de

¹²⁸ En su día, se había modificado la LEC por el Real Decreto-Ley 12/2011, que modificaba la disposición final vigésima sexta, para adaptar el procedimiento para el embargo preventivo de buques, al Convenio de 1999 sobre la materia. El nombre completo era Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico.

¹²⁹ Corcubión es un pequeño municipio de la provincia de A Coruña, ubicado en la ribera de la ría de mismo nombre. Su superficie es de aproximadamente unos 6,52 km² y según los datos del INE, a 1 de enero de 2017 tenía una población de 1.606 habitantes. [<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2868>].

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

órganos de la Administración de Justicia (artículos 117 y siguientes de la CE), sino perteneciente a la Administración General del Estado. Lo que sucede es que este fenómeno debe ponerse en conexión con el fenómeno de la denominada “*actividad administrativa arbitral*”, que no debe confundirse con el sometimiento de las controversias de la Administración, al Arbitraje, sino que es una expresión que alude a que la Administración pública arbitra –resuelve- con carácter dirimente, sobre bienes o derechos de particulares en ejercicio de una potestad administrativa atribuida por Ley. Tal es el tipo de actividad que llevan a cabo los susodichos Juzgados Marítimos y el Tribunal Marítimo Central.

El Tribunal Marítimo Central y los Juzgados Marítimos tienen su origen en la promulgación de la Ley 60/1962, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos, que en la actualidad se halla derogada, excepto las disposiciones del título II (Jurisdicción y Procedimiento), que continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias, por la disposición derogatoria única f) de la LNM.

Los artículos 31 y 32 de esta Ley establecen cómo ha de ser la composición de ambos órganos. Así, mientras los Juzgados Marítimos Permanentes están a cargo de un Jefe u Oficial del Cuerpo Jurídico de la Armada, el Tribunal Marítimo Central como órgano colegiado, está formado por un Presidente (Almirante), cuatro Vocales (un Capitán de Navío, dos Coroneles Auditores de la Armada y un funcionario de la Subsecretaría de la Marina Mercante, nombrado por el Ministro de Fomento¹³⁰) y un Secretario (un Teniente Coronel Auditor de la Armada). La norma dado el momento histórico en el que fue aprobada se refiere al Ministro de Marina, referencia que debe ser entendida en el marco del Ministerio de Defensa actual.

Como se podrá apreciar, fácilmente, estamos ante lo que parece una doble anomalía jurídico-institucional: para empezar, tenemos que vérnoslas con órganos que –pese a que dan la impresión de ejercer funciones judiciales- no pertenecen al Orden Jurisdiccional; no pertenecen al Poder Judicial... sino que son Administración pública. Y, en segundo lugar, tenemos que vérnoslas con órganos que –pese a que tratan de cuestiones netamente patrimoniales privadas- están compuestos principalmente por personal naval militar.

¹³⁰ En el caso de auxilio o salvamento que pudiera afectar a aeronaves, se prevé que formen parte del Tribunal Marítimo Central un Coronel del Arma de Aviación y un Coronel Auditor del Aire, designados por el Ministerio de Aire, en la actualidad incardinado en el Ministerio de Defensa.

El punto de partida es la intervención en un auxilio, salvamento o remolque marítimo, debiendo dar parte a la autoridad local de la Marina en el brevísimo plazo de veinticuatro horas desde la llegada a puerto, y se dará traslado inmediato al Juzgado Marítimo Permanente (art. 35). Este Juzgado tiene la función de instruir un expediente para comprobar cómo se desarrollaron los hechos y circunstancias de tal auxilio, salvamento o remolque, y a la vista de los comprobantes aportados y del valor de lo salvado, formar el Instructor una cuenta general de gastos (art. 41).

Con esta cuenta general de gastos, se termina la instrucción del expediente y se da un último trámite de audiencia a las partes, y terceros interesados, para formular alegaciones y en su caso, proponer pruebas, tras lo cual, se convocará a una reunión a todos ellos, en aras a intentar un acuerdo. En caso de que no sea posible una solución transaccional, el Juez Instructor elevará el expediente con el acta de la reunión y las alegaciones de los interesados al TMC (art. 42), quien dictará la resolución correspondiente fijando lo que se conoce como “*premio de salvamento*”, es decir, el importe de la indemnización que deberá ser abonada por tal concepto. Esta resolución puede ser recurrida ante el Ministro de Defensa (art. 46) y en caso de disconformidad, ante la jurisdicción contencioso administrativa.

De lo expuesto hasta el momento, hemos de resaltar dos cuestiones: por un lado, que las facultades de estos tribunales son ciertamente amplias, o al menos, tan amplias como las de un órgano judicial; y por otro, la existencia de una verdadera controversia entre partes¹³¹ -circunstancia que justificaría ver en este supuesto un ejemplo de la Actividad administrativa arbitral, toda vez que es la Administración la que resuelve, en efecto, litigios entre particulares; y no ya sólo litigios acerca de los derechos o relaciones estrictamente administrativas, sino sobre relaciones y derechos privados, lo mismo que ocurre, por ej., cuando, a través del Jurado de Expropiación, se determina el montante del justiprecio.

El contenido del acto arbitral se aproxima al de las sentencias o decisiones judiciales civiles en cuanto aplicación objetiva de las normas y principios jurídicos. En todo caso, la actividad arbitral no tiene su razón de ser predominante en el interés público, ni en el beneficio directo de la Administración como sujeto, sino en la equidad con que debe

¹³¹ CARRERO RAMOS, J., “Carácter del Tribunal Marítimo Central y su encuadramiento en la justicia administrativa”, *R.A.P.*, nº 48, 1965, p. 383.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

resolver entre los sujetos enfrentados; por ello, la Administración asume o debe asumir en el cumplimiento de esta actividad una actitud de rigurosa neutralidad, exactamente la misma que han de adoptar los órganos jurisdiccionales en los procesos civiles-, pero en el caso que nos ocupa, sucede que la litis presenta unas características tan singulares que impiden su equiparación con otros Tribunales del ámbito administrativo como por ej. los Tribunales Económico Administrativos. De hecho, tanto es así que la Administración no es parte interesada en el asunto (salvo casos especiales de buques del Estado), porque la discrepancia fundamental es entre particulares, sobre los gastos y el “premio del salvador”, y en ocasiones, la prorrata o distribución de aquellos.

Es por estas razones por las que –como ya se ha indicado- ha llegado a compararse con el arbitraje, por intervenir la Administración Pública como órgano arbitral para dirimir una controversia entre particulares, al ser la materia de Derecho privado y dispositivo¹³². Pero el eje del problema es el siguiente: la Administración actuante... ¿lo hace actuando de forma legítimamente parcial, como portadora y defensora objetiva del interés general [art. 103, CE.], o lo hace de forma “imparcial” e “impartial”, cual si de un verdadero Juez se tratase? A este respecto, cabe señalar que existe un aspecto de orden público que sí justificaría a nuestro juicio, esa intervención pública preceptiva, y no es otro que el interés del Estado en “mantener la institución humanitaria, pero indemnizable y premiable, del auxilio mutuo en los accidentes del mar”¹³³.

Se comprende el papel la preocupación del Estado por los salvamentos marítimos y todos aquellos accidentes vinculados a la navegación marítima, un medio de enorme interés estratégico y económico, con impacto además, en sectores tan regulados y protegidos como el medioambiental. Con esta cautela, parece que el legislador no ha tenido la decisión suficiente para abordar esta “equivoca jurisdicción” y proponer alternativas.

Así, ya en la LPEMM, Disposición final segunda, párrafo 1 apartado b), se concedía el plazo de un año para que el Gobierno reglamentase la organización de los Juzgados Marítimos Permanentes y del TMC, apuntando incluso, al cambio de denominación.

Ha de reconocerse que el cambio de nomenclatura se produce con la LNM, cuya Disposición adicional segunda, señala como competentes para la determinación de los

¹³² CARRERO RAMOS, J. cit., p. 384.

¹³³ CARRERO RAMOS, J. cit., p. 383.

premios y remuneraciones por salvamentos y remolques el **Consejo de Arbitrajes Marítimos** y los **auditores de arbitrajes marítimos**, postergando una vez más, la regulación de su “composición, régimen jurídico, ámbito territorial y demás extremos necesarios para su funcionamiento” al correspondiente reglamento que se dicte en su día. Sin embargo, la elección no está exenta de crítica ya que no sólo puede generar nuevamente confusión sobre su carácter, sino que resulta inadecuada en el ámbito concreto que se trata, ya que en Derecho marítimo el arbitraje (*arbitration*) no es competencia de la Administración General del Estado, ni del Ministerio de Defensa, y se caracteriza por un preponderante papel de la autonomía de la voluntad. De todos modos, al hacer referencia a la “actividad arbitral de la Administración”, se está aludiendo más a la Jurisdicción que al arbitraje propiamente dicho, aunque utilizar esta denominación enfatiza que el órgano administrativo lo sigue siendo, y no constituye un verdadero órgano de la Jurisdicción.

Ciertamente se produce un cambio sustancial coherente con los intereses particulares y el carácter privado de la controversia en esta materia, y la misma Disposición adicional segunda de la LNM, prevé que “*los interesados en tales procedimientos podrán optar por acudir a los citados órganos de la Armada o a la jurisdicción civil ordinaria*”, señalando que ante la falta de acuerdo “*prevalecerá la jurisdicción civil ordinaria*”. Se ha modificado por ende la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa en la materia, pero no parece del todo acertado optar por la jurisdicción civil ordinaria, cuando es evidente que estamos ante una cuestión eminentemente condicionada por aspectos, conceptos e instituciones del Derecho Marítimo, por lo que

En todo caso, la Disposición final décima de la LNM, vuelve a encomendar al Gobierno que transcurridos dieciocho meses siguientes a computar desde la entrada en vigor de la norma, proceda a modificar las disposiciones del Título II de la Ley 60/1962, “*a fin de recomponer la actual estructura del Tribunal Marítimo Central, de los Juzgados Marítimos Permanentes y demás órganos allí previstos, adscribiéndolos orgánica y funcionalmente a la Administración Marítima*”, lo que por el momento, y pese a que ya han transcurrido casi tres años, todavía no se ha materializado. No parece que exista previsión de acometer tal tarea en el futuro próximo, a lo que sin duda tampoco contribuye una coyuntura política marcada por la falta de consenso.

IV.3.- Especialidades procesales marítimas en España en la nueva Ley de Navegación Marítima

No es objeto del presente trabajo realizar un estudio completo de las especialidades procesales marítimas de la LNM, pero sí aproximarnos a estas previsiones legales, para entender las implicaciones que los procedimientos y sus incidentes tienen o pueden generar en el SMDJ a la hora de prestar la cobertura, así como los riesgos adicionales que una ineficiente y dispersa regulación genera para los operadores marítimos.

Ya ha sido referido que la técnica legislativa no es rigurosa en este ámbito, ya que incluye estas “especialidades procesales” en leyes especiales normalmente de Derecho sustantivo, y no en la LEC, que es el cuerpo legal que con carácter general desarrolla cuál ha de ser el marco para la tramitación de los procedimientos civiles.

El artículo 468 de la LNM sanciona con nulidad las cláusulas de sumisión a jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. Dos comentarios deben hacerse a tal previsión. El primero de ellos es relativo al ámbito objetivo de la misma, ya que sólo se aplicará a los contratos de utilización del buque o auxiliares de la navegación, y aunque estos términos son suficientemente amplios pudiendo tener cabida casi cualquier contrato, parece fuera de toda duda, que tal previsión no resultará en ningún caso de aplicación en materia de seguro marítimo.

En segundo lugar, este artículo pone de manifiesto, -y ello es un avance respecto a la legislación decimonónica anterior-, que el legislador es consciente de que en el ámbito marítimo la internacionalidad de los contratos lleva aparejada en la mayoría de ellos, el sometimiento a foros extranjeros, tanto jurisdiccionales como instituciones arbitrales marítimas de reconocido prestigio. Sin embargo, tal previsión puede generar incertidumbres en la práctica, veámoslo con un ejemplo. Supongamos un contrato en el que se prevea una cláusula de sumisión al arbitraje de la *London Maritime Arbitration Association* (LMAA), ciertamente puede no haber sido negociada por ambas partes, pero para que se declarase la nulidad de la misma, sería preciso que o bien la institución arbitral aplicase la LNM española al fondo del asunto, o se iniciase simultáneamente un

procedimiento declarativo ante la jurisdicción española interesando la declaración de nulidad de tal previsión contractual, que a la postre fuese reconocida y ejecutada en el país anglosajón. Todo ello introduciría un “plus” de “conflictividad y litigiosidad” que sin duda incrementaría el riesgo en el caso de que cualquiera de las partes hubiese concertado un SMDJ.

En cuanto a los criterios de atribución de competencia que se prevén en el artículo 469 de la LNM, este precepto simplemente traslada las previsiones de los artículos 50 y 51 de la LEC al ámbito de la navegación. Si estos preceptos de la LEC configuran como foro general el domicilio del demandado, no sorprende que los apartados 2.a) y 3.a) de aquel art. 469 LNM hagan constar ese mismo criterio.

Pero es que el procedimiento civil respecto de empresarios, profesionales, y personas jurídicas ya preveía como foro alternativo, a elección del demandante, el lugar donde se desarrolle la actividad, cualquiera de los establecimientos a su cargo, o el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos¹³⁴, por lo que la LNM simplemente ha concretado tales previsiones en los siguientes términos: lugar de celebración del contrato (art. 469 apartados 2.b. y 3.b LNM), puerto de carga o descarga (art. 469.2.c) LNM) y lugar de prestación de los servicios (art. 469.3.c) LNM).

Pudiera llamar la atención el apartado 4 del art. 469 de la LNM, que en relación con la impugnation de la liquidación de avería gruesa, remite al tribunal del lugar de finalización del transporte o el del lugar de arribada del buque. Tampoco supone novedad, pues el derogado artículo 846 del CCom, sentaba el principio de que la liquidación de la avería gruesa debía hacerse en el puerto donde se hagan las reparaciones necesarias, o en el de descarga si fuere español, o en el de arribada forzosa, o en el de destino. Este precepto está en sintonía con el uso y costumbre¹³⁵ de que el Capitán o el transportista requieran la firma del compromiso de avería cuando el buque llega al puerto de destino, obligándose de este modo los cargadores o consignatarios a pagar la cuota que resulte finalmente de la liquidación.

¹³⁴ Respecto de las personas jurídicas el artículo 51.1 segundo párrafo prevé una limitación a ese foro alternativo donde la situación o relación jurídica haya nacido o deba surtir efectos, y es, que en dicho lugar tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado.

¹³⁵ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos ...*, cit., pp. 178 y 181.

Insistimos en que las particularidades del Derecho Marítimo y las exigencias del hecho técnico y económico que regula, “*requieren la formulación de construcciones procesales adecuadas a ellas, ya que el procedimiento civil ordinario resulta insuficiente para proteger con rapidez y eficacia los intereses propios de la actividad marítima*”¹³⁶. Tanto las especialidades de la LEC en materia de ejecución de la hipoteca naval, como las previsiones del Título IX de la LNM, resultan a todas luces insuficientes para proteger los intereses marítimos, pues se circunscriben tan sólo a tres supuestos: embargo preventivo, venta judicial de buques y procedimiento para limitar la responsabilidad por créditos marítimos.

IV.3.1.- Embargo preventivo de buques

La movilidad del buque siempre ha generado problemas para reclamar las deudas derivadas de su explotación, y por ello, precisamente esta medida de inmovilización y retención del buque en puerto ha resultado históricamente efectiva, porque la premura en continuar el viaje y los gastos exorbitados que supone la paralización en puerto, propiciaban que el armador o bien se allanase a las reclamaciones, o buscase la manera de alcanzar un acuerdo que permitiese enervarla. A ello se ha atribuido cierto carácter arbitrario, y prueba de ello es que el artículo 418 LNM prevea como cláusula de exclusión de seguro marítimo: “*b) La captura, el embargo o la detención por orden de alguna autoridad nacional o extranjera*”, equiparándolo a cuestiones tan imprevisibles como la guerra, el terrorismo, las huelgas, las explosiones atómicas o nucleares, las radiaciones y las contaminaciones radioactivas¹³⁷.

Precisamente para contrarrestar el eventual uso abusivo de esta gravosa medida contra los armadores, nace el Convenio Internacional para la Unificación de ciertas Reglas sobre Embargo Preventivo de Buques, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952, al que ya nos hemos referido, que positivizó un listado de créditos marítimos tasados que permitirían acordar el embargo y detención del buque.

¹³⁶ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos ...*, cit., p. 7.

¹³⁷ GUDIN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, A.E., “El embargo preventivo de buques en la Ley de Navegación Marítima”, *Diario La Ley* nº 8383, Sección Doctrina, 23 de septiembre de 2014, Año XXXV, p. 1.

Este Convenio supuso asimismo establecer un sistema uniforme entre los dos sistemas jurídicos, a saber, el *Common Law* y el sistema jurídico-romano-germánico o continental. Desde el Derecho continental implicaba renunciar a la exigencia de la apariencia de buen derecho, y la limitación del principio de responsabilidad universal, porque el buque ya no estaba afecto a responder del pago de otro tipo de deudas. El *Common Law*, por su parte, ampliaba de este modo los supuestos de embargo a créditos que no supusiesen *maritime lien* según su Derecho interno¹³⁸.

Precisamente la colisión con los privilegios reconocidos en el Convenio de Bruselas de Hipotecas y Privilegios Marítimos de 1926, y la corrección de otras disfunciones, a través de la simplificación de los trámites y conferir mayor seguridad jurídica, provocó la aprobación de un nuevo Convenio, el también referido, Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999.

Este Convenio sigue también la línea de intentar limitar el ejercicio abusivo de la medida de embargo preventivo de buques, y es que aunque se amplían los supuestos de deudas que pueden constituir un crédito marítimo, se delimitan con mayor concreción, otorgando además, protección a los propietarios y arrendatarios a casco desnudo, al excluir el ejercicio de la acción cuando se trate de créditos de un tercero. Esto supone una diferencia trascendental respecto del régimen del Convenio de 1952, que separaba “la propiedad de la explotación del buque, de la propiedad del buque a casco desnudo” (art. III.4 del Convenio de 1952).¹³⁹

A este respecto el artículo 3.1. del Convenio de 1999, establece que el embargo sólo procederá cuando:

- la persona obligada en virtud del crédito marítimo, fuese propietaria en el momento del nacimiento de la deuda, y siga ostentando esa titularidad dominical, al tiempo de practicarse el embargo (apartado a).
- la persona obligada en virtud del crédito marítimo, fuese arrendatario a casco desnudo en el momento del nacimiento de la deuda, y al tiempo de practicarse el embargo, siga ostentando tal calidad, o se haya convertido en propietario.

¹³⁸ GUDIN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, A.E., cit., p. 2.

¹³⁹ GUDIN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, A.E., cit., p. 3.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Este nuevo Convenio que ha sido calificado de escaso éxito, pues mientras el Convenio de 1952 sigue representando la voluntad mayoritaria de la comunidad internacional, el de 1999, sólo ha sido firmado por seis países (Bulgaria, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Noruega y Pakistán), y se han adherido a él tan solo otros nueve: Albania, Argelia, Benin, Congo, Estonia, Letonia, Liberia, España y República Árabe Siria.¹⁴⁰ Además, resulta especialmente llamativo, que no figuren ni U.K. ni EEUU pese al peso que tienen en la litigiosidad y conflictividad del sector marítimo a nivel mundial.

Y esta escasa aceptación y ratificación nos conduce a otro supuesto problemático, el establecido en el art. 473.3 LNM que reza el siguiente tenor literal: “3. *El embargo de los buques que enarbolan pabellón de un Estado que no sea parte en el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, se regirá por las disposiciones de dicho Convenio, con la salvedad de que podrán ser embargados tanto por créditos marítimos como por cualesquiera otros créditos*”.

De este modo, a aquellos buques que enarbolan pabellón de un Estado que no sea parte en el Convenio de 1999, (es decir, la mayoría de los Estados y sobre todo, de aquellas potencias en materia marítima, sin que tampoco haya trascendido a la opinión pública que tengan intención de adherirse en el corto plazo), no sólo se le aplicarán las previsiones de dicho Convenio de 1999, sino que además, se les impone un gravamen adicional, como es posibilitar el embargo “*por cualesquiera otros créditos*”, incluso no marítimos. Este trato indiscriminado e igualitario –entre desiguales, pues se aplica a estados no signatarios-, choca frontalmente con el principio general de la navegación de prohibir la medida de retención del buque a créditos diferentes de los calificados como “marítimos”, sistema seguido en la mayoría de jurisdicciones, al amparo de lo previsto en ambos Convenios, el de 1952 y el de 1999.

Si el objetivo de la LNM era homogeneizar la normativa marítima interna española y la internacional, no parece tener sentido esta nota distintiva de los créditos que pueden

¹⁴⁰ El Convenio fue adoptado el 12 de marzo de 1999 en la Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas y la Organización Marítima Internacional sobre la detención de buques celebrada en Ginebra del 1 al 12 de marzo de 1999. Información extraída de la web de la Treaty Section de Naciones Unidas: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&clang=_en.

fundamentar el embargo preventivo de buques en función de la nacionalidad de su pabellón.

En cuanto al procedimiento regulado en los artículos 470 a 479 de la LNM (ambos inclusive), el texto legal ya incorpora la referencia al Convenio de 1999 como fuente normativa, además de la propia LNM, y supletoriamente la LEC. Ahora bien, pese al carácter supletorio de la Ley Rituaria civil, la LNM inicia el Capítulo con una apreciación importante, la naturaleza jurídica de esta medida es única y exclusivamente cautelar excluyendo el embargo preventivo de un buque, “*para asegurar la ejecución de una sentencia ya recaída o de un laudo arbitral ya dictado*”¹⁴¹, que como ley especial frente a la general del procedimiento debe prevalecer. En concordancia con esa referencia al Convenio internacional, se prevé que el juzgado competente para acordar esta medida sea el competente para conocer de la pretensión principal, o a elección del demandante, el del puerto o lugar en que se encuentre el buque o aquel al que se espera arribe.

En este punto debe hacerse una precisión. Entendemos no se impide el embargo forzoso típico de la tutela ejecutiva (artículos 538 y ss. de la LEC) al concluir el proceso declarativo, para resarcir de este modo la condena a que se refiera la sentencia firme o el laudo dictado, supuesto tradicionalmente admitido¹⁴²; pero sí, excluye la posibilidad de un embargo preventivo en el supuesto de ejecución provisional, novedad que introdujo en el año 2000 la vigente LEC, y que regula en su Título II del Libro III (art. 524 al 537 LEC, ambos inclusive), para aquellos supuestos en que la sentencia no sea firme todavía por hallarse pendiente de recurso, tanto en segunda, como ulteriores instancias.

La solicitud del demandante, de manera muy similar al *affidavit* referido al analizar los procedimientos en U.K. y EEUU, debe incorporar la alegación del derecho o crédito marítimo concreto que motiva la petición, eso sí, especificando con exactitud cuál de los enumerados en el art. 1 del Convenio de 1999, la causa que ha dado lugar a su nacimiento, y la embargabilidad del buque.

¹⁴¹ Art. 470.2 LNM.

¹⁴² GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos ...*, cit., pp. 17-18.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Aunque con la regulación anterior ya se preveía la necesidad de prestar **caución**, o cualquier tipo de garantía válida en Derecho, para responder de cualesquiera daños, perjuicios o costas, conceptos en los que necesariamente habrán de incluirse los gastos de mantenimiento de la medida a lo largo del tiempo (por ej. coste derivado de la estancia en puerto, o dicho de otro modo, el coste diario del buque multiplicado por los días de inmovilización), es una novedad de la LNM, la cuantificación del mínimo en un **15% del crédito marítimo**, porcentaje evidentemente revisable por el juez a la vista de la circunstancias concretas (art. 472.2 LNM). Tradicionalmente esta caución ha oscilado entre un 15% y un 30%, si bien, algunos jueces establecían cantidades muy superiores a estos porcentajes, con lo que en la práctica, la medida se hacía imposible¹⁴³.

Una vez que el juez valora las circunstancias y decreta el embargo, se comunica al Capitán marítimo del puerto en que se encuentre el buque en cuestión a la mayor brevedad, (la ley prevé el “*medio más rápido*” posible, art. 477.1 LNM), adoptando cualquier medida que sea precisa para detener y prohibir la salida del mismo, señalándose como posibilidad “*retirar la documentación del buque*”, o cualquier otra que se estime necesaria. Que la ley prevea la adopción de cuantas medidas sean necesarias, estableciendo la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de prestar ayuda y colaboración, deja entrever un cierto margen de discrecionalidad del Capitán marítimo, ya que la elección del término “necesarias” en lugar de “imprescindibles” implica un grado ligeramente inferior en la justificación de las mismas.

En controversias netamente españolas, debiendo entenderse por tales aquellas relativas a buques españoles que se encuentren dentro de la jurisdicción de España, en las que el demandante tenga aquí su residencia habitual o su establecimiento principal, o el cesionario de tales créditos, también se amplía, –como hemos comentado *ut supra* respecto de los no firmantes del Convenio de 1999, art. 473.3 LNM-, a cualesquiera otros derechos o créditos, no única y exclusivamente contra los calificados como marítimos. Además, en estos casos, la inmovilización podrá ser sustituida, a juicio del

¹⁴³ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos ...*, cit., p. 42.

órgano jurisdiccional o administrativo competente, “por la anotación en el Registro de Bienes Muebles de la medida y, en su caso, de la prohibición de enajenar”¹⁴⁴.

Quedaría por hacer una breve referencia a lo que se ha denominado como “ratificación del embargo”¹⁴⁵, y a la posibilidad de embargos preventivos de buques por autoridades administrativas.

En cuanto a la ratificación del embargo, resulta evidente que como cualquier medida cautelar no puede ser indefinida en el tiempo, y que se adopta para garantizar la efectividad de un pronunciamiento favorable futuro, lo que requiere la interposición en tiempo y forma de la correspondiente demanda, ya sea en sede jurisdiccional o arbitral, que resuelva sobre el fondo de la reclamación y condene al pago del crédito concreto¹⁴⁶.

Tanto el Convenio de 1999 como la LNM no determinan cuál ha de ser el plazo máximo para interponer esa demanda principal, a salvo de la previsión del 479 LNM, para supuestos de litigios internacionales en los que los juzgados españoles no sean competentes, que sí establece que habrá de ser citado por el propio tribunal que practicó el embargo, pero fijando un mínimo de treinta días y un máximo de noventa, debiendo acreditar el inicio de aquel procedimiento¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Art. 473.2. LNM.

¹⁴⁵ GUDIN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, A.E., cit., pp. 10-11.

¹⁴⁶ En las Conclusiones a las Jornadas de Magistrados Especialistas en Mercantil desarrolladas en Pamplona en noviembre de 2015, los Magistrados de la Audiencia Provincial de Navarra, D. Ildfonso Prieto García-Nieto y D. Jesús Gabaldon Codesido, recogen una cuestión en relación con la competencia objetiva, de manera que si el tribunal correspondiente al lugar donde se encuentre o vaya a llegar el buque debe ser un juzgado mercantil, ¿o se exige que el juzgado del puerto tenga también competencia objetiva para el conocimiento del pleito principal sobre el crédito marítimo invocado? La opinión mayoritaria señala la errónea redacción del artículo 471.1 LNM en este punto; y considera: “*que el tribunal del puerto o lugar en que se encuentre el buque o aquel en que se espera que el buque arribe debe ser necesariamente un Juzgado de lo Mercantil en atención a la atribución de la genérica competencia sobre Derecho Marítimo que atribuye el artículo 86 ter LOPJ a los Juzgados de lo Mercantil, con independencia de que posteriormente, trabado el embargo, haya de acreditarse ante este juzgado la presentación de la demanda ante el juzgado o tribunal al que corresponda la competencia objetiva para el enjuiciamiento de la cuestión principal en el plazo concedido para ello*”.

[<http://informativojuridico.com/conclusiones-a-las-jornadas-de-magistrados-especialistas-en-mercantil-2/>].

¹⁴⁷ El inicio del procedimiento es una terminología claramente criticable, ya que no concreta el momento procesal oportuno que ha de considerarse, lo que es susceptible de generar criterios dispares por parte de los órganos judiciales a la hora de interpretarlo. De la propia redacción del precepto no se deduce si bastaría con el justificante de presentación de la demanda (copia sellada o justificante de presentación telemática si fuese posible), o es requisito ineludible la admisión a trámite con la consecuente atribución de un número correlativo de procedimiento.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Una de las posturas doctrinales¹⁴⁸ más asentadas es la de considerar un plazo de veinte días, cuando el juez embargante sea competente para conocer del asunto principal, en aplicación supletoria del art. 730.2 LEC¹⁴⁹, *a sensu contrario* en el supuesto de que no sea competente, el que prudencial y discrecionalmente fije el juez embargante, y que podemos incardinar en los meritados límites de treinta/noventa días del art. 479 LNM.

Por último, debe hacerse referencia a que la LNM reconoce la competencia para el embargo de la autoridad administrativa respecto de los buques españoles, cuando así lo prevea la normativa específica. A título ejemplificativo, podemos señalar: el derecho de retención de aquel buque/s que impidiesen o estorbasen el libre acceso o tránsito a un puerto, canal o vía navegable, o cuando un buque haya salido a la mar con incumplimiento grave de las normas sobre despacho, o con desobediencia de las órdenes de las Capitanías Marítimas competentes, (art. 298 LPEMM); o en el supuesto de comisión de infracciones muy graves (art. 312.6 LPEMM). Respecto de buques extranjeros, el art. 17 del Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles, también prevé tal posibilidad cuando en la inspección del buque, el inspector hubiera detectado deficiencias que, a su criterio, justificasen tal medida.

IV.3.2.- Venta judicial de buques

Con anterioridad a la LNM, el CCom en sus actualmente derogados artículos 578 y 592, hacía referencia a la venta judicial de buques, cuando estando el buque “en viaje se inutilizare para navegar”, debiendo ser reconocido por el tribunal competente del puerto de arribada, o el Cónsul de España si ello ocurriese en el extranjero; o cuando los

¹⁴⁸ MARTÍN OSANTE, J.M., “La tutela cautelar internacional de los créditos marítimos el embargo preventivo de buques”, Diario La Ley, Nº 7601, Sección Tribuna, 31 de marzo de 2011.

¹⁴⁹ El artículo 730.2 de la LEC en materia de tutela cautelar establece: “2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad. En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El Secretario judicial, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.”

copropietarios de un buque deciden su venta, salvo que por unanimidad, llegasen a otro acuerdo.

En cuanto a la jurisdicción y competencia, nada especial prevé la LNM por lo que resultarán de aplicación lo dispuesto con carácter general en el art. 469 LNM, y dado el objeto del procedimiento vinculado a la aplicación del Derecho marítimo, el conocimiento ha de atribuirse a los Juzgados de lo Mercantil.

Los artículos 480 a 486 LNM en la materia, suponen la incorporación al texto normativo de unas directrices básicas, en concordancia con lo dispuesto por el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, de 1993, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, y las previsiones generales de la LEC en materia de subastas. En todo caso, estas normas serán de aplicación cuando la venta judicial se lleve a cabo a instancia de un acreedor, a través del correspondiente incidente dentro del procedimiento de ejecución forzosa de sentencias firmes y laudos arbitrales, o en su caso, por la ejecución de una hipoteca naval.

Los artículos 481 y 482 de la LNM, recogen las cautelas del artículo 11 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, de 1993, en cuanto a las **preceptivas notificaciones de la venta forzosa** a registros públicos (registrador titular del Registro de Bienes Muebles, así como la autoridad competente encargada de la inscripción del buque en el Estado que lo hubiera autorizado a enarbolar su pabellón), y a aquellos terceros susceptibles de verse afectados por la venta del mismo: el propietario, los titulares de hipotecas u otros gravámenes inscritos (al portador o no), y titulares de los privilegios marítimos del artículo 4 de aquel Convenio sobre privilegios marítimos de 1993.

Se trata de conceder la posibilidad a todas las personas físicas o jurídicas que puedan tener interés de que se va a proceder a la enajenación del buque, advirtiéndoles con suficiente margen (treinta días antes de la fecha prevista para la venta *ex* art. 482.1 LNM), de la fecha, el lugar, y todas las circunstancias relevantes, que permitan defender sus intereses legítimos; pero sobre todo, plantea una ventaja fundamental desde la óptica de la economía procesal “atrayendo” a un único procedimiento, todos los incidentes y

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

controversias que se pudiesen suscitar en relación con la prevalencia de los créditos, o el mejor derecho de unos respecto de otros¹⁵⁰.

El procedimiento de venta judicial del buque tiene como fin último regular las actuaciones conducentes a convertir en dinero ese bien. A tal efecto, es necesario determinar previamente el valor del buque que va a ser objeto de realización (art. 637 a 639 LEC), que podrá realizarse por acuerdo entre el ejecutante –solicitante de la venta– y el ejecutado –el propietario–, o a falta de este, a través de perito. El juez, a la vista de las alegaciones formuladas, determinará la valoración definitiva a efectos de la venta. Podrá articularse la venta a través de entidad especializada (art. 485 LNM en relación con el art. 641 LEC), u otra alternativa la contienen los artículos 643 a 654 LEC, sobre normas de aplicación para la subasta¹⁵¹.

Acto seguido, se fijará fecha para la celebración de la subasta, con expresión de la hora y lugar, y las condiciones generales y particulares de la misma, así como cuantos datos y circunstancias sean relevantes, (actualmente, en España está funcionando ya el Portal de Subastas Electrónicas dependiente del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales¹⁵²). El artículo 647 LEC establece cuáles son los requisitos para tomar parte en la subasta: identificarse de forma suficiente, declarar que conocen las condiciones generales y particulares de la subasta, y haber presentado el resguardo de haber consignado el cinco por ciento (5%) del valor de los bienes. El artículo 649 LEC adaptándose a la realidad de las subastas electrónicas, prevé que se admitirán posturas durante un plazo de veinte días naturales desde su apertura, y no se cerrará hasta una hora después de la última.

Con posterioridad, se procede a la última fase de la subasta: la aprobación del remate, el pago y la adjudicación. Si la mejor postura es igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del avalúo el Secretario judicial aprobará el remate en favor del mejor postor,

¹⁵⁰ El artículo 483 de la LNM prevé tal posibilidad, indicando a los titulares de créditos marítimos privilegiados que tienen la posibilidad de comparecer y formular las correspondientes tercerías en los términos de los artículos 614 a 620 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁵¹ BONET NAVARRO, J., “Capítulo 32”, en ORTELLS RAMOS, M. y OTROS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 883-869.

¹⁵² La ley 19/2015 otorga a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (AEBOE) la misión de la creación de un portal único de subastas judiciales y administrativas, siguiendo la idea de la simplificación administrativa. El Portal de Subastas de la Agencia Estatal BOE está disponible en la sede electrónica de la Agencia Estatal BOE, en la dirección web: <https://subastas.boe.es/index.php>.

pero si fuese inferior a este porcentaje, el ejecutado, podrá presentar un tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 50 por ciento del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante (art. 650 LEC). Si la subasta fracasase por no concurrir ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 30 por 100 del valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos (artículo 651 LEC).

Tras este breve reseña de cómo se articula en la norma procesal civil general el procedimiento, lo que interesa al objeto de nuestro estudio es cómo se reparte el importe obtenido en la subasta o venta directa entre los distintos acreedores. Y en este punto hemos de volver a la legislación especial, porque la prelación del pago de créditos se establece primero en la LNM, que expresamente establece el abono en primerísimo lugar de las costas procesales y los gastos originados por el embargo preventivo o por la ejecución y subsiguiente venta del buque, (entre los que habrán de incluirse los conceptos identificados en el art. 4.1.a) del Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos, a saber: los créditos por los sueldos y cotizaciones a las seguridad social, así como otras cantidades debidas al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación del buque incluidos los gastos de repatriación).

El resto, se distribuirá de conformidad con lo establecido en el citado Convenio, que reparte a prorrata entre los siguientes conceptos:

- 1º los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque (art. 4.1.c);
- 2º a prorrata entre ellos: los citados conceptos identificados en el art. 4.1.a); los créditos por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque (art. 4.1.b); los créditos por derechos de puerto, de canal y de otras vías navegables y practicaaje (art. 4.1.d); y los créditos nacidos de culpa extracontractual por razón de la pérdida o el daño materiales causados por la explotación del buque distintos de la pérdida o el daño ocasionados al cargamento, los contenedores y los efectos del pasaje transportados a bordo del buque (art. 4.1.e);
- 3º hipotecas, mortgages y gravámenes inscritos (art. 5.1);

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

4º Cualquier otro crédito o deuda que se haya puesto de manifiesto en el procedimiento judicial de venta de buque.

En todo caso, entendemos que si existiesen procedimientos diferentes seguidos ante distintos tribunales, sería conveniente interesar la acumulación de los procesos más modernos al más antiguo, para que continúen sustanciándose de manera conjunta. Esta posibilidad es prevista por el artículo 555 de la LEC, precepto que establece como criterio a considerar que sea más conveniente para la satisfacción de todos los acreedores ejecutantes, y que a su vez remite a las normas de acumulación de los procesos declarativos (art. 74 y ss.) en general.

IV.3.3.- Créditos marítimos y procedimiento para limitar la responsabilidad

Con carácter previo a hacer referencia al propio procedimiento para limitar la responsabilidad, resulta ineludible, hacer referencia a la justificación de esta institución de limitación de responsabilidad, ya que incide en el riesgo que asumen las partes implicadas en la navegación, y en consecuencia también en los procedimientos marítimos y el SMDJ.

Entre las causas más tradicionales está el argumento económico de interés del naviero, de no arriesgar en la expedición un patrimonio superior al que se emplea en la propia actividad, algo que también sería predicable de otras muchas actividades económicas. Sí parece tener más peso el denominado argumento de la “superior gravedad de los riesgos marítimos”, ya no sólo por el medio marítimo, sino sobre todo porque tienen importante implicación personas sustraídas al control inmediato del naviero, que no efectúa personalmente todos los actos de gestión, siendo el Capitán del buque quien lleva a cabo esa actuación personal. De hecho, la mayoría de los sistemas de limitación de responsabilidad excluyen la limitación, cuando el naviero ha actuado personalmente de forma culposa¹⁵³.

A este respecto, tanto el artículo 4 del Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de

¹⁵³ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., *La limitación de la responsabilidad civil del naviero*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria- Gasteiz, 1996, pp. 46-49.

1976 (en lo sucesivo CLCM), enmendado por el de 1996¹⁵⁴, recogen tal previsión. Este último en los siguientes términos: *“La persona responsable no tendrá derecho a limitar su responsabilidad si se prueba que el perjuicio fue ocasionado por una acción o una omisión suyas y que incurrió en éstas con intención de causar ese perjuicio, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originaría tal perjuicio”*.

Otra tipología de argumentos tienen un cariz patrimonial al entender que el buque y el flete, son una masa patrimonial independiente sobre la que se crean obligaciones y responsabilidades, para cada viaje, que se convierte cada vez en una nueva empresa de riesgo, en sintonía con las distintas figuras societarias que tienen por objeto limitar la responsabilidad de los empresarios individuales. A ello se unen posibles razones de interés público en fortalecer la flota nacional frente a las extranjeras¹⁵⁵. Ya en el siglo XX esta institución atravesó una fuerte crisis caracterizada por el desfase de la vieja concepción del “viaje/empresa”, por el desarrollo de las comunicaciones y las tecnologías que permiten un más y mejor control del buque y la tripulación, así como el desarrollo extraordinario del seguro marítimo de responsabilidad civil, que aporta certidumbre al naviero para que siga teniendo incentivos a invertir en la industria náutica.

Pese a que la institución sigue teniendo detractores, y ciertamente muchos de los procedimientos y sistemas previstos han quedado totalmente anticuados, sigue subsistiendo la razón última de la misma: “la comunidad de riesgos del mar”, que justifica la distribución del riesgo entre los acreedores; ahora bien, actualizada tal concepción con la práctica de la asegurabilidad. Por ello, parece razonable que la responsabilidad náutica alcance hasta la cobertura del seguro marítimo, en condiciones económicas soportables y viables para el transporte marítimo internacional, en términos de una política naval competitiva¹⁵⁶.

¹⁵⁴ El Instrumento de Adhesión de España al Protocolo de 1996, cuya denominación íntegra refiere “que enmienda el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo, 1976, hecho en Londres el 2 de mayo de 1996”, se publica en el BOE de 28 de febrero de 2005, y entró en vigor el 10 de abril de 2005, de conformidad con lo establecido en su artículo 11.

¹⁵⁵ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., *La limitación de la responsabilidad...*, cit., pp. 50-52.

¹⁵⁶ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., *La limitación de la responsabilidad...*, cit., pp. 55-58.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Con anterioridad a la promulgación de la LNM, en España cohabitaban varias disposiciones legales sobre la limitación de la responsabilidad: la limitación por abandono del buque y el flete (arts. 587 y 590 CCom), la limitación al valor del buque en caso de abordaje (arts. 837 y 838 CCom), y el régimen de limitación previsto en los citados Convenios internacionales de 1976 y 1996, lo que suponía la existencia de tres procedimientos de limitación, siendo el más importante, y más adecuado a la realidad los dos últimos por cuanto resultaban de aplicación a situaciones tanto con elementos extranjeros como íntegramente nacionales¹⁵⁷. El método de cálculo de la limitación se basa en determinadas cantidades de Derechos Especiales de Giro, en proporción al tonelaje de arqueado del buque, haciendo una distinción entre daños personales y materiales, a los que se atribuyen valores diferentes. Estos límites se aplicarán al conjunto de los créditos marítimos que emanen de un mismo hecho.

El ámbito objetivo de aquellos créditos susceptibles de fundamentar esa limitación de responsabilidad en el ámbito del CLCM, enmendado por el de 1996, estaba delimitado por sus artículos 2 y 3, plasmados a partir de 2014 en los artículos 396 y 397 de la LNM. En los cuatro apartados del referido art. 2, se recogen en esencia los daños y perjuicios derivados de la explotación del buque o en relación con operaciones de salvamento, ya sean muerte o lesiones corporales, daños a las cosas, obras portuarias, vías navegables y demás bienes del demanio público; retrasos en el transporte, tanto de la carga como de pasajeros y sus equipajes; así como la lesión de cualquier otro derecho extracontractual.

En el último apartado, el d), se unifican los anteriores d), e) y f) que recogían la repetición de los gastos de puesta a flote, remoción, destrucción de peligrosidad, remoción o destrucción del cargamento... etc., para con carácter global reconocer el derecho a limitación de aquellas reclamaciones que, siendo promovidas por persona distinta al responsable, se adopten para evitar o aminorar los perjuicios “limitables”. Se añade un matiz, y es que estas medidas no pueden haber sido adoptadas en virtud de contrato directamente formalizado con la persona responsable.

¹⁵⁷ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos ...*, cit., pp. 119-120 y p. 124.

Entre las exclusiones han de señalarse las reclamaciones derivadas con operaciones de auxilio, salvamento o contribución a la avería gruesa, así como aquellas derivadas de contaminación ocasionada con hidrocarburos¹⁵⁸, o daños nucleares (art. 3).

Esta situación se simplifica y se hace menos confusa a través de los Títulos VII y IX (Capítulo IV) de la LNM, que no sólo integra los criterios de estos Convenios internacionales, sino que a diferencia de la legislación nacional anterior, sí regulan un procedimiento al efecto, legislación nacional a la que remite expresamente el art. 14 del Convenio que nos ocupa en los siguientes términos: *“Las reglas relativas a la constitución y distribución del fondo de limitación y todas las reglas de procedimiento aplicables al respecto estarán a su vez regidas por la legislación del estado parte en que se constituya el fondo”*.

El problema en España hasta la aprobación de la LNM es que no existían normas procesales específicas, por lo que el procedimiento se estructuraba en torno a las escasas previsiones procesales del propio Convenio en primer lugar, y las de la LEC en materia de incidentes, siendo competente el juzgado que conocía del pleito principal, o si se presentase de forma unilateral, a través del correspondiente procedimiento declarativo, rigiéndose asimismo por las normas en materia de acumulación cuando distintos procedimientos iniciados por acreedores tuviesen una tramitación coincidente en el tiempo.

Al iniciar el procedimiento de limitación, la persona promovente tenía, como en cualquier otro procedimiento judicial, acreditar y justificar su pretensión. A estos efectos la doctrina consideraba¹⁵⁹ que esa documentación imprescindible debía ser:

¹⁵⁸ El art. 3 del Convenio en cuestión establece que a los daños por hidrocarburos les resultan de aplicación las disposiciones del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, del 29 de noviembre de 1969, así como toda enmienda o Protocolo correspondiente al mismo que esté en vigor. Entre ellos, podemos citar: el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, 1990; el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969 (Convenio de responsabilidad civil); el Protocolo de 1992 del Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (Fondo de 1992); y el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001.

¹⁵⁹ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos ...*, cit., pp. 127-128.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

- Constancia fehaciente del depósito del dinero en efectivo, o garantía equivalente, para cubrir la cantidad por la que se limitaría la responsabilidad, calculada de conformidad con el CLCM. Como el cálculo se hace en base a los mencionados Derechos Especiales de Giro, debía constituirse en la moneda nacional del Estado en que la limitación fuese invocada, al tipo de cambio vigente a la fecha de constitución. Aunque a partir del 1 de enero de 2002 con la incorporación del euro (€) esta última cuestión se simplifica en el ámbito europeo, no puede perderse de vista que U.K., foro territorial recurrente de controversias marítimas, conserva la libra esterlina (£).
- Explicación detallada de los conceptos que integran las cantidades del depósito o garantía, con el desglose de los elementos y bases para el cálculo.
- Lista de acreedores afectados por la limitación, con su domicilio y la identificación y cuantificación de sus créditos.
- Copias auténticas de los certificados de arqueo y navegabilidad.
- Lista completa de la tripulación del buque, con sus cargos y calificaciones.
- En caso de muerte o lesiones personales, lista de pasajeros a bordo.

El artículo 490 de la LNM ha convertido en Derecho positivo cuál ha de ser el contenido de esta solicitud de la constitución de un fondo de limitación, incorporando algunas previsiones adicionales específicas. Como no podía ser de otro modo se exige que la suma máxima de indemnización sea consignada en la cuenta del Juzgado, ahora bien, se añade que ese importe debe ser incrementado con los intereses legales desde la fecha del accidente hasta la de constitución, y en caso, de que se hubiese optado por una garantía, debe ser otorgada por una entidad financiera “autorizada a operar en España”.

El apartado c) refiere simplemente una lista de los tripulantes en el momento del accidente, sin que suponga un requisito para la admisión la concreción de sus cargos, y en el d), se hace alusión al certificado máximo de pasajeros que el buque está autorizado a transportar, y no sólo los que se hallasen a bordo al tiempo del accidente, a lo que se añade en el apartado f) un certificado de la autoridad monetaria (entendemos que el Banco de España), sobre la conversión a euros de los derechos especiales de giro, al tiempo de constituirse el fondo.

El procedimiento que se establece ciertamente podría evocar el espíritu de la *par conditio creditorum* de los procedimientos concursales, aunque hay una diferencia trascendental, y es que el concurso se articula en torno a la insolvencia actual o inminente, es decir, el sobreseimiento de pagos, o en términos del propio art. 2 de la LC, el no cumplimiento regular y puntual de sus obligaciones por parte del deudor, presupuesto de hecho que no concurre en este tipo de procedimientos, en los que no procede el análisis de la situación patrimonial, porque lo que se busca es precisamente la limitación de la responsabilidad, algo ajeno a la solvencia o insolvencia del deudor¹⁶⁰.

Aunque como ya ha sido señalado, el hecho de incorporar normas procesales en leyes especiales no parece el más adecuado desde un punto de vista de técnica legislativa y sistemática procesal, sí ha de valorarse muy positivamente que por fin en España se haya establecido un procedimiento específico, que aunque no sea perfecto, sin duda está más adaptado a la realidad marítima de lo que estaba la LEC que resultaba de aplicación con anterioridad a la LNM.

Así, se establece un *iter* procesal que pudiera recordar, una vez más, a los procedimientos concursales, y que se configura en torno a los siguientes hitos fundamentales:

1. Solicitud de constitución del fondo;
2. Admisión de dicha solicitud y nombramiento de un comisario- liquidador;
3. Formación de las piezas de Activo y Pasivo (donde podrán impugnarse la procedencia o el importe de los créditos, la procedencia del derecho a limitar la responsabilidad o la cuantía y forma del fondo);
4. Aprobación de las piezas de Activo y Pasivo;

¹⁶⁰ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., cit., *La limitación de la responsabilidad...*, pp. 314-317. Este autor apuntaba también que la quiebra era un procedimiento concursal mercantil, razón por la que el sujeto afectado debía ser comerciante, y argumentaba como crítica a la aplicación de las normas concursales a este tipo de procedimientos, que no todos los deudores marítimos beneficiarios de la limitación de responsabilidad eran “comerciantes”. En la actualidad, en el marco de la LC la posibilidad de instar un concurso de acreedores procede respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, y aunque se atribuía en todo caso a la competencia del juez mercantil, como consecuencia de la reciente Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se establece que la competencia para el conocimiento de los concursos de persona natural será de los Juzgados de Primera Instancia (artículos 85.6 y 86 ter.1 de la LOPJ, y art. 45 de la LEC).

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

5. Propuesta y aprobación de reparto con arreglo a lo previsto en el título VII de la LNM.

Pero detengámonos en las otras cuestiones procesales que aporta esta nueva regulación. De este modo, para conocer de la constitución del fondo de limitación de responsabilidad se establece la **competencia** del juzgado de lo mercantil que esté conociendo de la reclamación limitable, tramitándola como pieza separada (art. 487.1 LNM), o del lugar donde se tramite el procedimiento administrativo, penal, contencioso o social en el que se alegue el carácter de limitable de la reclamación (art. 489.1 LNM).

Además, parece que se ha querido dotar de cierta celeridad a la tramitación con la previsión de plazos breves: diez días para iniciar los trámites de constitución del fondo desde que se invoque el derecho a limitar (arts. 488.1 y 489.1 LNM), cinco días para las subsanaciones (art. 491 LNM), y tres días para que el comisario liquidador acepte el cargo (art. 493 LNM). Sólo respecto de los acreedores –que no tienen la obligación de estar personados en el procedimiento–, entendemos que en aras a evitar que se les cause indefensión o para dar margen suficiente para que puedan recopilar la información y documentación que precisen, sí se establecen plazos más amplios: treinta días para que presenten los justificantes de su crédito, sesenta si fuesen extranjeros (art. 495.4 LNM), tres meses para las impugnaciones del estado de Activo (art. 497.2 LNM), y veinte días para la impugnación de la propuesta de reparto elaborada por el comisario liquidador (art. 500 LNM).

En coherencia con la necesidad en el ámbito marítimo de procesos ágiles, se sustituye la previsión de la legislación procesal general que remite a los trámites del juicio ordinario (art. 249.2 LEC, y con anterioridad el art. 481 de la LEC 1881), por una referencia en lo no previsto en la LNM, a los trámites del juicio verbal (art. 489.2 LNM).

Llama la atención que no se establezca expresamente un plazo análogo de tres meses para las impugnaciones del estado de pasivo, quizás se deba a un olvido del legislador, aunque el hecho de que se trasladen al comisario a efectos de informe y no se interpongan en el juzgado, no parece razón suficiente para ello, por la inseguridad que ha de generar para los acreedores afectados. Tampoco se especifica el plazo para

interponer los recursos contra aquellas resoluciones judiciales que son “recurribles en reposición” o “recurribles en apelación”, aunque en este caso, no se genera incertidumbre, sino que supletoriamente habrán de aplicarse las disposiciones en la materia en la LEC (arts. 451 a 454, y art. 455 y ss. LEC).

En cuanto a los efectos de la constitución del fondo que nos ocupa, el primer efecto ha de ser negativo, pues en caso alguno equivale a la admisión o confesión de la propia responsabilidad, (art. 1. 7 CLCM), si bien, el efecto principal de este acto jurídico en el orden sustantivo o material, radica en su eficacia liberatoria o limitadora de responsabilidad, a la vez que crea un patrimonio especial o de afectación. Y ello implica que sólo ese patrimonio se vincula al pago de los créditos sometidos a limitación, y sólo esos créditos podrán abonarse con cargo al mismo. Además, como efecto adicional, una vez constituido el fondo, procede la liberación de todos los demás bienes embargados del deudor, que devienen inembargables¹⁶¹. De hecho, así lo especifica el artículo 13 CLCM, y lo recogen también los art. 489.1 LNM, al señalar que “*los procedimientos no serán ejecutables sino contra el fondo regularmente constituido*”¹⁶².

Debe precisarse, asimismo, que la constitución del fondo tiene un efecto extintivo de las obligaciones en cuanto gravamen del patrimonio general del deudor, pero no desaparecen con carácter absoluto, sino que se trasladan o adscriben a otro patrimonio diferente, el del fondo, de manera que su extinción definitiva solo se producirá con el pago efectivo una vez aprobado y materializado el reparto entre los acreedores. A diferencia de criterios doctrinales que entendían que la mera constitución del fondo de limitación no bastaba por sí sólo para que tuviese lugar la liberación de embargos y garantías¹⁶³, el art. 492.2 LNM regula tal posibilidad, al prever que el testimonio del auto de admisión a trámite de la solicitud, será título suficiente para obtener el levantamiento de cualesquiera embargos u otras medidas cautelares sobre el buque u otros bienes propiedad de la persona con derecho a limitar.

¹⁶¹ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., *La limitación de la responsabilidad...*, cit., pp. 299-306.

¹⁶² Los procedimientos de reclamación de esos créditos limitables que nos ocupan, habrán de seguir tramitándose hasta que se dicte sentencia (tal y como ocurre asimismo en el ámbito concursal ex art. 51 LC), pero, las ejecuciones han de recibir un tratamiento unificado, y por ello, tal y como prevé el 492.3 de la LNM, deberán forzosamente acumularse en el expediente sobre integración y reparto del fondo.

¹⁶³ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., *La limitación de la responsabilidad...*, cit., pp. 307-316

IV.4.- Papel del fedatario público en otros expedientes de Derecho Marítimo

El art. 73 de la LNM consagra el “principio de titulación pública” al decir que la inscripción en el Registro de Bienes Muebles se practicará en virtud de escritura pública, póliza intervenida por notario, resolución judicial firme o documento administrativo, de modo que los notarios y cónsules (en ejercicio de la función notarial en el extranjero) deberán obtener de la Sección de Buques, con carácter previo al otorgamiento, la información oportuna. Aunque en la práctica, la información del Registro de Bienes Muebles y la coordinación con el Registro de Buques de la DGMM no funcionan con la agilidad que sería deseable en todos los casos¹⁶⁴. Habrá que quedar a la espera de las novedades reglamentarias que anuncia la LNM¹⁶⁵.

En la regulación que la LNM proporciona a este tipo de expedientes de expedientes de Derecho marítimo en su Título X, introduce novedades relevantes para la práctica notarial, al derogarse la jurisdicción voluntaria en negocios de comercio todavía regulada en la Ley de Enjuiciamiento de 1881; pero además, se percibe el interés por dotar a las instituciones reguladas de un marco de actuación muy flexible, ágil (se establecen plazos de cuarenta y ocho horas), y adaptado a las necesidades operativas de la expedición marítima. Si bien, llama poderosamente la atención las amplias facultades que se reconocen a los fedatarios públicos, que en alguno de los expedientes, pueden hacer y citamos textualmente “*las averiguaciones que estime oportunas*”.

Entendemos muy acertada la previsión de que “*en los procedimientos relativos al Derecho marítimo serán hábiles todos los días y horas sin excepción*” del art. 502 LNM, ya que al igual que ocurre en el caso de los juzgados de instrucción, en el caso

¹⁶⁴ CASAS ROBLA, J., “La Ley 14/14 de Navegación Marítima desde una óptica notarial”, *Revista Notario del siglo XXI*, Nº 57, octubre 2014, [<http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3851-la-ley-14-14-de-navegacion-maritima-desde-una-optica-notarial>].

¹⁶⁵ La Disposición final octava de la LNM hace referencia a este desarrollo reglamentario: “1. El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Fomento en el ámbito de sus respectivas competencias, dictará las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de las normas previstas en esta ley sobre Registro de Bienes Muebles y el Registro de Buques y Empresas Navieras, así como la coordinación entre los mismos. 2. Reglamentariamente, a propuesta de los Ministerios de Fomento y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en el ámbito de sus respectivas competencias, se asegurará la coordinación del Registro de Buques y Empresas Navieras y del Censo de la Flota Pesquera Operativa.”

notarial también ha de garantizarse la existencia de un notario de guardia, listas normalmente publicadas por los Colegios Notariales Provinciales¹⁶⁶.

La propia exposición de motivos de la LNM reconoce la necesidad de actualizar en general el régimen general aplicable al tráfico marítimo, incluso afirma la “puesta al día” de los expedientes de jurisdicción voluntaria, eliminando aquellos que habían perdido su razón de ser: la autorización para la descarga del buque, las obligaciones derivadas del contrato de transporte marítimo o la apertura de escotillas.

¿Qué ha de entenderse por tanto por jurisdicción voluntaria? Dentro de esta categoría se engloban distintos supuestos. Aunque en el tráfico jurídico privado civil y mercantil los sujetos tienen capacidad normalmente para dotar de validez a las relaciones jurídicas de las que son parte, a veces la ley impide que pese a esa voluntad surja o se perfeccione una relación jurídica, exigiendo, la intervención de un juez o notario, (ej. el nombramiento de un tutor para un menor exige un pronunciamiento judicial, y el acta de notoriedad en una herencia ab intestato es realizada por el notario). En otras ocasiones, es un desacuerdo entre las partes lo que conduce a la intervención de un juez, que resuelve la controversia, pero sin el alcance y la relevancia de un verdadero proceso. Y en tercer lugar, y quizás sea el supuesto que mejor encaje en la realidad marítima, se posibilita la intervención de un juez o notario, en aras a **evitar futuros perjuicios en las relaciones con terceros**.¹⁶⁷

De hecho, esa es la circunstancia que prevé el art. 187 de la LNM en relación con la protesta de mar como posibilidad del capitán, “*cuando hayan ocurrido hechos de los que pudiera deducirse su responsabilidad*”. En esa línea GONZALEZ LEBRERO también definía la protesta como: “*la representación que hace el Capitán de un buque para poner de manifiesto ciertos hechos, normalmente extraordinarios, ocurridos durante el viaje y, de interés para su armador, para él mismo, para los fletadores y cargadores, para los aseguradores del buque y de la carga, y para la autoridad*”.

¹⁶⁶ El artículo 327.2 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, prevé que será la Junta Directiva del Colegio Notarial la que, en su respectivo ámbito territorial, ordenará la prestación de las funciones notariales, incluso en días festivos y períodos de vacaciones.

¹⁶⁷ JUAN SANCHEZ, R., “Capítulo 3”, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 95-97, BONARDELL LENZANO, R., “Certificación pública de determinados expedientes de Derecho Marítimo”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 782.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

pública”¹⁶⁸. En la actual regulación de la protesta, la intervención notarial es posterior a su formalización ante la autoridad marítima del puerto de destino.

En lo relativo al papel del fedatario público en la tramitación de este tipo de expedientes distinguimos tres funciones principales que denominaremos, únicamente a estos efectos, de “protocolización y custodia”, “de notificación y requerimiento” y “judiciales”.

Ciertamente el meritado Rgto. Not. establece en su Título IV una categorización de las distintas tipologías de documentos públicos que autorizan los notarios, a los que denomina pólizas, escrituras, (y dentro de estas: actas de presencia, actas de referencia, actas de notoriedad, actas de protocolización, actas de depósito ante notario, documentos fehaciente de liquidación y actas de subastas), certificaciones, legalizaciones y testimonios; sin embargo, lo relevante al objeto de estudio no es tanto acotar la variedad de tipologías de documentos públicos, sino analizar el papel concreto del notario en los expedientes marítimos, y por ello se opta por otra terminología.

Por ello, comenzaremos por esa **función de “protocolización y custodia”**, partiendo del contenido del Art. 211 del Rgto. Not. que al definir las actas de protocolización señala que “(...) *el texto hará relación al hecho de haber sido examinado por el Notario el documento que deba ser protocolado, a la declaración de la voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene, al de quedar unido el expediente al protocolo, expresando el número de folios que contenga y los reintegros que lleve unidos*”. En este primer grupo el notario interviene recogiendo documentación que le aporta el interesado, copia de la cual quedará en la notaría para su constancia, perfectamente organizada e identificada, levantándose acta y/o diligencia que verifique los trámites efectuados dentro de cada expediente.

Esta función la podemos apreciar con carácter general en los cinco expedientes identificados en la LNM y en el propio título de este epígrafe, toda vez que resulta indudable que de todo lo actuado se conservará copia auténtica acreditativa de la tramitación, requerimientos, nombramientos, ... etc. que servirá de prueba en el supuesto de procedimiento judicial posterior.

Las tareas de “**notificación y requerimiento**” sí se definen en el art. 202 del Rgto. Not. al señalar que las actas “*de notificación tienen por objeto transmitir a una persona una*

¹⁶⁸ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos ...*, cit., p. 77.

información o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada conducta". El texto legal recoge la obligación de practicar **notificaciones** en los expedientes de liquidación de avería gruesa y en el tramitado sobre extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque. En concreto:

- notificación que realiza el notario a todos los interesados en el viaje marítimo, en el buque o en el cargamento, instruyéndoles de su derecho a intervenir en la tramitación del expediente de liquidación de avería gruesa (art. 507.2 LNM);
- puesta de manifiesto a los interesados de la liquidación de avería gruesa realizada por el liquidador designado, o en su caso, su dictamen negativo a la procedencia de la liquidación, (art. 508.3 LNM); y en caso de impugnación al liquidador (art. 509 LNM).
- incluimos también en este apartado, la previsión del art. 520 LNM de publicar en el BOE el requerimiento del tenedor que no está en posesión de su conocimiento de embarque, ya sea por pérdida, sustracción o destrucción, porque en esencia es una notificación *erga omnes* dirigido a cualquier persona que pudiese resultar afectada por el expediente.

Dos son los **requerimientos** que recoge la LNM, el primero, un requerimiento de pago al destinatario de las mercancías, en aquellos supuestos en que el contrato de fletamento posibilite al porteador la venta de las mercancías, si el destinatario no abonase el flete u otros gastos conexos, o no se presente a retirar lo porteado (art. 514.1 LNM); y en segundo lugar, el requerimiento a instancia del tenedor que no está en posesión de su conocimiento de embarque, ya sea por pérdida, sustracción o destrucción, que ha de ser dirigido al porteador, para que no se entreguen las mercancías a un tercero, mientras el expediente no finalice (art. 517 LNM). Igual requerimiento se hará al cargador y/o endosantes (art. 519 LEC).

Restan por abordar las denominadas **funciones "judiciales"**, aclarando de antemano que en modo alguno, se está identificando al notario con el juez, ni el primero puede actuar en nombre del segundo, porque las facultades judiciales corresponden única y exclusivamente a jueces y magistrados. La función judicial es un poder del Estado, que actúa conforme a las normas de procedimiento como ordena el artículo 117.2 de la CE, mientras que la función notarial si bien goza de *auctoritas*, carece en cambio de

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

potestas, y el notario debe actuar de conformidad con la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado y el ya referido Rgto. Not. Por ese motivo se considera que las expresiones de la LNM que se incorporan directamente de la legislación anterior, cuando la competencia estaba atribuida a los órganos judiciales, es del todo inapropiada¹⁶⁹.

A este respecto llama la atención la facultad otorgada para realizar averiguaciones e “instruir” el expediente sobre extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque, posibilitando el art. 520.1 LNM que no sólo practique las averiguaciones que hayan sido solicitadas, sino también cualesquiera otras que pudiere estimar oportunas, para verificar la realidad de los hechos y el eventual derecho del tenedor desposeído. Ha de entenderse esta amplia discrecionalidad en el sentido de que podrá realizar diligencias de investigación, consultas de archivos, solicitar información a particulares y empresas... etc. pero en ningún caso, tendrá facultades para interrogar u obligar a prestar declaración o facilitar información, que corresponden en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, con independencia de la valoración que pueda realizar de tal negativa para publicar en el BOE el requerimiento, u optar por cerrar el expediente por improcedencia del requerimiento.

En este apartado también hemos de referirnos a la facultad para el nombramiento de peritos (art. 505 LNM para valorar los daños en la protesta de mar art. 524 LNM para reconocer los efectos mercantiles dañados), de liquidador (art. 508 LNM para la liquidación de la avería gruesa), o de depositario (art. 514 LNM en el expediente sobre depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo), que también recuerdan a trámites característicos de los procedimientos judiciales.

Incluso se prevé que el notario pueda adoptar **auténticas decisiones sobre el fondo del asunto**. De este modo, cuando en el plazo de veinte días no se presente demanda o se inicie el correspondiente procedimiento arbitral, pese a haberse formulado oposición al pago de las mercancías o equipajes, el notario acuerda la entrega del remanente al solicitante, o el pago de lo reclamado con cargo a la garantía prestada (art. 515 LNM en

¹⁶⁹ ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M.V., “Intervención notarial en expedientes de derecho marítimo”, *Revista Notario del siglo XXI*, Nº 60, marzo 2015.

[<http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4057-intervencion-notarial-en-expedientes-de-derecho-maritimo>]. Señala a título de ejemplo, la mención a que el notario “dictará resolución motivada”, como la norma prevé para las resoluciones de los órganos judiciales.

la norma aplicable al depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo), decisión que no se agota en el trámite declarativo, sino que abarca la materialización del pago.

Una **función típicamente notarial**, es el otorgamiento de **actas de notoriedad**, que son aquellas que tal y como define el art. 209 del Rgto. Not. sirven para “*la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica*”. En el ámbito marítimo, se prevé que el notario otorgue acta de este tipo en el art. 521 LNM, y ello en relación con los expedientes promovidos ante la pérdida, sustracción o deterioro del conocimiento de embarque, cuando transcurridos los plazos previstos en la norma, se declare la amortización del título, y se reconozca al promovente la titularidad del mismo, pudiendo retirar la caución prestada o exigir al porteador la entrega inmediata de las mercancías, eso sí, previo pago de los gastos de depósito ocasionados.

Una crítica merece al menos el expediente de liquidación de averías gruesas, ya que se mezcla un procedimiento inicialmente notarial, con otro jurisdiccional que surge de repente en sede judicial, a través del secretario judicial y que se articula como un juicio verbal. Se sustituye *de facto* la fase previa a la vista por la actuación del notario, y si se impugnase la liquidación de daños aprobada, se tramita como un recurso con efectos suspensivos ante el Juzgado de lo Mercantil, pasando el Secretario judicial – ahora letrado de la administración de justicia- a designar un nuevo liquidador, y señalar la vista, tal y como prevé el art. 510.2 LNM.

Se suscitan dudas sobre si realmente el sistema diseñado será suficientemente razonable y ágil para atraer a la jurisdicción nacional las liquidaciones de las averías gruesas, defendiendo algunos fedatarios públicos¹⁷⁰, otras posibilidades de recurso en los expedientes tramitados por notario, como por ejemplo la paralización del expediente en caso de contradicción, un sistema de recursos similares a los judiciales, recursos ante la DGRN, o incluso someter los expedientes a homologación judicial, en sintonía con lo previsto en el art. 203 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, en materia de reanudación del tracto sucesivo.

¹⁷⁰ ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M.V., cit.,

V.- ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS MARÍTIMOS INTERNACIONALES

V.1.- Internacionalidad a la luz del artículo 3 de la Ley 60/2003 de Arbitraje

En los apartados anteriores se han puesto de manifiesto los condicionantes y las especialidades que los procedimientos judiciales presentan en el ámbito marítimo, como factores que afectan al riesgo asegurado a través de un SMDJ. Pero no pueden analizarse convenientemente los riesgos de los procedimientos marítimos, sin hacer referencia al arbitraje como ADR. Es más, el arbitraje es el mecanismo de resolución de conflictos más utilizado en el ámbito del comercio internacional, y por tanto, también del sector del transporte marítimo internacional, llegando a acuñarse la expresión: “*arbitraje marítimo internacional*”, ampliamente utilizada y generalizada en el sector.¹⁷¹

Las motivaciones para ese auge son de muy diversa índole: desconfianza en cuanto a la equidad y los conocimientos de los tribunales ordinarios, variando según la nacionalidad de los implicados, preferencia por la actuación de personas vinculadas y con conocimientos especializados del negocio marítimo y de las normas consuetudinarias; y la especial trascendencia de la duración o del tiempo de tramitación de los procedimientos, siendo más breves los del arbitraje.¹⁷²

El punto de partida, ha de establecerse, por tanto, en una delimitación previa qué es un arbitraje interno, y cuando estaremos ante un arbitraje internacional. De hecho, la internacionalidad no vendrá determinada ni por la nacionalidad de los árbitros, ni por el lugar donde se desarrolla, incluso podría desarrollarse en España y ser internacional.¹⁷³

La Ley de Arbitraje española¹⁷⁴, opta por el sistema monista, es decir, aquel en el que en lugar de que el arbitraje internacional sea regulado en su práctica totalidad, por preceptos distintos al arbitraje interno (que es el que se conoce como dualista), los

¹⁷¹ LAPIEDRA ALCAMI, R., “El arbitraje marítimo internacional en las Reglas de Rotterdam”, *Rev. Boliv. de derecho* nº 22, julio 2016, p. 147.

¹⁷² GONZALEZ LEBRERO, R.A. cit., *Curso de ...* p. 851.

¹⁷³ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., cit., “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, p. 113, y BARONA VILAR, S. “Resolución de Controversias en el Comercio Internacional”, en *Contratación internacional*, ESPLUGUES MOTA, C., (coord), Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 851.

¹⁷⁴ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE nº 39, de 26/12/2003.

mismos preceptos se aplican en uno y otro caso, salvo contadas excepciones. Además, la norma española reconoce que son pocas y muy justificadas, las normas que en el arbitraje internacional requieren una regulación distinta de la del arbitraje interno. Además, aunque la Ley Modelo¹⁷⁵ aprobada en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional sus soluciones son perfectamente válidas, para el arbitraje interno.¹⁷⁶

El art. 3.1 de la Ley de Arbitraje española establece cinco criterios alternativos para que un arbitraje pueda ser calificado como internacional¹⁷⁷:

- 1º. que en el momento de formalizar el convenio arbitral, las partes tengan domicilios en estados diferentes, debiendo determinarse cuál es este domicilio en atención a lo previsto por la legislación española;
- 2º. que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral, o conforme a él, sea en un territorio diferente al que las partes tengan sus domicilios. De esta manera, las partes podrían, de mutuo acuerdo, derivar un arbitraje interno – si ambos residiesen en España- al ámbito internacional, y ese laudo, tendría que ser reconocido en nuestro país como extranjero;
- 3º. que *“el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia (...), esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios”* (art. 3.1.b) de la ley);
- 4º. Que la controversia tenga una vinculación más estrecha con un territorio fuera del Estado donde las partes tengan su domicilio.

A diferencia de los dos primeros apartados, tanto en el tercero como en el cuarto, se introducen elementos que precisan de interpretación y valoración adicionales. De este modo, cual sea la obligación más relevante del conjunto de relaciones jurídicas que vinculan a las partes, o cual sea la vinculación más estrecha de la controversia, son nociones que habrán de delimitarse a través de la jurisprudencia, o a través de un análisis profundo del fondo del asunto, algo que va más allá, de las normas procedimentales de la sede del arbitraje.

¹⁷⁵ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con enmiendas aprobadas en 2006.

¹⁷⁶ Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española.

¹⁷⁷ ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje Marítimo Internacional, Colección Estudios sobre Arbitraje*, Ed. Thomson- Civitas, Pamplona, 2007, pp. 61-68; y GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo ...”, cit., p. 114.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

5°. que la controversia afecte a intereses del comercio internacional, debiendo entenderse por tal expresión aquella que suponga una traslación de bienes, servicios o capitales de una nación a otra, independientemente de las circunstancias personales de las partes¹⁷⁸, como su domicilio o su establecimiento permanente.

Se observa que el legislador español se ha apartado ligeramente de las previsiones del art. 1.3) de la citada Ley Modelo de UNCITRAL, y así, aunque mantiene aquellas disposiciones que atienden a elementos territoriales, en lugar de vincularlos a los establecimientos de las partes, lo hace al domicilio de estas. Aun así, la auténtica desviación de la línea marcada por el modelo, se produce al no incluir ningún precepto concordante con su art. 1.3.c), es decir, se elimina la autonomía de la voluntad de las partes, como criterio decisor que atribuiría internacionalidad a la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje.

ESPLUGES MOTA¹⁷⁹ valora como algo razonable que la condición de internacional de un arbitraje, no depende única y exclusivamente de la mera voluntad de las partes, optando por criterios más objetivos como los señalados, aunque en última instancia, la trascendencia de tal calificación en la práctica sea reducida ya que como ha sido detallado, las diferencias existentes en la Ley española de arbitraje entre el arbitraje interno y el internacional, son muy limitadas.

V. 2.- Flexibilidad del arbitraje al servicio de la autonomía de las partes

El arbitraje, sobre todo en el ámbito mercantil y dentro de él en lo que atañe a los conflictos marítimos, presenta enormes ventajas frente a la jurisdicción ordinaria: mayor rapidez, y menor coste económico, simplicidad y escaso formalismo, privacidad y reserva para las partes, ya que la tramitación no tiene por qué ser pública, pudiendo mantener la confidencialidad y discreción respecto de información especialmente sensible, a lo que se une la posibilidad de elegir la cualificación técnica o profesional de

¹⁷⁸ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., pp. 66 y 68. Este autor se basa en la jurisprudencia francesa para delimitar qué ha de entenderse por “*intereses del comercio internacional*”, ya que el art. 3.1.c) de la Ley de Arbitraje española, no hace sino reproducir el del art. 1492 del Código de Procedimiento Civil francés.

¹⁷⁹ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., pp. 72-73.

los árbitros, por entender que el enjuiciamiento que vayan a llevar a cabo va a adaptarse mucho mejor al asunto concreto¹⁸⁰.

Pero sin duda, la gran ventaja es el amplio margen de libertad que tienen los interesados para determinar las cuestiones fundamentales que han de regir el procedimiento: el foro donde ha de desarrollarse el arbitraje, las propias normas procedimentales del mismo, los árbitros que habrán de decidir sobre el fondo del asunto, y el Derecho aplicable. De hecho, las normas de la Ley de Arbitraje utilizan expresiones del tipo “*las partes podrán acordar libremente*” o “*salvo acuerdo de las partes*” para permitir que la institución del arbitraje se rija por la más amplia autonomía de la voluntad.

La Ley de Arbitraje española hace referencia a que las “*partes podrán libremente*”: determinar el número de árbitros (art. 12), encomendar el arbitraje a una institución (art. 14), acordar el procedimiento para la designación de los árbitros (art. 15), acordar el procedimiento para su recusación (art. 18), convenir el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones (art. 25), determinar el lugar del arbitraje (art. 26), así como acordar el idioma/s del mismo (art. 28).

En otros preceptos, sobre todo de corte procedimental, el legislador ha optado por establecer un marco normativo de carácter dispositivo, de manera que resultará de aplicación, “*salvo acuerdo de las partes*”¹⁸¹, y ese acuerdo, podrá por ejemplo consistir, en el sometimiento a una institución arbitral que cuente con su propio reglamento aprobado para regir los procedimientos que se tramiten en su sede.

¹⁸⁰ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “Arbitraje y Derecho marítimo ...” , cit., pp. 39-40. Incluso con anterioridad a la Ley de Arbitraje ya se apuntaban como ventajas de los procedimientos arbitrales: mayor garantía en la decisión, mayor especialidad, mayor agilidad frente a la lentitud de los procedimientos ordinarios, y el deseo de no dar publicidad a las divergencias entre las partes. CHILLÓN MEDINA, J.M., y MERINO MERCHÁN J.F., *Tratado de Arbitraje Privado interno e internacional*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pp. 58-59.

¹⁸¹ Estas cuestiones en las que la Ley de Arbitraje prevé la posibilidad de acuerdo en sentido contrario de las partes, son las siguientes: notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos (art. 5); las partes podrán mediante acuerdo determinar que la nacionalidad de una persona sea motivo suficiente para impedir que actúe como árbitro (art. 13), en los arbitrajes a resolverse en Derecho, podrán establecer que el árbitro único no tenga que ser, con carácter obligatorio, jurista (art. 15.1), también tendrán la posibilidad de permitir que el mediador pueda ser árbitro de la controversia, (art. 17.4), podrán impedir que los árbitros estén autorizados a adoptar medidas cautelares (art. 23.1), restringir el derecho de los árbitros a oír a testigos, peritos y partes, en cualquier lugar que estimen apropiado (art. 26.2), disponer en cuanto a la posible ampliación de los escritos, la práctica de las pruebas, los efectos de la falta de comparecencia de las partes, el nombramiento de peritos por los árbitros (arts. 29 a 32), y finalmente en la determinación del plazo, forma, contenido y notificación del laudo (art. 37).

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Como señala COE¹⁸², quizás lo más característico del arbitraje comercial internacional, es la libertad de la que disfrutaban las partes para diseñar los procedimientos, libertad contemplada en el art. 19 de la citada Ley Modelo de UNCITRAL, en el art. V.1.d) del Convenio de Nueva York¹⁸³ y el art. IV.1.b) iii) del Convenio de Ginebra de 1961.¹⁸⁴

Como resulta evidente, y en los propios términos del art. 24 de la Ley de Arbitraje, el procedimiento que se establezca deberá, en todo caso, respetar los principios de igualdad, audiencia y contradicción, de manera que cada uno de los intervinientes tenga suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Precisamente estos límites son los que también se prevén en el art. 18 de la citada Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, y el art. V.1.b) *in fine* del Convenio de Nueva York, que reconoce como causa para denegar el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral extranjero, si no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

Los países de nuestro entorno, e incluso la normativa canadiense y la japonesa, suelen vincular esos límites a la autonomía de la voluntad a los mandatos imperativos de la ley donde se realice el arbitraje, independientemente de su carácter nacional o internacional.¹⁸⁵

En el caso de Inglaterra la *Arbitration Act 1996* incluye en su Secc. 1(b) la referencia a que la limitación a la libertad de las partes para decidir cómo resolver sus disputas, radica en las salvaguardas necesarias para proteger el interés público. Además, impone el respeto a determinadas normas imperativas, que mantienen los niveles mínimos de justicia, pero intentan proteger un desarrollo ágil del procedimiento arbitral, robusteciendo la posición de los árbitros¹⁸⁶.

¹⁸² COE, J.J.Jr., *International Commercial Arbitration. American Principles and Practice in a Global Context*, Ed. Transnational Publishers, Nueva York, 1997, p. 59.

¹⁸³ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), que entró en vigor el 7 de junio de 1959, en virtud de lo dispuesto en su artículo XII.

¹⁸⁴ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961. Entrada en vigor para España, 10 de agosto de 1975.

¹⁸⁵ TWEEDDALE, A. y TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 215-216 y 241; y ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., pp. 503-505.

¹⁸⁶ BERNARDINI, P. "The Role of the International Arbitrator", *Arbitration International*, Vol. 20 (2), 2004, p. 117, y ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., pp. 506-507. La Secc. 34 (1) de la *Arbitration Act* inglesa, es ejemplo claro de esas amplias facultades de los árbitros, al establecer: "It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter".

Los art. 468 y 469 de la LNM introducen en la legislación marítima la posibilidad de cláusulas de sometimiento a arbitraje, pero para los contratos de utilización del buque, (los regulados en los arts. 188 a 313 de la LNM), o auxiliares de la navegación, (los regulados en los arts. 314 a 338 de la LNM), impone la necesidad de que dichas cláusulas, en tanto en cuanto, remitan a un arbitraje en el extranjero, hayan sido, “negociadas individual y separadamente”.

En opinión de CACHÓN CADENAS¹⁸⁷ se ha optado por la solución menos drástica, para proteger a la parte no dominante o menos fuerte en la relación contractual, ya que pese a fijar unos determinados fueros (domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato, y puerto de carga/descarga o lugar de prestación de los servicios), podría haberse optado por excluir totalmente, sancionando con nulidad de pleno Derecho, cualquier cláusula de sumisión expresa.

Asimismo, teniendo en cuenta las fuentes normativas que regulan los diferentes procesos, habrá determinados supuestos en los que no ha de aplicar, (al menos no directamente), la exigencia de negociación individual y separada de las meritadas cláusulas de sumisión expresa.

De este modo, cuando sea aplicable el Reglamento 1215/2012¹⁸⁸, en virtud de su art. 25.1, las cláusulas de sumisión a arbitraje serán válidas, siempre y cuando no incurriesen en nulidad según el Derecho nacional del Estado, a cuyos tribunales se hayan remitido las partes. Cabría una aplicación indirecta, por ejemplo, en el caso de que las partes se remitiesen a un tribunal en España, y el conflicto afectase a alguno de los contratos mencionados en el art. 468 de la LNM, en ese caso, habría que valorar la negociación individual y separada de la meritada cláusula. La misma conclusión puede alcanzarse respecto de aquellos supuestos en los que la competencia judicial internacional o el arbitraje, estén regulados por un tratado o una norma internacional. En tercer lugar, el art. 468 de la LNM tampoco resulta de aplicación a aquellos

¹⁸⁷ CACHÓN CADENAS, M., “Título IX Especialidades procesales”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., (dir) y RUEDA MARTÍNEZ, J.A., (dir), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 1399-1400.

¹⁸⁸ Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, [DOUE L 351, de 20/12/2012].

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

procedimientos arbitrales tramitados fuera de las fronteras de nuestro país o no sujetos al Derecho interno español¹⁸⁹.

Para terminar este apartado, debemos referirnos a aquellos límites objetivos al arbitraje por razón de la materia, es decir, aquellas cuestiones respecto de las que, con independencia del acuerdo de las partes, una cláusula de sometimiento a arbitraje devendría ineficaz. El legislador español introduce una norma de gran flexibilidad, recogiendo el art. 2.1 de la Ley de Arbitraje, que serán arbitrables todas las controversias relativas a materias de libre disposición para las partes. En consecuencia, cuando el laudo haya versado sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, podrá ser anulado tal y como prevé el art. 41.1.e) de la citada norma.

La clave estará en determinar si la relación jurídica afecta a intereses generales o públicos, porque en ese caso no sería posible resolverla a través del arbitraje, pensado como instrumento privado de satisfacción de pretensiones.¹⁹⁰ Dentro del amplio abanico de materias que aborda el Derecho Marítimo, efectivamente hay determinados sectores en los que se muestra más evidente la imposibilidad de recurrir al arbitraje: protección del medio marino, embargo preventivo, abordaje y salvamento marítimo.¹⁹¹

En el caso del transporte marítimo de mercancías, con anterioridad a la entrada en vigor de la LNM se planteaban ciertas dudas, porque ni las Reglas del Convenio de Bruselas de 1924, más conocido como “Reglas de la Haya”¹⁹², ni las Reglas de Visby, proporcionaban una respuesta expresa a la posibilidad de arbitraje de las materias cubiertas por su ámbito de actuación, cuestión que debía ser resuelta por las diversas normativas nacionales, que con carácter general, admiten este sistema alternativo de resolución de conflictos¹⁹³. Pronunciamiento expreso que sí contiene el art. 22 de las

¹⁸⁹ CACHÓN CADENAS, M., “Título IX Especialidades procesales”, en *Comentarios a la Ley 14/2014...* ARROYO MARTÍNEZ, I., (dir) y RUEDA MARTÍNEZ, J.A., (dir), cit., pp. 1402-1405.

¹⁹⁰ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., cit., “Arbitraje y Derecho marítimo ...” , pp. 93-95.

¹⁹¹ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2000, pp. 58-60 y 78-79.

¹⁹² Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, hecho en Bruselas el 25 de agosto de 1924, modificado por el Protocolo de Bruselas, de 23 de febrero de 1968, que es el conocido como las Reglas de La Haya-Visby. El instrumento de ratificación en España se publica en el BOE nº 36, de 11 de febrero de 1984.

¹⁹³ ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., pp. 426-427.

Reglas de Hamburgo, aunque dada su escasa ratificación, y los países vinculados por estas normas de espíritu unificador, su papel en la práctica es muy restringido.¹⁹⁴

En cuanto a las dos países analizados, por su relevante papel en el tráfico marítimo internacional, ha de señalarse que la Sección 11(1) de la *Arbitration Act* inglesa de 1996 y la Secc. 2 de la *Federal Arbitration Act* de 1924 de Estados Unidos, admiten la arbitrabilidad de las cuestiones de Derecho marítimo¹⁹⁵.

V.2.1.- Elección del foro

V.2.1.1.- Arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*

Las partes podrán a la hora de formalizar un convenio arbitral, decidir quién habrá de resolver sobre la controversia. En el arbitraje *ad hoc* son los propios interesados quienes designan de forma directa o indirecta al árbitro, sin que existan normas predeterminadas; mientras en el arbitraje institucional, se encomienda tal tarea a una institución que nombrará o confirmará el árbitro, y desarrollará la administración del arbitraje como “realidad jurídica autónoma”.¹⁹⁶

GONZALEZ SORIA¹⁹⁷, por su parte, distinguía uno de otro, señalando que el *ad hoc* es aquel para un caso determinado, establecido por las partes y/o los árbitros, en función del deseo de aquellas, o de las particularidades del asunto; mientras el institucionalizado o “administrado” es aquel que se atribuye a una institución especializada, ya sea de carácter corporativo, profesional o sectorial.

En el arbitraje *ad hoc* la designación puede producirse de manera directa, cuando son las propias partes las que eligen, de mutuo acuerdo, a una determinada persona concreta

¹⁹⁴ Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, de 31 de marzo de 1978, (REGLAS DE HAMBURGO). A principios de 2017, los países que han ratificado o se han adherido a estas Reglas de Hamburgo son sobre todo de África, Latinoamérica y Europa Central; no constan adheridos ni Reino Unido, ni Estados Unidos, ni España, ni ningún país en los que tenga sede algún Club P&I de los que estudiaremos a lo largo del presente trabajo a los efectos del SMDJ.

[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html]

¹⁹⁵ ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., pp. 435-437, y CURTIN, K. M., “Arbitrating maritime cargo disputes-future problems and considerations”, *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1997, pp. 41 y ss.

¹⁹⁶ MUNNÉ CATARINA, F., *La administración del Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 20.

¹⁹⁷ GONZALEZ SORIA, J., *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral*, Ed. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1988, p. 62.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

y determinada, incluso, aunque pueda ser determinable en un futuro (por ej. si se designase a una persona que ostentase un determinado cargo). En este supuesto, se trata de una obligación personalísima, que no podrá ser delegada. O, por otro lado, la designación podrá ser indirecta, cuando se confiera a la autoridad judicial o incluso a un tercero, para que proceda a elegir, en nombre de las partes, al árbitro que dirima la controversia.¹⁹⁸

Cuando las partes sólo encomendasen a un centro arbitral permanente la designación del árbitro, y no el resto de la gestión del procedimiento, siempre que sus propias normas internas lo permitan, estaremos ante un mandato, y por tanto, su actuación se regirá por esta tipología de contrato, y la intervención del árbitro seguirá las normas del arbitraje *ad hoc*, sin que le vincule el reglamento de la institución “designadora”.¹⁹⁹

El arbitraje institucional se caracteriza por la posibilidad de que sea una institución la que administre el arbitraje, otorgando a las partes garantías en relación a las normas que guíen el proceso: plazos y formas de notificación, procedimiento para la designación y recusación del árbitro, desarrollo, en su caso, de la vista,... etc.²⁰⁰

V.2.1.2.- Instituciones Arbitrales marítimas internacionales

En el ámbito marítimo internacional dos ciudades, Londres y Nueva York, y sus instituciones arbitrales especializadas, acaparan el 90% de los procedimientos arbitrales desarrollados a nivel mundial.

El arbitraje en Londres, se articula esencialmente a través de la *London Maritime Arbitrators Association*, (LMAA), que destaca por ser la sede en la que se tramitan más disputas marítimas de todo el mundo. En 2014, se articularon cerca de 3.582 nuevos nombramientos de arbitraje y más de 584 laudos fueron publicados, muchas de las disputas son resueltas mediante acuerdos entre las partes.²⁰¹ Debe resaltarse, que la

¹⁹⁸ MUNNÉ CATARINA, F., cit., pp. 21-24; LEW, J. DM., MISTELIS, L. A., KRÖLL, S., *Comparative international commercial arbitration*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2003, pp. 33-35.

¹⁹⁹ MUNNÉ CATARINA, F., cit., p. 25.

²⁰⁰ LEW, J. DM., MISTELIS, L. A., KRÖLL, S., cit., pp. 36-39.

²⁰¹The London Maritime Arbitrators Association, (LMAA). [<https://www.lmaa.london/about-us-Introduction.aspx>].

LMAA no administra ni controla el desarrollo de los arbitrajes, que se convierten en auténticos arbitrajes *ad hoc* gestionados y dirigidos por los árbitros concretos²⁰².

En Nueva York, es donde tienen lugar aproximadamente un 20% de los arbitrajes de todo el mundo²⁰³, pudiendo destacarse como institución por antonomasia la *Society of Maritime Arbitrators (SMA)* con sede en Nueva York. Además, con distintas sedes en diversos Estados²⁰⁴ ha de referirse la *Maritime Arbitration Association of the United States (MAA)*.

El desarrollo del arbitraje marítimo ha desembocado en la aparición de distintas asociaciones arbitrales especializadas, aunque con un peso comparativo menor a las dos anteriores, entre las que puede destacarse la *Chambre Arbitrale Maritime de Paris (C.A.M.P.)*, que creada en 1966 por distintos representantes de la comunidad marítima, desarrolla alrededor de un 10% de los asuntos del remanente de esos dos grandes centros arbitrales mundiales²⁰⁵.

El International Congress of Maritime Arbitrators, indica que existen muchas asociaciones alrededor del mundo promoviendo el arbitraje en disputas marítimas, entre las que destaca²⁰⁶:

- En Europa: The *Danish Institute of Arbitration*, la *Piraeus Association for Maritime Arbitration (PAMA)*, la *Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam (TAMARA)*, y la *German Maritime Arbitration Association (GMAA)*;
- En Emiratos Árabes: *Emirates Maritime Arbitration Centre (EMAC)* y el *Dubai International Arbitration Centre (DIAC)*.
- En Australia: la *Australian Maritime and Transport Arbitration Commission (AMTAC)*

²⁰² ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., p. 36.

²⁰³ ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., p. 33.

²⁰⁴ Las distintas sedes que se especifican en su web oficial son: Anchorage, Baltimore, Boston, Charleston, Chicago, Cleveland, Detroit, Houston, Long Beach, Los Angeles, Miami, Mobile, New Orleans, Newport Beach, New York, Norfolk, Philadelphia, Portland, San Diego, San Francisco, Savannah, Seattle, Tampa, Washington, D.C., y Wilmington. [<http://www.maritimearbitration.com/Where-We-Are>].

²⁰⁵ RAYMOND, P., "The Chambre Arbitrale Maritime de Paris (CAMP)", *Droit Maritime Français*, vol. 48, 1996, pp. 581-585; ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., p. 39; y la web corporativa de la propia institución [<http://www.arbitrage-maritime.org>].

²⁰⁶ Web del International Congress of Maritime Arbitrators.

[<http://www.icmaweb.com/index.php/maritime-arbitration-associations>]

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

- En Canada: *Association of Maritime Arbitrators of Canada* (AMAC) y la *Vancouver Maritime Arbitrators Association* (VMAA).
- En China: la *China Maritime Arbitration Commission* (CMAC) y la *Shanghai International Shipping Arbitration Court* (SISAC)
- En Hong Kong: la *Hong Kong Maritime Arbitration Group* (HKMAG)
- En Singapur: la *Singapore Chamber of Maritime Arbitration* (SCMA)
- En Nigeria: la *Maritime Arbitrators Association of Nigeria* (MAAN)

Asimismo, el ICMA señala en España la Asociación Española de Arbitraje Marítimo (IMARCO), a la que debe añadirse la Asociación Española de Derecho Marítimo, entre cuyos objetivos, reconoce que está propiciar y fomentar el recurso a la solución arbitral de los asuntos y controversias marítimas, asesorando a todo interesado que lo solicite, pudiendo a petición de parte, designar árbitros²⁰⁷. En cualquier caso, usando los términos de ESPLUGES MOTA, el arbitraje marítimo internacional tiene en España un “*elevado grado de marginalidad*”, sin que sea realmente trascendente su aportación al ámbito objeto de estudio.²⁰⁸

V.2.2.- Elección del procedimiento

Ya he hecho referencia a que el procedimiento es, también, una de las cuestiones en las que el arbitraje supone una importante ventaja, al caracterizarse por notas de evidente flexibilidad, pero al mismo tiempo, porque también es susceptible de configurarse en torno a la autonomía de las partes.

Sin ánimo de reproducir nuevamente lo ya expuesto al inicio del apartado V.2 de este Capítulo, en concreto, sobre los límites a la autonomía de la voluntad a la hora de establecer determinados condicionantes al “proceso” arbitral, y la relación de esos límites con las normas imperativas de los distintos Derechos nacionales, sí deben hacerse algunas precisiones adicionales.

En primer lugar, el procedimiento arbitral internacional, tanto en su regulación, como en su desarrollo se va a ver condicionado, o cuando menos, influido, por el lugar elegido

²⁰⁷ Web de la Asociación Española de Derecho Marítimo [<http://www.aedm.es/es/historia-y-objetivos>].

²⁰⁸ ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., p. 43.

por las partes para su desarrollo, pensemos por ej., en las normas que afecten a la intervención judicial en el procedimiento arbitral. Ahora bien, ha de reconocerse un creciente consenso en torno a cuáles deben ser los principios básicos del procedimiento: igualdad, audiencia y contradicción, que *in fine* son los que han ido armonizando las distintas soluciones arbitrales.²⁰⁹

Pero, ¿qué ocurre cuando las partes no han pactado un concreto procedimiento para regir el arbitraje? En el plano convencional la respuesta es uniforme, y se atribuye la competencia para ello a los propios árbitros, y así lo prevén el art. IV.4.d) del Convenio de Ginebra de 1961 y el art. 19.2 de la Ley Modelo de UNCITRAL²¹⁰.

Las soluciones nacionales comparten tal criterio, y así en España, el art. 25.2 de la Ley de Arbitraje, reconoce expresamente, ante la falta de acuerdo de las partes, la potestad de los árbitros para decidir sobre cuestiones como: “*la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración*”. En los países de nuestro entorno, la tendencia es similar, admitiendo la directa vinculación a la voluntad de las partes en primer lugar, y si esta no se hubiese manifestado, facultando a los árbitros para suplirla.²¹¹

Ciertas notas diferenciadoras pueden apreciarse cuando el arbitraje se articula en torno a una institución arbitral, ya que estas dotan de mayor peso, a sus reglamentos internos y al papel del propio tribunal arbitral.

Centrándonos en las instituciones arbitrales marítimas, la primera cuestión llamativa es que para lo que podríamos denominar “pequeñas reclamaciones”, el control del procedimiento por las partes es mínimo, siendo ejemplo de ello, las normas para *Small Claims Procedure* de la LMAA (para cuantías inferiores a 50.000 US\$) que prevén un procedimiento especialmente ágil, llegando incluso a limitar el número de palabras de los distintos escritos²¹², al igual que las *Shortened Arbitration Procedure* de la SMA, también en un intento de que sea lo más ágil y económico posible. En el caso de la

²⁰⁹ KAUFMANN-KOHLER, G., “Globalization of Arbitral Procedure”, *Vand. J. Transnat'l. L.*, Vol. 36, 2003, pp. 1320 y ss; y CRAIG, W. L., PARK, W. W., y PAULSSON, J., *International chamber of commerce arbitration*, Oceana Publications, 1985, p. 185.

²¹⁰ ESPLUGES MOTA, C., cit., p. 500.

²¹¹ En relación con las distintas soluciones comparadas: ESPLUGES MOTA, cit., pp. 502-508; RUBINO-SAMMARTANO, M., *International Arbitration Law and Practice*, La Haya, Ed. Kluwer, 2001, pp. 492 y ss.; y LEW, J. DM., MISTELIS, L. A., KRÖLL, S., cit., pp. 521 y ss.

²¹² LMAA, “The Small Claims Procedure (2012)”, apartado 5.
[<https://www.lmaa.london/uploads/documents/2012SCP.pdf>]

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

TOMAC japonesa, y el Reglamento de Arbitraje de la *China Maritime Arbitration Commission*, incorporan para todos los supuestos un conjunto muy detallado de principios y actuaciones a seguir en los procedimientos que se desarrollen en su sede, limitando, de este modo, el papel de la autonomía de la voluntad de las partes²¹³.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto en el párrafo precedente, la vinculación entre la autonomía de la voluntad y el procedimiento arbitral, se ve plasmado en la mayoría de los reglamentos de las distintas instituciones arbitrales, con mayor o menor amplitud, pudiendo señalarse como ejemplos: el apartado 12 de las denominadas “The LMAA Terms (2012)”; el apartado 1 denominado “*Scope of Application*” de las *Arbitration rules* de la *German Maritime Arbitration Association*; la Secc. 3 de las Reglas de Arbitraje de la *Association of Maritime Arbitrators of Canada*, y la Secc. 1 de las *Maritime Arbitration Rules* de la SMA²¹⁴. Del mismo modo, el art. 3 de las Reglas de Arbitraje Marítimo Internacional de la ICC/CMI, de 1978, reconocen que cuando las partes hayan acordado que las controversias entre ellas se someterán a arbitraje de conformidad con dichas normas, sí cabe acordar determinadas modificaciones²¹⁵.

En cualquier caso, es habitual que las cláusulas arbitrales incluidas en los distintos contratos marítimos, se sometan a las normas procedimentales de las instituciones arbitrales elegidas.

V.2.3.- Elección del Derecho aplicable

V.2.3.1.- Sumisión a un Derecho estatal versus sumisión a un “Derecho” no estatal

Otra de las ventajas que aporta el arbitraje a las controversias, es la posibilidad de determinar a priori cuáles han de ser las normas aplicables al fondo, es decir, el auténtico Derecho material.

²¹³ ESPLUGES MOTA, C., cit., pp. 510-514

²¹⁴ ESPLUGES MOTA, C., cit., pp. 510-514, si bien, en relación con las normas de la SMA, se ha empleado la numeración vigente a partir de octubre de 2016.

²¹⁵ El texto original de este art. 3 de las ICC/CMI International Maritime Arbitration Organisation Rules, prevé: “1. *Where the parties have agreed that disputes between them shall be referred to arbitration under these Rules, such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree*”.

A este respecto, el punto de partida es el art. 34.2 de nuestra Ley de Arbitraje, que establece que en los arbitrajes internacionales, los árbitros han de utilizar como fundamento jurídico de su decisión, las normas jurídicas elegidas por las partes, haciendo una precisión, y es que cualquier referencia al Derecho de un Estado, no podrá entenderse como referido a las normas de Derecho Internacional Privado –normas de conflicto- sino al propio Derecho sustantivo de ese Estado. Se prohíbe por tanto, salvo expreso acuerdo de las partes, el reenvío.

De hecho, podría darse el supuesto de que la ley rectora del contrato que da origen a la controversia, y la ley rectora elegida para dirimirla, no coincidan, de manera que pese al origen contractual de la controversia, esta se extienda a cuestiones no previstas en el contrato, sin que quepa aplicar, por ende, la *lex contractus*.²¹⁶

Lo que silencia el legislador es la forma en que las partes han de ejercitar esa opción por un Derecho aplicable u otro, si sólo cabe la elección expresa, o sería válida y eficaz cuando fuese tácita. Combinando la autonomía de la voluntad y la flexibilidad del procedimiento arbitral, junto a las soluciones previstas en otros ordenamientos nacionales, parece razonable, interpretar el art. 34.2 de la meritada Ley de Arbitraje, como un precepto que ampara la incorporación de aquel Derecho estatal para enjuiciar el fondo de la controversia, cuando de la conducta y actuaciones de las partes, se desprenda su voluntad inequívoca en tal sentido²¹⁷.

Sin embargo, el precepto legal invocado no emplea la expresión “Derecho nacional” o “leyes de un Estado”, sino que utiliza las palabras “*normas jurídicas*”, lo que introduce ciertas notas de indeterminación a la hora de delimitar el espectro normativo susceptible de elección. La Ley Modelo de UNCITRAL en su art. 28 acuñaba los términos “normas de Derecho”, lo que permitiría a las partes elegir, de común acuerdo, normas de Derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas todavía a

²¹⁶ FERNANDEZ ROZAS, J.C. “Comentario al art. 28” en *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, RUIZ RISUEÑO, F., (Coord) y FERNANDEZ ROZAS, J.C., (Coord), Ed. CIMA, Madrid 2016, p. 299.

²¹⁷ HOLTZMAN H.M., NEUHAUS J.E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, Ed. Kluwer, La Haya, 1989, p. 765; ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., p. 679.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

ningún ordenamiento jurídico nacional, o incluso normas de Derechos estatales diferentes.²¹⁸ Todo apunta a que el legislador español quiso ampliar ese abanico de posibilidades, a los principios generales del Derecho, a los usos o reglas comunes en el comercio internacional, tal y como recoge el apartado VII de la propia Exposición de Motivos.

Nos encontramos, por tanto, ante la “sumisión a un Derecho no estatal”. De este modo, se estaría admitiendo la remisión a la *Lex Mercatoria* trasladada al sector de la contratación marítima internacional, haría referencia al conjunto de usos y prácticas específicas de dicho sector, que coinciden entre sí en no disfrutar de un origen nacional. Ej. de ellos serían la inclusión en los conocimientos de embarque de determinadas cláusulas de foro, sumisión a arbitraje, Paramount... etc. Una *Lex Mercatoria* que parece dejar entrever una flexibilización de los requisitos formales y sustanciales inherentes a tales cláusulas.²¹⁹

En cualquier caso, un convenio arbitral con una previsión en este sentido, obligará a los árbitros a realizar una precisión previa, relativa a cuáles serán las reglas y los usos a aplicar a la controversia concreta, si estas son suficientes para dar respuesta a todas las pretensiones planteadas, y sin son aptas para hacerlo, y ello, en función de la complejidad que pueda revestir el fondo del asunto; complejidad que en el ámbito marítimo no es baladí, a la vista del entramado de relaciones jurídicas entre los distintos operadores marítimos, y de los intereses asociados a los riesgos que asumen derivados de la expedición marítima²²⁰.

De hecho, algunos autores²²¹, han defendido la conveniencia de que las partes, hagan siempre constar una ley estatal aplicable a la disputa, pues la mera referencia a la *Lex Mercatoria*, pese a lo que pudiera parecer, no es suficientemente amplia, para dar respuesta a todas y cada una de las cuestiones suscitadas en la práctica marítima actual.

²¹⁸ Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI sobre su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional [<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>], y ESPLUGES MOTA, C., cit., p. 682-683.

²¹⁹ ESPINOSA CALABUIG, R., “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico internacional”, *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), nº 13, 2007, p. 7; DERAIS, Y., SCHWARTZ, E. A., *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 2005, pp. 200 y 219, ESPLUGES MOTA, C., cit., 686-688.

²²⁰ TWEEDDALE, A. y TWEEDDALE, K., cit., pp. 193 y ss.

²²¹ CRAIG, W. L., PARK, W. W., y PAULSSON, J., cit., pp. 98 y ss.

En definitiva, el art. 24.2 de referencia es coherente con las posturas “deslocalizadoras” o “desnacionalizadoras” del arbitraje comercial internacional, desvinculándolo de la realidad estatal.²²²

V.2.3.2.- *Cláusula Paramount*

Esta cláusula supone el sometimiento voluntario a las Reglas de la Haya- Visby en contratos fuera de su ámbito de aplicación, tal y como posibilita el art. 10.c) de las meritadas reglas tras el Protocolo de 1968.²²³ Ello supone, el reconocimiento de que ya no se tratará de un pacto privado, sino un “*criterio legalmente establecido para delimitar el campo de aplicación de la norma*”²²⁴.

Su origen es anterior en el tiempo, y data de 1893 cuando los cargadores que operaban en EEUU, no se veían protegidos por las previsiones de la *Harter Act* de ese año, ya que los tribunales ingleses reconocían la plena efectividad de cláusulas de los conocimientos de embarque que exoneraban de responsabilidad al porteador. Por ello, comenzaron a incluir cláusulas específicas, con la intención de verse protegidos por las previsiones de la meritada *Harter Act*, con independencia, de que el contrato se regulase por una ley extranjera. Inicialmente por ello, se denominaron “*Harter Act Clauses*”. Posteriormente con la aprobación del Convenio de Bruselas de 1924²²⁵ la utilización de estas cláusulas se hizo muy habitual en la práctica, dada la necesidad de conocer con antelación, la normativa aplicable en materia de responsabilidad del porteador.²²⁶

En cualquier caso la naturaleza de dicha cláusula variará según los casos. Tendrá valor meramente declarativo, sin aportar nada nuevo al Derecho aplicable, cuando se incorpore en un conocimiento de embarque, al que ya resultase de aplicación el Convenio de Bruselas de 1924, modificado por las normas de La Haya- Visby, o una ley

²²² ESPLUGES MOTA, C., cit., p. 694-695.

²²³ SANCHEZ CALERO, F., *El contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, Reglas de la Haya- Visby, Hamburgo y Rotterdam*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 65.

²²⁴ GABALDÓN GARCÍA, J.L. y RUIZ SOROA, J.M., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 553.

²²⁵ Vid. Nota 175.

²²⁶ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Las cláusulas Paramount: autonomía de la voluntad y selección del Derecho aplicable en el transporte marítimo internacional*, Ed. Eurolex, Madrid, 1997, pp. 22-23.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

interna que incorpore tal Convención. Por el contrario, tendrá naturaleza constitutiva en aquellos supuestos, que objetivamente quedarían fuera de su ámbito de aplicación.²²⁷

La realidad del tráfico, y su incorporación tanto a conocimientos de embarque, como pólizas de fletamento, evidencian la falta de uniformidad en la redacción de las mismas.²²⁸

En todo caso, la incorporación de la cláusula Paramount supone un pacto que no permite eludir la Ley interna que resulte aplicable a falta de elección por las partes del contrato de transporte, en el caso español, la LNM, que excluye la aplicación del Convenio de Bruselas a los contratos que no se documenten mediante conocimiento de embarque o documento similar.²²⁹

V.2.3.3.- *Regulación aplicable en caso de no elección por las partes*

En los apartados anteriores, se ha hecho referencia a distintas posibilidades que se plantean para las partes a la hora de designar el Derecho aplicable al fondo de la controversia, posibilidad que se articula a través de una previsión específica en el convenio arbitral o a través de actuaciones inequívocas que evidencien tal voluntad de los contratantes, pudiendo tratarse, de un Derecho estatal concreto o de normas jurídicas de diverso rango y condición.

Sin embargo, resulta evidente que no siempre será así. En ocasiones, porque resulte imposible llegar a un acuerdo para elegir entre varias posibilidades, u, otras veces, porque esa falta de previsión responde a una voluntad consciente de dejar el Derecho aplicable en la indefinición; o incluso, porque la agilidad del negocio marítimo, del transporte, y los intereses en juego, imponen una rapidez que pudiera motivar que las partes prestasen más atención a otras cláusulas del contrato (elementos temporales, condiciones de pago...).

²²⁷ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Las cláusulas Paramount...*, cit., pp. 23-24.

²²⁸ Distintos ejemplos de redacción de cláusulas Paramount en el tráfico mercantil se encuentran en ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Las cláusulas Paramount...*, cit., pp. 25-34, y en ESPLUGES MOTA, C., cit., pp. 718-719.

²²⁹ TORRUBIA CHALMETA, B., "La responsabilidad del transitario frente al porteador cuando el destinatario no retira las mercancías", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 7(2), p. 10.

En este aspecto, el legislador español ha optado por un criterio mucho más flexible que el contenido en la Ley Modelo de UNCITRAL, empleando una terminología tan vaga y poco precisa como: “*Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas*”²³⁰. Limitando las facultades de los árbitros al respecto, el art. 28.2 de la citada Ley Modelo remite a las normas del conflicto, en los siguientes términos: “*Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*”²³¹.

En ambos casos se aprecia un amplio margen de libertad para decidir, “*las que estime apropiadas*” o las que “*estime aplicables*”, aunque la opción de la ley española asume la independencia del arbitraje del lugar donde se esté desarrollando, a diferencia de lo que ocurre con la jurisdicción y el juez, que sí está vinculado a las normas del Estado donde ejerce su potestad jurisdiccional²³².

La propia CNUDMI reconoce en su Nota explicativa²³³, que las atribuciones del tribunal arbitral, responden a pautas más tradicionales, de manera que ante la falta de previsión de las partes, “*el tribunal arbitral aplicará la ley (es decir la ley nacional), que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*”. Mientras el legislador español, atribuye a los árbitros la misma libertad que a las partes para elegir el régimen jurídico que ha de resultar de aplicación al fondo de la controversia²³⁴.

El apartado 2 del art. 34 de la Ley de Arbitraje, contiene un precepto de gran trascendencia, al indicar, que “*En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables*”. La expresión “*en todo caso*” indica que resulta de aplicación tanto a aquellos supuestos en que las partes hayan elegido normas jurídicas como cuando no lo hayan hecho.

Esta previsión es perfectamente lógica y coherente, porque no puede perderse de vista que el contrato supone la plasmación de las voluntades de las partes, y que lo en él estipulado las vincula. De hecho, uno de los principios fundamentales del Derecho Civil

²³⁰ Art. 34.2 segundo párrafo de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

²³¹ COE, J.J.Jr., cit., pp. 76 y ss.

²³² Cfr. ESPLUGES MOTA, C., cit., p. 689.

²³³ Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI ... cit., pp. 36-37.

²³⁴ GONZALO QUIROGA, M., *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial arbitrariedad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 187 y ss; y ESPLUGES MOTA, C., cit., pp. 690-691.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

es el denominado *pacta sunt servanda*, sancionando el CC la obligatoriedad del contrato para las partes en sus arts. 1091 y 1278.

Este principio también ha constituido desde tiempo inmemorial el axioma del Derecho internacional²³⁵, conforme al cual los tratados deben ser cumplidos. Se trata de un principio absoluto, contemplado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969²³⁶, cuyo artículo 26 dice: “*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”.

Del mismo modo, los árbitros deberán considerar y respetar los usos que pudieran resultar aplicables. Es evidente que, a la vista del art. 34.3 de la Ley de Arbitraje, los usos de comercio, o bien se ven incorporados en el contrato, o bien, se presume su conocimiento por las partes²³⁷. En todo caso, la realidad del comercio internacional es que las partes se obligan en un determinado sector de actividad, sabiéndose vinculados por los usos comerciales del mismo, por lo que resulta absolutamente coherente, que la decisión del tribunal arbitral deba atender a los elementos de convicción de las partes a la hora de prestar su consentimiento y perfeccionar el contrato.

V.3.- Extensión de la eficacia del convenio arbitral a terceros: la subrogación del asegurador en la posición del asegurado.

La cuestión relativa a la eficacia del convenio arbitral respecto de terceros, ha sido especialmente litigiosa en materia de conocimientos de embarque, ya que, en multitud de ocasiones, estos títulos valores transferibles, son emitidos unilateralmente por el transportista, y se aceptan por la contraparte sin más, constanding únicamente la firma del porteador.²³⁸ Y el problema deriva de que esos conocimientos de embarque circulan en el tráfico mercantil, sin que en muchos casos, sus tenedores hayan participado en modo alguno, o tengan conocimiento de los términos y condiciones de la póliza de fletamento

²³⁵ KUNZ, J.L., “The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda”, *The American Journal of International Law*, Vol. 39, Nº. 2, 1945, p. 1; CRAIG, W. L., PARK, W. W., y PAULSSON, J., cit., p. 330.

²³⁶ El Instrumento de adhesión a este Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, fue adoptado el 2 de mayo de 1972, y publicado en el BOE nº 142, de 13 de junio de 1980.

²³⁷ ESPLUGES MOTA, C., cit., p. 693.

²³⁸ LAPIEDRA ALCAMÍ, R., cit., pp. 153-154, ESPLUGES MOTA, C., cit., pp. 181-182 y ESPINOSA CALABUIG, R., “Arbitraje marítimo, Lex mercatoria e intereses de terceros”, *Anuario Europeo de Derecho Comercial Internacional*, nº 1, 2004, p. 183.

de la que el conocimiento deriva, entre ellos, la existencia de una cláusula de sometimiento a arbitraje.

El número de conflictos que se suscitan en el marco del transporte marítimo internacional en relación con la validez de estas cláusulas de arbitraje por incorporación, es elevadísimo. El criterio general apunta a valorar el caso concreto, si el conocimiento de embarque hacía referencia o no a la póliza de fletamento, a la propia cláusula de arbitraje, en definitiva, si el tercero de buena fe, podía haber conocido en algún momento la existencia de la meritada cláusula, aunque dependiendo del lugar donde esta se cuestionase, las decisiones podrían ser diferentes²³⁹.

Precisamente para conjugar los usos del tráfico marítimo internacional, y la protección de los terceros poseedores de buena fe, surgen las Reglas de Rotterdam²⁴⁰, que ofrecen al demandante la posibilidad de elegir para el arbitraje entre una lista cerrada de posibilidades²⁴¹, de manera que el portador ya no podrá elegir una sede totalmente desvinculada de la relación jurídica, que le pudiese beneficiar y que supusiese condiciones especialmente gravosas e incluso abusivas. De este modo se pretende evitar que el arbitraje suponga la forma de eludir las normas de competencia judicial internacional del sector.²⁴²

Por tanto, en relación con las aseguradoras, el problema que se puede plantear es el mismo: si resulta eficaz una cláusula arbitral respecto de terceros que en su día ni participaron ni tuvieron implicación alguna, en el contrato donde consta la misma. El

²³⁹ LAPIEDRA ALCAMÍ, R., cit., p. 168.

²⁴⁰ Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, en Rotterdam (Países Bajos) el 23 de septiembre de 2009.

²⁴¹ *El art. 75.2 de las Reglas de Rotterdam establece: "El procedimiento arbitral deberá tener lugar, a elección de la persona que dirija una reclamación contra el porteador, en: a) Algún lugar designado al efecto en el acuerdo de arbitraje; o b) Cualquier otro lugar situado en un Estado en donde se encuentre alguno de los lugares siguientes: i) El domicilio del porteador; ii) El lugar de la recepción de las mercancías acordado en el contrato de transporte; iii) El lugar de la entrega de las mercancías acordado en el contrato de transporte; o iv) El puerto donde las mercancías sean inicialmente cargadas en un buque, o el puerto donde las mercancías sean finalmente descargadas del buque."*

En relación con el anterior, el art. 75.4.a) prevé que una persona que no sea parte en el contrato, sólo quedará vinculada por un acuerdo de arbitraje, cuando el lugar del arbitraje designado esté situado en alguno de los lugares indicados en el apartado b) del párrafo 2 transcrito.

²⁴² LAPIEDRA ALCAMÍ, R., cit., p. 168; ROCA LÓPEZ, M., "Capítulo 3: Las Reglas de Rotterdam", en *Estudios de Derecho Marítimo*, GARCÍA- PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., cit., pp. 618-619.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

arbitraje se articula sobre una naturaleza contractual, de manera que debe vincular únicamente a las partes que lo concluyeron en su día.²⁴³

La subrogación del asegurador en la posición jurídica del asegurado y, por tanto, su vinculación por el convenio arbitral como si lo hubiese suscrito personalmente, está ampliamente reconocido en países de nuestro entorno, como por ej. Estados Unidos, Francia o Inglaterra.²⁴⁴

En el caso español, aunque la subrogación del asegurador ha estado reconocida en el derogado art. 780 del CCom, los arts. 1212 y 1213 del CC, y el art. 43 de la LCS²⁴⁵, su admisión por la jurisprudencia española en relación con la cláusula de sometimiento a arbitraje no ha sido, como veremos, pacífica. En general, la posibilidad de la subrogación, que operaba, -y opera- de manera automática, quedaba -y queda- condicionada a la verificación de dos requisitos, el primero, el abono de la indemnización con base en un seguro marítimo válido; y el segundo, el derecho a ser resarcido del daño por un tercero responsable.²⁴⁶

Se ha producido un cambio importante con la aprobación de la LNM, y en concreto, con la previsión contenida en su art. 737.5, ya que mientras el CCom exigía para la subrogación de la entidad aseguradora, la concurrencia de “malicia” o “culpa”, el meritado art. 737.5 de la LNM acoge los términos de la LCS, por lo que esa “malicia” o “culpa” ya no es exigible respecto de los responsables del siniestro.²⁴⁷ En cualquier caso, no puede perderse de vista cuales han sido las finalidades de la subrogación del asegurador en el seguro marítimo: i) evitar que el tercero responsable del siniestro quede liberado de su responsabilidad con el pago del asegurador; ii) evitar que el perjudicado se pudiese beneficiar de una doble indemnización, y iii) la protección del

²⁴³ RUBINO- SAMMARTANO, M., cit., p. 295, y ESPLUGES MOTA, C., pp. 375 y ss.

²⁴⁴ JARROSSON, C., “La spécificité de l'arbitrage maritime international”, *Diritto marittimo*, Vol. 106, nº 2, 2004, págs. 444-449, y ESPLUGES MOTA, C. cit., pp. 397 y ss. recoge numerosa jurisprudencia extranjera avalando la subrogación del asegurador en el convenio arbitral en cuya formalización no ha participado personalmente.

²⁴⁵ GABALDÓN GARCÍA, J.L. y RUIZ SOROA, J.M., *Manual de...*, cit., pp. 909 y ss.

²⁴⁶ GABALDÓN GARCÍA, J.L. y RUIZ SOROA, J.M., *Manual de...*, cit., pp. 909 y ss., ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., pp. 401 y ss.

²⁴⁷ ARROYO MARTÍNEZ, I., RUEDA MARTÍNEZ, J.A., “Artículo 437” en *Comentarios a la Ley 14/2014...*, cit., p. 1355.

propio asegurador, que calcula las primas en virtud de las posibilidades de recuperación total o parcial de los montantes indemnizados²⁴⁸.

Como ha sido adelantado, esa subrogación automática comentada para el seguro marítimo, ha tenido en la práctica jurisprudencial española un tratamiento dispar. Ciertamente, un volumen importante y más numeroso de resoluciones aceptan de forma clara y lineal la plena subrogación del asegurador en la posición del asegurado, incluyendo el eventual convenio arbitral que hubiese aceptado este último. A título ejemplificativo SSTS de 6 de febrero de 2003, de 3 de julio de 2003²⁴⁹, o la STS de 2 de junio de 2004²⁵⁰; y entre la jurisprudencia menor SAP de Tarragona de 23 de octubre de 2004²⁵¹, y sin que siquiera cuestionen tal circunstancia: SAP de Pontevedra de 23 de mayo de 2002²⁵², o el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de marzo de 2000²⁵³.

Sin embargo, debe al menos hacerse mención a que existen algunas resoluciones en las que se aplicaba un criterio mucho más restrictivo de nuestra jurisprudencia, que negaba la subrogación del asegurador en convenios atributivos de competencia a tribunales extranjeros en el ámbito marítimo, ya fuesen estos jurisdiccionales o arbitrales, ampliándolo a las cláusulas arbitrales que el asegurado hubiese pactado con anterioridad. El fundamento que subyace en estos pronunciamientos es que las cláusulas de sumisión a un fuero determinado, sólo pueden vincular a las partes que efectivamente las firmaron.²⁵⁴

²⁴⁸ ARROYO MARTÍNEZ, I., RUEDA MARTÍNEZ, J.A., "Artículo 437" en *Comentarios a la Ley 14/2014...*, cit., p. 1356. En su p. 1360 hace referencia también a los otros dos supuestos que prevé la LNM para la subrogación: el art. 401 en relación con los derechos que habrían correspondido a la persona indemnizada frente al fondo de limitación, y art. 446, contra los miembros de la dotación; IGLESIAS PRADA, J.L., "La subrogación del asegurador en el seguro marítimo", *RES*, Nº 25, 1981, p. 20; RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, Ed. Escuela de Administración Marítima, del Departamento de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco, Vitoria- Gasteiz, 1993, p. 186; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 35 y ss.

²⁴⁹ RJ 2003, 850 y RJ 2003, 4324, respectivamente.

²⁵⁰ TOL 725213.

²⁵¹ AC 2005, 838.

²⁵² JUR 2002, 199835.

²⁵³ JUR 2000, 126065. ESPLUGES MOTA, C., cit., pp. 407-412.

²⁵⁴ STS de 30 de diciembre de 1992, [RJ 1992, 10566]; STS de 21 de febrero de 2002, [RJ 2002, 1377] y SAP de Pontevedra, de 25 de marzo de 1997, [AC 1997, 427]; entre otras. ESPLUGES MOTA, C., cit., pp. 404-407.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Los Clubs P&I, entidades mutuales con sus propios objetivos y particularidades²⁵⁵, y con un papel esencial en el SMDJ, recogen en sus propias normas la subrogación en los derechos del Asociado, con carácter amplio y generalista²⁵⁶. A la vista de lo expuesto en los párrafos precedentes, los principales foros marítimos a nivel mundial no plantean problemas a la subrogación de la entidad aseguradora respecto al arbitraje, opción preferida asimismo por los operadores marítimos a la hora de resolver sus controversias, de lo que puede deducirse que la concurrencia de este tipo de cláusulas, tampoco resulta un inconveniente para los Clubs.

En cualquier caso, no pueden perderse de vista, los amplios poderes de los Managers u el Comité para rechazar un siniestro, cuando determinen la concurrencia de un eventual perjuicio para los intereses generales de la Asociación²⁵⁷. Por ello, al menos en el plano teórico, no existía impedimento para que el Club rechazase la cobertura, si la sumisión a arbitraje en un determinado foro pudiese suponer una desventaja jurídica en la defensa de las pretensiones del asegurado.

VI.- INTERRELACIÓN DEL ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN EN LOS CONFLICTOS MARÍTIMOS INTERNACIONALES

Antes de terminar este primer capítulo relativo a los procedimientos marítimos, debe hacerse referencia a una situación de hecho muy común en los conflictos marítimos internacionales, esto es, la interposición de acciones ante distintos órganos judiciales o arbitrales, en relación con los mismos supuestos de hecho o el mismo conflicto. Esta simultaneidad en el tiempo genera numerosos problemas de coordinación, ya que la resolución que se pueda obtener en su día, debe obtener el reconocimiento imprescindible para su ejecución en el país de destino, fin último de cualquier procedimiento que se inicie.

²⁵⁵ HARRIS, B., "Maritime Arbitrations", en TACKABERRY, J., y MARRIOT, A., *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*, Ed. Sweet and Maxwell/Chartered Institute of Arbitrators, 2003, pp. 746-747.

²⁵⁶ Secc. 4 (12) de la Clase I de The American Club, Regla 39.3 de las de Skuld, Regla 84 de Gard, Regla 45 del Club japonés, en el caso de Britannia, su Regla 5(2) de la clase FD&D, hace alusión incluso, a un Certificado de Subrogación que debe firmar el asegurado, y ello, en los siguientes términos: "cualquier recobro de la Asociación por parte de los Asociados está sujeto a los derechos de subrogación por parte de la Asociación, y el Asociado deberá a requerimiento de los Gerentes, firmar un Certificado de Subrogación".

²⁵⁷ Vid. Capítulo 6, apartados III.2 y III.3.

Precisamente, el auge de los intercambios comerciales internacionales exige la adaptación de los mecanismos procesales, para no sólo agilizar la tramitación de los procedimientos, sino, y sobre todo, la circulación transfronteriza de las resoluciones judiciales.²⁵⁸

VI.1.- Regulación de la litispendencia internacional y la omisión del arbitraje

La litispendencia por definición es un efecto procesal de la interposición de la demanda, que hace referencia a “*una situación jurídica duradera, iniciada con el comienzo del proceso, y formada por un conjunto de efectos procesales*”, aunque existen acepciones más restrictivas, que la configuran como “*el remedio procesal para evitar la simultánea tramitación de procesos idénticos (mismas partes y sobre el mismo objeto), mediante la exclusión del proceso que ha comenzado con posterioridad*”²⁵⁹. Es decir, es el efecto procesal que se genera con el inicio mismo del procedimiento, y que tiene trascendencia entre otros motivos, (perpetuación de la jurisdicción y de la legitimación por ej.), porque excluye la posibilidad de procesos posteriores sobre el mismo objeto y las mismas partes.

La interrelación entre jurisdicción y arbitraje a estos efectos podrá ser el resultado de distintas situaciones. En primer lugar, porque iniciado un procedimiento arbitral que se encuentra pendiente, se comience un procedimiento judicial –en este caso, el arbitraje produce litispendencia de forma análoga a lo que sucede bajo la LEC, pero ha de ponerse de manifiesto a través de la declinatoria, y no como una mera excepción procesal²⁶⁰–; pero también, porque se inicie un procedimiento arbitral existiendo, un proceso pendiente ante la Jurisdicción, o incluso, otro procedimiento arbitral por el mismo objeto, entre las mismas partes (en este último supuesto habrá que atender a si lo

²⁵⁸ OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario: Reflexiones en torno al *forum non conveniens*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 94, 2000, p. 2.

²⁵⁹ ORTELLS RAMOS, M., “Capítulo 11”, en ORTELLS RAMOS, M. y OTROS, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 307.

²⁶⁰ CUCARELLA GALIANA, L.A., “Litispendencia y arbitraje”, *Anuario de Justicia Alternativa- Derecho Arbitral*, nº1, 2000, pp. 51-52; MALAGA DIEGUEZ, F., *La litispendencia*, Ed. Bosch, 1999, pp. 67 y 313.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

que se produce es un supuesto de falta de competencia, del segundo árbitro/s o institución arbitral).²⁶¹

En un primer momento, la doctrina se planteó si realmente existía una litispendencia internacional, como posibilidad de que sobre la misma acción, objeto y causa, se interpusiesen por las mismas partes, procedimientos ante tribunales de distintos Estados que pudiesen entenderse competentes, aunque una vez admitida su existencia, deben estudiarse las distintas opciones para resolver la cuestión fundamental: evitar el riesgo de resoluciones contradictorias entre tribunales de distintos países.²⁶²

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, reconoce en el Apartado VII de su Preámbulo, que precisamente partiendo de los criterios del Reglamento (UE) 1215/2012, resulta imprescindible para garantizar seguridad jurídica y previsibilidad a las partes, definir los criterios que deben regir en materia de litispendencia internacional (que amplían a supuestos de procedimientos conexos), para evitar, y citamos textualmente, “*que se dicten resoluciones contradictorias*”, y define este supuesto de hecho, como la “*existencia de procesos paralelos en distintos Estados*”.

La regulación de la litispendencia que consta en el artículo 39 de esta Ley 29/2015, se articula en torno a la excepción procesal, de manera que será el demandado quién tendrá que oponerla en los términos que prevé la LEC, si así lo estima conveniente, tiene por tanto, carácter potestativo.²⁶³

Los requisitos comentados para el ámbito interno, (idéntico objeto, causa de pedir y partes), se mantienen, pero a ellos se añaden otros de carácter cumulativo, vinculados a la internacionalidad de la institución, en el sentido de que la competencia del órgano judicial extranjero esté motivada en una conexión razonable con el litigio, que sea previsible que la resolución que en su día dicte el órgano extranjero, sea reconocida en España, y en tercer lugar, que el juzgado o tribunal español, considere necesaria la suspensión para garantizar la “buena administración de justicia” (art. 39.1.c) de esta Ley).

²⁶¹ CUCARELLA GALIANA, L.A., cit., pp. 54-60.

²⁶² CANO BAGAZA, E., *La litispendencia comunitaria*, Ed. Eurolex, 1997, p. 29.

²⁶³ El art. 38 de la Ley de Cooperación Internacional establece que su alegación y tramitación será como la excepción de litispendencia interna.

La conexión razonable con el litigio se presume cuando la competencia judicial internacional del tribunal extranjero, se ha basado en criterios equivalentes a los que prevea la legislación española para el caso concreto, y aunque no se especifica expresamente, nada impide que el órgano judicial, atendiendo y valorando las especiales circunstancias del caso, pueda entender que sí concurre tal conexión, a pesar de que la coincidencia de normas en cuestión de atribución de competencia judicial internacional no se produzca.

Asimismo, y como detalla el referido apartado VII de la Exposición de Motivos, el levantamiento de la suspensión, se hace asimismo depender de requisitos análogos, en esta ocasión de carácter alternativo: la conclusión o suspensión del procedimiento en el tercer Estado de que se trate; que se estime poco probable que el procedimiento concluya en un plazo razonable o que se considere necesaria la continuación del procedimiento para la buena administración de justicia.

Como se desprende de lo comentado, esta norma sólo prevé la litispendencia jurisdiccional, sin que se haga ni siquiera mención o alusión, a que el posible proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, se esté desarrollando ante un tribunal arbitral. La vía para esta excepción se articula en torno al art. VI.3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961²⁶⁴, que en relación con la competencia de los tribunales judiciales estatales determina que ante un procedimiento arbitral incoado, el tribunal al que se haya dirigido con posterioridad otra de las partes, deberá suspender cualquier actuación hasta que se dicte el laudo arbitral sobre el fondo del asunto, eso sí, salvo que no existan “*motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma*”. Además, se incluye entre los posibles objetos del procedimiento judicial, la “*cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral*”.

Esta previsión persigue evitar la concurrencia de árbitros y jueces en el conocimiento del mismo asunto al mismo tiempo, y además, que se utilice la interposición de una excepción relativa a la válida existencia de un convenio arbitral, o de un procedimiento judicial con fines dilatorios para paralizar el arbitraje, y así evitar el laudo. Con este

²⁶⁴ Instrumento de Adhesión en España de 5 de marzo de 1975, [BOE nº 238, de 4 de octubre de 1975].

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

precepto, cualquier instrumentalización del procedimiento judicial posterior deviene imposible, ya que, no podrá ser tramitado hasta que se dicte el laudo arbitral.²⁶⁵

De todos modos, podrían plantearse problemas en relación con la imprecisión y el vago carácter de la expresión “*motivos suficientemente graves*” que permitirían al órgano judicial, anular su obligación de suspender el proceso judicial. Su significado debe delimitarse en torno a la invalidez o inexistencia absoluta del convenio arbitral, o en su caso, a la convicción de que el laudo que se dictase en su día no tendría posibilidades de ser reconocido y ejecutado en el foro.²⁶⁶

VI.2.- Litispendencia internacional e institución del *forum non conveniens*

La doctrina del *forum non conveniens* es un principio de equidad, que garantiza la discrecionalidad de los tribunales para declinar el ejercicio de su jurisdicción sobre una causa judicial, cuando a consecuencia de los elementos extranjeros implicados, se en la controversia tendrá un trato más adecuado en otro lugar²⁶⁷.

Las diferencias entre el Derecho continental y el *Common Law* no permiten hablar de litispendencia en un sentido idéntico en ambos sistemas jurídicos. La litispendencia no es una doctrina en sí misma, sino una de las vías de la doctrina del *forum non conveniens*, que posibilita que el juez pueda aplazar su decisión, o inhibirse en el ámbito de la competencia judicial internacional. En definitiva, permite al tribunal competente inhibirse cuando resulta más conveniente que sea otro tribunal quien enjuicie el asunto.²⁶⁸

El juez tiene amplia libertad para considerar todos los condicionantes y variables, tanto privados, como la nacionalidad, el domicilio de las partes, dificultades para la práctica de la prueba, coste económico, que el foro elegido resulte especialmente perjudicial para el demandado...; como otros factores de interés público, entre los que pueden

²⁶⁵ GIL MINGUILLÓN, S., *La litispendencia arbitral internacional: Extensión de la eficacia del convenio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Rioja, Logroño, 2001, p. 45.

²⁶⁶ CHILLÓN MEDINA, J.M., y MERINO MERCHÁN, J.F., cit., p. 874, y GIL MINGUILLÓN, S., cit., p. 51.

²⁶⁷ WADE Jr, C. E., “Forum Non Conveniens”, *Oklahoma Law Review*, nº 18, 1965, p. 423.

²⁶⁸ CANO BAGAZA, E., cit., pp. 29-30.

mencionarse, el interés en enjuiciar la controversia en un foro al que le resulte familiar el Derecho aplicable, la conexión territorial de la controversia con el tribunal, la existencia de otra demanda en el extranjero, ... etc.²⁶⁹

Como resulta evidente, debe existir otro foro alternativo para el contraste, que permita evaluar la conveniencia, economía procesal, y un mejor acceso a la justicia, cuya disponibilidad y adecuación deben ser probadas por el demandado. Aunque el efecto formal es que el juez decline su competencia, puede limitarse a suspender el procedimiento hasta que el demandante haya presentado su demanda ante el otro tribunal competente²⁷⁰, o como en EEUU, que la suspensión opera hasta que se obtiene y se reconoce una decisión extranjera²⁷¹. En aras a evitar la instrumentalización de esta institución, suele exigirse que el demandado se comprometa a no oponer ninguna excepción de falta de jurisdicción ante el tribunal extranjero²⁷².

De todos modos, esta institución jurídica se aplica principalmente en países del Common Law, como EEUU, Reino Unido o Canadá, mientras en la Europa comunitaria ha sido prácticamente abandonado. En el caso concreto de España, la competencia judicial de la LOPJ no prevé ninguna cláusula de excepción de competencia internacional, algo que tampoco figura en la LEC. En el ámbito comunitario, ni el Convenio de Bruselas ni el de Lugano²⁷³ contemplaban tal posibilidad²⁷⁴, y en el Reglamento (UE) 1215/2012, la existencia de una jurisdicción más estrechamente vinculada al litigio también carece de consecuencias para declinar la competencia judicial. Sólo en caso de litispendencia se establece la prioridad del tribunal que conoció

²⁶⁹ WEINER, S. H., "Forum Non Conveniens", *Fordham Law Review*, nº 64, 1995, p. 847; CANO BAGAZA, E., cit., p. 30.

²⁷⁰ CANO BAGAZA, E., cit., p. 30;

²⁷¹ DE COALE, M.T., "Stay, Dismiss, Enjoin, or Abstain: A Survey of Foreign Parallel Litigation in the Federal Courts of the United States", *Boston University International Law Journal*, Vol. 17, 1999, pp. 89-90.

²⁷² OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., cit., pp. 6-7.

²⁷³ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [DOUE L 299, de 31/12/1972], y Convenio firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007, (también relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) [DOUE C 319, de 23/12/2009]. Instrumento de ratificación en España publicada en el BOE nº 251, de 20 de octubre de 1994.

²⁷⁴ OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., cit., pp. 25-30. Esta autora sostiene (p. 31) que la admisión en Europa supondría una evolución coherente con el papel de la competencia judicial internacional, porque no se trata sólo de una cuestión de soberanía estatal, sino que se justificaría en torno a los intereses de las partes y de la administración de justicia.

del asunto en primer lugar, y sólo cuando “*cuando el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda se declare competente*” (art. 29.3)²⁷⁵.

VI.3.- *Anti suit injunction*

Las *anti suit injunction* son medidas propias de los ordenamientos del Common Law, mediante las que el juez informa al demandado de que su jurisdicción es la más apta para enjuiciar la controversia de las partes, instándole a que no inicie un procedimiento en otro Estado, o si ya lo hubiese iniciado desista del mismo, informando de la imposición de sanciones para el supuesto de desobediencia a la orden²⁷⁶. También ha sido definido como el instrumento por el que un tribunal de una jurisdicción impide la tramitación del litigio en otra jurisdicción, un “equitable remedy”²⁷⁷.

Aunque estas “órdenes” o “mandamientos” tienen efectos extraterritoriales innegables, se otorgan en base a la jurisdicción *in personam* respecto de la parte afectada. Por consiguiente, son dirigidas contra el demandado y no contra los tribunales extranjeros, de manera que no tienen efecto directo en los procedimientos seguidos en aquellos otros estados, sino que es el demandado quien, si incumple los términos de la orden, será personalmente responsable por desobediencia al tribunal. A mayor abundamiento, respecto el Derecho de Reino Unido, debe señalarse que ha sido confirmado que las *anti suit injunctions* no contravienen los términos de la Human Rights Act de 1998²⁷⁸.

En todo caso, la decisión del tribunal que emite la orden no es arbitraria, sino que debe realizar una prudente valoración de la competencia del otro Estado, los vínculos que pueda tener con el litigio, y la eventual concurrencia de estas variables con la existencia de una cláusula de sumisión, ya sea a la jurisdicción de otro Estado, o al arbitraje.²⁷⁹

²⁷⁵ Vid. Considerandos 21, 22 y 23 del Reglamento (UE) nº 1215/2012.

²⁷⁶ ELVIRA BENAYAS, M.J., “Las” anti-suit injunctions” y la cooperación judicial internacional entre los Estados miembros de la Comunidad Europea: Convenio de Bruselas de 1968 y convenios sobre notificación”, *Revista del poder judicial*, nº 58, 2000, pp. 59-60.

²⁷⁷ BERMANN, G.A., “The use of anti-suit injunctions in international litigation”, *Colum J. Transnat'l L.*, vol. 28, 1990, pp. 589 y 629.

²⁷⁸ BAUGHEN, S., cit., p. 419. Debe tenerse en cuenta, que la Human Rights Act de 1998 supone la incorporación al Derecho británico del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Al respecto, *vid.* OT Africa Line Ltd v Hijazy & Ors (The “Kribi”), [2001] 1 Lloyd’s Rep 76, QB.

²⁷⁹ HARTLEY, T. C., “Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation”, *The American Journal of Comparative Law*, 1987, p. 506; BAUGHEN, S., cit., p. 420.

Con carácter general, este tipo de órdenes son concedidas en dos situaciones. La primera de ellas, cuando una parte, en relación con el ejercicio de una acción, se ha comportado, o amenaza con hacerlo de manera inadmisibles (*unconscionability*), debiendo acreditarse en términos de foro más conveniente, y que cualquier procedimiento seguido en un tribunal extranjero resultaría abusivo²⁸⁰. Además, también se otorgará cuando una parte ha vulnerado, o amenaza con hacerlo, un derecho preexistente, algo que frecuentemente, se produce cuando los procedimientos se inician incumpliendo, como ya ha sido señalado, una cláusula de sometimiento a arbitraje o a una determinada jurisdicción²⁸¹.

Una decisión trascendente en relación con este tipo de órdenes judiciales y el arbitraje marítimo internacional es el caso denominado *Front Comor*²⁸². Este buque, propiedad de West Tankers fue fletado a Erg Petroli SpA (Erg) y durante el trayecto, colisionó con el muelle de una terminal de petróleo propiedad de Erg en Siracusa. El contrato de fletamento se regía por el Derecho inglés con una previsión de sometimiento de cualquier controversia a arbitraje en Londres. Erg tras obtener una indemnización parcial de su propia aseguradora, inicia el arbitraje en Londres contra los propietarios en reclamación del resto de daños sufridos no indemnizados.

Con posterioridad, las aseguradoras de Erg (ALLIANZ y GENERALI) se subrogan en la posición jurídica de esta en virtud de las previsiones de la legislación italiana, e inician un procedimiento ante el Tribunal de Siracusa en reclamación de los importes abonados a Erg. West Tankers solicitó a la House of Lords que se prohibiera a ambas aseguradoras instar un procedimiento que no fuera el de arbitraje y proseguir el procedimiento entablado ante el órgano jurisdiccional italiano. Se planteó la cuestión al TJCE por si vulneraba las previsiones del Reglamento (CE) nº 44/2001²⁸³, y aunque el arbitraje está expresamente excluido de su ámbito objetivo de aplicación (art. 1.2.d), el pronunciamiento del TJCE declara la *anti suit injunction* incompatible con el

²⁸⁰ Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v Lee Kui Jak, [1987] 1 AC 87.

²⁸¹ BAUGHEN, S., cit., p. 420.

²⁸² West Tankers v Ras Riunione Adriatica di Sicurta (The Front Comor) [2005] EWHC 454 (Comm) [2005] 2 Lloyd's Rep 257 (QBD).

²⁸³ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, [DOUE L 351, de 20/12/2012]. Ha sido objeto de refundición en el Reglamento (UE) 1215/2012, con la misma denominación.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

Reglamento, ya que este sí faculta a los tribunales italianos para examinar la validez o la aplicabilidad del pacto de arbitraje, aludiendo asimismo en su fundamentación a la confianza que los Estados miembros otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos, e instituciones judiciales.²⁸⁴ La Sentencia del TJCE es de 10 de febrero de 2009.²⁸⁵

Finalmente, poniendo en relación estas instituciones, debemos referirnos al asunto *Gazprom*. El TJCE en su Sentencia de 13 de mayo de 2015 (asunto C-536/13), en materia de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en otro Estado, en el que se obliga a una parte del procedimiento arbitral a no plantear determinadas pretensiones, así como a reducir el alcance de alguna de las ya formuladas, en un procedimiento pendiente ante un órgano jurisdiccional de otro Estado.

El razonamiento del Tribunal radica en que el Reglamento Bruselas I, no es aplicable a supuestos de reconocimiento de laudos arbitrales, que habrán de regirse por el Convenio de Nueva York de 1958, con independencia de que incluyan o no una orden conminatoria que es como se denomina a la *anti suit injunction*. Nótese que la propia sentencia apunta la eventual contradicción con el orden público y la no arbitrabilidad de la controversia según el Derecho lituano como posibles motivos de denegación del reconocimiento y ejecución en el marco del artículo V.2 del Convenio de Nueva York.

Varios aspectos que se critican de esta resolución es que no desarrolla, ni delimita, los condicionantes de esa eventual imposibilidad de reconocimiento y ejecución del laudo por resultar contrario al orden público, aunque sí puede concluirse de su fallo, que el Derecho de la UE no se opone a que un Estado miembro, con fundamento en el Convenio de Nueva York, rechace el reconocimiento de un laudo que incluya este tipo de pronunciamientos²⁸⁶.

²⁸⁴ BAUGHEN, S., cit., p. 420; THOMAS, R., cit., pp. 249 y 250 y 256. Una resolución anterior en el mismo sentido, *Turner v Trovit*. *Turner v Grovit* Case C- 159/02 [2004] 2 Lloyd's Rep 169. Sentencia del TJCE de 27 de abril de 2004, en el asunto C- 159/02. Vid. BAATZ, Y., "The Conflict of Laws", en *Institute of Maritime Law, Southampton on Shipping Law*, Ed. Informa Law, 2008, pp. 30-31.

²⁸⁵ Asunto C-185/07.

²⁸⁶ MIGUEL ASENSIO, P.A., "El arbitraje y el Reglamento Bruselas I a la luz de la sentencia *Gazprom*", *Blog de Pedro A. de Miguel Asensio, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid*, 2015.
[<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/05/el-arbitraje-y-el-reglamento-bruselas-i.html>].

VI.4.- Intervención judicial en el arbitraje comercial internacional

La elección de las partes de someter a arbitraje cualquier controversia derivada de sus relaciones jurídicas, no excluye, de manera automática y absoluta, la intervención de los órganos jurisdiccionales en determinados supuestos. No debe perderse de vista, sin embargo, que la comunidad internacional ha valorado muy positivamente el arbitraje, como método sensato y efectivo para resolver las diferencias entre particulares, lo que ha generado una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional, algo coherente, con el hecho de que esos particulares ya habrían optado libremente por excluir la competencia judicial. Por ello, la protección del proceso arbitral contra toda injerencia imprevisible o perjudicial de un tribunal judicial es un elemento fundamental, máxime, cuando se trata de conflictos de carácter internacional.²⁸⁷

La Ley Modelo de UNCITRAL a este respecto, también opta por un criterio restrictivo de intervención judicial, pues como establece su art. 5 salvo en los casos expresamente previstos, “*en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal*” (en concordancia, el art. 7 de la Ley Arbitral española). De este modo, se exige a los distintos ordenamientos nacionales que enumeren los supuestos en los que los órganos judiciales puedan intervenir.

En consecuencia, nuestra Ley de Arbitraje, siguiendo a la Ley Modelo, deja entrever en su art. 8, sobre tribunales competentes, cuáles son esas funciones de apoyo y control del arbitraje encomendadas a la Jurisdicción. De este modo, el meritado precepto alude al nombramiento y remoción judicial de árbitros, a la asistencia judicial en la práctica de pruebas, la adopción judicial de medidas cautelares, la ejecución forzosa de resoluciones arbitrales, la acción de anulación del laudo, y finalmente, en materia de arbitraje internacional, el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras.

La Ley Modelo delimitaba la posible intervención de los órganos judiciales nacionales también en torno a esos grupos fundamentales de cuestiones; por un lado, las relativas al

²⁸⁷ Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI ... cit., pp. 29-30; REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Teoría y práctica del Arbitraje comercial internacional*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 466.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

nombramiento, recusación y remoción de árbitros (arts. 11, 13 y 14), competencia del tribunal y la nulidad del laudo (art. 34), y por otro, aquellas relativas al auxilio en la práctica de pruebas (artículo 27), las medidas cautelares dictadas por el tribunal estatal (artículo 17 J) y el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares (artículos 17 H y 17 I) y de laudos (artículos 35 y 36).²⁸⁸

En los principales foros de Derecho Marítimo a los que hemos hecho referencia (EEUU e Inglaterra) se sigue la misma línea comentada. Los juzgados y tribunales ingleses aunque tienen una intervención tasada²⁸⁹, cuentan con posibilidades comparativamente más amplias: pueden destituir a un árbitro por no verificar determinadas cualidades personales (Secc. 24), asistir a una parte en relación con una providencia obligatoria dictada por el tribunal arbitral (Secc. 42) ... incluso, respecto de arbitrajes que se celebren fuera de Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte si no resulta inapropiado al caso concreto (Secc. 2.(3)(a) y (b)). Otras llamativas facultades adicionales sería la posibilidad de ampliar determinados plazos del procedimiento arbitral (Secc. 32(1)). En el caso de EEUU, la Federal Arbitration Act (FAA) también prevé esas funciones de apoyo y cooperación de los tribunales americanos, en el grado estrictamente necesario para favorecer el éxito del arbitraje, tanto antes, como durante o incluso una vez finalizado, a través de la ejecución del laudo dictado²⁹⁰

En cualquier caso, en el s. XXI el juez ha evolucionado hacia una mayor confianza hacia el arbitraje, y más que asumir tareas de control y supervisión, se ha incrementado la dimensión de cooperación entre ambos.²⁹¹

VI.4.1.- Tutela cautelar

²⁸⁸ SCHLOSSER, P., "The competence of arbitrators and of courts", *Arbitration International*, vol. 8, nº 2, 1992, pp. 189-204; KERR, M., "Arbitration and the Courts: The UNCTRAL Model Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, nº 01, 1985, pp. 1-24.

²⁸⁹ Vid. la Secc. 1(c) de la Arbitration Act 1996 de Reino Unido en relación con su intervención única y exclusivamente respecto de los supuestos previstos en la propia norma.

²⁹⁰ ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje marítimo...*, cit., pp. 631-633. En relación con la función de los tribunales estatales americanos, vid. COE, J.J.Jr., cit., pp. 185-186 y CRAIG, W. L., PARK, W. W., y PAULSSON, J., cit., pp. 607 y ss.

²⁹¹ ESPLUGES MOTA, C., "Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa", en BARONA VILAR, S., *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 190 y ss.

Centrándonos en la tutela cautelar, hemos querido hacer una referencia a esta cuestión, porque antes de que el art. 23 de la Ley de Arbitraje incorporase como novedad la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, despejando de este modo cualquier duda planteada al respecto con anterioridad²⁹². Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son, por tanto, alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal²⁹³.

El recurrir al juez nacional o al tribunal arbitral, dependerá normalmente de la medida provisional de que se trate y de lo que disponga el Derecho nacional correspondiente, sin perder de vista, que precisamente la tutela cautelar está destinada a asegurar y garantizar que el fin último de los procesos no se vea frustrado por la conducta de las partes durante la tramitación del mismo.

Por ejemplo, en Reino Unido, el art. 44 de la Arbitration Act de 1996, el tribunal nacional ejercerá tales funciones en auxilio del proceso arbitral, para preservar pruebas, inspeccionar bienes, y entre otras, la adopción de medidas cautelares. En todo caso, el órgano judicial intervendrá cuando el tribunal arbitral carezca de facultades o no pueda actuar en el momento concreto. A mayor abundamiento se establecen dos condiciones adicionales según el supuesto sea urgente o no; así, la norma exige que la solicitud provenga de una parte, o, en el segundo supuesto –cuando no exija premura-, que dicha parte cuente con la autorización del tribunal arbitral, o el consentimiento de la contraparte.²⁹⁴

Cuando las leyes no sean tan precisas, como ocurre en el caso de la Ley Modelo y de la Ley española²⁹⁵, un condicionante *a priori* será si ya existe un tribunal arbitral constituido o no, porque evidentemente, si no lo estuviese, la única posibilidad será acudir al tribunal nacional pertinente. El art. 28.2 del Reglamento de Arbitraje y ADR

²⁹²En relación con la adopción de medidas cautelares, su función y naturaleza, *vid.* BARONA VILAR, S., *Medidas Cautelares en el arbitraje*, Ed. Civitas, Madrid, 2006.

²⁹³ Apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje.

²⁹⁴ REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *cit.*, p. 477.

²⁹⁵ El art. 11.3 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, simplemente prevé tal posibilidad, sin acotar ni prever en modo alguno, requisitos, condicionantes o excepciones, con el siguiente tenor literal: “*El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas*”.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC²⁹⁶, entiende que en el supuesto de que los árbitros ya hayan sido designados, procede, en primer lugar, dirigirse a ellos.

En cualquier caso, no se trata de una mera distribución de tareas, sino que existen otras circunstancias que pueden condicionar el acudir a uno u otro órgano. La primera de ellas, es que el tribunal arbitral carece de los poderes coercitivos que sí tendría un tribunal nacional, aunque este último, podría por ejemplo, no estar preparado en ese enjuiciamiento indiciario para abordar cuestiones de Derecho extranjero. Desde otros puntos de vista, la localización del tribunal judicial en el territorio donde la medida habría de ejecutarse, podría suponer una ventaja que evitase costes de ejecución de la misma²⁹⁷, o incluso, podría valorarse también el hecho de que no coincidiesen los idiomas del contrato y la controversia.²⁹⁸

Los diversos ordenamientos estatales han ido acogiendo progresivamente esa función de los tribunales estatales de reforzar los procedimientos arbitrales a través de la adopción de medidas cautelares, tanto dentro como fuera del Estado. Resulta de especial interés la STJCE del asunto *Van Uden Maritime BV, contra Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*²⁹⁹, que sienta las bases de una interpretación del art. 1.4 del Convenio de Bruselas de 1968, en el sentido de que dicho texto internacional resulta aplicable a solicitudes de tutela cautelar ante el tribunal de un Estado contratante, aun cuando sea instrumental de un arbitraje, siempre y cuando el objeto de la misma sea civil o mercantil.³⁰⁰

²⁹⁶ Versión vigente a partir del 1 de enero de 2012.

²⁹⁷ Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Precisamente, el art. 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL, busca vincular al máximo al juez estatal con la medida que haya podido adoptar el árbitro a la hora de su ejecución. BARONA VILAR, S. *Medidas cautelares...*, cit., pp. 88 y ss.

²⁹⁸ REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N., PARTASIDES, C., cit., p. 478.

²⁹⁹ STJCE de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV, contra Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, asunto C-391/95, [ECLI: EU:C:1998:543].

³⁰⁰ ESPLUGES MOTA, C., cit., pp. 646-647, REQUEJO ISIDRO, M., "Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Comentario a la STJCE - Pleno _ de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, *Van Uden/Deco Line*)", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, nº 1998, 1998, p. 86.

VI.4.2.- Tutela ejecutiva. Orden público como límite al reconocimiento y ejecución de resoluciones

No pretende ser este apartado un análisis exhaustivo del régimen de intervención judicial en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, sino simplemente dejar constancia, de la trascendencia del orden público como criterio que puede imposibilitar la satisfacción definitiva de la pretensión, al impedir la ejecución del laudo arbitral favorable.

Es evidente que la expectativa razonable de quien ve satisfechas y estimadas sus pretensiones, es que dicho pronunciamiento se materialice en la práctica, a la mayor brevedad, y en caso, de que esto no se produzca, tener expedita la vía judicial para “hacer ejecutar lo juzgado”, términos que acuña el art. 117 de la CE al hacer referencia al Poder Judicial.

Por su parte, la ejecutabilidad de los laudos arbitrales en el extranjero resulta ser uno de los rasgos atractivos de este mecanismo ADR para los operadores marítimos; más de 140 países son parte de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, lo que ha generado que en muchos países exista la percepción de que es más fácil ejecutar un laudo arbitral que una sentencia judicial³⁰¹.

Con carácter general podemos hablar de cuatro vías para obtener la ejecución de un laudo arbitral. La primera de ellas, es mediante el depósito o registro del laudo ante el tribunal nacional u otra autoridad, habilitándose directamente la ejecución como si se tratase de una sentencia de un juzgado (Suiza por ej.); otra alternativa, sería la ejecución directa sin necesidad de depósito o registro, cuando las leyes nacionales lo posibiliten (Secc. 66 de la Arbitration Act 1996 de Reino Unido); en tercer lugar, están aquellos países que como España³⁰², requieren para la ejecución de los laudos extranjeros su previo reconocimiento, a través del procedimiento denominado *exequatur*, y finalmente, aunque menos recomendable por conllevar la tramitación de un procedimiento declarativo y/o condenatorio adicional, que consistiría en presentar una demanda con

³⁰¹ Cfr. AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, M., PÉREZ RAGONE, A., VARGAS PAVEZ, M., “Informe del XIV congreso mundial de la asociación internacional de derecho procesal: El justo proceso en examen (Procedural Justice)”, *Ius et Praxis*, 2011, vol. 17, nº 2, pp. 362-364.

³⁰² Art. 46 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

fundamento en el laudo exigiendo se dicte una resolución judicial que condene a cumplir el pronunciamiento que en él se contiene.³⁰³

El art. V de la Convención de Nueva York³⁰⁴ recoge las causas de denegación de reconocimiento y ejecución sentencias arbitrales extranjeras, y aunque entendemos que utilizar el vocablo sentencias no es muy acertado por su eventual confusión con las resoluciones definitivas de los órganos jurisdiccionales, lo que en definitiva se desprende de aquella referencia, es que las resoluciones dictadas por un tribunal arbitral, han de tener fuerza de cosa juzgada y constituir un auténtico título ejecutivo para las partes.

Estas causas de denegación obran asimismo recogidas, con una redacción diferente, en el art. 36 de la Ley Modelo UNCITRAL, representando por tanto, un principio internacionalmente aceptado, aunque no siempre interpretadas del mismo modo por los tribunales estatales. Con el ánimo de contextualizar el orden público como motivo de denegación, hemos de señalar que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral si la parte contra la cual es invocado prueba³⁰⁵:

- la incapacidad de las partes, o de alguna de ellas, para concluir el convenio arbitral, por lo que este devendría inválido e ineficaz;
- la falta de notificación de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral constituyendo una violación del debido proceso arbitral, en la medida que afecte o vulnere las posibilidades de defensa de las partes;
- falta de competencia del tribunal arbitral para decidir sobre “cuestiones jurisdiccionales”, aceptando que pudiese tratarse de un “abuso de autoridad” meramente parcial, respecto de aquellas secciones de la sentencia arbitral no sometidas a este medio de resolución de controversias alternativo;
- constitución del tribunal o procedimiento no ajustado al acuerdo de arbitraje o al Derecho aplicable;
- que la sentencia arbitral no resulte obligatoria, bien haber sido suspendida, bien por haber sido anulada por una autoridad competente del país de que se trate;

³⁰³ Cfr. REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N., PARTASIDES, C., cit., p. 595.

³⁰⁴ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York en 1958, a la que se remite en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales extranjeras, el art. 46 de nuestra Ley de Arbitraje.

³⁰⁵ REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N., PARTASIDES, C., cit., pp. 611-626.

- que la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución verifique, que según la ley del país, el objeto de la diferencia no era susceptible de solución vía arbitraje (cuestiones arbitrables).
- Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia fuesen contrarios al orden público del país (art. V.2.b) del Convenio de Nueva York, y art. 36.1.b) ii) de la Ley Modelo de UNCITRAL).

Ciertamente, el requisito de orden público va más allá de la regularidad formal del título ejecutivo, aunque está generalmente admitido, que su ejecutoriedad estará condicionada, en todo caso, a dicha constatación. En España, esa noción de atentar contra el orden público ha de identificarse con los principios, y especialmente con los derechos fundamentales y libertades públicas, de la CE. Por ello, la infracción de normas imperativas –que no se refieran a principios constitucionales–, podrían conllevar la nulidad del laudo –y su consecuente inejecutabilidad–, pero para que se deniegue la ejecución con un convenio arbitral válido, además de la vulneración de normas imperativas, habrá de producirse un quebrantamiento de un principio constitucional, algo coherente con el principio fundamental del arbitraje, de que las decisiones adoptadas no son revisables por la jurisdicción del Estado.³⁰⁶

Por tanto, los tribunales arbitrales deben prever el orden público susceptible de invalidar el laudo en cada caso concreto³⁰⁷, aunque dada la indeterminación general de este concepto, resulta complejo encontrar un criterio que les ayude a estimar, con claridad, las actuaciones que deben decidirse en consideración con las normas imperativas y de orden público que pueden repercutir, según los diferentes sistemas, en la eficacia del laudo. Los propios tribunales arbitrales también plantean la dificultad de la noción de orden público al decidir sobre el mismo en la práctica arbitral, llegando a la conclusión de que “*la arbitrabilidad no es un concepto idéntico al de la aplicación de normas de orden público.*”³⁰⁸

³⁰⁶ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La ejecución de laudos arbitrales*, Ed. JM Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 157-158.

³⁰⁷ DERAÏNS, Y., SCHWARTZ, E. A., cit., p. 353.

³⁰⁸ GONZALO QUIROGA, M., *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Tesis de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2004, p. 45. [<http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t24965.pdf>]. Con referencia al Laudo núm. 2699/1990, de la ICC,

I.- PROCESOS MARÍTIMOS COMO FUENTE DE RIESGOS

El propio Reglamento arbitral de la ICC, recoge en su art. 35, que tanto la Corte de Arbitraje, como el tribunal arbitral deberán velar porque el laudo sea susceptible de ejecución, aunque a pesar de tal previsión, no existe obligación vinculante para los árbitros de aplicar las normas imperativas o el orden público internacional del país donde se desarrolla el arbitraje³⁰⁹. Debe señalarse que existe cierto consenso en relación con las normas imperativas que *a priori* podrían gozar de esta condición: Derecho de la competencia, control de cambios, protección del medio ambiente, restricciones comerciales, y aquellas encaminadas a proteger determinados grupos de personas como trabajadores, consumidores etc.³¹⁰

Finalmente, debe señalarse que tanto los tribunales nacionales de Inglaterra, como los de EEUU mantienen una postura “pro-ejecución” de la Convención de Nueva York, llegando a considerar esa tendencia una auténtica cuestión de orden público, ejemplo de ello es la decisión del Tribunal de Distrito de Nueva York en el caso *Parsons Whittemore Overseas Co v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*,³¹¹ en que se rechazó la alegación de quiebra de relaciones diplomáticas entre Egipto y los EEUU como motivo para denegar la ejecución, por entender que la excepción de orden público debía interpretarse en sentido restringido, únicamente cuando se atentase contra los principios fundamentales de la moral y justicia del Estado de ejecución³¹².

Entre los supuestos de hecho que han dado lugar a rechazar la solicitud de ejecución de resoluciones de orden público, podemos señalar a título ejemplificativo un supuesto en el que el fondo del asunto se basaba en un contrato ilícito para el contrabando de alfombras³¹³, o el supuesto de exigir el cumplimiento de un contrato de consultoría que incluía pagar sobornos a varios kuwaitíes para influir en un tercero y fomentar la marítimo internacional, sí nos proporcionan una aproximación a aquellos principios de orden público incuestionables, trasladables al ámbito marítimo.

de 23 de agosto de 1990, en un arbitraje de la *Sociedad de Arbitros Marítimos de Nueva York, Trade & Transport, Inc* -como propietario de M/T Lauberhorn- c. *Valero Refining Co. Inc.*, 1993, p. 124.

³⁰⁹ GRIGERA NAON, H., “Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration”, *R. des C.*, vol. 289, 2001, pp. 183 y ss., ESPLUGES MOTA, C., cit., pp. 696-697.

³¹⁰ COE, J.J.Jr., cit., p.79 y Cfr. ESPLUGES MOTA, C., cit., p. 696.

³¹¹ *Parsons Whittemore Overseas Co v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 1974.

³¹² REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N., PARTASIDES, C., cit., pp. 624-625.

³¹³ *Soleimany v. Soleimany* [1999] Q.B. 785.

En definitiva, resulta indudable que el reconocimiento y ejecución de laudos u otras decisiones arbitrales, puede no ser automático, y enfrentarse a problemas de tramitación adicionales que no harían sino aumentar el *alea* y el riesgo del SMDJ.

CAPÍTULO 2: CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

I.- INTRODUCCIÓN

Dado que el objeto de estudio es el seguro marítimo de defensa jurídica, o dicho de otro modo, el seguro de defensa jurídica (en lo sucesivo, simplemente SDJ) en el ámbito marítimo, las dudas sobre esta figura jurídica surgen desde el inicio, y desde la propia nomenclatura: ¿qué ha de prevalecer? ¿La esencia de SDJ? ¿O acaso lo primordial es, por el contrario, el carácter marítimo o asociado a la navegación?

Y es que no será lo mismo analizar el SDJ, tal y como lo prevé la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, (en lo sucesivo LCS), y trasladar esas previsiones a un escenario concreto de travesía o expedición marítima, si eso es posible, o a la inversa, partir del seguro marítimo, y su idiosincrasia como contrato firmado entre empresarios, como seguro calificado como de grandes riesgos, regido por el principio de universalidad de riesgos, para en una segunda fase dentro de ese ámbito, delimitar la cobertura concreta en relación con los gastos de defensa y asesoramiento jurídico, aunque se verá, va mucho más allá de una mera asunción de gastos profesionales.

Se trata de algo así como determinar, a priori, qué reviste carácter general y qué especial: ¿Es la defensa jurídica una especialidad dentro del seguro marítimo? O ¿es el SDJ el marco general y la especialidad radica en el término “marítimo”?³¹⁴ Recordemos

³¹⁴ La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima recoge la regulación del contrato de seguro marítimo, en sus arts. 406 a 467 LNM, derogando la anterior regulación contenida en el Código de Comercio. En dicho precepto legal se señala expresamente que, en lo no previsto en esta ley, será de aplicación la Ley de Contrato de Seguro (poniendo fin a las dudas mantenidas al respecto con la anterior legislación). Como excepción, los seguros obligatorios de embarcaciones dedicadas al deporte o recreo se registrarán por lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguro, sin que valga pacto en contrario.

Se zanján de este modo, las discusiones sobre la aplicabilidad de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro al seguro marítimo. En este sentido, se admitía la posibilidad de la aplicación supletoria de la Ley de Contrato de Seguro al seguro marítimo, con distinta intensidad (SSTS de 21 de julio de 1989, de 20 de febrero de 1995 y de 30 de julio de 1999) o como “como orientación interpretativa” (SSTS de 1 de abril de 1987 y de 23 de diciembre de 1993).

que el principio de especialidad normativa ha sido calificado por nuestra jurisprudencia como principio general del Derecho.³¹⁵

El Derecho Civil tiene la condición de Derecho común, al ser el que regula el conjunto de relaciones sociales entre particulares, y respecto a él, el Derecho Mercantil es Derecho “especial”, separado, pero no aislado, porque se aparta de la regla general en la medida en que se refiere a clases especiales de personas, cosas y/o relaciones jurídicas. La consecuencia ineludible de tal precisión, es que las lagunas o insuficiencias de estas normas especiales, quedan cubiertas por el Derecho Común. Además, dentro del Derecho Mercantil serían especiales el Derecho mercantil de obligaciones y contratos, el Derecho de Sociedades,...³¹⁶

Por ello, en lugar de dar una respuesta a todas luces precipitada, parece prudente realizar una aproximación a ambas figuras jurídicas, el SDJ y el seguro marítimo por separado, deteniéndonos no sólo en su concepto, sino en los caracteres que las definen, la legislación que le resulta de aplicación, y la problemática de su interpretación y aplicación, así como, las entidades aseguradoras y el estatuto jurídico del empresario que oferta y cómo lo hace respecto de estas coberturas.

Se comenzará por el estudio del SDJ introducido en la LCS española por la Ley 21/1990, de 19 diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

II.- EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA

II.1.- Evolución histórica

II.1.1.- Antecedentes históricos

Es opinión mayoritaria que el nacimiento del SDJ o Seguro de Protección Jurídica, propiamente dicho, vendrá de la figura de George Durant, Administrador del Automóvil

³¹⁵ Sobre este principio general del Derecho, TARDIO PATO, J.A. “El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, *R.A.P.*, nº 162, septiembre- diciembre, 2003, p. 189.

³¹⁶ GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “El derecho mercantil como predecesor histórico del derecho laboral, y su recíproca influencia”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. VII, 2015, pp. 69-70.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

Club de Le Mans (Pays del Loire, Francia), de la mano del auge del automovilismo, allá por 1917, concretamente el 26 de diciembre, y tampoco es baladí que nazca en la localidad francesa de Le Mans, así como que la primera sociedad que operase como tal fuera la “Defense Automobile et Sportive, D.A.S.”.

George Durant era un empresario entusiasta de los automóviles, aunque en aquella época este medio de locomoción todavía incipiente no tenía demasiados simpatizantes entre la opinión pública. Por eso, desde 1905 había promovido el deporte automovilista, incluso con la construcción del circuito La Sartre, conocido por las 24 horas automovilistas y después con una pequeña compañía de Seguros de Servicios, la referida D.A.S.³¹⁷

Inicialmente se organizó un servicio legal para los miembros del Club, que les defendiese de las complicaciones en las que se veían envueltos por el riesgo y entusiasmo deportivo. Esta idea tuvo tanto éxito, que pronto generó problemas organizativos y de coordinación, y sobre todo financieros, de manera que el servicio dejó de estar disponible para todos, prestándose el asesoramiento sólo para aquellos que pagaban una contribución con tal propósito³¹⁸.

A título ejemplificativo de ello, el artículo 5º de los estatutos del D.A.S. establecía como objeto de la misma: “Garantizar el reembolso de los gastos de consulta y asistencia de Abogado en cualquier jurisdicción, ocasionados por infracción de las leyes o reglamentos derivados del uso o posesión de un vehículo a motor”, redacción que supone un precedente claro del seguro objeto de análisis.

³¹⁷ CANO FERRÉ, P., “Seguro de Protección Jurídica”, *Ponencia de la asamblea constituyente de la asociación de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros*, Granada, 2001, p. 203. y OLIVENCIA RUIZ, M., “El seguro de protección jurídica: del pasado al futuro”, *R.E.S.*, nº 27, 1981, pp. 263 y ss.

³¹⁸ ISOLA, C., “Legal expenses insurance: origins and development”, *Documento facilitado por el autor a la Asociación Internacional de Seguro de Defensa Jurídica, RIAD*, pp. 2-3. [Web 2002 http://riad-online.net/fileadmin/documents/homepage/publications/general_publications/Historical_brochure.pdf]. Para promover esta nueva protección Durand escribió, y fue publicado en un artículo dirigido a futuros suscriptores en “L` Ouest Sportif” en diciembre de 1917 y en “L`Auto” el 12 de enero de 1918: “Aseguraos contra los accidentes, el robo, el incendio. Los que habéis concertado un contrato con vuestra compañía para cubrir estos riesgos conservadlo, o aumentadlo... Este es nuestro primer consejo. El segundo está dirigido a todos aquellos usuarios de la locomoción... que necesitan ser defendidos, alentados y apoyados, cubrid vuestra responsabilidad en los otros y numerosos riesgos que corre un automovilista sobre la vía pública... También necesitareis protección activa para proteger vuestros intereses si sois víctimas de un accidente en la carretera del que no sois culpables, y que no causa desperfectos más que a vuestros autos y a vosotros mismos.”

Se afirma que el SDJ o Seguro de Protección Jurídica como tal nace en 1917, y no anteriormente en otras figuras mutuales o de reclamación contra aseguradoras, porque es con el nacimiento de DAS, cuando se dan las peculiaridades propias de esta figura, a saber: no tiene naturaleza corporativa al no ofertarse a grupos determinados, y aunque si bien es cierto que cubre gastos judiciales (por la vía del reembolso), también ofrece servicios de asesoramiento, reclamación y defensa³¹⁹, completando por ende, a las pólizas de seguro de accidentes.

El éxito de la D.A.S. fue considerable y en poco tiempo agrupó a un gran número de automovilistas, lo que originó que se crearan sociedades similares en otros países europeos³²⁰, fundamentalmente en Suiza (la CAP y DAS), en Bélgica (la DAS), en Alemania (la DAS –Deutscher Automobil Schutz, AG-, la Vereinigte Kraftfahrzeuginteressen Schutzgesellschaft GmbH, ARAG Auto Rechtsschutzversicherungsgesellschaft), en Italia (ABA, en la actualidad AJA, SALDA, Ubique Consilium Adiuvat –UCA-, Atlans, y una filial de la DAS alemana denominada Difesa Automobilistica Sinistri spa).

En España, durante dos años opera la CAP suiza, si bien en 1934, se crea “Lamadrid y Cía, SL CAP”, que en 1939 cambia su denominación a “CAP Compañía de Asistencia y Protección Internacional, SLE”, federada a la CAP de Ginebra. Posteriormente fueron surgiendo otras entidades especializadas en esta modalidad de riesgo: FAMA, Cid, Adea, Dapoa, DAS, DEPSA, Drago, Protección Jurídica SA, ARAG, Winterthur. Protección Jurídica y SADYR³²¹.

Inicialmente esta actividad de defensa jurídica por las aseguradoras automovilísticas fue considerada ilícita por algunos países, y por otros, simplemente admitida, aunque con el tiempo, y con el progresivo desarrollo de la cobertura muy bien acogida por los ciudadanos, fue obteniendo el reconocimiento de las Autoridades de Control de Seguros. En 1926-1927 para las suizas, 1938 para la DAS francesa, 1933 en Italia supusieron el inicio de esas autorizaciones formales.

³¹⁹ GARCIA GONZALEZ, C., *Origen, situación actual y futuro del Seguro de Protección Jurídica*, Instituto de Ciencias del Seguro. Fundación Mapfre, Madrid, 2012, p. 7.

³²⁰ ISOLA, C., *Legal Expenses...*, cit., p. 47, refiere que el SDJ es un seguro esencialmente europeo; de hecho son muy contadas las experiencias fuera del ámbito europeo.

³²¹ OLMOS PILDÁIN, A., *El seguro de defensa jurídica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 46-52.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

En el caso español, 1908 ha sido denominado con mucha razón, “el año de oro del Seguro Español”. Durante su desarrollo se produjeron, dos de los hechos más trascendentales de la historia del seguro: la creación del Instituto Nacional de Previsión, base de lo que con posterioridad será el sistema de Seguridad Social español; y la publicación de la Ley de Registro e Inspección de Empresas de Seguros³²², primer elemento legislativo dedicado específicamente a este Sector y responsable de regularizar y organizar el disperso mercado de seguros privados que venía operando en nuestro país³²³.

El 15 de mayo de 1908 se publica la meritada Ley de Registro e Inspección de Empresas de Seguros, aprobada el día 14 y más conocida como la Ley de Seguros de 1908. Esta nueva legislación viene a cubrir el gran vacío existente en la reglamentación aseguradora española. Hasta su aparición, únicamente algunos elementos legislativos regulaban aspectos muy parciales del funcionamiento de las empresas dedicadas a seguros.

Sin embargo, las sociedades que explotaban nuevas modalidades de seguros como el SDJ, no tuvieron acceso al Registro especial de aseguradoras, tal y como preveía la Ley de 14 de mayo de 1908, sobre “Registro e Inspección de Empresas de Seguros”, siendo consideradas por la Dirección General de Seguros, como compañías de gestión.

No es hasta la aprobación de la Ley del Seguro Privado el 14 de mayo de 1954, cuando se procede a la regularización de esta irregular situación, y ello a través de la posibilidad prevista en su Disposición Transitoria Quinta que establecía: *“todas aquellas entidades que quedasen sometidas a dicha Ley y acreditasen ante la Dirección general de Seguros hallarse en funcionamiento con anterioridad al 6 de octubre de 1954, podrían solicitar su inscripción en el plazo de un año, acogándose al régimen de capitales y depósitos vigentes hasta la publicación de esta ley”*.

³²² TORTARELLA CASARES, G., (dir), CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A., PONS PONS, J., *Historia del seguro en España*, Ed. Fundación Mapfre, 2014, p. 137.

³²³ ALONSO, M. “1908 Año de Oro del seguro español”, en la web *Historia del Seguro. La historia del seguro en España*, 2014, [<http://www.historiadelseguro.com/articulos-publicados/1908-ano-de-oro-del-seguro-espanol>].

Aunque inicialmente esta previsión se incluyó pensando en las sociedades de asistencia médico- farmacéutica³²⁴, las sociedades que prestaban cobertura de defensa jurídica, no sólo obtuvieron autorización para seguir desarrollando esta actividad legalmente, sino que al mismo tiempo, se les permitió el acceso al meritado Registro Especial de la Dirección General de Seguros, en el ramo denominado “Defensa de Asegurados”.

Así, se observa que inicialmente el SDJ surge asociado al mundo del automóvil para prestar coberturas complementarias a los seguros existentes por compañías especializadas. Su desarrollo fue ascendente, y aunque la Guerra Civil española y la Segunda Guerra Mundial supusieron un importante retroceso en dicha evolución, alrededor de los años 50, con la recuperación económica y la expansión de la motorización, se produjo la verdadera expansión de este seguro.

Por ello, debido al interesante nicho de mercado que supone las compañías multirramos comienzan a interesarse por el sector, ofertando la defensa jurídica como asociada y complementaria de la responsabilidad civil automovilística.

Poco a poco y sobre todo a partir de los años 80, el SDJ se amplía a otras modalidades: el consumidor- familiar, de profesional, de Comunidades de Propietarios, de arrendador, de industrial... etc. por lo que esta disociación permite su configuración como seguro independiente de la responsabilidad civil del automóvil.

II.1.2.- Panorama actual

En pleno siglo XXI, el SDJ está plenamente generalizado e integrado en la oferta de todas las compañías aseguradoras. De hecho, la Memoria Estadística Anual de Entidades 2014 elaborada por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, perteneciente al Ministerio de Economía y Competitividad de España, última publicada, arroja los siguientes resultados:

- i. Hay 39 compañías operando en el ramo.
- ii. Entre las diez primeras del ranking se sitúan DEPSA SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS –Grupo Catalana Occidente- (con un 22,88

³²⁴SANCHEZ CALERO, F., “El Seguro de Defensa Jurídica en España”, *RES*, nº 2, 1975, pp. 107 y ss., y SANCHEZ CALERO, F., *Curso de Derecho del Seguro Privado I*, Ed. Sever Cuesta, Bilbao, 1961, pp. 88 y 89.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

% del sector), MUTUA MADRILEÑA AUTOMOVILISTA, SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA (14,96 %), RACC SEGUROS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS (10,89%), D.A.S. DEFENSA DEL AUTOMOVILISTA Y DE SINIESTROS INTERNACIONAL (9,58 %), LEGALITAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (8,14 %), S.O.S. SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (6,91 %), SEGUROS LAGUN ARO S.A. (6,74%), EUROP ASSISTANCE ESPAÑA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS (4,11 %), PREVENTIVA CIA DE SEGUROS SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (2,06 %), HELVETIA COMPAÑÍA SUIZA, SOCIEDAD ANONIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS (1,65 %).

- iii. Para tener una referencia del volumen de negocio del sector, podemos señalar que las primas imputadas brutas de DEPSA son de 30.007.407 €.-, mientras las de la segunda compañía en volumen de primas, MUTUA MADRILEÑA, ascienden a 19.625.764 €.-, HELVETIA 2.173.696 €.-, y las dos últimas del sector, GES REGUROS Y REASEGUROS S.A. tiene un volumen de 3.491 € (un 0,0027 % del sector), y MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS S.A. figura con unas pérdidas de 858,00 €.- (0,0007 %)³²⁵.
- iv. La evolución del sector en el ramo de defensa jurídica es la siguiente³²⁶:

1.1 Evolución de Primas y Siniestralidad (en miles de €)			
Año Análisis	PRIMAS DEVENGADAS SEGURO DIRECTO	PRIMAS DEVENGADAS REASEGURO ACEPTADO	PRIMAS IMPUTADAS BRUTAS
2.008	128.380	51.360	186.269
2.009	126.183	48.410	173.989
2.010	120.501	50.099	174.058
2.011	122.822	51.327	175.282
2.012	77.888	49.358	118.859
2.013	75.604	48.903	125.356
2.014	82.514	49.661	131.153

³²⁵ MAPFRE, figura a lo largo del ranking en otras dos posiciones; así, en el puesto 22, MAPFRE ASISTENCIA COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS (con un volumen de primas imputadas brutas de 469.331 € y un 0,36 % del sector); en el puesto 27, MAPFRE FAMILIAR COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (168.280 €.- de primas imputadas brutas, lo que supone un 0,13 % del sector). Memoria Estadística Anual de Entidades Aseguradoras de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Web del Ministerio, p. 820.

[<http://www.dgsfp.mineco.es/sector/documentos/Informes%202014/Memoria%20Estad%3%ADstica%20Anual%20de%20Entidades%20Aseguradoras%202014.pdf>]

³²⁶ cit. Memoria Estadística Anual ..., pp. 1 y 1415.

Aunque durante el año 2015, se ha producido una recuperación en el volumen de primas general del sector de seguros –considerando los datos agregados de todos los ramos-, situándose en niveles similares a los de 2012, incrementándose con respecto al ejercicio 2014, tras una serie de años de descenso (1,89% frente a -0,44 en 2014). Esta recuperación es más acentuada para el sector vida (1,86% en 2015, frente a -2,29% en 2014). En el sector de No Vida el volumen de primas ha aumentado también (1,91 % en 2015 frente a 1,14% en 2014) siendo no obstante en vida, mucho más significativo.

Las cifras concretas para el ramo de defensa jurídica en España son las siguientes (cifras también en miles de euros)³²⁷:

Año Análisis	SINIESTRALIDAD BRUTA	SINIESTRALIDAD DEL REASEGURO CEDIDO	SINIESTRALIDAD NETA
2.008	94.051	2.165,8	91.885
2.009	80.577	613,03	79.964
2.010	90.177	2.364,35	87.813
2.011	90.906	3.134,78	87.771
2.012	55.531	2.316,14	53.215
2.013	48.341	1.333,73	47.008
2.014	51.702	1.356,93	50.345

Hay quien apunta a la posibilidad de crear a futuro un microseguro de protección jurídica³²⁸, entendiendo por microseguro, aquel instrumento financiero por el cual personas de bajas rentas o recursos, en el umbral de la pobreza, pueden acceder a unas garantías mínimas de protección, sobre todo en países en vías de desarrollo, en coherencia con la importancia que se da en la Carta de Derechos Humanos a la protección jurídica.

II.2.- Concepto y naturaleza jurídica

Tras detenernos brevemente en el germen de esta cobertura en el sector automovilístico, procede intentar delimitar los límites y elementos del SDJ, aunque la doctrina ha sido

³²⁷ Memoria Estadística Anual ..., p. 1415.

³²⁸ GARCIA GONZÁLEZ, C., "El microseguro de protección jurídica", *Revista CEFLEGAL* nº 129, octubre 2011, pp. 101-140.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

normalmente reacia a ello, sobre todo porque surgían grandes dificultades a la hora de conjugar el riesgo cubierto, con los principios tradicionales del Derecho de Seguros, y en concreto, de los seguros de daños, dentro de los cuales se ubica sistemáticamente su regulación en los artículos 76 a) a g) de la LCS.

II.2.1. Definición normativa del SDJ

Es el artículo 76 a) de la LCS, introducido por Ley 21/1990, 19 diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, el que prevé las obligaciones que el SDJ genera para el asegurador; en concreto, y transcribimos literalmente del texto legal:

“Por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro”.

La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, en su título no hace mención de la adaptación a la Directiva 87/344/CEE (sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica), lo cual es un error formal grave.

Por su parte la meritada Directiva 87/344/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, en su artículo 2, al establecer que se aplicará al SDJ, delimita que este consiste en: “ (...) *en suscribir, mediante el pago de una prima, el compromiso de hacerse cargo de los gastos de procedimiento judicial y de proporcionar otros servicios derivados de la cobertura de seguro, en particular con vistas a:*

- *recuperar el daño sufrido por el asegurado, de forma amistosa o en un procedimiento civil o penal,*

- *defender o representar al asegurado en un procedimiento civil, penal, administrativo o de otra naturaleza, o contra una reclamación de la que éste sea objeto.*”

Respecto del concepto de SDJ dado por la Directiva 87/344/CEE (art. 2) como por la LCS (art. 76 a), ambos siguen el mismo orden, primero se hace referencia a la asunción de gastos, y en segundo término, a la prestación de servicios; ambos centran la definición en la prestación del asegurador; y ambos adolecen de la misma imprecisión, en orden a la concreción del riesgo cubierto (esto es, no se precisa el acontecimiento incierto, cuya aparición hace nacer la obligación del asegurador).

El riesgo frente al que el SDJ protege al asegurado es el de “la posibilidad de aparición de determinadas situaciones o conflictos jurídicos que hagan objetivamente necesario recurrir a la ayuda de un abogado y/o el acceso a la justicia (o más brevemente, la posibilidad de aparición de una necesidad de asistencia jurídica) y la posibilidad de que, en el curso de la satisfacción de esa necesidad sea condenado a las costas del contrario”.

El tema de las costas es una cobertura accesoria, por ello, no se cubre de forma aislada, ni en todos los países, ni por todas las pólizas³²⁹.

El Seguro de Defensa Jurídica tiene por ende dos aspectos:

- La defensa jurídica como tal defensa, donde se defiende el patrimonio y la responsabilidad del asegurado, y da lugar a confusión con la defensa de la responsabilidad patrimonial directa del asegurador; y
- La defensa jurídica como actuación o participación en el seno de un procedimiento, donde el asegurado pretende el resarcimiento de su patrimonio por un daño, directo o indirecto, pasado o futuro, frente a un eventual causante.

Es por ello, que algún autor³³⁰ apunta a que sea más acertado el concepto de Protección Jurídica que el de Defensa Jurídica, toda vez, que éste último apenas ampararía la defensa y no la reclamación, mientras que aquella otra incluiría ambas acepciones.

Si se presta atención a la ubicación sistemática de la regulación del SDJ en la LCS, observamos que se encuentra dentro del Título II, Seguros contra Daños, Sección

³²⁹ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit. pp. 168 y 176.

³³⁰ GARCIA GONZALEZ, C., *Origen, situación actual...*, cit., p. 94.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

Novena, inmediatamente a continuación del seguro de responsabilidad civil, pero si algo llama especialmente la atención, es que mientras el seguro de responsabilidad civil ocupa los artículos 73 a 76 –ambos inclusive-, el SDJ continúa la numeración del artículo 76, añadiendo las letras a), b), c)... hasta la g), aunque dentro de una Sección diferente. Por tanto parece, -a priori-, que el legislador ha tenido presente las tesis que apuntan que el SDJ es un seguro derivado del de responsabilidad civil, o una desviación de este³³¹; aunque la cuestión será determinar hasta dónde ha llegado en esta desviación; porque es obvio que el SDJ ya es una modalidad especial, típica y autónoma, que no solamente no viene económica o funcionalmente asociada al SRC, sino que tampoco puede decirse, sin riesgo, que sea una mera derivación de este, ya que no solamente el Interés, sino también el Riesgo, son diferentes de los del SRC.

Ello implica en un primer momento, sujeción a las disposiciones aplicables con carácter general a los seguros de daños, aunque podría puntualizarse que no a todas ellas, sino tan sólo a las susceptibles de aplicación a los seguros de daños en que el valor del interés es indeterminable a priori, como se desconocen los gastos a asumir por la aseguradora. No le serían por tanto aplicables las normas dirigidas a regular la relación entre el valor del interés y la suma asegurada a los efectos de objetivar la indemnización, y en consecuencia, las que regulan el infraseguro, el sobreseguro y la regla proporcional.

Si bien, es el propio legislador el que define con precisión cual es el riesgo asegurado en cada caso, y mientras en el seguro de responsabilidad civil el artículo 73, párrafo 1º de la LCS refiere “*cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato*”, en el caso del SDJ, ya no se trata de una indemnización en sentido estricto, y así, el artículo 76 a) establece que la obligación del asegurador es: “*hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro*”.

Esta propia definición ya introduce una cuestión controvertida dado que la relación asegurativa surge como consecuencia de un daño, entendido como disminución

³³¹ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa ...*, cit., pp. 205-234.

patrimonial o lesión de un interés económico, y sin embargo, en el SDJ sería suficiente con la necesidad de asistencia jurídica, prescindiéndose de cualquier indagación o acreditación sobre el daño. Entonces, como seguro de daños ¿la prestación de servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial tienen o no como presupuesto la existencia de un daño?

La solución doctrinal que acoge OLMOS PILDAIN³³², parte de que en la actualidad está mayoritariamente admitida la distinción entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales. La cuestión radicaría en determinar si esa corriente doctrinal, elaborada en el marco del Derecho Civil, puede ser trasladada al ámbito del contrato de seguro. En la medida en que se acepte la posibilidad de ampliación del concepto de daño de seguro a ámbitos distintos del económico, y en definitiva, que el factor de la patrimonialidad del daño no es indispensable para el desenvolvimiento de la relación asegurativa, se hará preciso examinar su incidencia en los elementos y cuestiones que delimitan la institución, como en el propio significado funcional de la protección que en esos otros ámbitos brinda el seguro.

Así, lo relevante a este respecto es que la relación objeto de protección en el SDJ no es la que mantiene el asegurado con su patrimonio o, con un bien concreto del mismo, sino la que mantiene con el conjunto de derechos e intereses que integran su esfera jurídica, incluidos aquellos que no son susceptibles de valoración económica o que carecen, en sí, de un contenido económico o mensurable en dinero. Por eso, el SDJ no cubre al asegurado frente a un posible daño patrimonial, sino extrapatrimonial, al que se puede calificar como daño jurídico.

En definitiva, puede concluirse que el SDJ es un auténtico seguro de daños, pero con un matiz, porque cubre un daño extrapatrimonial a través de un mecanismo de reparación específica. Y un seguro, en que la principal función que cumple la prestación del asegurador y, en consecuencia, la causa del contrato es la tutela y protección jurídica del asegurado frente a determinadas situaciones o conflictos. Y ello, sin perjuicio de que en su cobertura accesoria de condena en costas, se aprecie una función indemnizatoria o preventiva –según los casos- de un daño directamente patrimonial.

³³² OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 233-234.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

II.2.2. Definición doctrinal del SDJ

OLMOS PILDAIN³³³ refiere los conceptos elaborados fundamentalmente por la doctrina italiana y francesa. La primera de ellos lo define como un seguro: “*que cubre el riesgo de la aparición en el asegurado de una deuda por los gastos de asistencia legal que pudieran derivarse como consecuencia de los conflictos con terceros –judiciales o no- en los que aquel pueda encontrarse*”.³³⁴

En nuestra doctrina GARRIGUES, SANCHEZ CALERO y OLIVENCIA³³⁵, se pueden considerar partidarios de esta definición, y es que OLIVENCIA define el seguro de protección jurídica como aquel que: “*tiende a cubrir el patrimonio del asegurado de la carga que representa la necesidad de realizar gastos en defensa de sus derechos*”.

Por su parte, un importante sector de la doctrina francesa³³⁶ delimita este seguro como aquel que: “*garantiza al asegurado, en caso de aparición de un litigio, tanto la defensa de sus derechos frente a las pretensiones de un tercero, como la reclamación de sus derechos frente a terceros.*”

Se observa que la doctrina francesa apunta a un dato adicional, y ya no es el estrictamente económico de cubrir una deuda o el patrimonio, sino una actividad o una prestación de servicios, como es la defensa o la reclamación, lo que ha conllevado no pocas discusiones doctrinales sobre el encuadramiento sistemático de este seguro como seguro de daños. Aunque, lo que sí resulta del todo indiscutible, es que tampoco puede considerarse un seguro “de personas”.

II.2.3. Naturaleza jurídica del seguro y ubicación sistemática en los seguros privados

Sin ánimo de detenernos en un estudio exhaustivo de las posibles y diferentes clasificaciones de los seguros, lo que excedería el ámbito de estudio, si existe una cuestión que llama la atención en relación con el SDJ, y es que mientras la LCS lo ubica

³³³ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 164.

³³⁴ DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazioni Private*, Giuffrè Editore, Milán, 1954-1956. Vol. Terzo, p. 443; CASTELLANO, G., *La Assicurazione Private*, Unione Tripografico editrice Torinese, Torino 1970, p. 475.

³³⁵ GARRIGUES, J., *El contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 458; SANCHEZ CALERO, F. “El Seguro de Defensa Jurídica ...”, cit., pp. 120; OLIVENCIA RUIZ, M. “El seguro de protección jurídica: ...”, cit., p. 268.

³³⁶ LAMBERT- FAIVRE, Y., “Le contrat d`assurance protection juridique”, *RGAT*, nº 4, t. 55, 1984, p. 535.

dentro de los seguros de daños³³⁷ (Título II, Sección Novena) frente a los de personas, la norma que regula el ejercicio de la actividad aseguradora y su control por parte de la Administración Pública, distingue, siguiendo las Directivas Comunitarias entre seguros directos de vida y distintos del de vida.

En concreto, el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, (en lo sucesivo, TRLOSSP), en su artículo 6, establecía: “

“1. En el seguro directo distinto del seguro de vida la clasificación de los riesgos por ramos, así como la denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos y, finalmente, la conceptualización de riesgos accesorios, se ajustará a lo siguiente: a) Clasificación de los riesgos por ramos. (...) 17. Defensa jurídica.”

Sin embargo, en la práctica parece que cualquier duda al respecto ha sido solventada por el legislador, ya que la disciplina aplicable al contrato de seguro concreto se determina en la LCS, siendo a estos efectos irrelevante la normativa del ya derogado TRLOSSP. Si bien, como ha sido adelantado, resulta problemática la concepción tradicional de seguro de daños, ya que en esta tipología la prestación del asegurador se reconduce en numerosas ocasiones a una prestación de servicios, ¿supone ello que existe daño en sentido estricto? ¿Las diferencias son tan significativas como para buscar una solución alternativa.

OLMOS PILDAIN apunta³³⁸ las principales tesis doctrinales y teorías que parten del presupuesto de que el SDJ es un seguro de daños, frente a aquellas que plantean objeciones a tal calificación.

Así, la mayoría de la doctrina sostiene la integración del SDJ dentro del grupo de los seguros de daños, por ajustarse a las líneas básicas de estos seguros y sujetarse a su

³³⁷ En la LCS forman el Título II de Seguros de Daños: el seguro de incendios (artículos 45 a 49), el seguro contra el robo (artículos 50 a 53), el seguro de transportes terrestres (artículos 54 a 62), el seguro de lucro cesante (artículos 63 a 67), el seguro de caución (artículo 68), el seguro de crédito (artículo 69 a 72), el seguro de responsabilidad civil (artículos 73 a 76), y el reaseguro (artículos 77 a 79). El Título III de Seguros de personas se centra en el seguro sobre la vida (artículos 83 a 99), seguro de accidentes (artículos 100 a 104), y los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria (artículos 105 y 106).

³³⁸ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa ...*, cit., p. 196-205.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

normativa, aunque sin embargo no existe unanimidad a la hora de determinar la concreta categoría. Así, pueden distinguir las siguientes:

- i. *SDJ como seguro de patrimonio.* Desde esta posición se incluye al seguro de responsabilidad civil, al reaseguro y al SDJ como seguros de patrimonio porque la relación que se quiere proteger al concertarlos es la que mantiene el asegurado en su patrimonio, y no con bienes concretos del mismo.
- ii. *SDJ como seguro contra el nacimiento de una deuda.* Los seguidores³³⁹ de esta tesis entienden que el patrimonio como concepto inmaterial no puede ser objeto del interés. Asimilan el SDJ al seguro de responsabilidad civil (RC), por proteger al asegurado frente al nacimiento de una deuda o pasivo.

La diferencia entre ambos seguros la sitúan en primer lugar en el origen de la deuda, ya que en el seguro de RC sería la responsabilidad civil en que puede incurrir el asegurado a través de una acción u omisión no dolosa, mientras el SDJ cubre los gastos legales que haya o tenga que afrontar el asegurado, y nunca la reclamación o indemnización de un tercero.

Por otro lado, la naturaleza jurídica de la deuda; mientras en el seguro de RC se cubren deudas secundarias o sancionadoras que tienen su origen en la infracción de normas legales o contractuales, el SDJ cubre la aparición de deudas primarias o de naturaleza constitutiva.

- iii. *SDJ como seguro de pasivo.* Esta es la tesis sostenida por MÖLLER³⁴⁰; para él el SDJ protege al asegurado frente al nacimiento de un pasivo, que afecta al patrimonio pasivo expectante en la medida en que podrá incurrir en gastos necesarios para atender a su defensa, y contra posibilidades de pérdidas concretas en el supuesto de condena en costas.

³³⁹ DONATI, A., *Tratatto del ...*, cit. p. 441 y ss.; CASTELLANO, G., *La Assicurazione ...*, cit., p. 479. OLIVENCIA RUIZ, M., “El seguro de protección jurídica...”, cit., p. 268, y SANCHEZ CALERO, F., “El Seguro de Defensa Jurídica ...”, cit., pp. 129 y ss. aunque este último, con posterioridad cambió su tesis al respecto.

³⁴⁰ MÖLLER, H. “Grundlagen der internationalen Rechtsschutzversicherung” en *Studien zur Rechtsschutzversicherung in europäischen Ländern und in den vereinigten Staaten*, Verlag versicherungswirtschaft EV, Karlsruhe, 1975, pp.8 y ss.

- iv. *SDJ como seguro de pérdidas pecuniarias.* Esta teoría seguida fundamentalmente por la doctrina francesa y belga, incardina el SDJ en los seguros de cosas o bienes (que indemnizan al asegurado de las pérdidas que sufre directamente en su patrimonio como consecuencia de la realización del riesgo), y dentro de ella, por no afectar a bienes materiales concretos, a aquellos seguros que afectan a sumas de dinero o pérdidas pecuniarias.

- v. *SDJ como seguro de costo de ciertos servicios.* Esta postura mantenida por SANCHEZ CALERO³⁴¹ -superada su teoría del SDJ como seguro frente al nacimiento de una deuda-, entiende que entre las categorías de seguros de daños a las cosas, existe la de seguros de costo de ciertos servicios, a la que pertenece el SDJ y el seguro de asistencia en viaje entre otros.

Por el contrario, se mantienen también teorías minoritarias que propugnan que el SDJ no debe considerarse un seguro de daños, al menos no en el sentido tradicional. Así podemos destacar las siguientes:

- i. *El SDJ como seguro preventivo.* El SDJ no tiene por cobertura un daño efectivamente causado, sino que su obligación nace antes de que el daño efectivo se produzca, precisamente para evitarlo, creándose de este modo, dos categorías diferentes: los seguros de carácter reparador o indemnizatorio y los de carácter preventivo.

En estos seguros preventivos el interés recae sobre el patrimonio presente y futuro del asegurado, el asegurador al abonar los gastos de defensa directamente sin requerir el previo pago al asegurado, se entiende que se estaría evitando el daño.

- ii. *El SDJ como seguro de prestación de servicios.* Aquí el elemento definidor del riesgo es que el asegurador se compromete, a cambio de una prima claro está, a prestar al asegurado determinados servicios en caso de siniestro.

³⁴¹ SANCHEZ CALERO F., TIRADO SUAREZ F.J., *Ley de Contrato de Seguro*, Vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Colección Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, Madrid, 1984 a 1989, p. 27.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

Ello no implica que la prestación de servicios tenga que ser en nombre propio, sino que pueden hacerlo a través de terceros, con los que normalmente se tienen conciertos o acuerdos, tanto con organizaciones, como personas físicas o jurídicas.

Dentro de esta categoría se incluirían asimismo, el seguro de decesos, el de asistencia sanitaria y el de asistencia en viaje.

- iii. *El SDJ como seguro de naturaleza compleja.* En este sentido, se conceptúa el SDJ como un seguro complejo por participar tanto de la naturaleza de los seguros indemnizatorios como de los seguros de prestación de servicios. Así, en relación con los primeros se realiza el pago de los gastos judiciales y extrajudiciales, y como seguro de prestación de servicios cuando por medio de su propio personal gestiona la tramitación amistosa de los siniestros, o los acuerdos extrajudiciales, o incluso cuando auxilia a abogados y procuradores.
- iv. *El SDJ como seguro de fin.* La presente tesis es fruto de las reflexiones de ISOLA³⁴² al analizar la Directiva 87/344/CEE y la práctica en los países europeos. Así, cuestiona el encuadramiento del SDJ como seguro de daños, ya que si la controversia se resuelve amistosamente gracias a los servicios prestados por el asegurador, puede que la deuda no llegue a surgir.

Por ello, crea doctrinalmente una nueva categoría denominada seguros de fin (*di scopo*) en los que el asegurador protege al asegurado (bien con el abono de dinero, o bien con la prestación del servicio in natura) no directamente contra un daño, sino “en función precisamente de un fin que se tiende a alcanzar: la tutela jurídica de sus derechos intereses frente a situaciones litigiosas”, y ello, aunque pueda ser cuantificable en dinero.

³⁴² ISOLA, “Spunti per un inquadramento dei rami della difesa legale e dell’assistenza turistica nel sistema delle Direttive CEE”, *Ass.*, Anno LVII, fasc. 4, julio- agosto 1990, pp. 461-480.

- v. *El SDJ como seguro de situaciones de necesidad.* SCALFI³⁴³ sostiene que hay que superar el sistema dualista, porque además de los seguros de daños, existen los seguros de necesidad (como el SDJ), en los que el asegurado lo que recibe del asegurador es una asistencia.

Ante todas estas interpretaciones doctrinales, que han servido al mismo tiempo para delimitar los distintos aspectos de la cobertura del seguro de defensa jurídica que nos ocupa, puede realizarse una aproximación a su naturaleza jurídica tal y como nos lo presenta la LCS, es decir, como un auténtico seguro de daños, pero con un matiz, por cubrir en ocasiones un daño extrapatrimonial a través de la prestación de un servicio.

II.3. Explotación del SDJ por las entidades asegurativas

*II.3.1. Antecedentes legislativos en el Derecho de la Unión Europea*³⁴⁴

El espíritu de un Mercado Único supone la libre circulación de personas, servicios y capitales, y esto se ha de reflejar en el ámbito asegurador, la posibilidad para las entidades aseguradoras de la antigua Comunidad Económica Europea (actual, Unión Europea), de establecerse, o abrir sucursales o agencias, en cualquier estado miembro, así como cubrir riesgos en cualquier estado miembro. Pero como actividad sujeta a control y autorización administrativa, era necesario homogeneizar las condiciones de acceso y ejercicio de dicha actividad en los países de la comunidad, es decir, una coordinación de las distintas legislaciones nacionales.

Los trabajos de elaboración de la Directiva de coordinación de las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad aseguradora, como presupuesto previo para el

³⁴³ SCALFI, G. "Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralitica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione? Ass., anno LXII, Fasc. 3, maggio- giugno 1995, pp. 143 y ss.

³⁴⁴ Téngase en cuenta que la Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, y la Directiva 88/357/CEE, del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE; han sido derogadas por el artículo 310 de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) («D.O.U.E.L.» 17 diciembre) el 1 de enero de 2016.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

reconocimiento de la libertad de establecimiento en los seguros de no vida, comenzaron en 1962, y culminaron el 24 de julio de 1973, con la *Directiva 73/239*.

La denominada **Primera Directiva Daños**, es la meritada *Directiva 73/239/CEE* del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio, ya recoge en su Considerando Quinto que las diversas legislaciones contenían reglas diferentes en cuanto a la acumulación del seguro de enfermedad, del seguro de crédito y caución y del seguro de defensa jurídica, tanto entre sí como con otros ramos de seguro³⁴⁵.

Una de las primeras cuestiones que se suscitaron fue la extensión de la autorización a otorgar al asegurador por las Autoridades de Control, es decir, si podía ser otorgada a la empresa para todos los ramos o solamente para uno o varios de ellos. En concreto, en relación con el SDJ, si se podía conceder una autorización para explotar simultáneamente el SDJ y el SRC, o si era necesario mantener una situación particular para los aseguradores establecidos en la República Federal Alemana, en donde se exigía la especialización para operar en este ramo. Ante la falta de acuerdo entre las distintas posturas se introdujo una limitación de cuatro años –que luego se prolongaría hasta el año 1987- a la R.F.A. para mantener la prohibición de acumular sobre su territorio el seguro de enfermedad, el seguro de crédito y caución, o el seguro de defensa jurídica, bien entre sí, bien con otros ramos³⁴⁶.

Esta postura de Alemania, que exigía la especialización para evitar los potenciales conflictos de intereses entre asegurador y asegurado, es el motivo por el que la *Directiva 73/239/CEE* aplazó para un momento posterior la coordinación de determinados ramos, entre ellos el SDJ, y por eso, los trabajos de elaboración de la que

³⁴⁵ Los artículos 6 y 7 de la Directiva 73/239/CEE del Consejo establecen que “*El acceso a la actividad de seguro directo estará supeditado a la concesión de una autorización administrativa previa*”, y en concreto, los párrafos 1 y 2 del artículo 7 que “*1. La autorización será válida en toda la Comunidad. Permitirá a la empresa ejercer en ella actividades, en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios. 2. La autorización se concederá por ramos. Abarcará el ramo completo, salvo que el solicitante sólo desee cubrir una parte de los riesgos correspondientes a dicho ramo, tal como se detallan en el punto A del Anexo.*”

La Directiva 73/240/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, suprime en materia del seguro directo distinto del seguro de vida, las restricciones a la libertad de establecimiento.

³⁴⁶ Artículo 7, párr. 2 letra c) de la Directiva 73/239/CEE.

posteriormente sería la *Directiva 87/344/CEE*, terminaron centrándose en la búsqueda de soluciones a dicho problema³⁴⁷.

En la referida 1ª Directiva Daños, el SDJ se establece en el ramo 17, y el Anexo C, párrafo 2º prevé que aunque los riesgos comprendidos en los ramos 14, 15 y 17 contemplados en el punto A no podrán ser considerados accesorios de otros ramos, el riesgo comprendido en el ramo 17 (seguro de defensa jurídica) sí podrá ser considerado como riesgo accesorio del ramo 18 (asistencia) cuando se cumplan las condiciones mencionadas en el párrafo primero y el riesgo principal sólo se refiera a la asistencia facilitada a las personas en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias del domicilio o del lugar de residencia permanente.

El meritado párrafo 1º del Anexo C prevé la posibilidad de que la empresa que obtenga una autorización para un riesgo principal perteneciente a un ramo o a un grupo de ramos podrá asimismo cubrir los riesgos comprendidos en otro ramo sin necesidad de obtener autorización para los mismos, cuando éstos:

- estén vinculados al riesgo principal,
- se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal, y
- estén cubiertos por el contrato que cubra el riesgo principal.

La redacción original de la Directiva preveía que no obstante, los riesgos comprendidos en los ramos 14 (crédito) y 15 (caución) contemplados en el punto A) –nada decía sobre el 17 de defensa jurídica- no podían ser considerados accesorios de otros ramos. Este segundo párrafo sería posteriormente modificado por la *Directiva 87/344/CEE*, incorporando las previsiones relativas a la tipología de seguro objeto de estudio.

En España, la Orden de 23 de octubre de 1982, por la que se regulaba el ramo de Defensa Jurídica incluía una regulación específica para el SDJ, si bien, como un ramo específico. El artículo 6 de la misma, regulaba los requisitos de operatividad en riesgos

³⁴⁷ En efecto, durante los trabajos preparatorios y debates suscitados en el Parlamento europeo y en el Consejo Económico y Social, se enfrentaron dos concepciones políticas, en cuanto a los objetivos que debía perseguir la Directiva. Para algunos –la Comisión y la mayor parte de los estados miembros, en especial Reino Unido- el objetivo esencial era la liberalización, la supresión de todo obstáculo que impidiera la realización de la libertad de establecimiento: los problemas específicos del ramo del SDJ debían quedar al margen de la coordinación. Para otros –los consumidores, los abogados, y una minoría de estados, en especial Alemania- era necesario poner el acento en la protección de los asegurados. Finalmente la Directiva optó por una posición intermedia. OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 91.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

de Defensa Jurídica para Entidades no inscritas en el ramo, y así establecía que: *“Las Entidades aseguradoras autorizadas para operar en ramos de seguros cuyo riesgo principal sea el de responsabilidad civil podrán ofrecer a sus asegurados la cobertura del riesgo de Defensa Jurídica con carácter accesorio, sin que sea necesaria su inscripción en este último ramo, siempre que las pólizas, bases técnicas y tarifas en las que se contemple aquella cobertura hayan sido presentadas a la Dirección General de Seguros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes y se cumplan los requisitos establecidos en los artículos segundo, tercero, cuarto y quinto de esta Orden”*.

Es decir, para los aseguradores multirramos parece una figura accesorio del seguro de RC. Eso sí, la cobertura de defensa jurídica, debía figurar en capítulo independiente y con prima diferenciada.

La *Directiva 87/344/CEE del Consejo*³⁴⁸, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, es la primera regulación europea sobre el seguro que nos ocupa.

Desde los propios Considerandos previos y el artículo 1, se refleja la preocupación del texto por proteger a los asegurados del surgimiento de cualquier eventual conflicto de intereses entre asegurador y asegurado. A este respecto, debe recordarse que la postura alemana³⁴⁹ sostenía la exigencia de un sistema de especialización obligatoria para el ramo de defensa jurídica, en un intento por evitar la posibilidad de tal conflicto.

Sin embargo, la Directiva opta por otra solución, entendiendo que el objetivo de proteger a los asegurados puede conseguirse a través otras vías. Por un lado, la garantía de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato separado del establecido para los restantes ramos o bien de un capítulo aparte de una póliza única (artículo 3.1 de la misma). Por otro lado, y a mayor abundamiento, las empresas de seguros estarían obligadas a elegir una de las posibilidades siguientes (artículo 3.2):

³⁴⁸ Se reitera que queda derogada a partir del 1 de noviembre de 2012 por la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II).

³⁴⁹ El Considerando octavo de la Directiva parece justificar la consideración de la postura alemana, para justificar que existen otros modos alternativos para proteger a los asegurados, al señalar: “el sistema de especialización obligatoria practicado en la actualidad en un único Estado, miembro la República Federal de Alemania, evita la gran mayoría de los conflictos; que, sin embargo, no parece necesario, para obtener tal resultado, extender dicho sistema a toda la Comunidad, obligando a escindirse a las empresas multirramo”.

- a) establecer un servicio separado para llevar la gestión del seguro de defensa jurídica,
- b) confiar la gestión de los siniestros del ramo de defensa jurídica a una empresa jurídicamente distinta, o
- c) reconocer al asegurado el derecho a confiar la defensa de sus intereses a un abogado de su elección desde el momento en que tenga derecho a reclamar la intervención del asegurador de conformidad con la póliza, se trataría de un sistema de delegación inmediata de la gestión de los siniestros al abogado elegido por el propio asegurado.

Este apartado 2 del artículo 3 está destinado a las aseguradoras multirramo, ofreciéndoles tres soluciones alternativas a la especialización para poder prestar cobertura de defensa jurídica; por ello, la referencia expresa a la especialización del apartado a) parece no ir en sintonía con el propósito del precepto, claramente inspirado por ofrecer otras posibilidades a la diferenciación y separación empresarial.

En todo caso, no debe confundirse, aunque puedan responder a una inquietud similar, esta opción organizativa de la entidad aseguradora, con el derecho a la libre elección de abogado que se recoge en el artículo 4 párrafo 1 apartado b) de la Directiva, como previsión incondicional e ineludible de todo contrato de defensa jurídica, o de la obligación de informar de tal posibilidad al asegurado –por parte del asegurador o la entidad de liquidación de siniestros- cuando surja un conflicto de intereses, o simplemente se dé desacuerdo en relación con la solución de un litigio³⁵⁰ (artículo 7 de la Directiva).

El tenor del artículo 9 en relación con el régimen de autorizaciones para operar en el ramo, supone la necesidad de autorización expresa para operar en el SDJ, excluyendo de este ramo los riesgos accesorios, pero además, modifica el párrafo segundo del punto C del Anexo de la Directiva 73/239/CEE referido en el epígrafe precedente, y en su lugar,

³⁵⁰ La versión inglesa de la Directiva, utiliza el término “dispute” que nos parece más acertado que “litigio”, por cuanto litigio hace referencia a las partes en un proceso judicial, y en realidad, la disparidad de opinión o el desacuerdo entre aseguradora y asegurado puede surgir perfectamente en una fase prejudicial, que sí quedaría englobado en “dispute” y que sería realmente coherente con el espíritu de la Directiva, y con la delimitación de la obligación del asegurador que hace el artículo 2 de esta norma. Así, este artículo 2 hace referencia a los gastos de procedimiento judicial, pero también a otros servicios en procedimientos administrativos o de otra naturaleza, incluso para recuperar de forma amistosa el daño sufrido por el asegurado.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

introduce una referencia al SDJ. Así, se señala que no podrá ser considerado accesorio de otros ramos, pero introduce dos excepciones.

La primera de ellas, vinculando el ramo de defensa jurídica (el 17) con el de asistencia (el 18), estableciendo la posibilidad de que el SDJ pueda ser considerado como accesorio del ramo 18 cuando se cumplan las condiciones del párrafo primero (recordemos, que estén vinculados al riesgo principal, se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal, y estén cubiertos por el contrato que cubra el riesgo principal), con un requisito adicional, y es que el riesgo principal sólo se puede referir a la asistencia facilitada a las personas en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias del domicilio o del lugar de residencia permanente.

Asimismo, en segundo lugar, introduce un párrafo in fine que tiene gran repercusión en el ámbito de este trabajo, ya que se prevé que además pueda ser **riesgo accesorio**, *“cuando se refiera a litigios o riesgos que resulten de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización.”*

No obstante, este párrafo tiene su sentido para otra excepción, que es la accesoriedad del ramo 17 con respecto al ramo 6, a saber, los riesgos sobre vehículos marítimos lacustres y fluviales, y ello, porque pese a estar excluido expresamente del marco de la *Directiva 87/344/CEE*³⁵¹, la citada norma comunitaria evita dejar espacios abiertos sin regulación y para ello contempla esta posibilidad. Y entendemos que se da esta posibilidad no tanto como seguro autónomo e independiente, sino como cobertura³⁵².

Tras la incorporación de España en la entonces Comunidad Europea, mediante Orden Ministerial de 7 de septiembre de 1987, se desarrollan tanto la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado, como el Reglamento aprobado por Real

³⁵¹ Tal exclusión del ámbito de la Directiva de los litigios o riesgos resultantes de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización, se ubica sistemáticamente en el primer guión del párrafo 2 del artículo 2 de la misma. Del mismo modo, también se excluyen de su ámbito de aplicación: “la actividad ejercida por el asegurador de la *responsabilidad civil* para la defensa o la representación de su asegurado en cualquier procedimiento judicial o administrativo, en la medida en que dicha actividad se ejerza el mismo tiempo en su interés con arreglo a dicha cobertura; y si un Estado miembro lo desea, a la actividad de defensa jurídica realizada por el *asegurador de la asistencia cuando tal actividad se ejerza en un Estado distinto* al de residencia habitual del asegurado y cuando esté estipulada en un contrato que sólo se refiera a la asistencia facilitada las personas en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias del domicilio o del lugar de residencia permanente. En este caso, el contrato deberá indicar de forma clara que la cobertura en cuestión se limita a las circunstancias contempladas en la frase precedente y que es accesoria a la asistencia”.

³⁵² GARCIA GONZALEZ, C., *Origen, situación actual ...*, cit., p. 99.

Decreto 1348/1985, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación del seguro privado. Así, se adopta la categorización de los ramos recogidos en el párrafo 2 del punto C del Anexo de la *Directiva 72/239/CEE*³⁵³. En lo tocante a lo que afecta en la clasificación como ramo al SDF, no sufrió alteraciones dado que ya se venía contemplando como ramo número 17 desde el año 1982, puesto que el RD 1348/85 declaró vigente el tenor recogido en el artículo 6.2 de la Orden de 29 de julio de 1982³⁵⁴ por la que se clasificaban los ramos de seguros, y desarrollado mediante Resolución de 12 de noviembre de 1982 de la Dirección General de Seguros.

El avance en la coordinación de la actividad aseguradora en el espacio europeo continúa con la *Segunda Directiva 88/357/CEE*³⁵⁵ del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la **libre prestación de servicios** y por la que se modifica la *Directiva 73/239/CEE*, conocida como Segunda Directiva Daños.

Así, la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el derecho español a la *Directiva 88/357/CEE*, sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, en su título no hace mención de la adaptación a la *Directiva 87/344/CEE* (sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica), lo cual es un error formal grave³⁵⁶.

³⁵³ Se trata de la Primera Directiva (73/239/CEE) del consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio (DO L 228 de 16.08.1973, p. 3). Directiva modificada por última vez por la Directiva 95/26/CE (DO L 168 de 18.7.1995, p. 7).

³⁵⁴ La Defensa Jurídica figuraba como ramo 17, y se señalaba: " Comprende la asistencia jurídica en general".

³⁵⁵ La presente directiva queda derogada a partir del 1 de noviembre de 2012, por la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II).

³⁵⁶ GARCIA GONZALEZ, C., *Origen, situación actual ...*, cit., pp. 58-60.

II.3.2. Incorporación de las normas de Solvencia II

La normativa actual de la actividad aseguradora, tiene dos marcos legislativos fundamentales: el europeo con la Directiva Solvencia II³⁵⁷ y el nacional a través del RD-L 6/2004, sin olvidarnos claro está, de la norma que ha traspuesto al ordenamiento nacional tal Directiva, esto es, la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), publicada en el BOE 168 en el BOE núm. 168 el 15 de julio de 2015, y con reciente entrada en vigor: el 1 de enero de 2016³⁵⁸.

La ya famosa Solvencia II, surge con una primera vocación de refundir la dispersa normativa comunitaria en materia de ejercicio de actividad aseguradora:

- Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973;
- la Directiva 78/473/CEE del Consejo, de 30 de mayo de 1978, sobre coaseguro comunitario;
- la Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987;
- la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988;
- la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida);
- la Directiva 98/78/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 1998, relativa a la supervisión adicional de los grupos empresariales en materia de seguros;
- la Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros;
- la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, y,

³⁵⁷ Las modificaciones y correcciones sucesivas a la Directiva 2009/138/CE se han incorporado al texto básico: Directiva 2011/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011; Directiva 2012/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2012; Directiva 2013/58/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, y Directiva 2014/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.

³⁵⁸ El contenido del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, ha sido recientemente derogado por la disposición derogatoria de Ley 20/2015, de 14 de julio, a excepción de los artículos 9, 10 y 24 por lo que se refiere a las mutuas, mutualidades de previsión social y cooperativas de seguros, y las disposiciones adicionales sexta y séptima.

- la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro.

Pero a mayor abundamiento de ese notable ejercicio de armonización normativa, que pretende facilitar el acceso y ejercicio de la actividad aseguradora y reaseguradora en la Unión Europea, de manera que cuando se obtiene la autorización previa del supervisor de su país, esta tiene validez en todo el territorio de la UE (artículos 14 y 15), la Directiva Solvencia II articula una concepción de la solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras basada en tres pilares que se refuerzan mutuamente.

El primero, constituido por reglas uniformes sobre **requerimientos de capital** determinados en función de los riesgos asumidos por las entidades, en consonancia con los desarrollos alcanzados en materia de gestión de riesgos y con la evolución reciente en otros sectores financieros. El segundo de los pilares está integrado por un nuevo sistema de supervisión con el objetivo de fomentar la mejora de la gestión interna de los riesgos por las entidades. El tercero se refiere a las exigencias de información y transparencia hacia el mercado sobre los aspectos clave de los riesgos asumidos por las entidades y su forma de gestión.

En esencia³⁵⁹:

1. *Exigencia de recursos financieros propios (requisitos cuantitativos)*, consistente en que las empresas de seguros deben tener capital en relación con sus perfiles de riesgo para garantizar que tienen suficientes recursos para superar las dificultades financieras que puedan producirse. Deben por ende, cumplir los requisitos de capital siguientes, ya que en caso contrario, el supervisor debe actuar: i) capital mínimo obligatorio (CMO): nivel mínimo de capital por debajo del cual los tomadores de seguros estarían expuestos a un elevado nivel de riesgo; y ii) capital de solvencia obligatorio (CSO): capital que una empresa de seguros necesita en los casos que debe absorber pérdidas significativas. Su importe se calcula teniendo en cuenta distintos riesgos.
2. *Sumisión a procesos de supervisión (requerimientos cualitativos)*. La legislación establece un «proceso de revisión supervisora», que permite que los supervisores revisen y evalúen el cumplimiento de las normas por parte de las empresas de

³⁵⁹ Vid. Preámbulo de la LOSSEAR.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

seguros. El objetivo es ayudar a los supervisores a identificar las empresas que pueden llegar a estar en dificultades.

Se prevé la figura del Supervisor de grupo (artículos 213 y 214), de manera que cada grupo de seguros -empresa con entidades que prestan servicios en uno o varios países europeos- debe tener un supervisor de grupo, en cual tiene responsabilidades concretas en estrecha colaboración con los supervisores nacionales implicados.

3. *Disciplina de mercado (información y transparencia)*. Las empresas de seguros deben establecer un sistema de gobernanza adecuado y transparente con un claro reparto de responsabilidades, así como capacidad administrativa para abordar distintas cuestiones, como la gestión de riesgos, el cumplimiento de la legislación o la auditoría interna.

Precisamente se establece la obligación de realizar periódicamente una evaluación interna de los riesgos y de la solvencia, para detectar necesidades de solvencia según sus perfiles de riesgo, así como verificar el cumplimiento de los requisitos de recursos financieros.

Este tercer pilar de Solvencia II se asienta en el autocontrol ejercido por las propias entidades y la supervisión preventiva, dentro de los requisitos tanto para el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro, como para su ejercicio. A través de la promoción de una mejor información, se incentiva la eficiencia y una mayor competitividad en los precios, al tomar decisiones basadas en un mejor conocimiento.³⁶⁰

En la normativa aplicable al SDJ se prevé que el capital social mínimo de las sociedades anónimas y cooperativas de seguros para operar en el ramo de defensa jurídica será de 2.103.000 euros (artículo 33.1.b) de la Ley 20/2015, de 14 de julio). Además, las mutualidades de previsión social en la previsión de riesgos sobre las personas, podrán cubrir entre otras contingencias la defensa jurídica (artículo 44.1 del mismo texto legal)

³⁶⁰ Cfr. PEÑAS MOYANO, M.J., "Transparencia informativa y seguro. La importancia de la información en el sector asegurador", en BATALLER GRAU, J., QUINTANS EIRAS, M.R., VEIGA COPO, A., *La reforma del Derecho de Seguro*, Ed. Thomson Reuters, 2015, pp. 277-278.

con los límites cuantitativos que en tal precepto se recogen (30.000 euros como renta anual o su equivalente actuarial como percepción única de capital), o podrán prescindir de ellos, si obtienen la previa autorización administrativa (artículo 45.1)³⁶¹.

Tal y como preveía el derogado artículo 5 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, ahora artículo 22 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, las entidades aseguradoras que quieran operar en el ramo 17 de defensa jurídica, como quiera que está sometido a autorización administrativa, deberá presentar y atenerse a un Programa de

Actividades. Este programa de actividades “*es el documento que recoge el plan estratégico del proyecto empresarial y deberá contener indicaciones o justificaciones completas y adecuadas relativas a todos aquellos requisitos, previsiones, estimaciones y condiciones o políticas que se determinen reglamentariamente*”³⁶², lo que en el ámbito del SDJ supondrá consignar en qué régimen de gestión operará el asegurador, teniendo esta obligación tanto los aseguradores especializados como los multirramos.

Finalmente, debe resaltarse que el Anexo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, en relación con el ramo 17 de defensa jurídica recoge expresamente y en idénticos términos las tres posibles modalidades de gestión de las entidades aseguradoras que recogía la *Directiva 87/344/CEE* del Consejo, así como, la posible accesoriadad del ramo respecto al 18 de asistencia, o del ramo 6 (vehículos marítimos, lacustres y fluviales), cuando se refiera a litigios o riesgos que resulten de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización.

III.- LA “MARITIMIDAD DEL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA.

El seguro marítimo es aquel que cubre al asegurado frente a los daños producidos por los riesgos de la navegación marítima. Se trata pues de un seguro de daños.³⁶³ Partiendo del concepto que nos proporcionan los artículos 1 y 54 de la Ley de Contrato de Seguro,

³⁶¹ La Disposición transitoria quinta de la Ley 20/2015, de 14 de julio, prevé una excepción a los límites de prestaciones en forma de capital con carácter indefinido, entre otros para el SDJ. Esta excepción sólo será aplicable, para aquellas mutualidades de previsión social autorizadas con anterioridad al 1 de enero de 2016, que, sin tener autorización para ampliación de prestaciones, vinieran realizando operaciones de seguro de defensa jurídica (entre otros).

³⁶² Artículo 32 de la Ley 20/2015, de 14 de julio.

³⁶³ Cfr. BATALLER GRAU, J., LATORRE CHINER, N., OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los Seguros Privados*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 310.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

esta definición se puede completar estableciendo que es el contrato mediante el que una persona, *el asegurador*, se obliga, a cambio de una prima, a indemnizar a otra, *el asegurado*, dentro de los límites legales y los pactados, los perjuicios patrimoniales que sufra el medio de transporte u otros objetos asegurados, con ocasión de un viaje marítimo (buque, cosas transportadas, flete, beneficio esperado... etc.).

En este punto debemos señalar que el seguro marítimo actual se extiende también a las fases terrestres anteriores y posteriores, que se hallan en conexión directa con el fenómeno de la navegación y en concreto con cada viaje, lo cual se ha venido denominando de *almacén a almacén* [*warehouse to warehouse*]³⁶⁴.

Como se verá, son una clase de seguros cuya función es estrictamente indemnizatoria, la de reparar el daño patrimonial sufrido por una persona en sus estrictos alcances y contenidos, sin que en ningún momento pueda convertirse el contrato en fuente de lucro para el asegurado, de forma que se encuentre en mejor situación patrimonial después del siniestro que antes de él (artículo 26 de la Ley del Contrato de Seguro). Como en todo seguro de daños, el ordenamiento jurídico salvaguarda la función indemnizatoria estricta del contrato elevándola a la categoría de causa contractual y protegiéndola mediante una serie de normas tendentes a evitar el siniestro autoprovocado.³⁶⁵

Se trata en consecuencia como cualquier contrato de seguro de daños de un contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, de tracto sucesivo, aleatorio y de buena fe. Sin embargo, al tratarse de riesgos propios de la navegación marítima existen ciertas notas que lo individualizan y que tendrán importantes repercusiones prácticas en la formalización e interpretación de las cláusulas que en el mismo se incluyan.

El interés asegurable reviste a estos efectos una trascendencia vital, porque permite determinar la “maritimidad” del seguro, pues un seguro marítimo, para que lo sea, puede, pero también tiene que estar expuesto “*a los riesgos de la navegación marítima*”; aunque esta previsión del art. 408 de la LNM, en realidad contiene una

³⁶⁴ Cita de MENENDEZ MENENDEZ, A. “La cláusula de almacén a almacén en el seguro marítimo español”, *R.D.M. nº 101, Vol. XLII*, Madrid, julio- septiembre 1966, pp. 23 y ss., RODRIGUEZ CARRIÓN, J.L., *Derecho de la Navegación. Volumen 5: Los seguros marítimos y aéreos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 25.

³⁶⁵ GABALDÓN GARCÍA, J.L., RUIZ SOROA, J.M., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 854-855.

manifestación más que sobre el interés, sobre el riesgo³⁶⁶, sin poner ningún tipo de límite al tipo de intereses que pueden ser asegurados por un seguro marítimo, y que por ende, podrán ser aquellos que subyacen en un SDJ.

III.1.- Punto de partida: principales elementos diferenciadores del seguro marítimo

A la hora de analizar el seguro marítimo de defensa jurídica, el ámbito de la navegación va a condicionar en gran medida los caracteres del mismo. No puede perderse de vista que el sector de la navegación hasta 2014 que se aprueba la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, era tratado como una parte del derecho mercantil, regulado en Libro III del Código de Comercio de 1885.

FARIÑA³⁶⁷ señala que el derecho marítimo es el “derecho del mar”, el “derecho relativo a la navegación”, la “rama jurídica que trata de las relaciones e instituciones a que da lugar la utilización del mar y de la navegación”, pero no se trata simplemente de flotar, como puede hacerlo una boya en el agua, sino que será preciso, para que exista navegación, que el objeto sea gobernado de uno u otro modo, y cuente con algún tipo de dirección. GABALDÓN lo define como “*el conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones y situaciones nacidas con ocasión de la navegación por el mar*”.³⁶⁸

Con gran acierto ARROYO³⁶⁹ expresa que la “sustitución de la expresión Derecho Marítimo por Derecho de la Navegación significa autonomía sustancial, esto es, la existencia de un conjunto de normas de naturaleza especial que crean, por tanto, un Derecho especial, dotado de unos principios generales capaces de sistematizar y dar coherencia interna a la materia que regula”.

³⁶⁶ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., “El régimen del seguro marítimo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima”, *RES*, Nº 125, 2006, pp. 112-113. En cualquier caso, ha de valorarse muy positivamente, la sustitución del término “ineficacia” del art. 475 del A.L.G.N.M., por la sanción de “nulidad” que contiene el art. 408 de la LNM, para aquellos supuestos de inexistencia del interés.

³⁶⁷ FARIÑA GUITIÁN, F., *Derecho Comercial Marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, e *idem*, *Derecho y Legislación Marítima*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.

³⁶⁸ GABALDÓN GARCÍA, J.L., RUIZ SOROA, J.M, *Manual de...*, cit., p. 2.

³⁶⁹ ARROYO, I, “El Derecho Marítimo. Derecho especial o derecho de especialización”, *A.D.M.*, Bilbao, 1996. p. 17.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

El ambiente en que se desenvuelve la navegación es distinto del ambiente en que se desarrollan otras actividades del ser humano, con excepción de la aeronáutica. En alta mar, rige el principio de libertad de los mares, que consiste en la facultad de todos los hombres y los Estados para usar los espacios marítimos y oceánicos del mundo, no sujetos a la competencia territorial legítima de Estado alguno, donde la nota de la jurisdicción está dada por el reconocimiento por parte de los Estados de la sujeción de los buques de los demás a la legislación y jurisdicción de su bandera.

Y es que, el valor del mar no se restringe a la marina mercante (tráfico internacional, cabotaje nacional e internacional, tráfico fluvial y lacustre, puertos, industria naval...etc.), ya que los *intereses marítimos* comprenden asimismo, la acción política a nivel continental e internacional, y el aprovechamiento de los recursos del mar (pesca, energía, turismo... etc.). Además, los fenómenos económicos en general, no pueden ser considerados al margen del transporte, ya que el proceso de producción está precedido por él, en cuanto se refiere al movimiento de materias primas, y le sucede la distribución de productos manufacturados, y en ello, resulta evidente el importante papel que juega el transporte vía navegación.

Ya a finales del siglo XIX se había creado el sistema conferencial (Conferencias Marítimas³⁷⁰) para mitigar la competencia entre armadores, y aunque su efecto ha sido positivo, no ha eliminado la pugna mantenida en el mar por Estados y empresarios para lograr posiciones de más poder y mejor posición competitiva. Esta institución ha ido perdiendo peso progresivo, sobre todo por la problemática suscitada sobre si la vulneración de la libre competencia que suponen, vendría justificada o no por su contribución a mejorar la producción o distribución de mercancías o a promover el progreso técnico o económico. En todo caso, en la Unión Europea la cuestión parece

³⁷⁰ Las Conferencias Marítimas (o de fletes) vienen definidas en el Capítulo 1, Primera parte, primera definición del texto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo sobre un Código De Conducta de las Conferencias Marítimas, celebrada en Ginebra en 1973 (primera parte) y 1974 (segunda parte), como “*Un grupo constituido por dos o más empresas porteadoras navieras que prestan servicios regulares de transporte internacional de carga en una ruta particular o unas rutas particulares dentro de determinados límites geográficos y que han concertado un acuerdo o arreglo, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de cuyo marco actúan ateniéndose a unos fletes uniformes o comunes y a cualesquiera otras condiciones convenidas en lo que respecta a la prestación de servicios regulares*”.

haberse resuelto formalmente en contra de la exención que las autorizaba,³⁷¹ aunque a nivel extracomunitario sigue vigente el Convenio UNCTAD sobre Código de Conducta de las Conferencias de fletes, de 1974, que –entre otras cosas- contiene un sistema propio de arreglo extrajudicial de controversias, (arts. 23 y ss) en el que se insta a la conciliación, riesgo asegurable bajo la cobertura de un SMDJ.

A lo largo del pasado siglo XX se ha producido una caída vertiginosa en los costos del transporte marítimo, lo que se ha debido principalmente al mayor tamaño de los buques, al aumento de su velocidad, a la mayor eficiencia de las unidades propulsoras, y a la reducción del número de tripulantes a bordo por cada tonelada de registro.

La segunda mitad del siglo XX nos muestra varias notas significativas³⁷² del desarrollo de la navegación:

- i. El desarrollo de marinas mercantes propias por parte de países que tradicionalmente no participaban en el transporte de su comercio exterior.
- ii. La intervención de algunos Estados en la regulación del transporte marítimo, procurando reservar para sus marinas mercantes una parte importante del tráfico, u otorgando ayudas para su operación y/o industria naval.
- iii. La reestructuración de los tráficos, buscando los armadores y operadores de líneas regulares la rentabilidad de sus empresas a través del control y el orden de este tipo de tráfico.

³⁷¹ ESTEPA MONTERO, M., “Las Conferencias Marítimas en el ámbito de la Unión Europea: el final de una exención a la libre competencia”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII (2010), 59-82/ ISSN: 1133-3677.

La Unión Europea mediante el Reglamento (CE) n° 1490/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, deroga el Reglamento (CEE) n° 954/79 del Consejo relativo a la ratificación por los Estados miembros del Convenio de las Naciones Unidas relativo a un código de conducta para las conferencias marítimas, o a la adhesión de dichos Estados al Convenio Texto pertinente a efectos del EEE. En su Considerando (4) prevé que “*al término del período transitorio establecido en el artículo 1, párrafo segundo, del Reglamento (CE) no 1419/2006, la prohibición estipulada en el artículo 81, apartado 1, del Tratado se aplicará a los servicios de transporte marítimo regulares y, en consecuencia, las conferencias marítimas ya no estarán autorizadas a operar en el tráfico con origen o destino en puertos de los Estados miembros*”.

A este respecto, conviene señalar la paradoja que supone el hecho, de que las Conferencias Marítimas se encuentren presentes en todas las líneas marítimas importantes del mundo y sus integrantes compitan con los consorcios y con las compañías independientes, sobre todo en materia de precios, dada la pérdida de peso de las conferencias; y al mismo tiempo, apenas exista competencia en materia de precios, en cuanto a recargos y gastos complementarios, lo que constituye la parte de contraprestación específica y propia de dichas conferencias.

³⁷² GONZALEZ LEBRERO, R.A., cit., pp. 28-29, 33, 43-44, 49, 51, 73, 82-83.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

- iv. La renovación y expansión de las marinas mercantes de los países de Europa del este.
- v. La política de entendimiento entre los transportistas marítimos y los cargadores y receptores de la carga. Paralelamente, se aumentan los costes operativos y portuarios por la intervención de mayor número de agentes intervinientes (estibadores, consignatarios...), por lo que se produce la necesidad de reducir los tiempos de espera y estancia en los puertos.
- vi. Aumento de valor de los buques, con la consecuente necesidad de reducir costes de explotación y tiempo en los viajes. En este aspecto puede destacarse la aparición en escena de grandes buques porta- contenedores.
- vii. Declive de las Conferencias Marítimas, y surgimiento de acuerdos de cooperación, consorcios y acuerdos entre las grandes empresas de transporte marítimo.
- viii. Desarrollo y auge del transporte aéreo, que cada vez va teniendo mayor participación en el transporte de mercancías, y sobre todo de pasajeros, cuyo transporte por mar es prácticamente anecdótico.

Una de las características más condicionadoras del seguro marítimo radica en que la normativa de la actividad de la navegación, responde a una marcada tendencia a su uniformidad internacional, por cuanto se ve forzada a abordar y regular hechos y actos que originan conflictos y enfrentamientos de intereses que exceden del ámbito nacional.

En consecuencia, esta mencionada tendencia a la unificación del derecho de la navegación es sobre todo, el fruto de una necesidad, ya que el mar lo surcan buques de distintas banderas, que llevan a bordo personas de distintas nacionalidades, que transportan mercancías a distintos países, ejecutando contratos concertados en diferentes lugares y cuyo cumplimiento también puede o suele ser deslocalizado, por lo que cualquier conflicto va a complicarse todavía más si no existen criterios uniformes para interpretarlo y resolverlo. Precisamente los clásicos procedimientos para la unificación han sido cuatro: la adopción de usos internacionales, la aprobación de convenios internacionales, la aceptación por todos o gran parte de países de una ley interna idéntica, y los acuerdos entre Estados.

Precisamente todo lo expuesto permite visualizar el panorama contextual en el que el seguro marítimo debe desarrollarse, y de algún modo entender las razones o realidades que han motivado ya no sólo su regulación específica y separada, sino y sobre todo, el hecho de que concurran los elementos diferenciadores que se analizarán a lo largo de este capítulo, y que van a influir en gran medida la cobertura de defensa jurídica en este ámbito.

III.1.1.El Principio de universalidad de riesgos

La primera aproximación al seguro marítimo o de la navegación, llama su atención desde el punto de vista de su delimitación objetiva. Así, mientras si se acude a los seguros terrestres o a la propia LCS su propia nomenclatura viene dada como seguro de incendios, contra el robo, de transportes terrestres, de lucro cesante, caución, crédito, responsabilidad civil, defensa jurídica ... etc., en el seguro marítimo, no existe un riesgo determinado y concreto al que se refiera la póliza, sino que se aseguran los intereses contra los riesgos que se amenazan durante su transporte marítimo, es decir, contra los riesgos de la navegación. Es por tanto un riesgo complejo y no individualizable per se, sino que incluye todas las posibilidades de que el interés asegurado sufra un daño durante su viaje por mar y fases terrestres vinculadas³⁷³. Es un seguro contra una universalidad de riesgos.

A pesar de que un sector de la doctrina mercantilista, entre los que destaca GARRIGUES³⁷⁴, ha puesto en duda que el principio de universalidad de riesgos siga realmente vigente en la práctica, lo cierto es que aunque, efectivamente cada vez se comercializan pólizas más concretas, que cubren riesgos determinados, o incluso un solo riesgo; otro sector doctrinal, absolutamente autorizado, entre los que destaca RUIZ SOROA, entiende que ello no afecta al principio básico, ya que, el seguro marítimo pese a todo, define su ámbito de cobertura por relación aun riesgo complejo, y por tanto, si las pólizas quieren limitar tal cobertura deben efectuarlo mediante exclusiones expresas de los riesgos que no desean cubrir. Las pólizas marítimas operan por exclusión, no por adición como las terrestres³⁷⁵.

³⁷³ URIA GONZÁLEZ, R., *El seguro marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1940, p. 100.

³⁷⁴ GARRIGUES, J., *El contrato de...*, cit., p. 297.

³⁷⁵ RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo...*, cit., pp. 83-84.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

El principio de la universalidad de riesgos tenía su clara plasmación en los textos normativos en el actualmente derogado apartado 14º del artículo 755 C.Com que se refería a: “*cualesquiera otros accidentes o riesgos del mar*”, pero incluso el apartado 8º del artículo 743 del mismo C.Com preveía como cláusula de cierre general para delimitar los posibles objetos del seguro marítimo: “*Todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de navegación cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada*”³⁷⁶.

Esta misma fórmula emplea el artículo 409 LNM, que para enumerar los intereses asegurables, recoge en el apartado e) “*cualesquiera otros intereses patrimoniales legítimos expuestos a los riesgos de la navegación marítima*”.

La redacción del artículo 417 LNM³⁷⁷, (en concreto, la previsión de que la indemnización al asegurado vendrá condicionada y determinada por los términos fijados en el contrato), pudiera plantear la duda de si el legislador ha querido optar por una cierta tendencia a la individualización o la concreción de los riesgos marítimos. Parece razonable mantener que la meritada precisión, valorada en el conjunto del Título VIII de la LNM que regula el contrato de seguro marítimo, no debe entenderse desde la exclusión del principio de universalidad del riesgo en la nueva regulación³⁷⁸, sino que se trata simplemente, de un reflejo de su propio carácter dispositivo, en un seguro donde la autonomía de la voluntad y la capacidad negociadora de las partes, es fundamental³⁷⁹.

No debe perderse de vista, que la generalización de la práctica aseguradora ha de conllevar necesariamente, la estandarización de sus pólizas y sus cláusulas, la clasificación de riesgos (casco, carga y responsabilidad), en orden a facilitar su interpretación y conocimiento por las partes contratantes, lo que finalmente redundará en una mayor seguridad jurídica para el tráfico mercantil.

³⁷⁶ SANCHEZ CALERO, F. y TAPIA HERMIDA, J., “El contrato de ...”, en GARCÍA - PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., *Estudios de Derecho Marítimo*, cit., p. 960.

³⁷⁷ El tenor literal del precepto señala: “El asegurador indemnizará al asegurado, en los términos fijados en el contrato, por los daños que sufra el interés asegurado como consecuencia de los riesgos de la navegación”.

³⁷⁸ A pesar de la redacción de la LNM, en la práctica del seguro marítimo, el principio general sigue siendo el de la “universalidad del riesgo” frente al de “especialidad o determinación del riesgo” propio del seguro terrestre. Si bien en todo caso, serán los términos contractualmente fijados, los que delimiten la obligación indemnizatoria del asegurador, es decir, la garantía aseguradora o cobertura de los intereses asegurados. FERNÁNDEZ QUIRÓS, T. y LÓPEZ QUIROGA, J., “El contrato de seguro marítimo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima”, *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento/número extraordinario*, 2006, p. 121.

[URL: www.uria.com/documentos/publicaciones/1628/documento/art08.pdf?id=2154].

³⁷⁹ Vid. Apartado 4 de este Capítulo.

En el Derecho inglés, y por extensión, en otros ordenamientos de origen anglosajón, la expresión “peligros del mar” (*perils of the seas*) difiere por ser más restrictiva respecto de la continental. Puesto que esta concepción es la que se halla en la base de las Cláusulas del Instituto de Londres, y originariamente provenía de las previsiones de la Póliza S.G.³⁸⁰ que señalaba que los riesgos asegurados eran: “*Peligros de mar, guerra, fuego, enemigos, piratas, ladrones, echazones, cartas de marca y contramarca, sorpresas, apropiaciones en el mar, arrestos, restricciones y detenciones de cualquiera reyes, príncipes y pueblos de cualquier nación o condición, baratería del patrón y marineros y todos los demás peligros, pérdidas y desgracias que hayan causado o causen el daño (...)*”.

La jurisprudencia inglesa ha venido entendiendo que el término “perils of the seas” debía interpretarse en su estricto significado de “riesgos cuyo origen es el mar” y no en el de los riesgos que ocurren en el mar (“perils on the seas”), y en todo caso, la frase final de “*all other perils, losses, and misfortunes*” debía entenderse como peligros, pérdidas y desgracias del mismo género o similares a los mencionados específicamente en la póliza. Es por ello, que la práctica moderna ha necesitado incluir en los clausulados ingleses cláusulas de ampliación de riesgos para incorporar aquellos que no entrarían en el concepto estricto de “peligros de mar”, aunque evidentemente, sí caben en el concepto continental de “riesgos de la navegación”³⁸¹.

El principio de universalidad del riesgo no debe ser confundido por lo que comúnmente se conoce como “seguro todo riesgo”, ya que no se trata de incluir cualquier posibilidad de daño, sino que se refiere al riesgo complejo conexo o derivado de la navegación, es decir, en los momentos terrestres que preceden, interrumpen o subsiguen a la expedición

³⁸⁰ Esta Póliza antigua y difícilmente comprensible, fue introducida en Inglaterra alrededor de 1450 por comerciantes y aseguradores ingleses, en los últimos años del reinado de Enrique VI, aunque hay también quien afirma que proviene de una ordenanza florentina de 1523. La citada póliza fue revisada e incluida en el Anexo I de la Marine Insurance Act de 1906. La Póliza SG equivalía a las condiciones generales de un contrato de seguro. Nótese que esta póliza se utilizaba tanto para el seguro de cascos como el de facultades, conteniendo textos para ambos. No obstante podían asegurarse por separado el casco y las mercancías, imprimiendo para ello formularios distintos, en cada uno de los cuales se omitían los datos no aplicables. RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., *Estudios de...*, cit., pp. 13-15.

En la actualidad, el Anexo I de la Marine Insurance (FIRST SCHEDULE Form of Policy) sigue incluyendo la nomenclatura S.G.: “Lloyd’s S.G. policy”.

³⁸¹ Un ejemplo de estas cláusulas de ampliación de riesgos la hallamos en las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres, cuya cláusula 6ª de las que tienen por objeto CASCOS- POR TIEMPO, INSTITUTE TIME CLAUSES – HULLS, declara cubiertos los daños por explosiones en maquinaria, negligencia de la dotación, terremoto, choque con aeronaves y accidentes en carga/descarga entre otros. RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo...*, cit., pp. 86-87.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

marítima, incluso las estancias en varaderos o astilleros, los períodos de construcción del buque, o en el caso de mercancías, sus fases de estancia y manipulación en puerto, como veremos, en el caso concreto de nuestro objeto de estudio, las cláusulas Freight, Demurrage and Defence de los Clubs de Protección e Indemnización (cláusulas FD&D de los Clubs P&I), recogen como cobertura asegurada reclamaciones en fase de construcción del buque inscrito en el Club.

Lo expuesto se traslada a la práctica contractual en dos sentidos: en primer lugar, es preciso que para excluir de la cobertura un riesgo que con carácter general venga incluido en el riesgo marítimo, se haga un pacto expreso en ese sentido; pero a mayor abundamiento, ocurrido el siniestro, es el asegurador quien tiene que probar la concurrencia de alguna causa excluida por la póliza o la ley para escapar a su obligación indemnizatoria, ya que al asegurado le basta con demostrar la ocurrencia del siniestro, y su aparente conexión con la navegación para gozar de la presunción de cobertura que genera en su favor el principio de universalidad, aunque no pueda demostrar la causa exacta³⁸².

III.1.2- La incertidumbre subjetiva: “Riesgo putativo” y “Seguro sobre Buenas y Malas Noticias”.

Uno de los requisitos previos condicionantes de la validez del contrato de seguro, viene regido por el *principio de realidad del riesgo*, lo que significa que ha de tratarse de un riesgo futuro e incierto, sobre el que exista incertidumbre, ya que en caso de no existir, el contrato carecería de causa y sería nulo, tal y como ha sido proclamado por el artículo 4 LCS, que por su trascendencia transcribimos: *“El contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro.”*

La ausencia de riesgo puede resultar de hecho de que, en el momento de formalizar el contrato, el riesgo haya quedado totalmente descartado o realizado. Utilizando el ejemplo del transporte de mercancías, estas pudieron llegar a destino sin problema ni objeción alguna, o por el contrario, se perdieron durante el viaje; autorizar la validez del contrato favorecería el fraude y la estafa, por parte del asegurador, ya que se beneficiaría de las primas sin soportar ningún riesgo, y por parte del asegurado, que se

³⁸² RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo...*, cit., p. 85.

beneficiaría de la institución del seguro indebidamente, cuando ya ha visto desaparecer el objeto asegurado, debiendo tenerse en cuenta atendiendo a la literalidad del meritado artículo 4 LCS, al momento de la conclusión del contrato.

Sin embargo, esa excepción de los casos previstos por la Ley, está pensando en el seguro marítimo, figura en la que este principio quiebra en virtud del denominado “riesgo putativo” y del “seguro sobre buenas y malas noticias (cláusula inglesa *lost or not lost*)”. En ambos casos, se admite la validez del seguro contra riesgos puramente ficticios, recurriendo al procedimiento de suponer la existencia del riesgo, siempre eso sí, que las partes ignoren el hecho de su existencia real, es decir, no se requiere una incertidumbre objetiva, sino que es válida cuando sea meramente subjetiva, cuando las partes contratantes ignoran la existencia real del riesgo.³⁸³

a) El riesgo putativo

Como ha sido expuesto, en el seguro marítimo quiebra el principio de realidad del riesgo, ya que se admite la validez del seguro contra riesgos puramente ficticios, siempre que la incertidumbre sea subjetiva. Y es que el motivo de fondo para ello es proteger la buena fe de las partes contratantes, estableciendo el contrato sobre la base de una ficción legal, e imaginando la realización del siniestro como si hubiese tenido lugar durante la vigencia del contrato.

Los riesgos putativos pueden ser asimilados a los riesgos reales y pueden bastar a sostener la validez del contrato, en base a lo incierto de los mismos, el alejamiento, y la dificultad para las partes en conocer la situación real del objeto sobre el que recae el interés asegurado; pero ello, no obstante, siempre condicionado a que las partes desconozcan la pérdida o avería del interés asegurado o el feliz término de la expedición marítima. En estos supuestos de riesgo putativo, el seguro tiene el carácter retroactivo, en el sentido de que el evento es incierto subjetivamente, pero no futuro. Goza pues, de una existencia subjetiva en la mente de los contratantes, aunque no cabe la menor duda que falta el elemento “riesgo”, por haberse producido ya, o resultar de todo punto imposible la ocurrencia del siniestro.

³⁸³ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., “El riesgo putativo y el seguro sobre buenas o malas noticias”, *A.D.M.*, Vol. IX, 1991, pp. 223-226.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

Y es que incluso a pesar de los avances en las comunicaciones actuales, perdura la institución del riesgo putativo en todas las legislaciones, más que por tradición secular, porque incluso en el transporte marítimo actual, a veces, el asegurado, desconoce realmente la situación y estado del objeto asegurado.

La nulidad del contrato queda establecida en todos los ordenamientos jurídicos mediante la prueba de un conocimiento cierto de la situación real del objeto asegurado. Es obvio que tal prueba resulta en la mayoría de los casos bastante difícil y complicada, articulándose por ello, distintas presunciones legales³⁸⁴.

La referida tradición secular figuraba en los derogados artículos 784 y 786 del Código de Comercio³⁸⁵, que vinculaba la nulidad del contrato al conocimiento de alguno de los contratantes de la pérdida, avería o feliz arribo del objeto asegurado; y la presunción de ese conocimiento, venía de la mano de la “publicación de la noticia en una plaza unida al tiempo necesario para comunicarlo por correo o telégrafo”.

En la regulación actual, el artículo 422 de la LNM, simplifica la redacción de aquel anticuado precepto, para ratificar igualmente con la nulidad aquel contrato de seguro celebrado “con posterioridad al siniestro o cesación del riesgo”, siempre y cuando existiese la más que aludida incertidumbre subjetiva, es decir, y citamos textualmente del párrafo 1º de dicho precepto: “siempre que alguna de las partes conociese tal circunstancia”. La presunción de ese conocimiento, como no podía ser de otro modo, ya no viene vinculada al correo, al telégrafo o a la publicación en una plaza, sino al conocimiento público de tal circunstancia, en el lugar donde se celebró el contrato o en el que residen el asegurador o el tomador.

³⁸⁴ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., “El riesgo putativo ...”, cit., pp. 226 y 235.

³⁸⁵ El artículo 784 del Código de Comercio de 1885 establecía que: “El seguro hecho con posterioridad a la pérdida, avería o feliz arribo del objeto asegurado al puerto de destino, será nulo siempre que pueda presumirse racionalmente que la noticia de lo uno o de lo otro había llegado a conocimiento de alguno de los contratantes. Existirá esta presunción cuando se hubiere publicado la noticia en una plaza, mediando el tiempo necesario para comunicarlo por el correo o el telégrafo al lugar donde se contrató el seguro, sin perjuicio de las demás pruebas que puedan practicar las partes”. Por su parte, el artículo 786 del mismo Código de Comercio, en relación con el conocimiento y la incertidumbre subjetiva del riesgo establecía: “Si el que hiciere el seguro, sabiendo la pérdida total o parcial de las cosas aseguradas, obrare por cuenta ajena, será personalmente responsable del hecho como si hubiera obrado por cuenta propia; y si, por el contrario, el comisionado estuviere inocente del fraude cometido por el propietario asegurado, recaerán sobre éste todas las responsabilidades, quedando siempre a su cargo pagar a los aseguradores el premio convenido. Igual disposición regirá respecto al asegurador cuando contratare el seguro por medio de comisionado y supiere el salvamento de las cosas aseguradas”.

Puede llamar la atención que no se mencione al asegurado, pero ya la redacción del artículo 784.1 del Código de Comercio, hacía referencia a los contratantes, y se mantiene esa alusión a las partes firmantes del contrato –asegurador y tomador-, y es que, es perfectamente coherente con el artículo 423.1 de la LNM, que sólo establece para el tomador la obligación de declaración veraz del riesgo con anterioridad a la conclusión del contrato, y para ambos, tomador y asegurado, durante el curso del mismo (artículo 423.2 LNM), lo que sólo puede entenderse desde la óptica de que en gran número de ocasiones se desconoce la identidad del sujeto que ostenta la titularidad del interés asegurable³⁸⁶.

Aunque la estrecha vinculación con las normas inglesas se abordará en apartados posteriores, en este punto debe traerse a colación la asegurabilidad del riesgo putativo, condicionado al principio de buena fe, también en la cláusula 11.2 del Instituto de Aseguradores de Londres³⁸⁷, que si bien establece con carácter general en la cláusula 11.1. que el requisito para la indemnización radica en que el asegurado debe tener un interés asegurable sobre el objeto asegurado en el momento del siniestro, posibilita en el segundo apartado, que el daño hubiera ocurrido con anterioridad a la formalización del contrato de seguro, salvo claro está, que el asegurado tuviese conocimiento del mismo – y los aseguradores no-³⁸⁸.

³⁸⁶ Debe recordarse lo detallado en el capítulo anterior de este trabajo, apartado 3.2. sobre elementos personales del contrato de seguro marítimo, y en concreto, respecto del asegurado y tomador in fine, donde se señalaba la presunción del artículo 412 LNM que introduce que el seguro se entenderá concertado por cuenta de quien resulte titular del interés en el momento del siniestro.

³⁸⁷ Las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres consisten básicamente en dos grupos: las *Institute Time Clauses- Hulls*, relativas a los buques, y las *Institute Cargo Clauses* relativas a las mercancías, existiendo otras relativas a coberturas adicionales y a mercancías específicas. En materia de coberturas de mercancías, el citado Instituto aprobó y puso en el mercado tres tipos de pólizas, las *Institute Cargo Clauses (A)*, las *Institute Cargo Clauses (B)* y las *Institute Cargo Clauses (C)*, siendo la primera una póliza a todo riesgo (all risks) y las otras dos, idénticas, si bien cubren riesgos diferentes. GONZALEZ LEBRERO, R.A. cit. p. 645.

³⁸⁸ La cláusula 11 del Instituto de Cargadores de Londres, conocidas como *Institute Cargo Clauses* o incluso simplemente por sus siglas en inglés, “ICC” (tipología “A”, para una cobertura todo riesgo y “B, y C” para coberturas más restringidas), tiene la siguiente redacción original: “*Insurable Interest Clause*.”

11.1. *In order to recover under this insurance the Assured must have and insurable interest in the subject-matter insured at the time of the loss.*

11.2. *Subject to 11.1 above, the Assured shall be entitled to recover for insured loss occurring during the period covered by this insurance, notwithstanding that the loss occurred before the contract of insurance was concluded, unless the Assured were aware of the loss and the Underwriters were not.”*

b) El seguro sobre buenas o malas noticias

Otra aplicación doctrinal³⁸⁹ de la incertidumbre subjetiva es el seguro sobre buenas o malas noticias. El artículo 785 del C. Com ubicado en el apartado que regulaba los casos en que se anula, rescinde o modifica el contrato de seguro, establecía que: *“El contrato de seguro sobre buenas o malas noticias no se anulará si no se prueba el conocimiento del suceso esperado o temido por alguno de los contratantes al tiempo de verificarse el contrato. En caso de probarlo, abonará el defraudador a su coobligado una quinta parte de la cantidad asegurada, sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que hubiere lugar”*.

En la legislación vigente, el párrafo 2º del artículo 422 de la LNM, mantiene tal previsión, e incluso denominación, estableciendo que si el seguro se concertó sobre buenas o malas noticias, sólo será nulo cuando quede acreditado que cualquiera de las partes, conocía la cesación del riesgo³⁹⁰.

Este seguro era por tanto, una modalidad de seguro sobre riesgos ya realizados, aceptado sobre la base, de que en el momento de la conclusión del contrato, el asegurado declara no saber si las cosas aseguradas existen, y el asegurador por su parte, declara ignorar si las mismas han llegado felizmente a su destino. Aquí no se podría anular el contrato a menos que se pruebe que, al tiempo de verificarse el mismo, alguno de los contratantes tenía conocimiento del suceso esperado.

La diferencia entre ambas figuras radica en que mientras en el caso del riesgo putativo existe la representación mental en los contratantes sobre la posibilidad de que las cosas ya no existan, o hayan llegado felizmente a su destino, aceptando libremente dicha posibilidad, y de ocurrir, se crea la ficción de que tuvo lugar durante la vigencia del contrato. Además, en el caso del riesgo putativo se establece un sistema de presunciones sobre el conocimiento del siniestro, mientras que en el caso del seguro sobre buenas o

³⁸⁹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., “El riesgo putativo...”, cit., pp. 235-238.

³⁹⁰ La definición de este seguro sobre buenas o malas noticias que proporcionan algunas aseguradoras, obvian tales previsiones legislativas y opiniones doctrinales de vigencia, para afirmar que por el avance de las comunicaciones en la actualidad está en desuso. En este sentido: <http://www.mapfre.com/wdiccionario/terminos/vertermino.shtml?s/seguro-sobre-buenas-o-malas-noticias.htm>.

malas noticias, el contrato solo quedaría anulado si se demuestra que uno de los contratantes conocía la realización del riesgo al momento de concertar el contrato.

En el Derecho anglosajón, el seguro sobre buenas o malas noticias, se ha denominado con la expresión “lost or not lost”, y utilizada desde el siglo XVII, se adopta definitivamente por la Marine Insurance Act de 1906, en sus artículos 6 sobre el tiempo al que debe “adscribirse” el interés³⁹¹ y el 84.3.b) sobre el derecho a la devolución de la prima³⁹². Este último establece que en el seguro sobre buenas o malas noticias o concertado bajo la cláusula “lost or not lost”, la prima no será reembolsable, salvo en el supuesto de que el asegurador conociese la feliz arribada en destino al tiempo de concertar el seguro.

III.1.3.- Contrato de seguro marítimo como contrato firmado entre empresarios: equilibrio entre las partes.

La primera cuestión que se ha abordado tradicionalmente en la configuración contractual del seguro marítimo es la posición que ostentan cada una de las partes, asegurador por un lado, y asegurado/tomador por otro, en la medida que el primero tenga o no una posición preponderante, que suponga en la práctica un desequilibrio de fuerzas en el proceso de negociación, que condicionará de manera evidente, la estructuración y jerarquización de los deberes jurídicos de las partes.

En muchas relaciones obligacionales se pueden dar estas circunstancias, aunque en el seguro marítimo, los mecanismos de contratación, operan con la participación de actores con características especiales, y dentro de un marco de equilibrio en lo que respecta a la capacidad efectiva de negociación.

Ha de recordarse, que el comercio marítimo internacional y el ejercicio de la navegación con fines mercantiles, constituyeron la primera fuente de acumulación de capital, tanto para los armadores, como para los comerciantes, lo que hizo posible la reinversión de

³⁹¹ La traducción del término original “attach” no es perfecta, el título del artículo 6 de la MIA en su versión original en inglés hace alusión a esa dimensión temporal del interés para su asegurabilidad: “When interest must attach”.

³⁹² El artículo 84.3.b) de la MIA tiene la siguiente redacción en su versión inglesa: “Where the subject-matter insured, or part thereof, has never been imperilled, the premium, or, as the case may be, a proportionate part thereof, is returnable: Provided that where the subject-matter has been insured “lost or not lost” and has arrived in safety at the time when the contract is concluded, the premium is not returnable unless, at such time, the insurer knew of the safe arrival.”

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

capitales, y una parte de ellos para financiar estructuras de protección contra los riesgos de la navegación.

De este modo, los aseguradores marítimos fueron reafirmando como parte imprescindible del comercio marítimo internacional, al tiempo que mejoraban sus cálculos actuariales del riesgo, y con ello, sus capacidades financieras y su rentabilidad.

Al mismo tiempo, los otros operadores jurídicos que se sitúan “enfrente” en el contrato de seguro, los armadores y transportistas marítimos, fueron consolidando sus posiciones –a pesar de la gran competencia entre ellos-, y sus estructuras de capital y organizativas, configurándose como sociedades mercantiles poderosas, con gran capacidad negocial enfocada a ejercer, en general, una influencia favorable a sus intereses³⁹³.

En consecuencia, esta realidad propicia que en el ámbito del seguro marítimo a diferencia de la mayoría de los seguros terrestres, suele estipularse entre empresarios, lo que a su vez propicia que las condiciones de contratación hayan alcanzado un equilibrio de intereses mayor que en otras modalidades de seguros, y por ende, el ordenamiento jurídico positivo ha configurado el contrato mediante normas dispositivas (salvo alguna excepción puntual), a las cuales pueden sustraerse las partes mediante el correspondiente pacto contractual en sentido contrario³⁹⁴.

En definitiva, los contratos de seguro marítimo se formalizan en numerosas ocasiones entre empresarios, la empresa de seguros por un lado, y la empresa armadora por otro, y por tanto, no es un contrato en el que una de las partes sea un mero consumidor. A esto se une el hecho de que en no pocas ocasiones, los empresarios marítimos gozan además, de un poder económico y negociador similar, cuando no superior al de las empresas aseguradoras. De esta forma, y en la situación descrita se trata de lo que se ha denominado un “seguro entre iguales”, que precisamente por ello, habría llegado a alcanzar condiciones contractuales especialmente equilibradas en el juego de intereses contrapuestos.

Sin embargo, a la vista de la realidad esta afirmación no puede mantenerse en toda su extensión, pues existen múltiples agentes que o bien no son empresarios, (por ejemplo, en la navegación deportiva o de recreo) o bien no intervienen en la formalización del

³⁹³ GONZALEZ LEBRERO, R.A., cit., pp. 652-653.

³⁹⁴ RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo...*, cit., p. 15.

contrato con la misma fuerza negociadora, (como es el caso de los pequeños pesqueros) que es lo que a la postre determina que exista o no equilibrio en el contrato.

Esta especial característica del seguro marítimo ha generado importantes debates doctrinales, que han intentado clarificar si se trata o no de un contrato de adhesión, o si la plena autonomía de las partes se ve afectada por el carácter imperativo de los preceptos contenidos en la Ley de Contrato de Seguro.

a) Su discutido carácter de contrato de adhesión

En los contratos de adhesión se parte de una oferta de carácter general originada en uno de los contratantes, (en nuestro objeto de estudio, sería normalmente el asegurador), que disfruta de una posición de monopolio de hecho o de Derecho, o de una supremacía tal que la voluntad de la otra parte contratante (mutatis mutandi, el tomador del seguro o el asegurado), queda determinada por la del primero. Sánchez Martín³⁹⁵, caracteriza al contrato por adhesión, primero, por la reducción del papel del consentimiento en el mismo que implica la imposición de su contenido y, segundo, por su sujeción a la norma de equilibrio y a la de transparencia de sus cláusulas, entendida esta última, como comprensibilidad de la carga jurídica y económica del contrato.

También Orduña Moreno³⁹⁶ ha tratado de las dos modalidades de contratación, por adhesión y por negociación, indicando que el contrato por adhesión, como una modalidad de contratación estructuralmente distinta del contrato por negociación es ajeno a los problemas sobre vicios del consentimiento y al error vicio; está sujeto a la regla que prohíbe las cláusulas abusivas mediante un control judicial que no impide el preventivo, en su ámbito, de notarios y registradores de la propiedad y admite la concurrencia de legislaciones diversas, codificadas y no codificadas, en la regulación del mismo.

³⁹⁵ SÁNCHEZ MARTÍN, C., “La «contratación bajo condiciones generales de la contratación» frente a la «contratación por negociación». Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad. Análisis doctrinal al hilo de la STS de 11 de marzo de 2014, referida al contrato de mantenimiento de ascensores”, en *Diario La Ley*, núm. 8333, *Sección Tribuna*, 16 de Junio de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY (LA LEY 3840/2014), pp. 1-3.

³⁹⁶ ORDUÑA MORENO, J., “Contratación bajo condiciones generales: delimitación frente al contrato por negociación. Criterio jurisprudencial”, en Jornada “Contratación bajo condiciones generales frente a contratación por negociación”, 8 de julio 2014, Consejo General de la Abogacía Española, Madrid, video de 1 hora, 21 minutos y 24 segundos.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

El propio artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, establece que serán aquellas predispuestas “*cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”, previendo en su párrafo 2 que el hecho de que varias cláusulas fuesen negociadas individualmente, no excluirá su identificación como contrato de adhesión.

Una vez realizada una aproximación al concepto y delimitación de los denominados contratos de adhesión, ha de plantearse si el contrato de seguro marítimo tiene o no tal naturaleza. Como ha sido apuntado, las posturas doctrinales han apuntado ambas consideraciones.

Así, por un lado RODRÍGUEZ CARRIÓN³⁹⁷ lo califica como contrato de adhesión, por cuanto, a pesar de las condiciones particulares o especiales que integran la póliza de seguro, la realidad, dados los caracteres actuales del seguro, el asegurado poco puede decidir en un contrato cuyas condiciones le son impuestas por el asegurador. Y ello, pese al pronunciamiento de las directivas comunitarias, y nuestra Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que lo excluyen de la categoría de los contratos de adhesión, quedando encuadrado en el grupo de los grandes riesgos, cuestión que se abordará en mayor detalle en el apartado III.1.3.c) de este capítulo.

Otros autores, que constituyen doctrina autorizada, apuntan como RUIZ SOROA³⁹⁸ que el seguro marítimo no entraña la característica desigualdad de poder negociador inter partes que define a los contratos de adhesión, y por ello, no debe ser calificado como tal, ni deben extenderse a él las técnicas legislativas protectoras de la parte contractual débil que caracterizan a esta clase de contratos, insistiendo en la igualdad de importancia

³⁹⁷ RODRIGUEZ CARRIÓN, J.L. “Fuentes e interpretación del contrato de seguro marítimo” *A.D.M.*, nº. 4, 1986, pp. 279-314. En el mismo sentido, MATILLA ALEGRE, R., *Introducción al estudio del seguro marítimo*, Separata Estudios Deusto, Vol. XXXI/2, Fasc. 71, Bilbao, 1983, pp. 413 y ss.

³⁹⁸ RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S. *Manual de Derecho de Seguro Marítimo...*, cit., pp. 15-16.

RUIZ DE VELASCO define la naturaleza del contrato de seguro marítimo, señalando que es “un contrato formal, sinalagmático, oneroso, de tracto sucesivo y aleatorio, sin que suela ser un contrato de adhesión, como ocurre en los seguros terrestres, puesto que el asegurado se encuentra, frente al asegurador, en una situación de casi absoluta igualdad o, incluso, de superioridad.” RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A, *Manual de Derecho Mercantil*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2007, p. 1190.

económica entre el mercado asegurador y el potencial de contratantes (naviero, importadores, exportadores... etc.). No se trata de afirmar que en cada caso concreto exista una igualdad entre partes, lo que en muchos casos no se produciría, sino que en la lógica mercantil de los grandes bloques de intereses se ha impuesto desde antiguo unas condiciones generales de póliza sumamente equilibradas; y esta misma lógica es la que en la práctica, corrige el efecto o exceso del mercado, sin necesidad de acudir a la actuación del legislador nacional o europeo.

Por su parte GABALDÓN GARCÍA³⁹⁹, expone que más trascendente que la mera conceptualización dogmática como contrato de adhesión o no, es la circunstancia de que se utilicen para la integración contractual alguna clase de condiciones generales de la contratación, que una parte impone a la otra, con independencia de quién sea el autor de tales condiciones o su apariencia formal. Y, en este sentido, se constata en el seguro marítimo la utilización constante y obligada de modelos de pólizas o condiciones impuestas por los aseguradores, con independencia de que tales modelos resulten más o menos equilibrados en sus soluciones concretas.

En relación con la autonomía de la voluntad en la configuración del contrato de seguro, la exclusión del seguro marítimo de la categoría de contrato de adhesión, no excluye que resulten de aplicación preceptos como el artículo 1288 del C.C., conocida como regla de interpretación *contra preferentem*, de aplicación a todo contrato con cláusulas oscuras, cuya interpretación no podrá beneficiar a la parte que generó tal circunstancia⁴⁰⁰. Asimismo, también tendrá trascendencia desde un punto de vista legislativo, por cuanto no resultarán de aplicación aquellas medidas legislativas previstas para proteger a la parte más débil en la relación jurídica.

b) La plena autonomía de las partes, y el carácter imperativo de los preceptos de la Ley del Contrato de Seguro

Este factor es clave ya que el derogado Código de Comercio y la vigente LNM son de carácter dispositivo, mientras el régimen de la Ley de Contrato de Seguro es imperativo.

³⁹⁹ GABALDÓN GARCÍA, J.L. y RUIZ SOROA, J.M., *Manual de...*, cit., pp. 857-858.

⁴⁰⁰ Otros preceptos del Código Civil aportan criterios complementarios, en concreto, los artículos 1281 y 1282 prevén la consideración de la intención de las partes contratantes. Artículo 1281: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”; y artículo 1282: “Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.”

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

Con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor de la LNM, se imponía la obvia conclusión de que, si el seguro marítimo se seguía rigiendo por el articulado del Código de Comercio, seguiría plenamente vigente también el principio de la libertad contractual, de modo que el contrato se regiría en primer lugar, tal y como disponía el artículo 738 del Código de Comercio “por las condiciones que libremente consignen los interesados en la póliza”.

Ahora bien, la vigencia de este principio no debe llevar a olvidar que existen otros, que son inherentes a todo contrato de seguro y que por tanto, no pueden ser puestos en entredicho por la mera voluntad o decisión de las partes contratantes. Así, es imprescindible que exista un interés patrimonial asegurable (artículo 25 LCS), un riesgo que amenace a ese interés (artículo 4 LCS), o el principio indemnizatorio que impide convertir el contrato de seguro en una apuesta o posibilitar el siniestro provocado (artículo 26 LCS), como tampoco disponer en la póliza sobre derechos de los terceros, como por ejemplo, la acción directa del perjudicado contra el asegurador (artículo 76 LCS).

Esto es tan así que GARCÍA PITA Y LASTRES⁴⁰¹ afirmaba que a efectos de la regulación del Contrato de Seguro (Marítimo), las “reglas generales del Derecho Común” se hallaban en la LCS de 1980, y ello, porque el propio artículo 2 LCS revela esa vocación de la propia norma como auténtica “*lex generalis*”. A mayor abundamiento, el artículo 50 del Código de Comercio no prevé la aplicación del Derecho Común en general y sin ulterior matización, sino que a lo que alude es a las “*reglas generales del Derecho Común*”, que son tales reglas generales, en la medida en que contienen los conceptos y reglas fundamentales del tipo contractual. Y es que a pesar de que unos y otros puedan regirse por disposiciones legales diferentes, lo cierto es que no existe diversidad ontológica, sino identidad de esencia, entre un seguro (terrestre) regulado en la LCS y un seguro marítimo. Por consiguiente, desde la perspectiva estrictamente conceptual, la LCS se refiere no sólo a los seguros terrestres, sino también a los seguros marítimos o aeronáuticos.

⁴⁰¹ GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L., *Riesgos e Intereses del Naviero y Cobertura Asegurativa*, Edit. Thompson Reuters - ARANZADI, Pamplona, 2009, pp. 77-78.

Para RODRÍGUEZ CARRIÓN⁴⁰², algunas de las derogadas normas del Código de Comercio evidenciaban la voluntad del legislador de impedir la validez de los acuerdos de la autonomía privada de las partes en el contrato en determinadas cuestiones; es decir, de sustraer aquellas al libre uso de los particulares, aunque también reconoce que la mayoría de los preceptos que regulaban el seguro marítimo en el Código de Comercio, Libro III⁴⁰³, Título III, Sección 3ª sobre el seguro marítimo (artículos 737 a 805), revestían el carácter de normas dispositivas.

Esto es, el artículo 737.1 referido al requisito inexcusable de la forma escrita del contrato para ser válido; artículo 741.2, en relación con la carga de la prueba en las pólizas “in quo vis” y “flotantes” o de “abandono”; artículo 746, sobre el seguro del anticipo del flete “a riesgo” y “a todo evento”; artículo 747, que versaba sobre la cuantía máxima que puede ser objeto del seguro de flete; artículo 748.2, referente a la obligación de reducción del seguro del beneficio probable en determinados supuestos; artículo 752.1 referido a la evaluación del interés asegurado o póliza estimada; artículo 756, que trataba de las exclusiones legales del riesgo; artículo 765, sobre el deber de comunicación del asegurado; artículo 769, en relación la prueba del siniestro; artículo 770, referido a una medida de carácter procesal cautelar; artículo 773, referido a la pérdida total estimada por inhabilitación del buque para navegar, con el consiguiente derecho de abandono; artículo 775, que versaba sobre el límite de la indemnización; artículo 778, sobre la venta del objeto asegurado para fijar su valor; artículo 781 referido a la nulidad del contrato de seguro por tratarse de intereses ilícitos no asegurables; artículo 784.1 y 785, en relación con la nulidad del seguro efectuado con posterioridad a la pérdida o feliz arribo del objeto asegurado en determinados casos; artículos 791, 792 y 795, referidos todos ellos a la obligación del asegurado de aminorar el daño; y los artículos 804 y 805, ambos en relación con el abandono.

En los citados preceptos, se observa que la propia ley establece de forma expresa el carácter imperativo de la norma, sancionando específicamente, en algunos de ellos, con la invalidez o la nulidad del pacto en contrario. Las normas de Derecho necesario del Código de Comercio expuestas, implicarían, que cualquier disposición de carácter legal o contractual, habría de ceder ante el carácter imperativo de las mismas. Y es que el

⁴⁰² RODRIGUEZ CARRIÓN, J.L., *Estudios de...*, cit., pp. 26-27 y 34- 35.

⁴⁰³ Libro III derogado a partir del 25 septiembre 2014, por la letra c) de la disposición derogatoria única de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

ordenamiento jurídico no permite que se anteponga a ellas precepto alguno creado por la autonomía privada, concediéndoles un rango jerárquico superior, e invalidando el precepto de la autonomía privada que las contradiga.

En la actualidad, las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del Título VIII de la LNM, primeros preceptos sobre el contrato de seguro marítimo han abordado tal cuestión, eliminando cualquier atisbo de duda, y estableciendo como norma general (“salvo que expresamente se disponga de otra forma”, artículo 407 LNM), el carácter dispositivo de la materia, ya que permite a las partes contratantes pactar cualesquiera condiciones que consideren, y a la vez, proclama el carácter supletorio en lo no previsto de la LCS⁴⁰⁴.

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede en el contrato de seguro terrestre en general, necesitado de una normativa protectora del asegurado y, por ello, inderogable en su perjuicio, el seguro marítimo es en lo fundamental, como ha sido señalado, un contrato entre empresarios profesionales (entre iguales) y, por ello, la autonomía de la voluntad a la hora de definir el contenido obligacional del contrato debe ser ampliamente respetada. Lo cual, por otra parte, viene hoy en día exigido legalmente por la normativa comunitaria sobre «seguros de grandes riesgos», entre los que figura el marítimo en todo caso. De ahí que no exista en la regulación que se presenta un precepto que declare el carácter imperativo de sus normas, sino que por el contrario estas son en su mayor parte dispositivas. Sólo en muy concretos casos (por ejemplo, arts. 423, 425.3, 465, etc.) se ha excluido expresamente la posibilidad de pacto en contrario a lo dispuesto en la norma legal, por motivos de protección de terceros ajenos al contrato.

La delimitación de los riesgos asegurados se confía, desde luego, a la autonomía de las partes (art. 407). Sin embargo, recogiendo los usos habituales, se precisa la exclusión, salvo pacto en contrario, de los riesgos extraordinarios de carácter bélico y asimilado (art. 418), así como el vicio propio y el uso y desgaste natural (art. 420, aunque téngase en cuenta la particularidad en esta materia del artículo 445 para el seguro de buques). En materia de siniestros causados por la conducta del asegurado, el artículo 419 es más exigente (dolo y culpa grave) que el correlativo artículo 19 LCS (señala simplemente

⁴⁰⁴ El párrafo 2º del artículo 406 LNM, excluye de su propio ámbito de aplicación a las embarcaciones dedicadas al deporte o recreo, que se registrarán por la LCS.

mala fe), precisamente por el carácter de seguro entre profesionales que ostenta el marítimo.

Y así, no solamente se excluyen de cobertura los siniestros causados por mala fe del asegurado, sino también los debidos a su culpa grave (siempre salvo pacto en contrario en este último caso). Y precisamente por el carácter empresarial del asegurado, se hace necesario, y el precepto así lo recoge, precisar el ámbito subjetivo del término: De forma que quedan excluidos de ese concepto los dependientes en general (señaladamente los náuticos), pero no aquellos que desempeñan en tierra funciones de gerencia que implican la conservación o mantenimiento del buque asegurado.⁴⁰⁵

En todo caso, parece prudente y razonable que dadas las características especiales del fenómeno de la navegación y el transporte marítimo, y del seguro marítimo en particular, la aplicación supletoria de la LCS no se realice de manera automática, debiendo agotarse primero la capacidad de la norma especial antes de recurrir a la mercantil más general.⁴⁰⁶

c) El seguro marítimo calificado como de grandes riesgos

El binomio “grandes riesgos” se ha venido utilizando en numerosas disposiciones para delimitar determinadas actividades, asociadas a riesgos de excepcional gravedad o trascendencia, y que por ende, habrían de excluirse de las normas generales, por contraposición a los seguros “de masa”.

La distinción entre grandes riesgos y riesgos de masa tiene como punto de partida las Sentencias que dictó el TJCE el 4 de diciembre de 1986, en relación con los Asuntos 205/1984, 220/1983, 206/1984 y 252/1983; asuntos, todos ellos, que se suscitaron en relación con la aplicación en los citados países de la Directiva sobre el Coaseguro Comunitario.

La delimitación de riesgo de masa, que no figura de forma expresa en ningún texto comunitario, se obtiene a *sensu contrario* de las disposiciones que definen los grandes

⁴⁰⁵ Memoria Justificativa del Proyecto de Ley General de Navegación Marítima, publicación del Ministerio de Justicia, Año LX, Suplemento al núm. 2027, 15 de diciembre de 2006, pp. 54-56. Las referencias al articulado no coinciden con las que se contienen en la Memoria Justificativa del Proyecto de Ley, sino que se ha optado, en aras a una mayor facilidad de consulta del texto normativo, por la numeración del texto vigente.

⁴⁰⁶ RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo...*, cit., p.22.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

riesgos (art. 5 de la Directiva 88/357/CEE⁴⁰⁷, que completa el art. 5 de la Primera Directiva Daños⁴⁰⁸ con un apartado d). Y así, el “gran riesgo” viene delimitado por:

- Entidad del riesgo (clasificados en los ramos 4, 5, 6, 7, 11 y 12 del Punto A del Anexo de la 1ª Directiva Daños). Esto es, vehículos, transporte mercancías y RC.
- Condición del tomador (los clasificados en los ramos 14 y 15, cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial, laboral y el riesgo se refiere a dicha actividad); Esto es, crédito y caución.
- Dimensión económica (se requiere que al menos dos de tres de balance, importe neto de la cifra de negocios y número medio de empleados durante el ejercicio, del tomador superen determinadas cifras).

En general, se considera que los tomadores de grandes riesgos están situados en un plano fuerte frente al asegurador, no requiriendo de protección especial. En definitiva, el riesgo de masa (accidente a las personas, enfermedad, automóviles, DJ, asistencia, etc.) afecta fundamentalmente a los consumidores. De ahí –que se considere- que en ellos se hace necesario una mayor protección del tomador del seguro⁴⁰⁹.

Lo expuesto se había traspuesto en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 107 LCS, si bien, se deroga la definición de grandes riesgos del apartado 2 por la disposición derogatoria a) de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, (LOSSEAR) ley que en su artículo 11 pasa a definir los contratos de seguro de grandes riesgos⁴¹⁰:

⁴⁰⁷ Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida.

⁴⁰⁸ Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio.

⁴⁰⁹ OLMOS PILDÁIN, A., *El seguro de Defensa...*, cit., p. 132.

⁴¹⁰ La trasposición española de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), emplea los criterios delimitadores de la definición 27, del artículo 13 de esta norma comunitaria.

*“a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, **vehículos marítimos, lacustres y fluviales**, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).*

b) Los de crédito y de caución cuando el tomador y el asegurado ejerzan a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.

c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes: Activo total del balance: 6.200.000 euros. Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros. Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.”

Las disposiciones aplicables al contrato de seguro de grandes riesgos, serán de aplicación asimismo, a las entidades aseguradoras que participen en España en una operación de coaseguro comunitario en calidad de abridoras (artículo 103 de la meritada Ley 20/2015, de 14 de julio).

La primera cuestión destacable de los seguros de grandes riesgos es que con carácter previo a la aprobación y entrada en vigor de la LNM, ya se excluía el carácter imperativo de las normas de la LCS respecto de aquellos. En este sentido, el artículo 44.2 de la LCS establece que el artículo 2 que prevé la imperatividad de las normas de la LCS, no será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos.

A mayor abundamiento, con carácter general los seguros de grandes riesgos están sujetos a controles menos rigurosos que los seguros de riesgos de masa, por ejemplo, la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, en su artículo 42 que establece la información que deberá proporcionar el mediador de

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

seguros antes de la celebración de un contrato de seguro, prevé en su apartado 6 que ni mediadores ni corredores tendrán que facilitar esa información cuando se trate de un gran riesgo.

Tras lo expuesto en este apartado puede concluirse que el SDJ es un riesgo de masa, y por otro lado, que los riesgos derivados del transporte marítimo, fluvial y lacustre, serán calificados como grandes riesgos⁴¹¹, lo que vuelve a conducirnos a una posición enfrentada o contradicción entre el seguro marítimo y el SDJ, que de manera evidente va a condicionar la práctica aseguradora del tal cobertura, y en todo caso, el análisis jurídico que de la misma se pueda realizar.

III.1.4.- Influencia de la regulación inglesa

Resulta esencial hacer una breve referencia a la gran influencia que ejerce la regulación inglesa en el seguro marítimo. Y aunque la esencia del presente trabajo sea jurídica, el efecto de las normas del país vecino se aprecian en ámbitos económicos y profesionales, como consecuencia de que el mercado asegurador de Londres, sea el principal centro asegurador y reasegurador mundial, lo que le permite imponer sus exigencias y prácticas al resto de mercados nacionales, y sobre todo a los que gozan de una escasa capacidad de retención interna de riesgos como es el caso español. De este modo, las condiciones generales preparadas por el Instituto de Aseguradores de Londres (ILU) inspiradas en la Marine Insurance Act (MIA) de 1906, son de aplicación muy frecuente en nuestro país⁴¹².

Las meritadas cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres son las generalmente denominadas y conocidas como: Institute Time Clauses Hulls de 1995, y las Institute Cargo Clauses de 1982.

Dentro de estas, y respecto de los seguros de buques (HULLS) podemos mencionar que los riesgos aparecen agrupados según se requiera del asegurado el ejercicio de una debida diligencia (due diligence) o no. Entre los primeros figuran los siguientes:

⁴¹¹ SANCHEZ CALERO, F. y TAPIA HERMIDA, J., "El contrato de seguro marítimo en el Proyecto de la Ley General de Navegación Marítima", en GARCÍA - PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., *Estudios de Derecho Marítimo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 958-959.

⁴¹² GABALDÓN GARCÍA, J.L., RUIZ SOROA, J.M., *Manual de...*, cit., p. 858.

explosión de calderas, rotura de ejes o cualquier defecto latente de la maquinaria o del casco; culpa del capitán, oficiales, tripulación o prácticos; culpa de los reparadores o de los fletadores siempre que dichos reparadores o fletadores no sean partes asegurados según contrato; baratería del capitán, oficiales o tripulantes y contacto con aeronaves, helicópteros u objetos similares u objetos desprendidos de ellos. Entre los segundos figuran los siguientes: riesgos del mar, ríos, lagos y otras aguas navegables, incendio y explosión, robo con violencia por personas ajenas al buque; echazón; piratería; contacto con medios de transporte terrestre o con equipos o instalaciones portuarios o del muelle; terremotos, erupciones volcánicas o rayos y accidentes durante las operaciones de carga, descarga, cambio de ubicación de la carga o del combustible.

En la reforma de 1995, la exigencia de la debida diligencia fue ampliada para cubrir casi todo el personal del asegurado, tratando así de eliminar, o reducir al menos, las reclamaciones debidas a un mantenimiento deficiente del buque; la prueba de la falta de dicha diligencia corresponde al asegurador.

En 1995, se incorporó otra póliza que cubre sólo algunos riesgos la Institute Time Clauses- Hulls (Restricted Perils Clauses), en la que el riesgo por accidentes durante las operaciones de carga, descarga, cambio de ubicación de la carga o el combustible se mantiene como en 1983 como riesgo sujeto a la previa debida diligencia del asegurado, en la que se eliminan los riesgos de explosión de calderas, rotura de ejes o cualquier defecto latente de la maquinaria o del casco y de baratería del capitán, oficiales o tripulantes; la culpa del capitán, oficiales, tripulación no queda cubierta, pero sí la de los prácticos.

En relación con los seguros de mercancías (CARGO), existen tres modelos de pólizas conocidas como ICC – A, B, y C. En las Institute Cargo Clauses (A) se incluyen todos los riesgos de pérdida o de daños a la cosa asegurada (all risks of loss or damage to the subject-matter insured), con exclusión, inter alia, de los actos dolosos del asegurado, pérdidas naturales, embalaje insuficiente, vicio propio, retraso, insolvencia o incapacidad financiera del armador del buque o de sus gerentes o fletadores u operadores, y de las armas nucleares.

En las Institute Cargo Clauses (B) se incluyen los riesgos de incendio o explosión, (...) pérdida total de cualquier bulto por la borda, o caído durante su carga en el buque o embarcación o su descarga de éstos. Las Institute Cargo Clauses (C), tienen una

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

cobertura más restringida, quedando al margen de ella los tres últimos riesgos enumerados⁴¹³.

En la práctica, las pólizas españolas han quedado muy desfasadas con la realidad del tráfico marítimo actual, y por ello se nutren de las condiciones inglesas mucho más pragmáticas y perfectas, pero además periódicamente revisadas y adaptadas, lo que no ocurre en nuestro caso. La razón de esa clara referencia al Derecho inglés y a los usos y costumbres del mercado inglés reside en la vinculación estrecha que las mencionadas cláusulas uniformes guardan con la ley de seguros marítima inglesa (Marine Insurance Act), buscándose evitar errores interpretativos y ambigüedades.

A los modelos tradicionales de condiciones generales españolas ambas de 1934 e inspiradas en el Código de Comercio, (uno para el seguro de buques –*Póliza Española para seguro de buques con propulsión a motor o a vapor*- , y otro para el seguro de mercancías –*Póliza española para el seguro marítimo de mercancías y otros intereses del cargador*-) se le adjuntan, por mera yuxtaposición, los modelos de condiciones establecidos por el ILU inglés, con los consecuentes problemas de coordinación e interpretación del resultado de tradiciones jurídicas tan dispares.

Desde nuestro punto de vista, debemos reiterar que cuando los tribunales españoles deben entender de juicios en los que el contrato está regido por dichas cláusulas, se hallan con dificultades de aplicación e interpretación, si bien, con arreglo al artículo 10.5 C.C., la aplicación a las obligaciones contractuales de la ley elegida por las partes depende de la conexión que esta tenga con el negocio de que se trate, por lo que aquellos tribunales, en ausencia de tal conexión deberán ajustarse a las reglas españolas de hermenéutica. La aplicación del derecho inglés en España, tal como parecen imponerlos las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres, debe excluirse, no obstante o cual los tribunales españoles pueden utilizar su ley material como un elemento más de interpretación.

A pesar de lo expuesto, las Condiciones Generales españolas contienen las normas fundamentales de aplicación a la modalidad de seguro en cuestión: riesgos cubiertos y excluidos, duración de la cobertura, pago de la prima, tramitación de siniestros, pago de indemnización, derechos y obligaciones de las partes ... etc. estando basadas en los

⁴¹³ GONZALEZ LEBRERO, R.A., cit., pp. 657 y 677.

principios de nuestro Código de Comercio al que se remiten todavía con frecuencia, y que poco a poco van adaptando progresivamente al menos terminológicamente a la LNM⁴¹⁴.

En cualquier caso, en la medida que los Clubs de P&I proporcionan seguros de responsabilidad a aproximadamente el 90% del tonelaje mundial, este será el marco en el que se ha desarrollado una auténtica cobertura asimilable al SDJ en el ámbito marítimo, lo que será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

III.1.5.- El problema de la causalidad en los contratos de seguro marítimo.

Para que un determinado daño se incluya en la obligación de indemnizar del asegurador, es necesario que su causa sea precisamente uno de los riesgos incluidos en la póliza; esta necesidad de nexo causal entre riesgo y daño ha dado lugar a multitud de debates en torno al concepto y determinación de esa “causa”.⁴¹⁵

Precisamente, el concepto de riesgo en el seguro se construye, invariablemente, sobre el principio de causalidad, o sea, sobre la influencia que directamente pueda tener un determinado evento sobre el daño resarcible. No obstante, la doctrina de la causalidad constituye uno de los temas más espinosos y difíciles de la dogmática jurídica, por lo debatido de las diferentes posturas doctrinales.

Los dos factores esenciales que han de ser considerados en las coberturas proporcionadas por el seguro marítimo son la “causa” y el “efecto”⁴¹⁶, conceptos que a priori y por definición son contrapuestos causa- efecto o causa-consecuencia, y sin embargo, en algunos ordenamientos como el anglosajón, no se hace distinción entre ambos, siendo el “efecto” tratado como “causa”, lo que en el ámbito marítimo como veremos, ha generado resultados cuanto menos materialmente injustos.

Las distintas teorías, al respecto serían las siguientes:

- a) La teoría de la “equivalencia de las condiciones” (sine qua non)

⁴¹⁴ RODRIGUEZ CARRIÓN, J.L., *Estudios de...*, cit., p. 34.

⁴¹⁵ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., *Estudios de...*, cit., pp. 59-89.

⁴¹⁶ Según la primera definición de la R.A.E., “causa” es aquello que se considera como fundamento u origen de algo; y “efecto” por el contrario, es aquello que sigue por virtud de una causa.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

Tuvo su origen en Francia en 1862, siendo el penalista alemán, MAXIMILIANO VON BURI su más tenaz defensor. Esta doctrina considera causa del siniestro cualquiera de las condiciones que lo hayan determinado, en la medida en que si no concurriese, no se hubiese producido dicho efecto (*conditio sine qua non*). En consecuencia, serán causa todos los elementos o condiciones que han concurrido para producir el daño, y por ende, podremos tratar como causa cualquiera de estas condiciones o elementos considerados aisladamente. Por tanto, basta la presencia de solo uno de tales hechos para que quede demostrada la existencia de nexo causal⁴¹⁷.

b) La teoría de la “causa adecuada”

Esta doctrina de origen alemán, es la que tradicionalmente ha gozado de una mayor aceptación entre los autores continentales con carácter general, y en relación con el seguro marítimo en particular. Fue formulada por el médico fisiológico JOHANNES VON KRIES en 1886, apoyándose en aportaciones previas de LUDWIG VON BAR, de 1871.

En ella, se considera causa jurídica de un efecto, “solamente aquélla que es indispensable para producir el mismo y que, según datos proporcionados por la experiencia común, se considera haberlo provocado o haber contribuido a provocarlo”⁴¹⁸.

Los autores que defienden esta teoría propugnan establecer una especie de regla abstracta que determine la adecuación, y cuando un evento coincida plenamente con dicha regla, se le atribuirá la causa del siniestro. En base a criterios de regularidad, normalidad, ordinariedad y habitualidad, se determina a priori, cuáles son las causas adecuadas que producen los siniestros, y a continuación, en cada caso concreto, el proceso de investigación de la causa del evento se reduce a la comprobación de su coincidencia con la causa adecuada⁴¹⁹.

⁴¹⁷ FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, Vol. I, Giuffré, Milano, 1981, p. 137.

⁴¹⁸ Vid. Entre otros a BRUNETI, A., *Derecho Marítimo Privado Italiano*, Vol. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, p. 444; MATILLA ALEGRE, R., cit., p. 480; GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA, F., *Tratado de Derecho Marítimo Español*, Tomo Cuarto, Nº 1586, Bilbao, 1943, pp. 156 y 157; ALONSO SOTO, R., “La culpa del asegurado como riesgo asegurable en el Derecho español”, *RDM*, Nº 140-141, 1976, pp. 63-64; GARRIGUES, J., *El contrato de...*, cit., p. 146.

⁴¹⁹ ALONSO SOTO, R., cit., pp. 63-64.

Esta posición aceptada por la mayoría de la doctrina en el Derecho comparado, y por la más autorizada doctrina del Derecho de seguros, se encuentra con serias dificultades de aplicación en el ámbito del seguro marítimo, en el que por sus especialidades concurre una variedad de circunstancias concurrentes e importantes, que todas ellas producen consecuencias relevantes en el proceso causal.

c) La teoría de la “causa eficiente”

Esta teoría valora la contribución de cada una de las condiciones a la producción del siniestro. Así, se distingue entre *causa* (condición más eficaz, que haya contribuido con mayor intensidad e importancia a generar un resultado), *condición* (aquello que permite actuar a la causa, bien secundándola, bien removiendo los obstáculos que se oponen a su actuación, sin producir un resultado sino facilitándolo), y *ocasión* (que es la coincidencia o combinación de circunstancias más o menos favorables para que opere la causa)⁴²⁰.

Así, la condición que resulte más eficiente es la decisiva, por ser la de mayor fuerza o alcance generador del siniestro, quedando establecida dicha condición causal, por lo tanto, según el grado de eficiencia en el resultado⁴²¹.

RUIZ SOROA⁴²² por su parte, aúna en un mismo concepto la “teoría de la causa adecuada o eficiente”, afirmando que existe un cierto acuerdo inicial, como teoría en virtud de la cual debe determinarse el nexo causal; abandonada en general por su inoperatividad en la práctica la teoría de la “causa sine qua non”, para la cual son causa todas las condiciones que han posibilitado el suceso.

d) La teoría de la “causa próxima”

Por definición esta teoría entiende como causa aquella inmediata y última, debiendo rechazarse cualquier otra anterior. Su institucionalización como principio de causalidad en el Derecho anglosajón la realizó LORD BACON, siguiendo una etapa

⁴²⁰ DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 525.

⁴²¹ MANCA, P., *International Maritime Law*, Vol. III, European Transport Law, Antwerpen, 1971, p. 311; y SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Vol. I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989, pp. 249- 252.

⁴²² RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo...*, cit., p. 99.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

de aplicación rígida e inflexible de este principio por parte de los jueces ingleses⁴²³ en la segunda mitad del siglo XIX.

Este principio se materializa en Derecho en la Marine Insurance Act (M.I.A.) de 1906, cuyo párrafo primero del artículo 55⁴²⁴ establece que el asegurador no es responsable de ninguna pérdida cuyo riesgo asegurado no sea *causa próxima* del siniestro.

Así, se partía de un criterio eminentemente cronológico y temporal para determinar la causa del siniestro, y su carácter de cobertura incluida o excluida, aunque con el paso del tiempo se hizo necesaria la evolución de la teoría que nos ocupa, debiendo entenderse esa proximidad no como algo anterior en el tiempo, sino próxima en el plano de la eficiencia⁴²⁵, algo que plasmó en 1918 el juez SHAW, en el caso del buque IKARIA, al manifestar que “la causa próxima de una pérdida no es necesariamente la última en el tiempo, sino en la eficiencia”⁴²⁶.

A pesar de la aproximación de ambos criterios –el de la causa próxima y la causa eficiente- no es fácil en la práctica dar una solución definitiva a los problemas que se presentan, porque es habitual que en la generación del siniestro confluyan distintos eventos, que bien se concatenan y suceden en el tiempo, o bien se combinan entre sí, y cuya incidencia en el siniestro habrá de ser analizada e individualmente considerada para valorar la cobertura de la póliza de seguro.

⁴²³ El Juez WATKIN WILLIAMS, en su sentencia de 1881 (LAWRENCE v. ACCIDENTAL INSURANCE CO. LTD. 7 QBD 216) llegó a expresar que: “sólo debe ser buscada la causa inmediata y próxima, ya que es impracticable indagar finalmente en el nacimiento de una persona, en base a que de no haber nacido, el accidente jamás hubiese tenido lugar”. Así, siguiendo de manera radical esta teoría, el tribunal inglés en la sentencia IONIDES v. UNIVERSAL MARINE INSURANCE (1863) 14 CBNS 259, firma que: “para determinar los derechos relativos de las partes no se deben molestar en la búsqueda de causas lejanas, ni adentrarse en distinciones metafísicas entre causa eficiente y natural y causa final, sino que deben buscar exclusivamente la causa inmediata y próxima de la pérdida”. También el juez WILLES afirmaba que: “si la causa próxima de una pérdida ha sido ya determinada, carece de importancia que hayan contribuido otras causas”: GRILL v. GENERAL IRON SCREW COLLIER CO. (1866).

⁴²⁴ Art. 55 M.I.A.: “(1) Subject to the provisions of this Act, and unless the policy otherwise provides, the insurer is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, but, subject as aforesaid, he is not liable for any loss which is not proximately caused by a peril insured against.”

⁴²⁵ SONG, M., “Rules of Causation under Marine Insurance Law. From the Perspective of Marine Risks and Losses”. Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Southampton, Faculty of Business and Law, School of Law, November 2012, p. 174.

⁴²⁶ En los mismos términos, el mismo Lord SWAN consideró que: “to treat proxima causa as the causa which is nearest in time is out of the question. The cause which is truly proximate is that which is proximate in efficiency” (LEYLAND SHIPPING CO. LTD. V. NORWICH UNION FIRE INSURANCE SOCIETY, LTD. 1918, App. Cas. 350, 368-71).

La tendencia generalizada⁴²⁷ es que cuando la generación del siniestro parte de una *sucesión temporal de eventos*, concatenados entre sí, debe identificarse la causa del primero de ellos y verificarse que el daño sea resultado inevitable del mismo para que se identifique como causa eficiente, y se produzca la cobertura del siniestro.

Cuando por el contrario, el daño es consecuencia de una combinación de eventos que por sí mismos independientemente considerados no hubiesen sido capaces de producirlo, y no es posible identificar una causa como dominante o directa, habrá que realizar una ponderación e interpretación de los hechos a la luz de la intención de las partes y el principio de universalidad de los riesgos.

De este modo, si una/s de la/s causa/s está prevista en el contrato como riesgo cubierto (y las demás, no figuran ni como incluidas ni como excluidas), el siniestro estará incluido en la prestación aseguradora. Si alguna de las causas concurrentes estuviese expresamente excluida, el siniestro no entrará en la prestación aseguradora, pues tal parece ser la voluntad contractual implícita.

Partiendo de que en los seguros marítimos rige el principio dispositivo, las partes pueden definir y fijar en el contrato las cláusulas que deseen, haciendo referencia al tipo de causalidad requerida para que surja la cobertura, y así, se recogen términos como daños o pérdidas: “que puedan ser atribuidos a...”, “causados por ...”, “que surjan de...”, “cuya causa próxima sea...”, “razonablemente atribuible a...”, que si bien apuntan cómo ha de interpretarse la relación causal en el caso concreto, en muchos casos no arrojan luz suficiente y conducen nuevamente a la teoría general.

Por su generalización en el ámbito del seguro marítimo, haremos referencia a las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres, que reflejan esos distintos niveles de exigencia de relación de causalidad, y así, a título de ejemplo, pueden citarse las Institute Cargo Clases, en sus tres modalidades (A), (B), y (C), que en concreto prevén:

4.1. Pérdida, daño o gasto *atribuibles a*

4.3. y 4.4. Pérdida, daño o gasto *causado por ...*

6. En ningún caso, este seguro cubrirá la pérdida, daño o gasto *causados por ...*

⁴²⁷ RUIZ SOROA, J.M., ARRANZ DE DIEGO, A., y ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo...*, cit., p. 101.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

7.1. 7.3. *causados por*

4.6. y 4.8. Pérdida, daño o gasto *que surjan de* ...

5.1. En ningún caso este seguro cubrirá la pérdida, daño o gasto *que surjan de* ...

7.2. (...) *que resulten de*

4.5. Pérdida, daño o gasto *cuya causa próxima sea*...

Por su parte, las Institute Time Clauses Hulls, (cláusulas 6.1, 6.2, y 6.7), en relación al buque, utilizan la expresión “caused by/causado por”, lo cual traduce la exigencia de una relación de causalidad directa, sin matices.

En términos de RODRIGUEZ CARRIÓN⁴²⁸, las expresiones “causado por”, “que surjan de”, o “que resulten de”, expresan una relación de causalidad directa, eficiente y adecuada; mientras que la expresión “cuya causa próxima sea”, indica que el juzgador, de entre dos o más causas, habrá de escoger la más inmediata al siniestro, pero a diferencia del juzgador anglosajón, no convertirá en causa, lo que no es más que un efecto de la misma, y aplicará ese efecto como causa próxima.

Expresiones como “atribuibles a”, o “razonablemente atribuido a”, implican una mayor flexibilidad y apertura que las del párrafo anterior, ya que prevén la mera posibilidad o razonabilidad de que el daño sufrido –por las mercancías- pueda ser atribuido a un determinado riesgo, y el asegurador deberá indemnizarlo. Por tanto, la prueba a desplegar por el asegurado ya no consistirá en demostrar la existencia de una relación causal directa e indiscutible entre la pérdida y el riesgo cubierto, sino la mera posibilidad razonable apuntada.

La problemática que se suscita en torno a la causalidad en los contratos de seguro marítimo, viene marcada por un lado, por la navegación internacional que en caso de siniestro supone en no pocas ocasiones buques de banderas diferentes, nacionalidades de los implicados también dispares, y por otro, por la práctica habitual de yuxtaponer las condiciones inglesas a los contratos de seguros, generando dudas e incertidumbres en cuanto al Derecho aplicable, y la eventual cobertura o no del siniestro.

⁴²⁸ RODRIGUEZ CARRIÓN, J.L., *Estudios de ...*, cit., p. 86.

Aunque pudiera parecer que estas dificultades son meramente teóricas o conceptuales, en la práctica pueden tener vital trascendencia, y aplicar el derecho anglosajón o el español puede llegar a implicar que unos daños estén o no cubiertos. Veamos tres ejemplos: i) el abordaje del buque español CASTILLO DE MONTEARAGÓN⁴²⁹ con el griego PATMOS; ii) la captura del buque CORY, y iii) la captura del pesquero norteamericano TEXAS PRIDE.

El buque español CASTILLO DE MONTEARAGÓN tuvo un abordaje en marzo de 1985 con el buque griego PATMOS, en el estrecho de Mesina en Italia, siendo ambos detenidos por las autoridades para la investigación de los hechos, lo que dio lugar a una pérdida del flete debido a su inmovilización, que fue reclamada por los armadores del Montearagón a su aseguradora.

La póliza del seguro quedaba configurada, como es habitual, por la superposición de las cláusulas de cascos del Instituto de Aseguradores de Londres, de 1983 y las Condiciones Generales españolas de 1934, indicándose en las Condiciones Particulares, que el contrato quedaba sometido a los tribunales, leyes y práctica españolas.

La teoría anglosajona de la causa próxima conduce a la confusión de causa y efecto, considerando como causa próxima (y eficiente) lo que no es más que una consecuencia. Así, en este caso, juristas ingleses consultados mantenían que por tratarse de cláusulas inglesas habría de tenerse en cuenta el Derecho inglés para la interpretación de la causalidad, y ello conduciría a entender que la “causa próxima” de la pérdida del alquiler había sido la detención del buque por las autoridades italianas, y que el abordaje sólo representaba la “causa remota”, y por ende debía carecer de relevancia. Así las cosas, dado que la detención no era un riesgo cubierto por la póliza de seguro suscrita, no habría de ser indemnizado.

De aplicarse el Derecho español, la única causa es el abordaje, ya que la detención del buque no sería más que una de las consecuencias (efecto) del mismo, algo conceptualmente muy distinto, con una consecuencia jurídica de suma importancia, ya que siendo el abordaje la causa directa, natural y eficaz de la pérdida de alquiler, la indemnización de su valor habría de ser abonada por la aseguradora.

⁴²⁹ RODRIGUEZ CARRIÓN, J.L., *Estudios de ...*, cit., pp. 78-79.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

Uno de los casos más relevantes del Derecho anglosajón es el de 1883 del CORY versus BURR⁴³⁰. El buque CORY entró en aguas territoriales españolas para efectuar contrabando (del que el armador era ajeno), siendo capturado y confiscado por las autoridades aduaneras españolas.

Los tribunales ingleses siguiendo la teoría de la causa próxima y remota comentada, consideraron la pérdida del buque como un caso de “captura” y no de “baratería”, por lo que la entidad aseguradora no se vio obligada a indemnizar la pérdida total reclamada, ya que el riesgo de “captura” no quedaba cubierto por la póliza de seguro contratado, mientras que la “baratería”, sí lo estaba. Huelga decir, que un tribunal español habría estimado que la causa de la pérdida del buque fue el acto de “baratería” del capitán, constituyendo la “captura” uno de los efectos de la causa.

Este caso fue decisivo en el Derecho anglosajón, puesto que supuso un precedente a partir del cual los jueces británicos y los norteamericanos dejaron de considerar, en supuestos similares, la “baratería” como la causa de la pérdida, configurando la “captura” como auténtica causa de la misma, a diferencia del derecho continental.

Así, el buque norteamericano TEXAS PRIDE⁴³¹, fue detenido y capturado por las autoridades jamaicanas en 1983, y su capitán procesado y encarcelado acusado de tráfico de drogas, al haber dejado sus faenas de pesca y desviado el buque a Jamaica para embarcar un cargamento de marihuana.

El armador del TEXAS PRIDE, reclamó el valor asegurado del buque por pérdida total del mismo imputable a “baratería del patrón”, riesgo cubierto por la póliza. Sin embargo, la aseguradora rechazó el siniestro, en base a que la pérdida total había sido causada por la captura del buque por las autoridades jamaicanas, y tal circunstancia no quedaba cubierta por la póliza. La postura de la entidad aseguradora fue ratificada tanto por el Tribunal de Primera instancia norteamericano, como por el de apelación, al entender que el daño había sido causado por la detención del buque y no por la baratería del capitán. Los tribunales españoles con total seguridad hubiesen resuelto en sentido dispar, al considerar la causa de la pérdida total del buque el contrabando de marihuana –baratería del capitán-, siendo uno de sus efectos la captura del buque.

⁴³⁰ Referencia: (1882-83) LR 8 App Cas 393.

⁴³¹ Jack Tillery, Plaintiff-appellant, v. Hull & Company, Inc., La Reunion Francaise, et al., defendants-appellees, (Texas Pride), 876 F.2d 1517 (11th Cir. 1989).

Es por ello, que resulta de gran trascendencia en el marco del seguro marítimo analizar cuándo habrá de aplicarse el Derecho inglés y cuando el español, con independencia de la yuxtaposición contractual de las cláusulas inglesas, ya que los artículos 1.287 y 10.5 del Código Civil, sólo nos permiten la remisión al uso o costumbre inglesa si se diesen los requisitos de conexión que en este último precepto se prevén. En cualquier caso, el Tribunal Supremo, a pesar de haber acudido a alguna de las teorías mencionadas, se mantiene al margen de ellas desde hace más de sesenta años, sosteniendo la necesidad de acudir a principios puros de justicia y ecuanimidad, con abstracción de soluciones y criterios basados en exclusivismos doctrinales o en tesis teorizantes⁴³².

III.2.- Dialéctica de un seguro marítimo de defensa jurídica

Se plantea este apartado para abordar la cuestión de si realmente podemos hablar de la existencia de un seguro de defensa jurídica, al que pueda incorporarse el calificativo de marítimo, como una institución jurídica autónoma, en la que el elemento de “maritimidad” sea determinante, y lo distinga del SDJ, digamos, a efectos de mera exposición, “terrestre”. Si el SDJ marítimo existe, sería posible afirmar la existencia de una modalidad especial de SDJ.

No puede perderse de vista que la cobertura principal de un SMDJ es proporcionar asesoramiento técnico-jurídico al asegurado, cobertura coincidente con la prestada por el SDJ, o alternativamente en su caso, la indemnización económica de los gastos de defensa asumidos por aquel. Dada tal verosimilitud en la contraprestación percibida por el asegurado, realmente, ¿tiene sentido sostener que el SMDJ existe como categoría diferenciada?

Pudiera plantearse que la mera diferencia de la figura objeto de estudio radicaría en que los profesionales que desempeñarían las funciones de asesoramiento y defensa, simplemente estarían especializados en otra rama del Derecho diferente, el marítimo, algo que no escapa al propio SDJ “terrestre”, que también podría precisar de la intervención de profesionales jurídicos expertos en distintas materias de Derecho (Civil, Administrativo, Laboral...etc.). Si aceptamos tal concepción, el SMDJ como tal no existiría como categoría jurídica diferenciada, y el contenido del presente trabajo

⁴³² GONZALEZ LEBRERO, R.A., cit., p. 656.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

acabaría aquí, desarrollando con mayor o menor extensión, que la distinción entre ambos, SDJ “terrestre” y “marítimo” radicaría simplemente, -cuando la cobertura consista en la referida prestación de servicios-, en los abogados (a los procuradores no afectaría tal matiz), que estarían especializados en Derecho Marítimo.

Ahora bien, en la esencia misma de cualquier SDJ, sea marítimo o no, coexisten múltiples relaciones jurídicas. En primer lugar, la causa originaria de este seguro se encuentra en la relación previa del asegurado con un tercero, relación previa que abarca la totalidad de la esfera jurídica del asegurado, pudiendo tener relevancia penal, civil, mercantil... etc.; un segundo grupo de relaciones jurídicas son aquellas que derivan del propio contrato de seguro, y que vinculan a la entidad aseguradora con asegurado y tomador, relación que *ex art. 76.a)* de la LCS se nutre de un contenido mixto, indemnizatorio y asistencial; y finalmente, una vez ocurrido el siniestro, la relación jurídica que establece el profesional con el cliente, ya sea esta un arrendamiento de servicios (cliente- abogado) o laboral de la propia aseguradora con el letrado.⁴³³

Si atendemos de manera exclusiva a la cobertura, estaremos poniendo el foco de atención únicamente en la última de las relaciones jurídicas aludidas, obviando por completo la especial incidencia o repercusión que puedan tener las dos primeras. Y es que, el criterio de “maritimidad” debe situarse en torno al objeto del contrato, y no, al objeto de la cobertura. En consecuencia, la “maritimidad” del seguro vendría determinada, por razón del interés cubierto -que sería marítimo-, o por razón de los riesgos frente a los cuales se cubre el interés -que serían marítimos⁴³⁴-, o una combinación de ambas circunstancias.⁴³⁵

Entiendo trasladable en este sentido, la solución integradora propuesta por GARCÍA-PITA y LASTRES⁴³⁶ para entender el reaseguro como marítimo. En ella, se alude al concepto de relaciones jurídicas marítimas, como “*cualidad asociada a los fenómenos socioeconómicos de la navegación autárquica y otros usos análogos a ella*”, de manera

⁴³³ TAPIA HERMIDA, A.J., “Comentario al Artículo 76.a)” en SANCHEZ CALERO, F., (dir), TIRADO SUÁREZ, F., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., TAPIA HERMIDA, A.J., FUENTES CAMACHO, V., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 1463-1464.

⁴³⁴ LEFEBVRE D'OVIDIO, A., PESCATORE, G., TULLIO, L., *Manuale di diritto della navigazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2000, p. 699.

⁴³⁵ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., *El Reaseguro Marítimo entre el Derecho Español y el “Common Law”*, Ed. Aranzadi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 151 y 154.

⁴³⁶ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., *El Reaseguro Marítimo...*, cit., pp. 154-155.

que en la medida que el patrimonio del asegurado esté vinculado a la utilización del medio marítimo, los riesgos se hacen más intensos e imprevisibles derivando en una tipología especial de seguro: el seguro marítimo, con todo lo que ello conlleva. En consecuencia, en la medida en que la relación o relaciones jurídicas que cubre el seguro sean marítimas, los riesgos asegurados también serán marítimos, y el SDJ también se verá “atraído” por tal naturaleza.

El cómo, o el “modo”, de ser marítimo un seguro, como institución jurídico-asegurativa o jurídico-marítima, ha de determinarse en torno a dos cuestiones fundamentales: el sometimiento a un concreto régimen jurídico configurado en base a unas fuentes de Derecho determinadas y diferenciadas de los “seguros terrestres”; y otra, que los riesgos que cubre el SMDJ son realmente marítimos “contagiando” dicha “maritimidad” al propio contrato de seguro.

III.2.1- Aplicabilidad de las fuentes formales e instrumentales del Derecho marítimo y del Seguro marítimo

Una de las primeras manifestaciones del elemento “marítimo” es que ello se traduzca en alguna especialidad en cuanto al régimen jurídico que le resulte de aplicación. En este sentido, que un contrato de SDJ pueda ser marítimo dependería de tres condicionantes⁴³⁷:

- la sumisión a una jurisdicción especial;
- la aplicabilidad de una regulación especial, distinta de las demás modalidades de SDJ; y
- que la especialidad de la regulación derive precisamente de ese elemento marítimo, que en el supuesto de no concurrir, implicaría el sometimiento a otro tipo de regulación.

En el caso del SDJ no marítimo, se confiere al asegurado la facultad legal para dirimir las diferencias o controversias con el asegurador a través del arbitraje, -aunque nada impide que lo haga a través de la Jurisdicción ordinaria-, que podrá ser, o bien un

⁴³⁷ Estos tres condicionantes los identifica GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., al hacer un análisis del elemento marítimo en el reaseguro, en *El Reaseguro Marítimo ...*, cit., p. 103.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

arbitraje de consumo, o el previsto por la Ley 60/2003, lógicamente, siempre y cuando la cuestión sea susceptible de arbitraje, en términos análogos a la normativa comunitaria al respecto.⁴³⁸ En este aspecto, ya apreciamos una primera distinción trascendente, pues mientras en el ámbito terrestre la facultad de decisión corresponde al asegurado, en el SMDJ se prevé, con carácter general el arbitraje, pero sin que el asegurado tenga facultad alguna para alterar tal sumisión, prevista en las normas de los Clubs de P&I que además, optan por instituciones arbitrales especializadas en Derecho marítimo como la LMAA o la SMA.⁴³⁹

Esta afirmación pudiera parecer contradictoria con el carácter dispositivo de las normas reguladoras del Derecho y el Seguro Marítimos al que hemos hecho referencia, ya que parece se intuye su total indisponibilidad para los asegurados, y es que salvo que expresamente se disponga de otro modo, en el seguro marítimo, las partes del contrato podrán pactar libremente las condiciones que estimen oportunas en los propios términos del art. 407 de la LNM.⁴⁴⁰

Sin embargo, es importante introducir un matiz en esta cuestión, porque el SMDJ en la actualidad, está siendo ofertado en el mercado asegurador por Clubs de P&I, (aunque no hay norma que impida su desarrollo desde el punto de vista orgánico por otro tipo de entidades), y la propia operativa interna de estas entidades mutuales implica que una vez que el asegurado ingresa como Miembro, debe someterse a las normas del Club, en las que se prevé la meritada sumisión a arbitraje con carácter obligatorio, y es que, en cualquier caso, el establecimiento habitual de condiciones generales y particulares no es ajena a los seguros marítimos.⁴⁴¹

Pero lo que no debe pasar desapercibido, es que la diferencia sustancial entre el régimen del SDJ y el SMDJ, no es sólo la facultad *versus* obligatoriedad del asegurado de acudir

⁴³⁸ TAPIA HERMIDA, A.J., "Comentario al Artículo 76.e)" en SANCHEZ CALERO, F., (dir), TIRADO SUÁREZ, F., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., TAPIA HERMIDA, A.J., FUENTES CAMACHO, V., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios...*, cit., pp. 1564-1570.

⁴³⁹ *Vid.* Capítulo V, apartado V.2. relativo a las discrepancias y los conflictos de interés entre aseguradora y asegurado.

⁴⁴⁰ Cfr. ARROYO MARTÍNEZ, I., "Comentario al artículo 407", en ARROYO MARTÍNEZ, I., (dir) y RUEDA MARTÍNEZ, J.A., (dir), *Comentarios a la Ley 14/2014...*, cit., p. 1286.

⁴⁴¹ BATALLER GRAU, J., VERCHER MOLL, J., "La aplicación de la Ley de Contrato de Seguro al Seguro Marítimo", en GARCÍA- PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., *Estudios de Derecho Marítimo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 984.

al arbitraje, sino algo quizás más sutil, pero más trascendente; y es que en el seguro marítimo, no existe precepto legal alguno que impida la validez y plena eficacia de un contrato que proveyera cualquier otro tipo de cláusula de sumisión a arbitraje o jurisdicción, mientras por contra, en el SDJ “terrestre”, cualquier estipulación o pacto que restringiese el derecho del asegurado a acudir al arbitraje, sería nula por contravenir el tenor imperativo del art. 76.e) de la LCS. Y ello, nos conduce a la valoración de la concurrencia de un sistema especial de fuentes formales e instrumentales propias⁴⁴², para el SMDJ.

Resulta admitido con carácter general que las peculiaridades de la navegación marítima (grandes riesgos inherentes al tráfico marítimo, la autonomía con que los capitales y las tripulaciones de los buques desarrollan sus tareas), han determinado la configuración de un Derecho marítimo independiente del Derecho Mercantil terrestre, “con fuentes, procedimientos y jurisdicción propios”⁴⁴³.

Ciertamente, la derogada regulación del seguro marítimo del CCom resultaba inadecuada y obsoleta para regular el tráfico marítimo actual, y suscitaba dudas en cuanto a la aplicabilidad de la LCS al seguro marítimo⁴⁴⁴, situación solventada por la actual previsión del art. 2 de la LNM, precepto que establece un auténtico sistema de prelación de fuentes a aplicar al Derecho marítimo, plasmando la idea que el ordenamiento jurídico marítimo, ha de estar dotado de fuentes propias. El orden que se establece es el siguiente: 1º) tratados y convenios internacionales cuyo objeto material sea la navegación y el tráfico marítimo; 2º) la propia LNM, 3º) los usos y costumbres

⁴⁴² GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., *El Reaseguro Marítimo...*, cit., p. 212.

⁴⁴³ Cfr. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Madrid, 1979, p. 510; JIMENEZ SÁNCHEZ, G., “Las fuentes del Derecho Marítimo”, en GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., *Estudios de Derecho Marítimo...*, cit., p. 81.

⁴⁴⁴ Sobre las tesis para esclarecer la relación entre la LCS y el Código de Comercio de 1885, Vid. BATALLER GRAU, J., VERCHER MOLL, J., “La aplicación de la Ley de Contrato de Seguro al Seguro Marítimo”, en GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., *Estudios de Derecho Marítimo*, cit., pp. 987 y ss. La tesis más extendida y aceptada por la doctrina era la restringida, que entendía que la LCS tiene un papel subsidiario, aplicándose únicamente cuando no exista precepto regulador en el CCom o pacto de las partes. HERNANDEZ MARTÍ, J., “La Ley de Contrato de Seguro y los Seguros Marítimos”, en AAVV, VERDERA Y TUELLS, E. (dir), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, CUNEF-CSB, Madrid, 1982, pp. 251 y ss.; VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas”, en VERDERA Y TUELLS, E. (dir), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro...*, pp. 31 y ss.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

relativos a la navegación marítima, 5º) la analogía y por último, el Derecho Común, Mercantil y Civil⁴⁴⁵.

El hecho de establecer en primer lugar los tratados y convenios internacionales, responde como señala la propia Exposición de Motivos de la LNM, (apartados II y III), a las orientaciones más modernas del Derecho marítimo, inspirándose principalmente el Título I en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM/UNCLOS), aprobada el 10 de diciembre de 1982 en Montego Bay.

Esta vocación de uniformidad del Derecho Marítimo, se ha visto influida inicialmente por la MIA 1906 de Reino Unido, fundamental en los países del Common Law, aunque también en estados de la Europa continental; además, la práctica comercial aseguradora en el ámbito marítimo se caracteriza por una notable consonancia, tanto en las costumbres verificadas por los principales mercados, como en el clausulado de las pólizas,⁴⁴⁶ uniformidad y tendencias generalizadas que se observan en el SMDJ y que serán analizadas en los capítulos subsiguientes.

La regulación aplicable al SMDJ es la que se contiene, al menos hasta la fecha, en las estipulaciones de las Rules de los Clubs de P&I, y estas no derivan de ninguna previsión legal que establezca el régimen aplicable expresamente a esta figura, sino que se han configurado en torno a la voluntad y las necesidades de los Miembros de la Asociación, libremente definida y articulada a través de los acuerdos de la Asamblea General⁴⁴⁷. Esta configuración del seguro objeto de estudio, sólo es viable jurídicamente si se hace desde los principios y las normas del Derecho asegurador marítimo, pudiendo concluir, por tanto, que efectivamente, la especialidad de la regulación del SMDJ deriva precisamente, de “su esencia marítima”.

⁴⁴⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I., “Comentario al artículo 2”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., (dir) y RUEDA MARTÍNEZ, J.A., (dir), *Comentarios a la Ley 14/2014*, cit., p. 84.

⁴⁴⁶ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., *El Reaseguro Marítimo...*, cit., p. 220.

⁴⁴⁷ HAZELWOCK, S.J., SEMARK, D., *P&I Clubs: Law and Practice*, Lloyd's List, London, 2010, p. 10.

III.2.2.- Exposición a auténticos riesgos de la navegación marítima

Como ha sido expuesto, el SDJ será marítimo, cuando cubra riesgos marítimos, aunque estos afecten a intereses que no lo son, porque, aquellos son tan característicos que provocan que la “maritimidad invada completamente” la naturaleza jurídica del contrato de seguro. ARROYO⁴⁴⁸ señala que “*la noción de riesgos de la navegación marítima es el elemento esencial que califica el seguro de marítimo*”, es decir, el evento dañoso que afecte al interés asegurado debe nacer o desarrollarse en el mar, aunque su origen puede ser de lo más variado, el común denominador debe ser “*la circunstancia temporal y espacial de producirse con ocasión de la navegación marítima*”.

El derogado art. 743 CCom, recogía una enumeración no taxativa de las cosas que se podían ver afectadas por riesgos marítimos, (el casco del buque, el aparejo, la máquinas de los de vapor, el armamento, víveres y combustibles, cantidades dadas a la gruesa, el importe de los fletes y el beneficio esperado), e incluía una cláusula de cierre que se refería a “*todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de navegación cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada*”. El vigente art. 409 de la LNM, utiliza una terminología mucho más específica, al referir como objeto del seguro marítimo, los intereses en buques, embarcaciones y artefactos navales, flete o cargamento, la responsabilidad civil que derive de la navegación, y añade in fine una letra e), para indicar que es susceptible de esta tipología de seguros, cualquier interés patrimonial legítimo, que se halle expuesto a riesgos de la navegación marítima.

La duda podría plantearse en términos de si los riesgos cubiertos a través de un SDJ pueden ser o no marítimos. En un plano teórico podría sostenerse que el auténtico riesgo asegurado es el mismo en el marco “terrestre” y en el “marítimo” porque radicaría en la reclamación, la controversia, o el procedimiento judicial o arbitral que origina la necesidad de defensa y asesoramiento jurídico con carácter general, sin que sea preciso diferenciar la rama del Derecho que ha de regir el fondo del asunto. Sin embargo, ese no ha sido el planteamiento que ha tenido ni el legislador comunitario, ni en coherencia con el anterior el español.

⁴⁴⁸ Cfr. ARROYO MARTÍNEZ, I., “Comentario al artículo 406”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., (dir) y RUEDA MARTÍNEZ, J.A., (dir), *Comentarios a la Ley 14/2014...*, cit., pp. 1277-1278; e *idem*, “Comentario al artículo 412”, cit., pp. 1291-1293.

II.-CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA Y EL SEGURO MARÍTIMO

Tanto es así, que el quinto considerando de la *Directiva 87/344/CE*, reconocía y establecía la conveniencia de excluir del ámbito de aplicación de la norma comunitaria, los litigios resultantes de la utilización de embarcaciones marítimas, e incluso, amplía tal concepción, a que meramente “*estén relacionadas con dicha utilización*”. Esta previsión es la que se contiene en el art. 76.g) punto 3º de la LCS. En su momento se apuntó⁴⁴⁹ a un referencia jurídico- pública de esta exclusión en los ramos números 6 y 12 del apartado a) del art. 6 del TRLOOSP (actual Anexo de la LOSSEAR), dedicados a los vehículos marítimos, lacustres y fluviales y la responsabilidad civil. La referencia jurídico- privada radicaba en los derogados art. 737 y ss. del CCom (actuales arts. 406 y ss. LNM). De este modo, TAPIA HERMIDA⁴⁵⁰ estable un elemento objetivo: “buques o embarcaciones marítimas” y otro funcional: litigios o riesgos vinculados a los anteriores.

Ciertamente, la LNM no enumera ni señala los riesgos que perfilan “el contenido nervial” del seguro marítimo, clara reminiscencia del principio de universalidad de riesgos, pero además, en un ámbito tan amplio, dinámico y cambiante como son los seguros marítimos, omitir un listado taxativo de riesgos obedece a una evidente preponderancia del carácter dispositivo, convencional y negocial de un contrato mismo y su delimitación causal⁴⁵¹.

Si se presta atención al primer grupo de relaciones jurídicas al que he hecho referencia en párrafos precedentes, -las del asegurado con el tercero-, para que el SDJ sea marítimo, tendrán necesariamente que estar vinculadas a la navegación marítima, o nacer con ocasión de la misma. Estas relaciones jurídicas con terceros ajenos al contrato de seguro serán la fuente de derechos y obligaciones que darán lugar a la controversia, y que permitirán clasificar los riesgos incluidos en la cobertura, en función del tipo de procedimiento, servicio o asesoramiento, o del motivo que origine la reclamación, teniendo como nota constante la conexión, valga la repetición, con la navegación

⁴⁴⁹ Cfr. TAPIA HERMIDA, A.J., “Comentario al Artículo 76.g)” en SANCHEZ CALERO, F., (dir), TIRADO SUÁREZ, F., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., TAPIA HERMIDA, A.J., FUENTES CAMACHO, V., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios...*, cit., p. 1581.

⁴⁵⁰ TAPIA HERMIDA, A.J., “Comentario al Artículo 76.g)” en SANCHEZ CALERO, F., (dir), TIRADO SUÁREZ, F., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., TAPIA HERMIDA, A.J., FUENTES CAMACHO, V., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios...*, cit., p. 1581.

⁴⁵¹ VEIGA COPO, A.B, *Tratado del Contrato de Seguro*, Tomo II, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, cit., pp. 1366-1368.

marítima⁴⁵². Y ello, es algo perfectamente asegurable, en atención a aquella última modalidad o categoría genérica prevista en el apartado e) del art. 409 de la LNM.

⁴⁵² Para un análisis más detallado de los riesgos marítimos objeto del SMDJ, *vid.* Capítulo 5, apartado III.

CAPÍTULO 3: ASEGURADORAS DEL SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA

I.- INTRODUCCIÓN

En las instituciones que podrían considerarse como antecedentes del seguro marítimo – avería común y préstamo a la gruesa- se vislumbran las dos modalidades esenciales que ofrece el seguro actual: los seguros a prima fija y los seguros mutuos.

Así, mientras en el préstamo a la gruesa se trataba de un desplazamiento del riesgo o pérdida desde el dueño del buque o de la carta al prestamista, en la avería gruesa o común, también existe un desplazamiento de los riesgos de pérdida y de daños, pero no a otra persona ajena a la expedición marítima, sino al común de los interesados formados por la misma, esto es, el dueño de la nave y los dueños de las mercaderías.

Estos son los elementos que configuran hoy el llamado seguro mutuo, debiendo destacarse que de esta manera mediante el fraccionamiento y división de riesgos se logra una distribución equitativa entre los interesados, diluyendo entre un grupo de personas o de cosas sometidas a unos mismos riesgos, el valor económico de las pérdidas y daños que experimenta uno solo del grupo⁴⁵³.

Los seguros mutuos y a prima fija se desarrollaron durante muchos siglos en campos diferentes. Pero la viva competencia los lanzó en todos los países a unos sobre el ámbito de actuación de los otros, para ampliar el volumen de negocio y obtener un equilibrio entre primas y resarcimientos o indemnizaciones, que poco a poco los fue aproximando.

Aun así, en el campo del seguro marítimo las instituciones mutuales han tenido tradicionalmente una gran importancia y arraigo. Así, los lazos de amistad o familia, sentidos por la marina mercante, aproximaban a los armadores de la misma región que ponían sus riesgos en común, a fin de repartir entre ellos los eventuales daños y disminuir las pérdidas, proporcionándose una garantía más segura y económica que las que podían obtener de los aseguradores constituidos en compañías más o menos incipientes. Un beneficio añadido era que con carácter general favorecían la prosperidad

⁴⁵³ MONFORT BELENGUER, J. B., "Aspectos de la cobertura de los riesgos en el seguro marítimo", Texto de la conferencia pronunciada en la sesión inaugural del Curso 1958-1959 de las actividades del Comité, celebrada en el salón de actos de la Cámara Oficial de Comercio y Navegación, el día 4 de noviembre de 1958, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, 1959, pp. 18-23.

de la zona o la nación a la que pertenecían, puesto que los beneficios permanecían en el país, a diferencia de las Compañías, por ser muchas de ellas extranjeras.

Además, de la propiedad y explotación del buque se derivan para el naviero una serie de responsabilidades, cada día mayores, algunas de ellas sustanciales; para las que siempre ha buscado la protección del seguro. Protección que no siempre ha encontrado, debido unas veces a restricciones legislativas, y otras a que las instituciones del seguro han rehusado prestársela, y que ha tenido que buscar en otras formas de base asociativa como el seguro mutuo⁴⁵⁴. Precisamente, con la finalidad de constituir o concertar ese seguro mutuo, los propietarios de los buques que operaban en una determinada área o zona, formaban una asociación o un Club, y los miembros, contribuían a crear un “fondo común” del que recibían una indemnización en el supuesto de que se realizase el siniestro⁴⁵⁵.

En todo caso, las entidades aseguradoras del SMDJ son los mismos Clubs de P&I que prestan cobertura P&I a armadores y navieros para hacer frente a su responsabilidad civil, por lo que al abordar su análisis veremos que en buena lógica, subyace la esencia misma de estas mutualidades, para el seguro objeto de estudio.

II.- DE LAS MUTUAS ASEGURADORAS A LOS CLUBS DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN

II.1.- Origen de las mutuas aseguradoras marítimas

Existen desde antiguo multitud de instituciones que pueden configurarse como auténticos precedentes de las mutuas aseguradoras marítimas. El texto más antiguo que se conoce data del siglo VI, del TALMUD de Babilonia, cuyos marineros de la zona del Golfo Pérsico se asociaban en condiciones muy similares a la mutualidad para repartirse los daños que pudiesen sufrir, aunque se excluía la falta o imprudencia del dueño de la nave.

⁴⁵⁴ ESTEVA DE LA TORRE, J.L., “El seguro de responsabilidades y perjuicios del naviero”, *R.E.D.M.*, 1966/67, p. 26.

⁴⁵⁵ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo*, Ed. J.M Bosch Editor S.A., Zaragoza, 1992, pp. 27, 33-35.

En el siglo VII, en la recopilación de las Leyes de Rodas, conocidas como BASILICAS, se legisla al mismo tiempo sobre la avería común y el seguro mutuo. En Italia, encontramos la idea del seguro mutuo en Ordo et Consulta de Maris (Trani, A.D. 1036) y en el Estatuto Marítimo de Venecia (A.D. 1255) contra las pérdidas por pillaje; y en 1318 la Ordenanza de Pisa.

En Portugal, en el siglo XIV existió una compañía de seguros mutuos marítimos, que propugnaba la obligación del seguro mutuo para los armadores de buques de 500 o más toneladas⁴⁵⁶.

Además de las Guildas germánicas, en nuestro país en la Ordenanza de Sevilla de 1556, en su capítulo 27 se señala “*la antigua costumbre que en todas partes se guarda de que comerciantes se aseguren unos a otros las mercancías que cargan y los buques en que estos son cargadas*”, lo que hace evidente la tradición histórica de esta institución⁴⁵⁷.

Formalmente en el campo del seguro marítimo hacen su aparición en el siglo XVIII, cuando el monopolio concedido a solo dos compañías de seguros, la London Assurance y la Royal Exchange⁴⁵⁸, y las elevadas primas que estas imponían, fuerzan a que los armadores busquen alternativas en el sistema de la mutualidad que tanta eficacia había demostrado en otras ramas del seguro (por ejemplo, en los subsidios para vejez, enfermedad, incendio, epidemias etc. que concedían determinadas asociaciones), sobre todo después del gran incendio de Londres en 1666.

II.2.- Decadencia de las mutuas aseguradoras y surgimiento de los seguros de Protección e Indemnización

⁴⁵⁶ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., pp. 40-43.

⁴⁵⁷ DOVER. V., *A handbook to marine insurance*, London, 1975, pp. 148-150.

⁴⁵⁸ El 10 de junio de 1720 la Monopoly Acta, también conocida como Bubble Act, establecía estas dos únicas aseguradoras, la London Assurance y la Royal Exchange como únicas entidades que podrían desarrollar el comercio de seguros, prohibiéndose a las demás emitir pólizas o asegurar o concluir contratos de seguro sobre buques o mercancías transportadas por mar (quedaban excluidos de esta prohibición, los aseguradores individuales del Lloyd's). Ello fue consecuencia de una donación importante a la Corona, pero además, de numerosas irregularidades, ya que muchos particulares que aseguraban riesgos marítimos, después de percibir primas considerables, no hacían frente a las indemnizaciones y pagos a las que estas debían ir destinadas. HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., pp. 53-54.

Las asociaciones mutuas aseguradoras eran conocidas en muchos países, aunque en Inglaterra alcanzaron una gran importancia y desarrollo, apuntando algunos autores a que quizá ello se debió a la existencia de un mayor número de armamentos homogéneos (algodoneros, carboneros, buques comerciando con las Indias...), la superioridad de la marina inglesa que proporcionaba a las mutuas una clientela suficiente, y además, a un mayor sentimiento de solidaridad entre los armadores ingleses⁴⁵⁹.

Para hacer frente al monopolio de la London Assurance y la Royal Exchange concedido por la Bubble Act de 1720, y a los elevados costes del seguro, surgen al margen de la ley una serie de asociaciones mutuales de armadores, con el fin de obtener una cobertura más favorable y económica para sus buques. Son las denominadas “Mutual Hull Assurances” o comúnmente conocidos como “Hull Clubs”⁴⁶⁰.

A pesar del monopolio legal, lo que conllevaba elevadas sanciones a las sociedades que ofertasen seguros marítimos, y de la fuerte competencia del Lloyd`s, en un informe elaborado en 1810 se destacaba la eficiencia asegurativa de los Hull Clubs. Aunque no sería hasta años más tarde cuando esta realidad culmine con su reconocimiento legal, en concreto en 1824⁴⁶¹.

Sin embargo, poco después las mutuas entrarían en un período de crisis, que las llevaría a su desaparición en muchos países. La evolución de la navegación marítima, el tonelaje, el mayor coste de los buques, la diversidad de los recorridos, la frecuencia de los viajes, y la ruptura que supuso la navegación a vapor, hicieron cada vez más difícil la existencia de las mutuas.

Debe precisarse que el planteamiento inicial, no respondía como en la actualidad, a cálculos actuariales y estadísticos que permitiesen realizar un análisis y agrupación de la diversidad de riesgos en virtud de su probabilidad de materializarse en la práctica, sino que consistía en un método mucho menos analítico, en el que los asociados simplemente asumían el compromiso de entregar los importes necesarios y en la proporción que correspondiese a cada uno de ellos, para asumir y resarcir el montante de los daños acontecidos.

⁴⁵⁹ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., pp. 44-46.

⁴⁶⁰ DE LA RUE, C., ANDERSON, C.B., *Shipping and the Environment. Law and Practice*, LLP Reference Publishing, 1998, pp. 697-698.

⁴⁶¹ ARRANZ DE DIEGO, A. “Tema 15: El Seguro de Protección e Indemnización”, en RUIZ SOROA, J.M., ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo...*, cit., p. 317.

Poco a poco las mutuas se ven forzadas a imponer contribuciones más cuantiosas y simultáneamente, limitar el máximo de la suma asegurada para cada buque, lo que muchas veces obligó a los armadores a acudir a las compañías de seguros para asegurar aquellos riesgos que quedaban descubiertos. Compañías que a medida que iban proliferando tenían primas más competitivas frente a las mutuas.

Paulatinamente las responsabilidades potenciales del propietario del buque se van diversificando, y se enfrentan al inconveniente de que muchas de ellas no estaban garantizadas en los seguros tradicionales de buques, como por ejemplo, la colisión que no era considerada peligro de mar, o la responsabilidad del armador por la muerte o lesiones de las personas a bordo. Todo ello, proporciona la coyuntura y las necesidades para la aparición de los seguros de Protección e Indemnización.

Así las cosas, en 1855 y para garantizar las responsabilidades del armador por la muerte o lesiones de las personas a bordo del buque que impone la Accident Act de 1846, se crea el primer Club de Protección sobre la base de la experiencia de los Hull Clubs, y amplió su cobertura al cuarto de responsabilidad por colisión en descubierto en las pólizas tradicionales⁴⁶².

Posteriormente, en 1874 y como consecuencia de la sentencia del buque “Westonhope”⁴⁶³, se crean los denominados Clubs de Indemnización, para garantizar precisamente las responsabilidades derivadas de los daños o pérdidas de la carga transportada. Estos Clubs terminan uniéndose a los anteriores, y aunque operan bajo un nombre conjunto de “Club de Protección e Indemnización” o en su nomenclatura inglesa, “Protection and Indemnity Club”, separan ambas clases de seguros (Clase I y Clase II respectivamente). En la actualidad, y con la creación de nuevas clases se han unificado en la misma las coberturas de Protección e Indemnización (P&I).

⁴⁶² Este primer Club P&I era el Shipowners Mutual Protection Society, al que pronto siguieron los demás. BURKE, R.E., “An introduction to Marine Insurance”, *The Forum (Section of Insurance, Negligence and Compensation Law, American Bar Association)*, vol. 15, nº 4, 1980, p. 739. [www.jstor.org/stable/25761584].

⁴⁶³ Este Buque denominado “Westonhope”, se perdió a la altura del Cabo de Buena Esperanza, y su armador fue declarado responsable de la pérdida de la carga a bordo al haber existido un desvío injustificado. ARRANZ DE DIEGO, A. “Tema 15: El Seguro de Protección e Indemnización”, en *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, cit., p. 318.

III.- LAS ASEGURADORAS DE DEFENSA JURÍDICA EN EL MERCADO INGLÉS

El mercado asegurador inglés⁴⁶⁴ está formado por dos grupos de aseguradores: los individuales del Lloyd`s (Lloyd`s market) y los diversos tipos de compañías de seguros (Insurance Market), que a su vez, distingue dos tipologías de operadores: las Compañías de Seguros (sociedades anónimas y limitadas) por un lado, y las mutuas aseguradoras o Clubs P&I por otro⁴⁶⁵.

Mientras los dos primeros (Lloyd`s y Compañías de Seguros) prestan cobertura a los mismos riesgos e intereses asegurables (buques y carga) a cambio de una prima, los últimos, esto es, los Clubs, surgen como respuesta a la necesidad de prestar un seguro complementario para riesgos que el mercado no puede o no quiere asegurar (responsabilidad de armadores y fletadores) a través de un régimen mutual de contribuciones.

III.1. Lloyd`s

III.1.1. Especial funcionamiento como “aseguradora”

Recordemos que los orígenes de Lloyd`s están vinculados al seguro marítimo, y se remontan a 1688, cuando los comerciantes y armadores se reunían en Londres, en el café de Edward Lloyd, para asegurar los buques y sus cargas a cambio de una prima. Hasta su muerte, en 1713, Lloyd reunió una considerable clientela de capitanes de barco, mercaderes, armadores y otros comerciantes con intereses en el mercado internacional, obteniendo una reputación envidiable. Precisamente esta reputación fue la clave para que el nombre de “Lloyd`s” llegara a ser reconocido internacionalmente como el lugar idóneo para obtener un seguro marítimo⁴⁶⁶.

Esta reunión informal fue poco a poco desarrollándose en coordinación y estructura, y en 1871 se constituyó oficialmente, aprobándose por el Parlamento. Lloyd`s o la

⁴⁶⁴ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., pp. 49, 50.

⁴⁶⁵ Los Clubs P&I son identificados comúnmente como asociaciones inglesas, y aunque no se trata de una institución exclusivamente inglesa, su desarrollo y gran efectividad la han alcanzado estos, siendo la mayoría de los del resto de países, una copia del modelo inglés. HILL PRADOS M.C., *Los Clubs de...*, cit., p. 83.

⁴⁶⁶ Información extraída de la web oficial de Lloyd`s.
[<https://www.lloyds.com/lloyds/about-us/history/corporate-history>]

III.-ASEGURADORAS DEL SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA

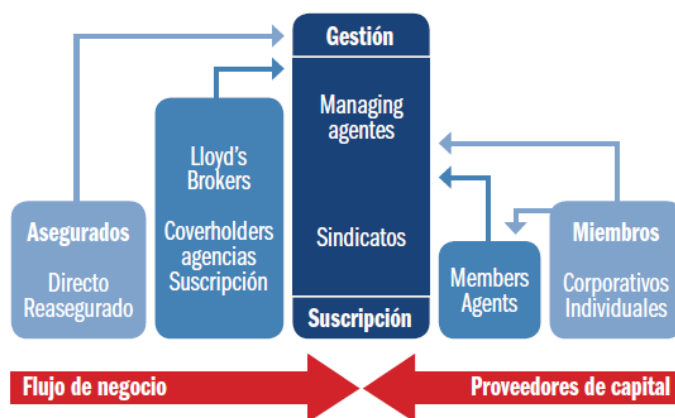
Asociación de Suscriptores conocida como Lloyd's obtuvo reconocimiento como entidad aseguradora con la Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de Julio de 1973 ("Primera Directiva No-Vida), ratificada posteriormente por la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 ("Tercera Directiva No-Vida")

Lloyd's podría explicarse como un **mercado de seguros**, cuyos miembros – personas físicas y jurídicas –, se agrupan en Sindicatos, que son los que, a todos los efectos, realizan la actividad aseguradora y aceptan los riesgos. Los Sindicatos no tienen personalidad jurídica, por lo que son administrados por unas entidades denominadas Managing Agents o Agentes Gestores.

En su estructura entonces hallamos los siguientes operadores:

- i. miembros: son auténticos inversores que aportan capital y fondos para respaldar la actividad aseguradora. En general, son grupos financieros e inversores, aunque también concurre alguna sociedad de responsabilidad limitada.
- ii. sindicatos: los miembros buscando una mejor operativa de la actividad aseguradora se agrupan en sindicatos. Existe un sindicato especializado para el ramo marítimo.
- iii. agentes gestores: son sociedades mercantiles constituidas con el objeto de gestionar o administrar uno o más sindicatos.

Un esquema visual e ilustrativo de cómo interactúan todos ellos en el funcionamiento de este mercado de seguros, sería el del cuadro que se inserta a continuación⁴⁶⁷:



⁴⁶⁷ Guía de Agencias de Suscripción publicada por la Asociación de Agencias de Suscripción Españolas de Lloyd's (ASASEL) de 15 de agosto de 2016.
[http://www.asasel.com/wp-content/uploads/2016/03/Asasel_2016_Espanol_lo.pdf]

En el informe anual de Lloyd`s para el año 2015⁴⁶⁸, constan datos económicos y financieros que nos proporcionan información sobre la envergadura de este mercado y el volumen de negocio que ello supone a nivel mundial. Las primas brutas para el ramo marítimo han venido creciendo progresivamente desde los 1,968 millones de libras esterlinas en 2011, hasta los 2,245 millones de libras esterlinas en 2015, un incremento respecto al año anterior del 4,9%. En coherencia con esta cifra el ratio anual de accidentes registrados ha sido del 105,4 %, frente al 103,7% del año inmediatamente anterior.

En cuanto a la estructura de los ingresos, atendiendo a un criterio regional, y dividiendo las cifras en los siguientes ramos (reaseguro, propiedad, accidentes, marítimo, energía, motor y aviación) se obtienen los siguientes resultados⁴⁶⁹:

	US and Canada	Other Americas	United Kingdom	Rest of Europe	Central Asia & Asia Pacific	Rest of the World	Total for all Regions
Reinsurance	24%	70%	26%	32%	46%	63%	32%
Property	35%	7%	25%	18%	16%	8%	26%
Casualty	23%	12%	23%	20%	25%	11%	22%
Marine	7%	5%	6%	18%	8%	7%	9%
Energy	7%	3%	2%	6%	2%	3%	5%
Motor	2%	1%	17%	2%	1%	3%	4%
Aviation	2%	2%	1%	4%	2%	5%	2%
Total GWP	47%	7%	18%	14%	10%	4%	100%

Nótese que el ramo marítimo supone tan sólo un 9% del total, y el reaseguro, un 32%, siendo el reaseguro marítimo el negocio más importante y de mayor volumen del Lloyd`s, seguido por el reaseguro de los sectores de la energía y de la aviación. En cifras, los ingresos por primas brutas del reaseguro han sido para el 2015 en marítimo 1,051 millones de libras esterlinas (2014: £990 millones); en reaseguro de energía 622 millones de libras esterlinas (2014: £794 millones), en aviación 471 millones de libras esterlinas (2014: £445 millones), y finalmente Vida por 25 millones de libras esterlinas (2014: £8 millones).

⁴⁶⁸ Informe Anual 2015 de Lloyd`s, pp. 61, 63 y 67.

[http://www.lloyds.com/annualreport2015/assets/pdf/lloyds_annual_report_2015.pdf]

⁴⁶⁹ Informe Anual 2015 de Lloyd`s,... cit., p. 4.

Estos importes son el fiel reflejo de cuanto ha sido expuesto en los apartados introductorios, respecto de los elevados riesgos en el ámbito objeto de estudio, y de la necesidad de los armadores de contar con remedios eficaces para hacer frente a las incertidumbres y los siniestros derivados de la aventura de la expedición marítima.

III.1.2. El Lloyd's en España

Lloyd's opera en España tanto en seguro directo, como en reaseguro. En cuanto al primero, obtuvo la licencia para operar en régimen de Libre Prestación de Servicios en 1993, y en 2003, para operar en régimen de Establecimiento, a través de agencias de suscripción.

La definición de régimen de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios nos la proporcionan los párrafos 8 y 9 del artículo 8 de la LOSSEAR:

“8. Régimen de derecho de establecimiento: La actividad desarrollada en un Estado miembro por una sucursal establecida en él de una entidad aseguradora o reaseguradora domiciliada en otro Estado miembro.

9. Régimen de libre prestación de servicios: La actividad desarrollada por una entidad aseguradora o reaseguradora domiciliada en un Estado miembro desde su domicilio social, o desde una sucursal de aquella en otro Estado miembro, cubriendo un riesgo, contrayendo un compromiso o realizando actividades de reaseguro en un Estado miembro distinto”.

La agencia de suscripción es un representante de la entidad aseguradora en cuyo nombre y representación trabaja, pero no es un mediador, sino un instrumento de distribución directa (artículo 4.3. de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados). Ello implica que no puede asumir directamente la cobertura de riesgos, es decir, la actividad aseguradora objeto social exclusivo y excluyente de las compañías de seguros⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Una agencia de suscripción española sólo puede prestar servicios para una única entidad aseguradora o reaseguradora que cumpla los requisitos para operar legalmente en España. El Lloyd's se considera una única entidad aseguradora, aunque los poderes para suscribir riesgos son concedidos por cada Sindicato; por ello, varios Sindicatos podrán otorgar poderes diferentes a una misma agencia de suscripción, pero si una agencia de suscripción tiene poderes otorgados por uno o varios Sindicatos no podrá tenerlos de ninguna otra entidad aseguradora o reaseguradora. DUQUE SANTAMARIA, L.P.,

En nuestro país, las agencias de suscripción autorizadas para operar en nombre del Lloyd's como entidad aseguradora, en los riesgos marítimos 6 (vehículos marítimos, lacustres y fluviales) y 12 (RC en vehículos marítimos, lacustres y fluviales), se recogen en la Publicación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre el Registro Especial de Agencias de Suscripción de 3 de febrero de 2015⁴⁷¹, y entre ellas cabe mencionar que AON RE IBERIAN COVER HOLDER S.L. y NAMES AGENCIA DE SUSCRIPCIÓN S.L., forman parte de la Asociación de Agencias de Suscripción Españolas de Lloyd's (en anagrama ASASEL), que se constituyó en abril de 2008, al amparo de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, como asociación sin ánimo de lucro.

III.2. Clubs de Protección e Indemnización (Clubs P&I)

Los Clubs de P&I se configuran como un operador del mercado asegurador, que tienen por misión dar respuesta a la necesidad de prestar un seguro complementario para riesgos que el mercado no puede o no quiere asegurar (responsabilidad de armadores y fletadores) a través de un régimen mutual de contribuciones.

No se pretende hacer un examen exhaustivo de su régimen, estructura y funcionamiento, por cuanto no es objeto de este trabajo, pero consideramos que resulta imprescindible aproximarnos a ellos para poder entender cómo dentro de sus coberturas se proporciona a armadores y fletadores un auténtico seguro de defensa jurídica en el ámbito de la navegación.

Quizás una de las cuestiones más beneficiosas es su continua adaptación a las nuevas necesidades de los armadores en virtud de la legislación, y en momentos históricos importantes, como las dos Guerras Mundiales⁴⁷², o cuando surgieron las crecientes

Subdirectora General de Ordenación del Mercado de Seguros, Documentos de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, Ministerio de Economía y Hacienda, "Las Agencias de Suscripción y la Ley 26/2006, de 18 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados", 23 de mayo de 2007. [www.dgsfp.mineco.es/profesionales/documentos/Agencias%20suscripcion.pdf]

⁴⁷¹Publicación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre el Registro Especial de Agencias de Suscripción de 3 de febrero de 2015.

[<https://www.dgsfp.mineco.es/sector/documentos/Agencias%20de%20Suscripcion/AGENCIAS%20DE%20SUSCRIPCION%20EN%20LA%20WEB%2003-02-2015.pdf>]

⁴⁷² Numerosos Clubs protegen a sus miembros de los riesgos de guerra, cuando estos no son cubiertos por el mercado asegurador ordinario, bien acogiendo una nueva clase o categoría de cobertura, bien creando una nueva Asociación separada, pero relacionada o vinculada al Club. Durante la I Guerra

responsabilidades por hidrocarburos, que afectan a grandes buques petroleros y de transporte de determinadas materias peligrosas o contaminantes.

Los cambios legislativos han ido progresivamente influyendo en el desarrollo de los Clubs, desde sus orígenes hasta nuestros días, y con total seguridad lo harán en el futuro, dado su carácter y estructura de gran adaptabilidad⁴⁷³.

III.2.1. Forma societaria de los Clubs

Resulta evidente que los Clubs como asociaciones de armadores constituidas para asegurarse en base mutualista de los riesgos no cubiertos por el seguro ordinario, se constituirán y operarán de acuerdo con la legislación del país en que estén establecidas. En cualquier caso, como quiera que su desarrollo e importancia se alcanza como institución inglesa, será este modelo el que se copiará con carácter general en el resto de países.

Así, los Clubs están constituidos como “Companies limited by guarantee and not having a share capital”, es decir, como sociedades de responsabilidad limitada por garantía, cuyo capital no se halla dividido en acciones⁴⁷⁴.

Dado que no tienen ánimo de lucro, y su fin último no es el repartir beneficios entre los socios, la forma societaria más idónea no será la de tener un capital previo suscrito y aportado por los socios, y sí optar por que la limitación de la responsabilidad sea por garantía, es decir, que esta responsabilidad está previamente establecida y determinada en el acto constitutivo, pero sin necesidad de que se produzca el desembolso de ese importe concreto *ab initio*.

Mundial, los Clubs se encargaron de investigar y liquidar, por cuenta del Gobierno británico, las reclamaciones de pasajeros y de la carga, de los buques requisados, elaborando planes, estipulando las compensaciones para las personas a cargo de los marineros, con relación a los buques capturados por el enemigo al estallar la I Guerra Mundial, y los pagos por rescates de oficiales y tripulantes capturados. Todo ello, supuso un aumento en las tareas de los Clubs, que tenían que ocuparse de ello además del trabajo de las categorías tradicionales de Protección e Indemnización, y en algunos casos de la Flete, Sobreestadía y Defensa. Entre las guerras mundiales volvieron a su situación de independencia, pero en 1939, al estallar la II Guerra Mundial, se adoptó un esquema similar al de la primera, formalizándose un acuerdo entre el Ministerio de Comercio y las “War Risk Associations” tal y como preveía la “War Insurance Act” de 1939. HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., pp. 158-164.

⁴⁷³ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., pp. 79-80.

⁴⁷⁴ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., pp. 83-110.

Queda por abordar que el capital se halle o no dividido en acciones. Aunque normalmente cuando se opte por dividir el capital social en acciones se constituyan “Company Limited by shares” y no por garantía, tal posibilidad está prevista para aquellas asociaciones que requieran ineludiblemente contar con un cierto capital inicial para el desarrollo del objeto social, en tanto que los fondos ordinarios provendrán de otras fuentes. En estos casos, la “garantía” refuerza la posición financiera de la sociedad.

La diferencia entre ambos tipos de sociedad “limited by guarantee having a share capital” o “limited by guarantee not having a share capital” quedará recogida en el Memorandum o Acto constitutivo en la cláusula relativa a la responsabilidad de los miembros.

En España, la constitución de una aseguradora en régimen mutual (a salvo de la problemática para la constitución de un Club P&I ya referida), está regulada en la LOSSEAR (artículo 41), y desarrollada en el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (ROSSEAR). La Sección 3ª sobre Formas Jurídicas de las entidades aseguradoras, y Sección 4ª sobre restantes requisitos, ambas del Capítulo I del Título II, de este Reglamento, configuran el marco jurídico obligatorio de estatutos, derechos y obligaciones de los mutualistas, composición y competencias de los órganos de gobierno (Asamblea General y Consejo de Administración), así como el preceptivo Programa de Actividades, Capital Social y Fondo Mutuo⁴⁷⁵.

III.2.2. Documentos básicos de la sociedad

a) Memorandum o Acto Constitutivo

El Memorandum es el documento más importante de la sociedad, ya que en el constan las menciones esenciales del ámbito interno (relación sociedad- miembro), como externo (relación sociedad- terceros).

De contenido similar a la escritura de constitución de los artículos 21 y 22 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la

⁴⁷⁵ VERCHER MOLL, J., “Las condiciones de acceso al mercado de seguros a la luz de la nueva LOSSEAR y del ROSSEAR”, en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión de Seguros Privados, II Congreso Internacional de Derecho de Seguros*, Psylicom, Valencia 2016, pp. 462-465.

Ley de Sociedades de Capital, (LSC), las menciones esenciales que deben constar en el Memorandum, serán las siguientes⁴⁷⁶:

- El *nombre de la sociedad*, indicando la tipología societaria elegida.
- La determinación de la *oficina de Registro*. Esta cláusula tiene por objeto indicar dónde está ubicada la sociedad, su domicilio y residencia, y por ende, la jurisdicción a la que deberá someterse.
- *Objeto social*. Que además de los fines y objeto que se persiguen con la constitución, deberá especificar las facultades para la consecución de los mismos, debiendo precisarse incluso, aquellas facultades auxiliares que podrían necesitar.⁴⁷⁷
- *Limitación de la responsabilidad*. Debe ser estipulada expresamente la limitación de la responsabilidad, no sólo en la denominación de la sociedad, sino en las estipulaciones del propio Memorandum. Además, deberá fijarse el importe máximo al que los socios deberán hacer frente, lo que supone una protección para ellos, pero además, para el tráfico en general, que dispondrá de tal información.
- Capital Social. En el caso de la “Guarantee Companies” esta cláusula establece la suma de garantía, que cada miembro se compromete a aportar en caso de que la sociedad se vea imposibilitada para hacer frente a sus deudas a sus respectivos vencimientos, y fuese preciso disolverla y liquidarla.
- Cláusula de Asociación: por la que los que suscriben el “Memorandum” manifiestan que desean constituir la sociedad, y se completa con los datos de identificación de cada uno de los suscriptores.

b) “Articles” o Estatutos

⁴⁷⁶ CLAVERO TERNERO, M., *Clubs de P&I*, Ed. IEEMM, Madrid, 1992, pp. 142-143; HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., pp. 89-99; HAZELWOCK, S.J., SEMARK, D., cit., p. 10.

⁴⁷⁷ Este tipo de redacción de cláusulas en las que se fusionan y confunden objeto y facultades, viene reforzada por la doctrina “Ultra Vires” que establece que cuando un acto o negocio jurídico es realizado –aún cuando sea legal- no estando autorizado por la cláusula objeto, es un acto “ultra vires” (más allá del poder de la sociedad-, y por tanto, nulo. Esta regla por tanto prohíbe a la sociedad realizar actos que estén fuera de lo conferido en el Memorandum, si bien, tanto a través de la legislación como a través del tratamiento judicial, se ha intentado progresivamente minimizar tal efecto en cuanto afecta a terceros que contratan con la sociedad.

Este segundo documento fundamental, contiene las normas internas para la organización de la sociedad y la realización de la actividad estipulada, incluyendo la elección del “Board”, las posibilidades para el examen de la actuación del “Board” y el “Managing Director”, la periodicidad de la celebración de las Asambleas Generales (Annual General Meeting), y el contenido obligatorio que estas deben tener, requisitos y condicionantes del derecho de voto en las Asambleas, resolución de conflictos... etc.

Como resulta evidente, los “Articles” están subordinados al Memorandum, que es el documento más importante, y en caso de discordancia por ende, prevalecerá este último. Y aunque los Estatutos no pueden contradecir lo previsto por el Memorandum, sí pueden ser utilizados para interpretar o aclarar alguna ambigüedad o confusión en sus términos⁴⁷⁸.

c) “Rules” o reglamentos

En el tercer nivel de concreción de documentos normativos de la sociedad, nos encontramos con las “Rules”, que si bien, también contienen previsiones relativas al funcionamiento de la asociación, están más en conexión con la finalidad de la institución.

De hecho, lo habitual es que la Rule núm. 1 siempre sea el sometimiento al Memorandum y los “Articles” de la asociación, seguida de una Rule núm. 2 sobre definiciones de aquellos términos más frecuentes en las relaciones entre el Club y sus miembros, para evitar interpretaciones erróneas.

Su función viene determinada, como decíamos por un mayor desarrollo y concreción de los fines de la asociación, ya que son los documentos utilizados por los Clubs para regular y delimitar el funcionamiento de cada una de las coberturas proporcionadas a sus miembros. Así, y aunque no es igual en todos y cada uno de ellos, son las “Rules” las que determinan la inscripción y contribución concreta de los miembros; los riesgos incluidos, y las exclusiones, limitaciones y garantías; las primas que han de abonarse y en qué momento, así como el cese y la terminación de la cobertura⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ CLAVERO TERNERO, M, *cit.*, pp. 144-145; HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, *cit.*, pp. 102-105.

⁴⁷⁹ CLAVERO TERNERO, M, *cit.*, pp. 146-153; HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, *cit.*, pp. 106-108.

IV.- COORDINACIÓN INTERNACIONAL DE LOS CLUBS ASEGURADORES DE DEFENSA JURÍDICA: GRUPO INTERNACIONAL DE CLUBS DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN (IGP&I)

Aunque los distintos Clubs de Protección e Indemnización compiten entre sí en el mercado, pronto se descubrió el beneficio que supondría para todos la puesta en común de los mayores riesgos, bajo el marco de un Grupo Internacional. Esta puesta en común está regulada a través de un acuerdo de carácter contractual que define los riesgos a considerar, y cómo estos han de ser compartidos por los Clubs participantes.

IV.1. Principios, acuerdos y estructura organizacional

El Grupo Internacional de Clubs de Protección e Indemnización, más comúnmente conocido por su denominación en inglés, The International Group of Protection and Indemnity Clubs, opera bajo una **constitución** escrita que define los tres objetivos principales del Grupo, a saber⁴⁸⁰:

- el mecanismo para compartir o agrupar las reclamaciones entre Clubs que excedan de la retención individual del club (US \$ 10 millones para 2016), y el reaseguro colectivo de responsabilidades agrupadas;
- Proporcionar un foro para el intercambio de puntos de vista y experiencia en asuntos relacionados con la responsabilidad de los armadores y el seguro de tales responsabilidades, y
- La representación externa del Grupo y el compromiso con los Estados, los reguladores, las OIG (Organizaciones Intergubernamentales) y las asociaciones nacionales e internacionales de armadores y de seguros marítimos⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ WEB DEL IGP&I [[Http://www.igpandi.org/about](http://www.igpandi.org/about)].

⁴⁸¹ SIERRA NOGUERO, E., “El Grupo Internacional de Clubs de Protección e Indemnización”, en PETIT LAVALL, M.V., MARTÍNEZ SANZ, F., RECALDE CASTELLS, A. (dirs), ACHIM PUETZ, (coord.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 805.

Además de la Constitución otros dos acuerdos regulan el gobierno y funcionamiento del Grupo: el International Group Agreement (IGA) o Acuerdo del Grupo Internacional y el Acuerdo de Pooling.

El primer **International Group Agreement** (IGA) data de 1985⁴⁸², y su última revisión del año 2013, y en particular prevé:

- la forma en que los clubes pueden aceptar las inscripciones de armadores que desean trasladar su seguro de un club a otro.
- cómo los clubes pueden fijar las cuotas o contribuciones y la información que deben obtener unos de otros con anterioridad a estos efectos.
- los factores a tener en cuenta, y los procesos, para el establecimiento de cuotas de liberación para los buques que se trasladan a otro club o asegurador.
- las sanciones por incumplimiento de los términos de la IGA.
- requisito para que los clubes divulguen en sus estados financieros anuales su Promedio de Gastos.

En relación con el **acuerdo de “pooling”**, a nadie se le escapa a estas alturas, que a todos los Clubs les interesa agrupar los riesgos de mayor envergadura. En consecuencia, la agrupación está regulada por el acuerdo de agrupación (Pooling Agreement) renovado anualmente, que define los riesgos que se pueden agrupar, los riesgos que se excluyen de la cobertura y cómo se reparten las pérdidas cubiertas entre los clubes participantes.

El Pool ofrece un mecanismo para compartir todas las reclamaciones de más de US \$ 10 millones hasta, actualmente, aproximadamente US \$ 7.750 millones⁴⁸³.

A mayor abundamiento, el Acuerdo de Pooling aborda entre otros asuntos: los principios sobre los que se pueden agrupar las reclamaciones, los tipos de reclamación que se pueden agrupar, y los que se excluyen de esa puesta en común, el método por el cual las reclamaciones se calculan a los efectos de la agrupación, la base de contribución a las reclamaciones, los acuerdos de reaseguro colectivo y asignación de los costes de reaseguro, así como las disposiciones relativas a las solicitudes de adhesión al Grupo y la participación en los acuerdos de agrupación y reaseguro.

⁴⁸² CLAVERO TERNERO, M., cit., pp. 318-320.

⁴⁸³ WEB DEL IGP&I [[Http://www.igpandi.org/about](http://www.igpandi.org/about)].

Debido a que los clubes del grupo comparten reclamaciones a través del sistema de agrupación, tienen un interés común en la prevención y el control de pérdidas y en el mantenimiento de los estándares de calidad en todos los miembros.

El mecanismo de reparto de siniestros previsto por el Acuerdo de Pooling y los muy altos límites de cobertura proporcionados por los Clubes de Grupo en virtud de los acuerdos de agrupación y reaseguro del Grupo están respaldados por el IGA, elemento esencial para garantizar la cooperación mutua entre el Grupo Clubes y la eficacia de los acuerdos de puesta en común.

Asimismo, el IG P&I está dotado de un programa de reaseguramiento⁴⁸⁴ cuyo objetivo es proporcionar un marco adicional de cobertura a grandes reclamaciones, sin que para ello se ponga en peligro la solvencia y liquidez de la propia organización, reaseguro se materializa con la sociedad Hydra Insurance Co. Ltd. sociedad anónima sometida a las leyes de las Bermudas.

La consecuencia en la práctica de todo este sistema, es que reuniendo la mayor parte de los riesgos marítimos, el Grupo puede obtener mayor capacidad reaseguradora y en las mejores condiciones y términos posibles para sus miembros.

En cuanto a su **estructura organizativa**, el Grupo está presidido por un representante, elegido en una rotación de tres años, de uno de los Clubes del Grupo. El actual Presidente del Grupo, Hugo Wynn-Williams, Presidente de Thomas Miller, fue elegido en noviembre de 2015.

La administración interna y la representación externa del Grupo están coordinadas por la secretaría del Grupo, con sede en la ciudad de Londres y encabezada por el Secretario y el Director Ejecutivo.

El trabajo cotidiano del Grupo se lleva a cabo a través de un gran número de subcomités y grupos de trabajo que se ocupan de una amplia gama de cuestiones jurídicas, reglamentarias y de seguros que afectan a los armadores, operadores y fletadores.

⁴⁸⁴ SIERRA NOGUERO, E., "Los seguros marítimos de responsabilidad civil", en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 704-705; CLAVERO TERNERO, M., cit., pp. 312-318.

Aunque pudieran plantearse alternativas al Seguro de P&I de los Clubes del Grupo Internacional, el amplio rango de coberturas, y la responsabilidad civil ilimitada que estos ofrecen, no encuentran competidores en el mercado asegurativo actual.⁴⁸⁵

IV.2. Clubs P&I miembros del Grupo Internacional de Clubs de Protección e Indemnización (IGP&I)

El número de Clubs P&I miembros del IGP&I son trece, si bien, algunos tienen asociaciones afiliadas, y uno de ellos una filial reaseguradora.

Estos trece miembros referidos son los siguientes (por orden alfabético):

1. American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc. (al que nos referiremos simplemente como American Club).
2. Assuranceforeningen Skuld, (al que nos referiremos como Skuld). Así como la asociación, Skuld Mutual Protection and Indemnity Association (Bermuda) Ltd.
3. Gard P&I (Bermuda) Ltd., (al que nos referiremos como Gard). Así como la asociación, Assuranceforeningen Gard.
4. The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited, (al que nos referiremos como Britannia).
5. The Japan Ship Owners' Mutual Protection & Indemnity Association, (al que nos referiremos como el Club Japonés).
6. The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited, (al que nos referiremos como London Steam-Ship).
7. The North of England Protecting & Indemnity Association Limited, (al que nos referiremos como NEPIA Club).
8. The Shipowners' Mutual Protection & Indemnity Association (Luxembourg), (al que nos referiremos como Shipowners).
9. The Standard Steamship Owners' Protection & Indemnity Association (Bermuda) Limited, (al que nos referiremos como Standard). Con el Standard Club Europe Ltd. y el Standard Club Asia Ltd.

⁴⁸⁵ SIERRA NOGUERO, E., "El Grupo Internacional ...", cit., pp. 806.

10. The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited, (al que nos referiremos como Steamship). Junto con la The Steamship Mutual Underwriting Association Ltd.
11. The Sveriges Ångfartygs Assurans Förening/The Swedish Club.
12. United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association (Bermuda) Limited, (al que nos referiremos como U.K. Mutual Steam Ship), y la United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association (Europe) Ltd.
13. The West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (Luxembourg) , (al que nos referiremos como West of England).

Puesto que el Grupo aúna a trece de los principales Clubs de P&I en todo el mundo, esto supone que se proporciona cobertura para eventuales responsabilidades al 90% del tonelaje transoceánico mundial, además esta asociación implica la cooperación entre ellos para el mejor desarrollo del seguro P&I que cada uno ofrece con carácter individual, ahora bien, esos términos de cooperación se limitan con carácter esencial al seguro P&I, que constituye su línea principal de negocio, y no a otros tipos de seguro, como el de defensa jurídica (FD&D)⁴⁸⁶.

Además, existen entidades aseguradoras especializadas en esta categoría como los UK Defence Club, el Norkisk Defence Club, y el German Shipowners Defence Association⁴⁸⁷, cuyo objeto de negocio se centra en exclusiva en el seguro de defensa jurídica.

V. DIFICULTADES LEGISLATIVAS EN ESPAÑA PARA ASEGURAR LA DEFENSA JURÍDICA MARÍTIMA

Como ha sido expuesto, es el marco de las aseguradoras mutuas donde se ha ido readaptando a lo largo de la historia, la cobertura asegurativa de las responsabilidades del propietario del buque. Aun así, en el caso concreto español, las peculiaridades de la legislación y de las propias pólizas, hacen que no podamos afirmar sin ningún género de

⁴⁸⁶ SIERRA NOGUERO, E., *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques. Especial referencia a los seguros obligatorios*, Cuadernos de la Fundación Mapfre, Madrid, 2016, p.71.

⁴⁸⁷ ANDERSON, P., "Freight, demurrage and defence. The legal costs insurance", *Seaways*, Ed. London Nautical Institute, October, 1999, p. 4.

duda, que hayan existido en nuestro país mutuas aseguradoras marítimas, al menos, no existe ninguna que cubra la responsabilidad civil de los armadores con la configuración de los Clubs P&I británicos.

Además, estos Clubs P&I se identifican con mutuas a prima variable por cuanto, como veremos en mayor profundidad en apartados sucesivos, parten del principio de ayuda recíproca, proporcionando la correspondiente cobertura de los siniestros, a través de distintas cuotas a sus socios (adelantadas, diferidas o excepcionales), que van más allá de la prima única.

V.1. Cuestión previa: las aseguradoras en la LNM

Con carácter general, tendrá la posición jurídica de asegurador, quien asume a cambio de un precio (prima) el riesgo de tener que sufrir las consecuencias patrimoniales negativas de un determinado evento (siniestro, en nuestro caso de la navegación marítima) sobre intereses ajenos⁴⁸⁸.

La obligación principal del asegurador es la de indemnizar el siniestro cubierto por el contrato de seguro marítimo (artículo 429.1 LNM), una vez el asegurado haya acreditado la existencia y alcance del daño, así como sus causas (artículo 429.2 y 437 de la LNM).

Además de los daños materiales sufridos por el objeto del seguro, la LNM declara en su artículo 430 como coberturas complementarias del seguro marítimo: a) la contribución a la avería gruesa, b) la remuneración por salvamento y c) los gastos razonables efectuados para aminorar el daño. En sentido contrario, quedan excluidos de la indemnización: a) Los perjuicios derivados del siniestro (retrasos, demoras, paralizaciones, pérdidas de mercado, diferencias de cambio, lucro cesante...etc.) y b), los daños y perjuicios ocasionados por el objeto asegurado a personas, (artículo 432 LNM).

En los primeros tiempos de la práctica del seguro marítimo los aseguradores eran particulares, pero con el mayor desarrollo del comercio, y por supuesto, el aumento de

⁴⁸⁸ RUIZ SOROA, J.M, "Tema 2: Elementos personales del contrato de seguro marítimo", en RUIZ SOROA, J.M., ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, cit., p. 27.

los valores de los buques y las cargas, se hizo imprescindible la acumulación de grandes capitales y una eficiente organización a fin de poder responder a las exigencias financieras derivadas de la explotación⁴⁸⁹.

En cuanto a la estructura orgánica de la entidad aseguradora, al seguro marítimo le resulta de aplicación, sin ninguna especialidad el artículo 27 párrafos 1 y 2 de la LOSSEAR que prevén que: “1. *La actividad aseguradora únicamente podrá ser realizada por entidades privadas que adopten alguna de las siguientes formas: a) sociedad anónima, b) sociedad anónima europea, c) mutua de seguros, d) sociedad cooperativa, e) sociedad cooperativa europea, f) mutualidad de previsión social*”, y además, “*también podrán realizar la actividad aseguradora y reaseguradora las entidades que adopten cualquier forma de derecho público, siempre que tengan por objeto la realización de operaciones de seguro o reaseguro en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras o reaseguradoras privadas*”. Lógicamente, no puede perderse de vista que el seguro ha de ser suscrito con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo correspondiente al riesgo que pretende asegurar: cascos o vehículos marítimos, mercancías transportadas, responsabilidad civil (tal y como se especifican en el Anexo de la LOSSEAR, en concordancia con el art. 21 de dicha norma)⁴⁹⁰.

La exigencia de una estructura y forma societaria para poder operar como asegurador es hoy día un dato común a la mayoría de los países europeos, con la notable excepción del *Lloyd`s* londinense. En contra de lo que suele creerse, el *Lloyd`s* no es una entidad aseguradora, sino una corporación en la que se agrupan para ciertos y limitados fines una serie de personas individuales que practican el seguro por sí mismas. Se trata de un rarísimo ejemplo de supervivencia del comerciante asegurador individual⁴⁹¹. De todos modos, por su carácter especial le dedicaremos un apartado específico, al igual que a la figura de los *Clubs de Protección e Indemnización (P&I)*, entidades mutuales de armadores, que ofrecen a sus miembros un seguro de protección e indemnización de

⁴⁸⁹ GONZALEZ LEBRERO, R.A., cit., pp. 648-649.

⁴⁹⁰ En relación con estos requisitos para ejercer la actividad aseguradora en el marco de SOLVENCIA II, *vid.* VERCHER MOLL, J., “Las condiciones de acceso al mercado de seguros a la luz de la nueva LOSSEAR y del ROSSEAR”, en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de...*, pp. 450 y ss.

⁴⁹¹ RUIZ SOROA, J.M., “Tema 2: Elementos personales del contrato de seguro marítimo”, en RUIZ SOROA, J.M., ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho del Seguro Marítimo*, cit., p. 28.

índole adicional mutuo, contra las responsabilidades por daños a terceros que tienen relación con el negocio del armador.

Dentro de la actividad en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios en la Unión Europea, se ha producido un importante cambio, porque la LOSSEAR no tiene un equivalente exacto a la limitación del derogado art. 76 del TRLOSSP que prohibía el aseguramiento de buques⁴⁹² en terceros países ajenos a este Espacio Económico Europeo, así como también concertar en España operaciones de seguro directo con entidades aseguradoras de terceros países ajenos al Espacio Económico Europeo o hacerlo a través de mediadores de seguros privados que realicen su actividad para aquellas, -salvo que dichas entidades aseguradoras contraten a través de sucursales legalmente establecidas en España-.

En el ámbito del coaseguro tiene una especial novedad lo previsto por el artículo 447 de la nueva LNM.

Primeramente, ha de clarificarse la distinción entre seguro cumulativo y coaseguro; así, no debe confundirse el seguro cumulativo o doble, que se produce por iniciativa del tomador del seguro, cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que en un mismo siniestro pueden producir sobre el mismo interés durante idéntico espacio de tiempo. El tomador del seguro o el asegurado vienen obligados, salvo pacto en contrario, a comunicar a cada asegurador la existencia de los demás contratos de seguros y si por dolo omiten esa declaración, y, en caso de sobreseguro, se produjera el siniestro, los aseguradores no están obligados al pago de la indemnización. Por otro lado, el coaseguro consiste en el reparto de unas cuotas determinadas entre varios aseguradores, viniendo obligado cada uno a pagar la cuota respectiva, salvo pacto en contrario. Si el tomador no conoce el reparto de las cuotas del coaseguro nos encontramos ante el denominado coaseguro interno, calificado legalmente como reaseguro (art. 77.2 LCS) pudiendo reclamar del asegurador contratante la totalidad de la indemnización⁴⁹³.

⁴⁹² El precepto también se refería a aeronaves y vehículos con estacionamiento habitual en España y los bienes de cualquier clase situados en territorio español, con la única excepción de las mercancías en régimen de transporte internacional (artículo 76.1 LOSSP).

⁴⁹³ TIRADO SUAREZ, F.J., "Capítulo 80: Los Seguros de Daños", en JIMENEZ SÁNCHEZ G.J. (dir), *Derecho Mercantil II*, cit., p. 742.

A este respecto, la LNM ha resultado, al menos para el contrato de seguro marítimo, una cuestión para la que no siempre doctrina y jurisprudencia han seguido criterios unánimes y uniformes: el de la legitimación procesal, y en particular, las situaciones litisconsorciales tanto activas como pasivas a que se refiere el artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, el artículo 416 de la LNM, sin alterar la regla de la mancomunidad entre los aseguradores, e incluso para las acciones de repetición o recobro legítima al abridor de la póliza de seguro tanto activamente como pasivamente y tanto judicial como extrajudicialmente.

Y se establece el “derecho de repetición” que tendrían los demás coaseguradores frente al asegurador abridor, cuando este, en perjuicio de los intereses de los demás, abusare en el ejercicio de las facultades que legamente le vienen atribuidas, si bien parece⁴⁹⁴, que tal “abuso de facultades”, y tal y como lo prevé el último párrafo del 416.1 de la LNM, más que una acción de repetición ampararía una acción dirigida a exigir la responsabilidad del asegurador abridor⁴⁹⁵.

V.2. La evolución de la legislación española en materia de mutuas a prima variable

Desde la Ley de Ordenación de los seguros Privados de 16 de diciembre de 1954, la legislación española conoce los seguros mutuos, y ya en esta norma se recogía en su artículo 1 que las entidades que practicasen operaciones de seguro y reaseguro quedaban sometidas a sus preceptos, y que estas entidades sólo podían ser Sociedades Anónimas o asociaciones mutuas, legalmente constituidas. Incluso, la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984, hacía alusión a las mutuas a prima fija y a prima variable. Esta Ley supuso la ruptura del principio mutualista puro, de manera que la condición de socio o mutualista era inseparable de la de tomador del seguro o asegurado, y permitió que las mutuas pudieran contratar con terceros no socios.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ FERNÁNDEZ QUIRÓS, T. y LÓPEZ QUIROGA, J., “El contrato de seguro marítimo...”, cit., p. 116.

⁴⁹⁵ Asimismo, se incluye en el apartado 3 del artículo 416 LNM, la presunción de que si la póliza no designa expresamente quien es el asegurador abridor, se considerará como tal al coasegurador que participe con mayor cuota en el seguro.

⁴⁹⁶ SANCHEZ CALERO, F., *Curso de ...*, cit., p. 68; GUARDIOLA LOZANO, A., *Manual de Introducción al Seguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 1990, p. 106-111; TIRADO SUAREZ, F.J., *Ley Ordenadora de Seguro Privado (exposición y crítica)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1984, p. 73, TOUS GRANDA, E., “La falta de regulación de la mutua de seguros en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de

A lo largo de los años 60 y 70 se realiza un Proyecto y dos Anteproyectos de reforma del Mercado de Seguros, en un intento por concentrar las empresas de seguros, y aumentar la intervención y control administrativo del Estado en el sector.

La Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado, (LOSP) está marcada además, por el impacto de nuestra Carta Magna de 1978 y la normativa comunitaria. Además, debe destacarse que su artículo 6 exigía que se indicase en su denominación si la entidad era una mutua a prima variable o fija, y sobre todo, en su artículo 14 sobre Sociedades mutuas y cooperativas a prima variable, que establecía determinados requisitos de gran trascendencia, ya que limitaban en gran medida su ámbito de actuación en el mercado; en concreto:

- i. debían ajustar su funcionamiento al programa de actividades que les sea aprobado por el Ministerio de Economía y Hacienda.
- ii. sólo podían exigir la aportación de una cuota de entrada para adquirir la condición de mutualista, a los efectos de constituir un fondo de maniobra que permitiese pagar siniestros y gastos sin esperar al cobro de las derramas.
- iii. solamente podrían operar en un ramo de seguros, que no podría ser: vida caución, crédito ni de responsabilidad civil (salvo complementario del seguro de incendio);
- iv. debían desarrollar su actividad y localizar sus riesgos en un ámbito territorial de menos de dos millones de habitantes o en una provincia.
- v. podrían ceder operaciones de reaseguro previa comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda y no podrían aceptarlas en ningún caso.

Además, que los riesgos debiesen ser homogéneos cualitativa y cuantitativamente y los capitales asegurados y gastos de administración limitados a los importes que fijase el Ministerio de Economía y Hacienda, son dos requisitos que dificultarían el funcionamiento de estas entidades.

En la ley posterior, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (LOSSP), derogada con la aprobación de su texto refundido, mediante el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el

Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de...*, cit., p. 433.

texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, se definen en el artículo 7, la naturaleza, forma y denominación de las entidades aseguradoras en los siguientes términos:

“La actividad aseguradora únicamente podrá ser realizada por entidades privadas que adopten la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social. Las mutuas, las cooperativas y las mutualidades de previsión social podrán operar a prima fija o a prima variable”.

Este texto normativo conserva los mencionados requisitos en su artículo 10, si bien, la referencia al preceptivo programa de actividades se recoge en la letra c) del párrafo 2 del artículo 5, como uno de los requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda⁴⁹⁷.

V.3.- Prohibición de aseguramiento en el extranjero

Ya la Ley de Ordenación de los seguros Privados de 16 de diciembre de 1954, recogía en su artículo 15 la prohibición de aseguramiento en el extranjero, al prever que: *“No podrán asegurarse en en el extranjero los barcos, aviones y vehículos matriculados en España, ni los bienes de cualquier clase situados en el país, con la única excepción de las mercancías en régimen de transporte internacional”.* Además, el segundo párrafo se refería a las personas físicas españoles domiciliados en España, que no podían recurrir al aseguramiento en el extranjero ni de sus personas, ni de sus responsabilidades.

Por tanto, aunque *prima facie* pudiese plantearse la duda sobre si todos aquellos riesgos que excedieren de la nave en sí misma serían asegurables en el extranjero, el párrafo segundo, viene a resolver cualquier duda en ese sentido, al extender tal prohibición a las personas y todos los intereses que a ellas afectasen, entre ellos, las eventualidades responsabilidades a las que tuviese que hacer frente.

No podemos perder de vista, que el objeto de estudio es el SDJ, y como se apuntaba en el capítulo primero, es un seguro que protege el patrimonio del asegurado, ante la

⁴⁹⁷ TOUS GRANDA, E., “La falta de regulación de la mutua de seguros en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de...*, cit., p. 435.

posibilidad de que surja una deuda derivada de gastos de asistencia legal, con lo que también se vería afectado por tal prohibición de aquella legislación.

Poco a poco el fenómeno comunitario, el intento de aproximación de los distintos países miembros de la CEE y las directivas comunitarias se hacen eco en los textos legislativos. Así, y como consecuencia del tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea⁴⁹⁸, se promulga el Real Decreto de 6 de junio de 1986 que modifica el artículo 41 de aquella ley, para introducir una vía de excepción a tal prohibición: la posibilidad de cubrir riesgos con aseguradores establecidos en otros países de la CEE, a través del coaseguro.

Nótese, que sólo se establece tal posibilidad para los países de la entonces Unión Económica Europea, y no terceros países, que por ende quedarían fuera del posible ámbito espacial de aseguramiento, algo que excluye aquellos Clubs constituidos en países no comunitarios como es el caso de aquellos que por razones impositivas se ubican en paraísos fiscales.

En este punto los pabellones de conveniencia⁴⁹⁹ suponen un lastre ya no sólo a la seguridad laboral, o la evasión de impuestos de los distintos países, a la responsabilidad por contaminación con hidrocarburos⁵⁰⁰... sino que podrían suponer importantes restricciones en el ámbito de la defensa jurídica de los navieros.

⁴⁹⁸ El Gobierno del presidente Adolfo Suárez solicitó, el 26 de julio de 1977, oficialmente la adhesión a la CEE (hoy Unión Europea). Esta aspiración española se vio satisfecha ocho años después -el 12 de junio de 1985- con la firma del Tratado de Adhesión en Madrid y la integración efectiva en la Comunidad Económica el 1 de enero de 1986. La firma del Tratado de Maastricht (1992) dotó a la Unión Europea de su denominación actual. Información contenida en la web oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, alojada en la dirección:

[<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/UnionEuropea/Paginas/EspUE.aspx>]

⁴⁹⁹ En relación con los pabellones de conveniencia, (entendidos como aquellas banderas diferentes de la auténtica y verdadera nacionalidad del buque), ha de realizarse una importante consideración, que pasó inadvertida hasta que la piratería se adueñó de los titulares de los periódicos en la primera década de este siglo, y es que cuando el armador toma un pabellón de conveniencia, implícitamente renuncia a la protección de su nación, aceptando en su lugar la dudosa protección legal y nula protección militar que podrían proporcionar la escasa diplomacia y las inexistentes marinas militares de Liberia, Panamá, Bolivia o Mongolia. A este respecto, el Artículo 91 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada y ratificada por la mayoría de las naciones marítimas, reza: "*Ha de existir una relación auténtica entre el Estado [de pabellón] y el buque*", sucinta frase que tiene la fuerza de un sólido alegato contra las banderas de conveniencia, hecho además desde el texto legal más importante en derecho marítimo internacional. DEL POZO GARCÍA, F. "Las banderas de conveniencia y la seguridad marítima". Documento de opinión 52/2015, Instituto Español de Estudios Estratégicos, mayo de 2015.

⁵⁰⁰ ARROYO, I., "Problemas jurídicos relativos a la seguridad de la navegación marítima (Referencia especial al Prestige)", *A.D.M.*, Vol. XX. 2003. pp. 23-62.

Sin embargo, pensemos que un país como Bermudas, calificado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) como paraíso fiscal⁵⁰¹, tiene dos Clubs de Protección e Indemnización: el Standard Steamship Owners' Protection & Indemnity Association (Bermuda) Limited, (al que nos referiremos como Standard), y el Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited, (al que nos referiremos como Steamship), entre cuyas coberturas figura la defensa jurídica⁵⁰² que aunque no suscrita por todos los miembros, ha de suponer un obligatoria preocupación de estos⁵⁰³.

En el texto refundido de la LOSSP, artículo 76 se conserva esa prohibición de asegurar buques, aeronaves, vehículos y bienes situados en territorio español, así como personas y responsabilidades de españoles, eso sí, la prohibición se refiere a países ajenos al Espacio Económico Europeo. Aunque dejando prevista la posibilidad de que el Ministro de Economía y Hacienda pudiese autorizar en casos puntuales tal aseguramiento para operaciones concretas, que entendemos justificasen por su propia naturaleza tal autorización.

El segundo párrafo de este precepto invierte la dirección de la relación contractual prohibida, en el sentido de que si el primero prohibía la contratación a españoles (buques y personas) en el extranjero, el segundo, prohíbe concertar en España operaciones de seguro directo con entidades aseguradoras extranjeras (en concreto, de terceros países ajenos al Espacio Económico Europeo) o hacerlo a través de mediadores de seguros privados que realicen su actividad para aquellas, salvo claro está, que dichas entidades aseguradoras contratasen a través de sucursales legalmente establecidas en España.

⁵⁰¹ Bermudas figura entre los países que se han comprometido a mejorar la transparencia, y a implementar sistemas efectivos de intercambio de información en materia de impuestos. Información publicada por la OCDE.

[<http://www.oecd.org/countries/monaco/jurisdictionscommittedtoimprovingtransparencyandestablishingeffectivexchangeofinformationintaxmatters.htm>]

⁵⁰² P&I and Defence Rules and Correspondents 2016/17 del Stardard, y Clase 2 de las Reglas del Club Steamship Mutual 2015/2016.

⁵⁰³ FURMSTON, O, Legal Director de Standard Club, "Defence Bulletin agosto 2016". [<http://www.standard-club.com/media/2218170/defence-bulletin-august-2016.pdf>]. Recoge en la introducción del referido boletín, que la defensa jurídica es un seguro para cubrir los costes legales y de otra índole que por la interposición y defensa de reclamaciones en relación con buques registrados, donde la cuantía controvertida no está asegurada. Además, aunque no todos los miembros suscriben esa cobertura, las cuestiones legales son enormemente importantes para todos los miembros del Club en tanto en cuanto, todos ellos, tienen disputas legales.

V.4.- Prohibición de mutuas a prima variable por la LOSSEAR

La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, (LOSSEAR) a la que ya hemos hecho alusión como norma de adaptación del ordenamiento español al derecho comunitario de seguros en concreto de la Directiva Solvencia II⁵⁰⁴. Ley que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2016.

Esta Ley introduce en su Disposición Transitoria Primera una cuestión de especial trascendencia a los efectos de las mutuas de seguros (y también de las cooperativas y mutualidades de previsión social) a prima variable, que con anterioridad estuviesen autorizadas para ejercer la actividad aseguradora en alguna de las Comunidades Autónomas (recordemos que el ámbito territorial quedaba limitado a menos de dos millones de habitantes o en una provincia), no podrán seguir ejerciendo la actividad aseguradora con esa forma jurídica.

En consecuencia, concede un período transitorio de un año (hasta el 1 de enero de 2017) para que todas estas entidades a prima variable, se transformen en mutuas de seguros a prima fija, sociedades anónimas o bien acuerden su disolución y liquidación (las cooperativas y mutualidades de previsión social por su parte, deben transformarse en cooperativas a prima fija y mutualidades de previsión social a prima fija respectivamente)⁵⁰⁵.

A pesar de esta previsión, la posibilidad real de crear mutuas de seguros de contenido y servicios similares a los Clubs P&I ingleses, ya estaba realmente limitado con la anterior legislación vigente en España, es decir, a prima variable, por cuanto debían

⁵⁰⁴ Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio. [DOUE L 335, de 17/12/2009].

⁵⁰⁵ La Disposición transitoria quinta de la LOSSEAR -que lleva por título Régimen de determinadas operaciones de seguro realizadas por mutualidades de previsión social al amparo del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre. Excepción de límites a prestaciones en forma de capital- establece que aquellas las mutualidades de previsión social (MPS) que vinieran realizando operaciones de seguro de defensa jurídica o de asistencia, o prestasen ayudas familiares, podrían seguir realizando esas operaciones con carácter indefinido, pero sólo siempre y cuando hubiesen sido autorizadas de acuerdo con la normativa anterior. De todos modos, como quiera que las MPS constituyen un sistema de voluntario y complementario a la Seguridad Social obligatoria, no afecta al objeto de análisis en este trabajo.

cumplir unos requisitos que se desmarcaban completamente de los intereses asegurables en el ámbito marítimo más allá del tradicional seguro de cascos y mercancías.

Se ha apuntado que la causa de la proscripción de las mutuas a prima variable en la LOSSEAR tenga como causa su escasa utilización y su carácter residual, aunque no parece responder a esa realidad, ya que las cooperativas de seguros se mantienen en el texto de la ley, aunque no hay ninguna autorizada.⁵⁰⁶

En cualquier caso, y con carácter general, ni la LOSSEAR ni el ROSSEAR han introducido grandes cambios de las mutuas de seguros, salvo la posibilidad de constituir grupos⁵⁰⁷ mutuales transfronterizos, una oportunidad de mercado y de competitividad frente al resto de aseguradoras.

V.5. Posibilidades de crear un Club P&I en España y cobertura indirecta a través de aseguradoras nacionales

A la vista del régimen legal de las mutuas en España, se comprende claramente⁵⁰⁸ que no cabía la posibilidad con la legislación anterior, ni mucho menos, con la actual LOSSEAR, de constituir y operar a través de una mutua aseguradora a prima variable para cubrir las responsabilidades que para los armadores se derivan de la utilización y explotación de sus buques.

En este punto cabe un planteamiento alternativo, pues en sentido estricto, no debe perderse de vista que el ramo de defensa jurídica (ramo 17 según el artículo 6 del TRLOSSP, e igualmente en el Anexo de la LOSSEAR), está normativamente diferenciado del ramo de responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y

⁵⁰⁶ VARGAS VASSEROT, C., "Relaciones de las mutuas de seguros con sus socios", en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión de Seguros Privados, II Congreso Internacional de Derecho de Seguros*, Psylicom, Valencia 2016, pp. 366-368.

⁵⁰⁷ El art. 131 de la LOSSEAR entiende por grupo todo conjunto de entidades que, esté integrado por una participante y sus filiales, y las que a su vez, tanto la participante como las filiales pudieran poseer participación, o aquellas vinculadas entre sí por tener una dirección única o órganos de administración comunes. Además, deben existir vínculos financieros sólidos y sostenibles que se reconozcan contractualmente, y la matriz ejerza una influencia dominante en las decisiones de las demás aseguradoras del grupo. GIRGADO PERANDONES, P., "Una aproximación a la regulación de los grupos de entidades de seguros en la LOSSEAR", en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de...*, cit. pp. 537-539.

⁵⁰⁸ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de ...*, cit., pp. 311-318.

fluviales (ramo 12 en ambos textos normativos). Así, a priori podría pensarse en asegurar la defensa jurídica derivada de la navegación por entender que es un ramo completamente diferenciado de los “vetados” para las mutuas aseguradoras de prima variable –que sólo aludían a la responsabilidad-.

En realidad, en todos los seguros de responsabilidad, el asegurado intenta protegerse del nacimiento de una deuda; en los de responsabilidad civil esa deuda tiene como causa la indemnización al tercero perjudicado, mientras en la defensa jurídica, la deuda tiene como origen la prestación de un servicio jurídico por profesionales de ese ámbito, aunque como se exponía en el capítulo 1 al intentar configurar la delimitación del concepto de SDJ, los contornos de cada uno de ellos no se presentan de manera nítida e irrefutable. Y presentándose el ramo 12 como el específico para el seguro marítimo, tampoco sería absurdo entender que el seguro marítimo de defensa jurídica debiera incardinarse en el 12 y no en el 17.

Pero sin duda, y salvando la problemática de considerar la defensa jurídica como un ramo específico absolutamente diferenciado –sea marítimo o no-, o incardinable en el grupo de los seguros de responsabilidad de vehículos marítimos, era la imposibilidad del reaseguro un obstáculo decisivo para las mutuas a prima variable. Y es que es el reaseguro la figura que ha permitido a la industria de seguros marítimos resolver uno de los mayores problemas planteados por la enorme cuantía económica de los bienes que se someten a su cobertura: la atomización o división de los riesgos⁵⁰⁹.

HILL PRADOS⁵¹⁰ apunta la posibilidad de intentar la fórmula de un Club constituido como mutua a prima fija –ya que estos no tienen limitaciones ni espaciales ni de actividades). Evidentemente el prescindir de la variabilidad de las cuotas supondría perder la ventaja de ilimitación de la cobertura, frente a la imposición de unos límites indemnizatorios.

Otra circunstancia a tener en cuenta en nuestra opinión, es si la flota española tiene un tonelaje suficientemente importante para permitir el “funcionamiento adecuado y eficaz” de esta entidad, ya que cuanto mayor sea el número de armadores y el tonelaje de buques inscritos en la asociación, mayor será su capacidad indemnizatoria. No

⁵⁰⁹ RUIZ SOROA, J.M., “Tema 2: Elementos personales del contrato de seguro marítimo”, en RUIZ SOROA, J.M., ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, cit., p. 34.

⁵¹⁰ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., p. 311.

olvidemos que Italia, por ejemplo, que había creado un Club P&I propio (S.I.F.G.A.) se vio obligada a disolverlo al retirarse del mismo la armada italiana, pues únicamente la flota mercante, no tenía envergadura suficiente para el antedicho funcionamiento adecuado y eficaz. En coherencia con esa duda sobre si el tonelaje español sería suficiente para justificar la presencia de un Club P&I español, pensemos que a 1 de enero de 2015 el pabellón español se mantenía en el puesto 42º del ranking mundial⁵¹¹.

En nuestro país es habitual que el armador asegure sus riesgos de P&I en una compañía aseguradora española, mediante la incorporación de esta cláusula a su póliza, y la compañía reaseguraba a su vez dichos riesgos en un Club, mediante un contrato ordinario de reaseguro. De este modo, se obtiene de manera “indirecta” la cobertura, y se salvaba el incumplimiento de la prohibición de asegurabilidad en el extranjero.

La única problemática que surge es en relación con quién tendría la condición de asociado al Club, ¿la aseguradora española o el armador español? HILL PRADOS⁵¹² señala que pese a que no resulta claro quién debe ser el miembro del Club, en las listas de Miembros de algunos Clubs aparecen numerosos nombres de buques españoles.

En todo caso, las normas de los Clubs prevén la institución del reaseguro, y establecen que en ese supuesto, y dentro del amplio margen de discrecionalidad que poseen los Gerentes, sean estos quienes podrán decidir que además de la compañía aseguradora española, la persona asegurada sea también, un Asociado del Club, pasando a inscribirse su nombre en el Registro (como por ejemplo en los Artículos 4.3 y 38 de las Reglas de Flete, Sobreestadía y Defensa del Club P&I Britannia), o incluso recojan de manera preceptiva la entrada en el Club de la aseguradora reasegurada, salvo que esta expresamente acepte que no podrá asistir a ninguna Asamblea General del Club (Anual o Especial) o votar ninguna de las resoluciones en ninguna de estas asambleas (artículo 8.iii) del Club American Shipowners).

⁵¹¹ Informe Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) 2014/2015, sobre Marina Mercante y Transporte Marítimo, p. 16. [http://www.anave.es/images/informes/marina_mercante/mmtm_2015.pdf]

⁵¹² HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., p. 317, e ídem, “El seguro de protección e indemnización en España. Especial referencia a las nuevas coberturas de fletadores y flete, demora y defensa”, *A.D.M.*, Vol. I, 1981, p. 276.

En las especialidades de cada Club y de los requisitos y condicionantes para la cobertura de defensa jurídica profundizaremos más adelante, resultando imprescindible en este punto, y en aras a proporcionar un análisis más o menos sistemático, ubicar los mencionados Clubs de P&I en el mercado asegurador inglés, que tanto influye en el mercado asegurativa de los riesgos derivados de la navegación.

En España existen algunas mutuas de riesgos marítimos y sociedades anónimas de seguro que ofrecen seguros de responsabilidad civil marítima, sobre todo, como comentaremos en el marco de las embarcaciones de recreo, pero también a buques pesqueros (en Galicia el aseguramiento de su responsabilidad civil es obligatorio, aunque no ocurre lo mismo en todas las Comunidades Autónomas), aunque suelen reasegurar sus riesgos con Clubs P&I del IGP&I, con Clubes ajenos al mismo, o incluso en Lloyd`s.⁵¹³

⁵¹³ SIERRA NOGUERO, E., “Los seguros marítimos de responsabilidad civil”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre...*, cit., p. 706.

CAPÍTULO 4: EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA. PARTE I: CONCEPTO Y ELEMENTOS

I.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

En el segundo capítulo de este trabajo, se ha introducido la referencia al concepto de SDJ, partiendo de la definición que proporciona el artículo 1 de la LCS, que identifica perfectamente dos sujetos: asegurador y asegurado, y dos contraprestaciones: el pago de una prima por un lado, y satisfacer un capital, una renta, una indemnización por un daño, o una prestación pactada –concepto que se complicaba por la posibilidad de que en el SDJ la contraprestación pudiese consistir en la prestación de un servicio directa o indirectamente por la propia aseguradora-. También se abordaba en aquel capítulo⁵¹⁴ cuál era el concepto y la naturaleza jurídica del SDJ, concretemos ahora aquellas conclusiones para el SMDJ objeto de estudio.

Así, el artículo 76 a) de la LCS, concreta el ámbito de esa contraprestación refiriéndola a asumir los gastos de intervención en un procedimiento “administrativo, judicial o arbitral” o a prestar esos servicios de asesoramiento jurídico. Podría efectuarse una aproximación al concepto de seguro marítimo de defensa jurídica añadiendo al tenor de este artículo 76.a) de la LCS, la previsión del artículo 406.1 in fine de la LNM, refiriendo que será aquel seguro de defensa jurídica, que tiene por objeto, indemnizar los gastos de intervención en un procedimiento “administrativo, judicial o arbitral” o prestar asesoramiento jurídico, cuando el origen de esa intervención derive de los riesgos propios de la navegación marítima.

Sin embargo, a ello pueden oponerse dos ideas fundamentales. La primera de ellas, que el ámbito de protección que proporcionan en materia de defensa jurídica los Clubs P&I –con todas sus salvedades- excede con mucho de tal definición, pues la cobertura que proporciona va mucho más allá de indemnizar gastos o prestar servicios de asesoramiento. Pero a mayor abundamiento, y en segundo lugar, ¿podemos hablar de

⁵¹⁴ Vid. Capítulo 2, apartado II.2.

“contrato” de seguro en sentido auténtico, cuando lo que documentalmente se proporciona al asegurado es a lo sumo un Certificado de Inscripción (Certificate of Entry) en el Club⁵¹⁵?

Para dar respuesta a estas cuestiones, no puede perderse de vista que ya el Código Civil en su artículo 1254⁵¹⁶, establece que para que exista contrato como tal, **lo fundamental es la voluntad y el consentimiento** de varias personas para contraer la obligación de darse “algo” o “prestarse algún servicio”⁵¹⁷. Ello unido, a la libertad absoluta para establecer cuantos pactos tengan por conveniente y la libertad de forma del seguro marítimo (artículo 407 LNM), nos permite concluir, que por mucho, que la operativa de los Clubs en la formación del contrato sea muy diferente a las aseguradoras que operan en otros ramos de seguro, en tanto en cuanto, sí existe esa voluntad y consentimiento de ambas partes, podemos hablar de contrato.

En aras a proporcionar un concepto lo más completo posible, pero que además, responda a la libertad de forma y pactos que rige en el seguro marítimo, podemos definir esta institución jurídica como el contrato por el que dos personas, asegurado y asegurador se comprometen, el primero de ellos a abonar la contribución económica

⁵¹⁵ En este Certificado de Entrada, se harán costar información relevante y detallada: nombre del asociado, del buque, y del interés que tiene sobre el mismo, riesgos para los que el buque ha sido inscrito en el Club, fecha a partir de la cual la inscripción ha de surtir efectos, el tonelaje completo e inscrito del buque, la moneda de las contribuciones económicas, así como cualquier condición especial o limitación de cobertura. Regla 6(3), Reglas FD&D, 2016, The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited (Britannia).

[<https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/Britannia-Rules-2016-FDD.pdf>].

⁵¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1254”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p.1497.

⁵¹⁷ En este sentido, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es consolidada, y así, en su Sentencia de 5 de noviembre de 1981 [RJ 1981,4418], y la de 8 de octubre de 1963 [RJ 1963, 4072] establece que: *“Para la existencia real de todo contrato, en general, que origine relaciones jurídicas exigibles y permita el ejercicio de las acciones que de él se deriven, es preciso, conforme previene el artículo 1254 del CC, que haya un concierto de voluntades serio y deliberado, por el que hayan quedado definidos los derechos y obligaciones de los contratantes”*. Y se refieren expresamente a la voluntad contractual como elemento imprescindible las Sentencias del Alto Tribunal de 13 de mayo de 1959 [RJ 1959, 1997] y de 5 de noviembre de 1957 [RJ 1957, 3033]: *“La voluntad es la creadora del negocio jurídico, constituye verdaderamente la esencia, el principio activo y generador, no habiendo negocio allí donde la voluntad esté ausente, o hallándose viciado cuando aquélla ha sufrido error, violencia o dolo, y que por otro lado, en cualquiera manifestación de las voluntades humanas en el terreno jurídico independiente de la forma, a partir de la desaparición del formalismo de las primeras edades, el Derecho consagra, por lo menos en principio, un contrato válido, pudiendo la voluntad no solamente engendrar negocios jurídicos en los límites y bajo las condiciones que le asigna el Derecho positivo, y por consiguiente producir efectos jurídicos, sino aun los que quiere que sean, penetrando en el mundo jurídico no solamente “porque” han sido queridos, sino “cómo” lo han sido”*.

I
IV.-EL CONTRATO... PARTE I: CONCEPTO Y ELEMENTOS

pactada, y el segundo, en contraprestación, a indemnizar en los términos y condiciones acordados, el coste de los gastos legales y/o de asesoramiento en que aquel pudiera verse en la necesidad de incurrir, para salvaguardar sus derechos e intereses legítimos en cualquier disputa, procedimiento legal, o de otra naturaleza, en relación con la navegación marítima, lacustre o fluvial, o, en su caso, a prestar dichos servicios legales y/o de asesoramiento.

Nótese que aludimos a contribución económica y no prima, porque en el ámbito de los Clubs no se abona una prima, sino como veremos, distintas contribuciones en función de las necesidades de la propia entidad. Además, se hace hincapié en la expresión “los términos acordados”, por cuanto, en este contrato, será muy habitual que el asegurado acceda a dejar la cobertura o no a la entera discrecionalidad del asegurador, aceptando al inscribirse en el Club unas Reglas (Rules) que le obligan a ello, limitando ampliamente su poder de disposición sobre los términos del contrato.

Ciertamente, no tiene nada que ver el contrato de seguro que pudiese formalizar un buque mercante o un petrolero, con una embarcación de recreo, pasando por pesqueros de tonelaje y arqueo de lo más variado. Resulta evidente que el poder negociador de las partes varía sustancialmente de uno a otro caso, al igual que tampoco se incardinarán en rangos similares las sumas aseguradas, ni los límites de cobertura estipulados en unos y otros casos. Por ello, se ha optado por un concepto amplio de seguro marítimo de defensa jurídica, que pueda abarcar unos y otros supuestos, con las peculiaridades de cada uno de ellos.

A ello debemos añadir, que este seguro es de vital importancia para el negocio y los operadores marítimos. De hecho, cualquier controversia legal en este campo reviste cada vez mayor complejidad técnica, requiere expertos más especializados, y los procesos se prolongan en el tiempo, haciendo que sean también más costosos. Este seguro permite que los costes o los profesionales necesarios para reclamar los daños y perjuicios sufridos, o defenderse de una reclamación infundada, no supongan un quebranto al patrimonio, o un impedimento tal, que comprometa la viabilidad financiera del asegurado, que podrá tener la seguridad –según los casos- de que esos gastos le van a ser reembolsados.

La cualidad de que el SDJ sea marítimo condiciona la legislación aplicable, el estatuto orgánico de las entidades aseguradoras, que son Clubs P&I de carácter mutual⁵¹⁸, los riesgos cubiertos que estarán vinculados inexorablemente a la navegación y hemos calificado de “marítimos”, pero no desnaturaliza, a nuestro juicio, aquellos elementos comunes con el riesgo y la naturaleza jurídica del SDJ “terrestre”.

En este punto, es inevitable recordar lo ya referido en relación a las profundas discusiones⁵¹⁹ sobre la naturaleza jurídica del SDJ, y el debate que ha mantenido al respecto la doctrina más autorizada. Ciertamente, la idea *prima facie* de su propia denominación, alude a un seguro de asunción de gastos, de reparación del daño causado a la esfera patrimonial del asegurado por tener que abonar esa deuda de servicios de abogados, peritos y otros profesionales, que hayan tenido que intervenir en el conflicto o discusión motivadora de la necesidad.

Pero el seguro adquiere virtualidad práctica mucho antes en el tiempo de que se emita esa eventual factura en concepto de servicios profesionales, en concreto, desde el mismo momento, que surge la necesidad de recurrir a los mismos. De hecho, la cobertura proporcionada por el asegurador no siempre reside en el abono en metálico de ese importe, sino en una contraprestación *in natura* consistente en prestar el asesoramiento y los profesionales, es decir, un mecanismo de reparación específica.

A mayor abundamiento, como ha sido apuntado, las entidades aseguradoras por antonomasia de esta cobertura son los Clubs P&I que nacen y se configuran como mutuas de armadores para cubrir y asegurar las “responsabilidades” de las que tuviesen que responder, derivadas de la propiedad (*protection*) por un lado, y la utilización y explotación (*indemnity*) del buque, por otro.

⁵¹⁸ Esta afirmación no responde a la realidad de las embarcaciones de recreo (y motos acuáticas), que son excepción, por regirse por las disposiciones generales de la LCS, y que, como se verá en el epígrafe correspondiente –IV de este capítulo–, formalizan contratos de seguro en los términos que exige para ellas el Real Decreto 607/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria para embarcaciones de recreo o deportivas.

⁵¹⁹ *Vid.* Capítulo 2, apartado II.2.

Por ello, existen elementos suficientes para trasladar al ámbito de estudio, la concepción extrapatrimonial del daño en el Derecho Civil, y en consecuencia entender que el auténtico interés asegurado no es sólo una deuda pecuniaria concreta a futuro, sino que lo integran los derechos e intereses que componen la esfera jurídica del asegurado. En definitiva, mantener la naturaleza jurídica de un seguro de daños, aunque entendido, en un sentido más amplio, respecto a la configuración tradicional.

II.- ELEMENTOS PERSONALES

Con carácter previo, y a modo de introducción del análisis de los elementos personales del SMDJ, ha de realizarse una mención a cómo se configuran los elementos personales del seguro marítimo en general, que permita la abstracción de un contexto jurídico en el que opera la institución objeto de estudio.

II.1.- Clubs P&I como aseguradoras: “*Directors*” y “*Managers*”

En el capítulo 3 nos hemos referido a los Clubs P&I dentro del mercado asegurador inglés, a cómo se incardinan en este mercado, su forma societaria y sus documentos esenciales -Memorandum, “Articles” y “Rules”- para entender su carácter sui generis y absolutamente condicionado por la navegación, y los intereses que recaen sobre los grandes capitales de los navieros y fletadores. Sin embargo, resulta imprescindible analizar en este apartado cuáles son los recursos humanos, o elementos personales que interactúan con los asegurados a la hora de suscribir, informar, y prestar la cobertura de defensa jurídica.

Con carácter general, la administración y gestión de estas mutuas a prima variable ha de recaer en un órgano de representación de la entidad, y en otro que ostente las funciones más ejecutivas de la actividad aseguradora, es decir, los “Directors” o Administradores, y los “Managers” ejecutivos o gerentes. A ambos habría que añadir los representantes o “Representatives”⁵²⁰ auténtica red de apoyo in situ, consistente en profesionales

⁵²⁰ ARRANZ DE DIEGO, A., “Tema 15: El seguro de protección e indemnización”, en *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, cit., pp. 320-321. Se refiere a ellos como los Corresponsales, que ayudan a los Miembros en cualquier lugar del mundo ante cualquier reclamación que sea presentada contra su buque, y simultáneamente asisten a los Gerentes en la tramitación de las reclamaciones que se formulen contra los Miembros.

repartidos en los puertos de importancia del mundo, a los que el asegurado puede acudir ante una situación problemática para recibir asistencia y asesoramiento cuando no está cerca físicamente de las oficinas del Club.

Los “**Directors**” o **Administradores**, un auténtico Consejo de Administración, (Board of Directors, Committee of Directors), que son elegidos entre los armadores miembros del Club, o miembros dirigentes de una compañía naviera que tenga inscritos en el Club un mínimo de toneladas en general la referencia es a 10.000 toneladas⁵²¹. Su número es variable, y viene determinado en las normas reguladoras de cada Club. En concreto oscilan entre los siete y los treinta y cinco miembros:

- No menos de 13, y no más de 25 (Artículo II, Sección 2, By- Laws American Club)⁵²².
- No menos de 10, y no más de 35 (Artículo 4, Amended and restated Bye-Laws de Gard)⁵²³.
- En el caso de Britannia, el Consejo estará constituido por un mínimo de 7 y un máximo de 12 directores no ejecutivos que incluirán el Presidente, el Presidente Adjunto, 1 ó 2 Directores expertos en asuntos marítimos, seguros o industrias de inversión; más 2 directores ejecutivos (Artículo 3, de las normas de funcionamiento “Terms of Reference” del “Regulated Board”⁵²⁴).
- No más de 33 directores (artículo 22 de los Artículos de la Asociación, (Articles of Association, del Club japonés)⁵²⁵.
- Un máximo de 16 Directores: 2 directores ejecutivos, de 7 a 9 directores miembros, y un máximo de 5 directores independientes (artículo 4 de las normas de funcionamiento “Terms of Reference” del NEPIA Club⁵²⁶).

⁵²¹ HILL PRADOS, C. cit. *Los Clubs de...*, pp. 121- 124

⁵²² AMERICAN STEAMSHIP OWNERS MUTUAL PROTECTION AND INDEMNITY ASSOCIATION, INC, “BY-LAWS”.

[<http://www.american-club.com/page/by-laws>].

⁵²³ GARD P&I Ltd., “Amended and restated Bye-Laws of Gard P. & I. (Bermuda) Ltd.”

[http://www.gard.no/Content/20546232/Gard_BermudaBye-Laws_24_June_2015.pdf].

⁵²⁴ BRITANNIA, “The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited Regulated Board Terms of Reference”.

[<https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/BritanniaBoardTermsofRef-20170118.pdf>].

⁵²⁵ JAPAN P&I CLUB, “ARTICLES OF ASSOCIATION (Amended in July 2015)”.

[[https://www.piclub.or.jp/group/manage/2016202-](https://www.piclub.or.jp/group/manage/2016202-Articles/?action=common_download_main&upload_id=8242)

[Articles/?action=common_download_main&upload_id=8242](https://www.piclub.or.jp/group/manage/2016202-Articles/?action=common_download_main&upload_id=8242)]

I
IV.-EL CONTRATO... PARTE I: CONCEPTO Y ELEMENTOS

- No menos de 10 y no más de 25 directores (artículo 5 de los Artículos de la Asociación, Articles of Association, del Swedish Club⁵²⁷).
- El U.K. Mutual Steam Ship en su filial en Europa tiene 11 directores (aunque según las normas – artículo 13 By- laws-⁵²⁸ el número ha de estar entre 10 y 35.

El artículo 2.1. de las normas de funcionamiento (“Terms of Reference”) del NEPIA Club proporcionan una idea de la visión estratégica de la organización que han de tener los Directores, y así, establece que serán responsables con carácter colectivo del éxito en el largo plazo del Club, debiendo asegurarse de proveer liderazgo empresarial en un marco de controles prudentes y efectivos que posibiliten gestionar y asegurar el riesgo.

Sus poderes de carácter amplísimo vienen establecidos en los Estatutos de cada Club, y deberán ir encaminados a determinar la estrategia general, de inversiones, de riesgo, de gestión y reaseguro, las contribuciones adelantadas y diferidas, la necesidad de revisión y modificación de los “Articles”, proveer a los Sub- Comités de suficiente apoyo y recursos para desempeñar sus obligaciones, asegurar un apropiado sistema de gobierno para el Club... etc. Entre estas funciones, una de las más trascendentes, será dirimir las controversias que se puedan suscitar entre los Miembros y la propia Asociación (por ej. en un supuesto en el que se decida la no cobertura del siniestro).

Las normas de los Clubs establecen reuniones mínimas periódicas, (a título ejemplificativo, UK Mutual señala que al menos habrá una anual –artículo 5-, en el caso de Britannia -artículo 5 de de sus normas de funcionamiento “Terms of Reference” del Regulated Board, son cinco al año: en enero, mayo, julio, septiembre y octubre; en el caso de Nepia – apéndice de sus normas- son cuatro: en enero, mayo, agosto y octubre), aunque siempre se incluye la cláusula general, que posibilita que si fuese necesario puedan reunirse con mayor frecuencia.

⁵²⁶ NORTH OF ENGLAND, NEPIA, “North of England Protecting & Indemnity Association Limited (“North”) Directors – Terms of Reference”. [<http://www.nepia.com/media/386199/North-Directors-Terms-of-Reference-051115.PDF>]

⁵²⁷THE SWEDISH CLUB, “The Swedish Club Articles of Association. Gothenburg, 4 June 2009”. [http://www.swedishclub.com/media_upload/files/Corporate%20Governance/TSCArt%20of%20Association4June2009.pdf]

⁵²⁸UK MUTUAL, “BY-LAWS 2013”. [https://www.ukpandi.com/fileadmin/uploads/uk-pi/Latest_Publications/2013_Correspondents/UK%20Bermuda%20Bye%20laws%202013.pdf]

En el caso de Britannia, llama la atención que dentro del esquema de cada reunión periódica, se incluya necesariamente, la mención a la declaración de cualquier conflicto de interés, y una mención expresa a la Clase 6, de cobertura de Flete, Sobreestadía y Defensa (FD&D) exigiendo:

- Un resumen de todas las reclamaciones de ese año y el anterior, en las que el Club haya abonado más de US\$ 100.000 \$, desde la última reunión del “Board”.
- Un resumen de las reclamaciones abonadas desde la última reunión.
- Para la reunión de septiembre: las recomendaciones de contribuciones y las propuestas de modificación de normas.
- Para la reunión de octubre: revisión anual y recomendaciones de contribuciones.

Por otro lado, las labores ejecutivas del día a día recaen sobre los **Managers**, o **Gerentes**⁵²⁹, y ellos se encargan de los trabajos necesarios para el buen funcionamiento del Club: oficinas, personal, organización, gestión... Por ello, es muy habitual que se trate de una firma profesional especializada (abogados, economistas y/o asesores)⁵³⁰.

Los Managers van a estar autorizados a asistir, con carácter general, a todas las reuniones de los Directores y del Comité de Directores, así como a todos los encuentros anuales y especiales de la Asociación. Además, de las funciones en ellos delegadas expresamente por los antedichos Directores, tienen las expresamente atribuidas por los Estatutos y las Reglas. Fundamentalmente: la tramitación e investigación de las reclamaciones, inversión de los fondos de la Asociación, revisión anual de los términos de los seguros, realizando propuestas de modificación de las previsiones de las “Rules”, el estudio de los expedientes o historiales de cada Miembro, examen de las reclamaciones antes de que sean resueltas, emisión de instrucciones y recomendaciones a los Miembros ...etc.

Precisamente la gran ventaja competitiva que supone este tipo de estructura, se sustenta en el alto grado de especialización de sus profesionales, que además, de manejar con

⁵²⁹ HILL PRADOS, C., *Los Clubs de ...*, cit., pp. 123- 124.

⁵³⁰ UK Mutual Steam Ship, señala en sus By-laws (portada y artículo 36) que sus Gerentes serán la firma Thomas Miller (Bermuda) Ltd. Un proveedor independiente e internacional de seguros, y servicios profesionales y de inversión.

soltura técnicas actuariales y estadísticas de riesgos, de análisis financiero, y seguros, tienen profundos conocimientos en materia marítima, lo que sin duda, ha sido determinante en el desarrollo de estas aseguradoras y su papel a nivel mundial.

II.2.- Los armadores y fletadores como asegurados principales. Otros posibles asegurados: Joint members, Affiliates, Co- assureds

Como idea general, el asegurado es el titular del interés objeto del seguro, mientras la cualidad de tomador, recaerá en aquella persona que concierta el contrato de seguro. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002⁵³¹, el elemento relevante para atribuir a un sujeto la condición de asegurado y la posición jurídica que de tal cualidad deriva no es el de la identificación como tal en la póliza, sino el de la titularidad del interés en el momento en que, en su caso, se produzca el siniestro.

En cuanto a las obligaciones del tomador y el asegurado, la LNM, establece, las de declarar la verdadera entidad del riesgo, antes de la suscripción y durante la vigencia del contrato, sin incurrir en inexactitud o reticencia (artículos 423 y 424 LNM), abonar la prima⁵³² al asegurador (artículo 425 LNM), comunicar el siniestro en el plazo de siete días (artículo 426 LNM), y llevar a cabo todas las acciones de salvamento que resulten razonables (artículo 427 LNM)), lo que se conoce en la práctica aseguradora como “*sue and labour*”.

El artículo 425.3 LNM recoge una novedosa disposición, de carácter imperativo, que se justifica por las particularidades del tráfico marítimo y la necesaria facilitación de la circulación de mercancías. Así, cuando en un contrato de seguro de mercancías el asegurador hubiere emitido un certificado de cobertura, no podrá oponer la falta de pago de la prima al comprador de las mercancías de buena fe que estuviere en posesión de aquel certificado.

⁵³¹ PENDON MELÉNDEZ, M.A. “Capítulo 95: Los seguros marítimos y aéreos” en JIMENEZ SÁNCHEZ G.J., (dir), *Derecho Mercantil II*, cit., pp. 1206-1207.

⁵³² La obligación principal del asegurado en el seguro marítimo es la de pagar la prima en el tiempo, lugar y modo convenidos. ARROYO MARTINEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 634.

En este sentido por ende, no existe una regulación diferente a la establecida con carácter general por la LCS, que prevé asimismo la obligación de declarar la verdadera entidad del riesgo, antes de la suscripción y durante la vigencia del contrato, (artículos 10 y 11 LCS), la de abonar la prima al asegurador (artículo 14 LCS), comunicar el siniestro en el plazo de siete días (artículo 16 LCS), y llevar a cabo todas las acciones para minorar las consecuencias dañosas del siniestro (artículo 17 LCS).

Este tratamiento equiparable entre las obligaciones del tomador y el asegurado que se prevé en la LNM respecto de las previstas en la LCS, ha supuesto un importante avance, puesto que la regulación del seguro marítimo anterior a la LNM⁵³³ lo constituía el Libro III, en concreto los artículos 737 a 805 del Código de Comercio, publicado mediante Real Decreto de 22 de agosto de 1885. A priori, resulta evidente que con los cambios globales que se han producido desde finales del siglo XIX, estos preceptos habían quedado anticuados y desfasados de la realidad, si bien, estaban profundamente marcados por la libre voluntad de las partes para enmarcar el régimen obligacional entre las partes, lo que sigue rigiendo como veremos todavía a día de hoy en el seguro marítimo.

Ahora, tal y como reza la Exposición de Motivos de la LNM –apartado X-, se han seguido por razones prácticas, los modelos de pólizas y cláusulas de tipo anglosajón, que se han venido yuxtaponiendo tradicionalmente en condiciones generales y particulares pactadas en las pólizas, pero bajo moldes conceptuales más propios de nuestra tradición jurídica.

Una cuestión en la que difiere sustancialmente en este punto la LNM y la LCS, radica en la diferente previsión del artículo 412 LNM y 7 LCS, en relación con la presunción sobre el titular del interés asegurado, que en caso de duda, en la LCS será el asegurado, y en el ámbito de la navegación, se atribuye al titular del interés “en el momento del siniestro”.

Suele suceder que en el momento de firmar la póliza se duda sobre si el interés permanecerá en el patrimonio del asegurador del seguro o, simplemente, se sabe desde el primer momento que dicho interés está destinado a circular; resultando imposible

⁵³³ La entrada en vigor de la LNM se produce el 25 de septiembre de 2014, a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, tal y como prevé su Disposición final duodécima. Se publica en el BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014.

precisar en ambos casos quién será su titular final. Esta situación es particularmente frecuente en el ámbito del seguro marítimo de mercancías transportadas.

Sin duda, el propietario tiene interés en la conservación de las mercancías, por lo que está interesado en asumir la condición de asegurado y resarcirse, en su caso, de los deterioros que aquéllas puedan sufrir, o en su caso, del perjuicio que le ocasione su pérdida. Pero otros sujetos que con diverso título, intervienen en la expedición marítima pueden tener, asimismo, interés en la conservación de la mercancía: el transitario que gestiona su recepción, la documentación precisa y la carga en el buque; el porteador, que asume la obligación de su custodia desde que las recibe para transportar hasta que las entrega al consignatario, en el puerto de destino; el depositario, responsable de las mismas que hasta que llegue el momento de su entrega al porteador; el vendedor en una compraventa internacional, que asume el riesgo que grava la mercancía (recuérdese, con independencia de quien sea su propietario) en tanto no lo transmite al adquirente, según la modalidad de compraventa utilizada y las obligaciones consecuentes.

En consecuencia, la presunción de contratación por cuenta del titular del interés que prevé novedosamente el artículo 412 LNM, es justificada, acertadamente, por las particularidades que presenta la contratación de este tipo de seguro, por cuanto que en gran número de ocasiones se desconoce la identidad del sujeto que ostenta la titularidad del interés asegurable (pensemos, por ejemplo, en supuestos de varias compraventas seguidas de las mismas mercancías durante su transporte por mar)⁵³⁴.

En la contraparte de la relación asegurativa ha de estar, por tanto, el asegurado, y para delimitar adecuadamente quién podrá ostentar esa posición jurídica en el contrato, será imprescindible acudir a la definición de Miembro que proporcionan los Clubs P&I, pues como ya ha sido señalado, es a través de estas entidades de carácter mutual, cómo los armadores se proveen recíprocamente cobertura.

Precisamente, los Estatutos y los Reglamentos (*Articles and Rules*) son los documentos esenciales que determinan quien podrá ser Miembro o Asociado, y en qué condiciones. En primer lugar, será requisito imprescindible el interés en un buque, ya sea como

⁵³⁴ FERNÁNDEZ QUIRÓS, T. y LÓPEZ QUIROGA, J., "El contrato de seguro marítimo ...", cit., p. 116.

propietario, fletador (por viaje o tiempo) o como operador del mismo. Así lo refieren el artículo 8 de los “Articles” del Club japonés o el artículo 4 de los de Gard.

De hecho, la referencia al propietario “owner” es constante en todos los textos reguladores de los Clubs, como miembro por antonomasia que desea asegurar los intereses sobre el buque de su propiedad, aunque esté en fase de construcción. Incluso, en el apartado de definiciones de las normas de la Clase 8 –de Flete, Sobre estadía y defensa- del London Club Steamship, se delimita la figura del fletador como aquel asegurado que tiene un interés en un buque distinto de un propietario o un armador disponente.⁵³⁵ Entidades como el Skuld noruego, incluso distinguen los términos y condiciones aplicables a los armadores y a los fletadores en documentos diferenciados.

Sin embargo, la condición de asegurado se amplía, y así, en la definición que proporciona la regla 1.1. de las normas de la cobertura FD&D de The London P&I Club, se dice que es aquella *“persona cuya solicitud de seguro para esta clase o cualquier interés en un buque, ha sido aceptada por la Asociación e incluye, para eliminar cualquier duda, un coasegurado y otras personas aseguradas con primas fijas de entrada”*. En términos similares, haciendo referencia a su aceptación por la Asociación, el artículo 1, Sección 1 de los Estatutos del American Club, prevé que será miembro *“cualquier poseedor de un Certificado de Entrada emitido por la Asociación respecto al buque/s asegurados bajo él”*.

En una línea coherente con esa amplitud de concepto, en las normas del Club Sueco (The Swedish Club) se dice que será miembro⁵³⁶: *“el propietario, operador o fletador, tanto individual como empresa, en favor del cual la Asociación ha emitido una póliza de seguro bajo estas normas y cualquier Asociado Conjunto –Joint Member- mencionado en ella”*.

Aparecen por ende, otros sujetos susceptibles de ser miembros y asegurar sus intereses sobre el buque: Miembros conjuntos (“Joint Members”), Asociados o Afiliados (“Affiliates”) y Coasegurados (“Co- assureds”).

⁵³⁵ Un armador disponente no es el dueño. Tiene el buque subcontratado para su explotación comercial (operación de transporte).

⁵³⁶ Regla 1, Definiciones de las Reglas P&I del Club; se recoge una definición análoga en la Regla 1, también de definiciones de las Reglas FD&D.

Así, en primer lugar los **Miembros Conjuntos**, serán aquellas personas que figuren ya en la propia solicitud inicial de seguro por ostentar intereses sobre el mismo buque⁵³⁷; los **Asociados/Afiliados**, se refiere a aquella persona o compañía “afiliada” o asociada con un Miembro a la que se extiende el beneficio de la cobertura otorgada por la Asociación⁵³⁸. Finalmente, con el término **Co-assureds** se hace referencia a cualquier persona interesada en la operación, dirección, gestión o tripulación del buque asegurado, la sociedad holding o el beneficiario efectivo del Miembro, e incluso, el acreedor hipotecario del buque⁵³⁹.

De ello se desprende una gran amplitud de posibilidades desde el punto de vista subjetivo, ya que se permite asegurabilidad a diversos operadores con interés sobre el buque, aunque ello no derive en sentido estricto de una titularidad dominical sino, de otro tipo de relaciones jurídicas (que entendemos formarían parte del Club dentro de esta última categoría de Co- assureds los shipmanagers). Sin embargo, esta posibilidad se ve coartada o limitada por los poderes de los órganos del Club, en concreto, del acuerdo favorable y discrecional de los Managers, siendo una de las expresiones que más se repiten en las normas de los distintos Clubs: “*The Managers (...) in their absolute discretion (...)*”.

Y resulta especialmente trascendente, porque esa **facultad discrecional**⁵⁴⁰ para admitir como asegurado a persona distinta del armador – propietario del buque, implica que el acuerdo de aceptar o rechazar, no tiene que ser motivado, ni conforme a ningún tipo de principio general o normativa interna, pudiendo producirse en la práctica, situaciones de desigualdad de trato. Pese a ello, y la aparente arbitrariedad que subyace en ese poder de decisión de los Managers, el discernimiento sobre la admisión o no de los miembros, ha

⁵³⁷ Así lo define, sin especificar ni desarrollar en modo alguno en que ha de consistir el interés conjunto sobre el buque, la Sección 3.5 de las Rules de The American Club de la Clase I. Aunque esta Clase I se refiere a la cobertura de P&I –Protección e Indemnización- resulta de aplicación a la Clase II de Flete, Sobreestadía y Defensa, tal y como establece la Sección 3 de la referida Clase II.

⁵³⁸ Definición proporcionada por las Regla 2 de las de Britannia para FD&D. Se traduce literalmente el término “affiliated”, si bien, en español el término más correcto sería con participación societaria o entidades vinculadas.

⁵³⁹ Sección 3.7. de las Rules de The American Club de la Clase I (P&I).

⁵⁴⁰ La R.A.E. define discrecional como algo que se hace libre y prudencialmente, y en su segunda acepción, en relación con una potestad gubernativa, “*que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas*”.

de entenderse en el marco de la profesionalidad y especialización de este tipo de asociaciones, en términos de solvencia y capacidad para hacer frente a las obligaciones económicas y financieras que la Asociación exige, riesgos declarados y su carácter asumible o no por el Club, así como cualquier otra circunstancia especial que pudiese agravar la siniestralidad presumible del nuevo miembro.⁵⁴¹

Finalmente, debe realizarse una mención al régimen jurídico de derechos y obligaciones de estos Joint Members, Co- assureds y Affiliates, pues las normas de los Clubs establecen ciertas cláusulas para que esa pluralidad de asegurados en relación con un mismo buque, no perjudique a la entidad mutual, ni en cuanto a las indemnizaciones a satisfacer, ni tampoco en lo relativo a la interlocución asociación- miembro.

De este modo, cuando un buque es inscrito a nombre o por cuenta de más de una persona⁵⁴²:

- i. Todas esas personas que consten en el Certificado de inscripción, serán solidaria⁵⁴³ y conjuntamente responsables a pagar todas las contribuciones debidas a la Asociación.
- ii. Además, el recibo dado a uno de los asociados conjuntos de cualquier pago realizado, se entenderá como recibido por todos los asociados conjuntamente y liberará al Club de toda obligación relativa al mismo.

⁵⁴¹ No puede perderse de vista que un rasgo diferenciador de las mutuas respecto a las entidades aseguradoras capitalistas, es que al mismo tiempo que se concluye el contrato de seguro, se adquiere la condición de socio, por lo que se podrían distinguir las relaciones mutuales y las contractuales, aunque se ha extendido la preferencia del contenido de contrato de seguro. VARGAS VASSEROT, C., "Relaciones de las mutuas de seguros con sus socios", en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional...*, cit. p. 372; TIRADO SUÁREZ, F.J., "La relación mutualista entre socio y cooperativa en el Derecho de Seguros vigente", *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Sánchez Calero*, t. V, Madrid, 2002, p. 4481.

⁵⁴² Puede verificarse a título ejemplificativo en la Regla 8(1) de las Reglas de la Clase 6 FD&D de Britannia; la Sección 3.13 a 3.18 (ambas inclusive) de las Rules de The American Club de la Clase I (P&I) a las que se remite la Clase II (FD&D); la Regla 9 de las normas FD&D del Club North of England- NEPIA; o la Regla 13 de las P&I Rules de Standard.

⁵⁴³ Esta previsión de la Regla 8(1) de las Reglas de la Clase 6 FD&D de Britannia, en su versión traducida al español, contiene el trascendente error de señalar que la obligación será mancomunada en vez de solidaria, cuando la terminología en la versión inglesa es: "*Unless otherwise agreed by the Managers, where any Ship is entered in the names or on behalf of more persons than one (...) they shall be **jointly and severally liable** to pay all Contributions and other sums due to the Association (...)*". De hecho, al final de dicha versión en castellano, se hace constar como nota importante, que la traducción al castellano tiene valor únicamente orientativo, y que en todo caso, prevalecerá la versión inglesa.

I
IV.-EL CONTRATO... PARTE I: CONCEPTO Y ELEMENTOS

- iii. Cualquier comunicación realizada por el Club a un Joint Member, Co- assured o Affiliate, será considerada como comunicación a todos los asegurados en relación con el mismo buque.
- iv. Cualquier comunicación realizada por un Joint Member, Co- assured o Affiliate, se entenderá realizada con el total consentimiento y autorización de todos ellos.
- v. La conducta u omisión de un Joint Member, Co- assured o Affiliate que supusiese un incumplimiento de contrato bajo las normas del Club, será considerado como conducta u omisión de todos los Miembros conjuntos, coasegurados o Asociados.
- vi. Cualquier límite en la cobertura y que conste en el Certificado de inscripción o en las propias reglas de la clase, se aplicará a los Asociados conjuntamente como si el barco hubiese sido inscrito únicamente por el Asociado principal, de manera específica se prevé que el que existan más asociados en relación con un buque no puede suponer en modo alguno que un “Afiliado” pudiese tener derecho a recuperar importes que no corresponderían al asociado principal.
- vii. En concreto, no cabrá recobro alguno respecto de cualquier responsabilidad, costas o gastos que surjan como resultado de una reclamación entre Asociados conjuntos.

En cualquier caso, en el supuesto del SMDJ como en el resto de coberturas proporcionadas por los Clubs, la explotación mutua confiere una doble condición al mutualista, que es al mismo tiempo, asegurado y asociado, respondiendo de obligaciones dispares en uno y otro caso, de manera que el pago de cuotas no garantiza *per se* la cobertura del siniestro.⁵⁴⁴

III.- ELEMENTOS FORMALES

El antiguo artículo 737 del Código de Comercio establecía que para que fuese válido el contrato de seguro marítimo *habría de constar por escrito en póliza firmada por los*

⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ CARBALLO- CALERO, P., TORRES PÉREZ, F.J., “P&I Clubs: organización interna y posición jurídica de los socios”, en GARCÍA- PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., *Estudios de Derecho Marítimo...*, cit., pp. 1000, 1004 y 1006; HAZELWOCK, S.J., SEMARK, D., *cit.*, pp. 1 y 11.

contratantes. Se elevaba de esta forma, a la póliza de seguro a la categoría de elemento constitutivo del contrato, configurando al seguro marítimo como contrato formal y exigiéndose la forma *ad solemnitatem*⁵⁴⁵.

Como contrato marcadamente consensual, el vigente artículo 407.2 LNM establece la no exigencia de sujeción a forma determinada alguna, pero este mismo cuerpo legal, establece la forma escrita como requisito *ad probationem* (artículo 421 LNM), sin que en absoluto, tal declaración haya de interpretarse como que esta fuese el único medio probatorio válido para acreditar su existencia.

Ahora bien, una vez emitida la póliza o el documento o certificado provisional de cobertura y entregada al tomador, esta documental ha de tener un carácter probatorio privilegiado. Es por otro lado, y en la misma línea establecida en el artículo 5 de la LCS, y aplicable al contrato de seguro terrestre, una obligación que pesa sobre el asegurador⁵⁴⁶.

III.1.-Inscripción y registro en el Club: inexistencia de póliza

El mundo de la navegación a gran escala, y por ende, del seguro marítimo, responde a ciertas necesidades especiales marcadas por su carácter internacional y por las vicisitudes de la expedición marítima plagada, por definición, de incertidumbre y riesgos.

Mientras en el seguro ordinario regulado en la LCS (artículos 5 y 6) se prevé la solicitud de seguro por el asegurado o tomador de la póliza, la proposición vinculante realizada por el asegurador, y la necesidad de formalizar un contrato por escrito con sus cláusulas generales y sus condiciones especiales, la LNM establece la libertad de forma (artículo 407.2), ahora bien, en el seguro marítimo proporcionado por los Clubs de Protección e Indemnización, y en concreto en el de defensa jurídica, la fase preparatoria del contrato es radicalmente diferente.

⁵⁴⁵ PENDON MELÉNDEZ, M.A. "Capítulo 95: Los seguros marítimos y aéreos" en JIMENEZ SÁNCHEZ G.J., (dir), *Derecho Mercantil II*, cit., p. 1208.

⁵⁴⁶ FERNÁNDEZ QUIRÓS, T. y LÓPEZ QUIROGA, J., "El contrato de seguro marítimo ...", cit., p. 122.

Así, el primer paso lo da el armador que desea concertar el seguro quien se dirige al Club y solicita al órgano de decisión, los Managers, la inscripción de su/s nave/s, normalmente a través de impresos estandarizados⁵⁴⁷ en los que se tendrán que consignar los datos de identificación del buque, así como todos aquellos elementos relevantes para la adecuada definición del riesgo.

A continuación los Gerentes realizan una valoración de lo solicitado, y deciden la contribución que el futuro miembro debe realizar. Una vez aceptada la inscripción, y verificada esa aportación económica inicial, se emite por el Club un **Certificado de Inscripción (Certificate of Entry)**⁵⁴⁸ en el que figuran el nombre del buque, y que los riesgos cubiertos son los incluidos en las Rules o reglamentos.

En ese Certificado de Inscripción constan todos los datos fundamentales de identificación del asegurado y de la cobertura, de modo que, deben ineludiblemente precisarse⁵⁴⁹:

- i. Los nombres de los asegurados (las Rules hablan de “Asociados” como miembros del propio Club) en cuyo nombre el buque ha sido inscrito, y su interés en el mismo.
- ii. En caso de varios asegurados, el orden que conste en el Certificado de Inscripción será el que determine los derechos de prioridad entre ellos.
- iii. Los riesgos contra los cuales dicho buque ha sido inscrito, y la cuantía de cualquier franquicia o retención que deba ser soportada.
- iv. La fecha de inicio a partir de la cual la inscripción en el Club surtirá efectos.
- v. El tonelaje completo e inscrito de dicho buque, aunque resulta admisible que sólo se inscriba parte de él y no el total.
- vi. La moneda en la que habrán de calcularse las contribuciones, así como cualquier condición especial sobre ellas que fijen los Managers.
- vii. Cualquier limitación extraordinaria de la cobertura, que no esté fijada en las propias Rules.

⁵⁴⁷ HILL PRADOS, C., *Los Clubs de ...*, cit., p. 117.

⁵⁴⁸ SIERRA NOGUERO, E., “Los seguros marítimos de responsabilidad civil”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre ...*, cit., p. 707.

⁵⁴⁹ Regla 6 de las Reglas de la Clase 6 FD&D de Britannia; Sección 4.6 a 4.9 (ambas inclusive) de las Rules de The American Club de la Clase I (P&I); regla 26 de la Clase 2 FD&D del Club West of England; regla 1.1.3 del Skuld P&I Rules; Regla 5 de las Rules 2016 de Gard.

El Club **no emite una póliza de seguros** –como el Lloyd`s y su S.G. Form o las pólizas de circulación generalizada en España para otros ramos-, apuntándose como un posible motivo de ello, que la responsabilidad del Club no está limitada a una suma determinada, sino que la cobertura es ilimitada⁵⁵⁰.

Pese a ello, algunos Clubs, como por ejemplo Britannia y West of England señalan importes máximos de recobro de costes de cualquier reclamación, disputa o procedimiento, que establecen en 10 millones de dólares, (regla 5.5 de la Clase 6 y, Regla 3 (B) de la Clase 2, respectivamente). Ahora bien, no se trata de una limitación de cobertura condicionada por la prima que abona el asegurado como en un SDJ estándar, sino que es una restricción impuesta a nivel general por el Club para todos sus asociados, cuyo cálculo ha de basarse necesariamente en estimaciones de costes y en la preocupación por la supervivencia de la mutua en el largo plazo.

Este Certificado de Entrada será “*evidencia concluyente del contrato de seguro*”⁵⁵¹, y desplegará los efectos jurídicos que le resultan inherentes, a saber, obligar a las partes contratantes (Club y Miembro), en cuanto al inicio y terminación del período de seguro, así como a los términos y condiciones en que el buque ha sido asegurado⁵⁵².

Además, se prevé que si en cualquier momento los Gerentes y el Asociado acordasen cualquier modificación de los términos y/o condiciones previstas en el Certificado de Entrada, se emitirá a la mayor brevedad un suplemento (Endorsement) especificando la naturaleza de la variación, y la fecha a partir de la cual resultará de aplicación tal cambio.

En cualquier caso, y en coherencia con los plenos poderes y facultades de los Managers, si estos detectasen que tanto el Certificado como el Suplemento adoleciesen de algún error, omisión o imprecisión, podrán emitir, -nuevamente, a su entera discreción- unos nuevos en los que se subsane tal circunstancia, y que obligue a las partes de igual modo que los previamente emitidos.

⁵⁵⁰ HILL PRADOS, C., *Los Clubs de ...*, cit., p. 117.

⁵⁵¹ Regla 6 (7) de las Reglas de la Clase 6 FD&D de Britannia.

⁵⁵² Sección 4.9 de las Rules de The American Club de la Clase I (P&I). En mismos términos regla 26.3. de la Clase 2 FD&D del Club West of England.

En definitiva, el contrato de seguro entre el Club y el Miembro, estará normalmente regido por las Reglas del Club, modificadas o completadas por cualesquiera términos especiales de “entrada” –refiriéndose a la inscripción-, acordados entre el Miembro y los Managers.⁵⁵³

III.2.- Aceptación y acatamiento de los documentos básicos del Club

Uno de los elementos diferenciadores por antonomasia del seguro marítimo, es la igualdad negociadora entre asegurador y asegurado, peculiaridad admitida con carácter general -a excepción de las embarcaciones de recreo y puntualmente algún pequeño pesquero-⁵⁵⁴. Y la mejor plasmación práctica de ello, es el principio dispositivo que en esta materia se desprendía de la anterior regulación prevista en los preceptos del Código de Comercio, y su actual reflejo en el Derecho positivo por el ya referido artículo 407 LNM.

Sin embargo, como deja entrever el título de este apartado en relación con la cobertura proporcionada por los Clubs P&I, ese seguro regido por la autonomía de la voluntad se configura en este caso de modo radicalmente diferente, produciéndose una quiebra del equilibrio contractual *inter partes*. Y ello, porque una vez realizada la solicitud y aceptada la inscripción, el asegurado se somete automáticamente al cumplimiento de los distintos documentos esenciales del Club, especialmente a las Rules que recogen auténticas exclusiones y cláusulas limitativas de derechos respecto de las coberturas. Es más, es una previsión reiterada, que los riesgos cubiertos están sujetos a todas y cada una de las condiciones de los reglamentos, y únicamente podrán ser modificados por condiciones especiales convenidas por escrito entre el asociado y los Gerentes.

La capacidad de influir en los términos contractuales que han de vincular a aseguradora (Club) y asegurado, por parte de este último, queda reducida a un ámbito mínimo y residual, que es el de la participación en las Asambleas Generales emitiendo su voto favorable o desfavorable a las propuestas que se incluyan en el orden del día. Pueden

⁵⁵³ DE LA RUE, C., ANDERSON, C.B., cit., p. 699.

⁵⁵⁴ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Curso de ...*, cit., pp. 652-653.

existir grupos de presión de distintos mutualistas internamente agrupados con carácter más o menos informal en torno a intereses comunes, que normalmente vendrán definidos por el tonelaje inscrito y la contribución proporcional a los fondos disponibles del Club, así como la cobertura de siniestros especialmente problemáticos.

Es generalizada la referencia expresa a que la **cobertura** de los riesgos está **condicionada al sometimiento a las Reglas del Club**, siendo buenos ejemplos de ello: el art. 3(3) de las Rules FD&D de Britannia; el art. 1.11 de las FD&D Rules de The London P&I Club; la Regla 1 de las FD&D Rules de Nepia; la Regla 1.1. de las Rules Generales de Shipowners Mutual; la Regla 1 de la Clase 2 de Steamship de Bermuda; la Regla 2 del Swedish Club, o la norma 1 de la Clase 2 de las Rules del Club West of England.

El hecho de que los asegurados sean profesionales del sector, concedores del entramado jurídico y relacional que suponen los Clubs a sus mutualistas, que actúan generalmente debidamente asesorados e informados, justifica en cierto modo la técnica del sometimiento automático a todos los documentos normativos del Club “**por incorporación**”, quedando así integrado el contrato no sólo por las normas específicas de la Clase FD&D, sino por el resto de las que hayan sido aprobadas, algo absolutamente impensable e inadmisibles en las pólizas reguladas por la LCS, cuyas disposiciones tienen carácter imperativo, y cuyo texto prevé que las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados, deben ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3).

De hecho, un matiz lo introduce la Regla 1, secc. 1.1 de las Reglas de la Clase II de The American Club, que señala que todas y cada una de las provisiones de las by-laws y de las Reglas de la propia Clase II, serán aplicables a todos los seguros FD&D de la asociación, aunque, sin perjuicio de la generalidad de estas estipulaciones, sólo se aplicarán a la cobertura FD&D contratada bajo la Clase III (referente a Seguros para los riesgos de los fletadores), en la medida en que sean expresamente incorporadas. En el caso de Skuld las normas denominadas “Owners`Fixed P&I Defence”⁵⁵⁵ señalan en su párrafo introductorio que “*Esta cobertura está expresamente sujeta a las partes 1 y 3 de*

⁵⁵⁵SKULD, “OWNERS`FIXED P&I DEFENCE TERMS & CONDITIONS”.

[https://www.skuld.com/Documents/Library/Rules_Terms_Conditions/2016/Skuld_Owners_Fixed_PI_Defence_TC-2016.pdf].

I
IV.-EL CONTRATO... PARTE I: CONCEPTO Y ELEMENTOS

los términos y condiciones de P&I, así como a los apéndices 1 y 2 de esas condiciones, que se incorporan por referencia”.

Las normas 1.1. a 1.4. de la Sección A de las Defence Rules de Standard además de prever la cláusula general de que las normas están sujetas a los *Articles*, utiliza la técnica de incorporación de las reglas de la Clase de P&I, pero con un carácter más exhaustivo y clarificador, pues hace mención a su numeración concreta: Reglas 1, 4, 6 a 20, y 23 a 25, en lo que no resulten incompatibles, del mismo modo que las definiciones de la Regla 26 de esa clase P&I, en la extensión en que resulten de aplicación.

En el caso de las normas del Club japonés, llama la atención que se da por supuesto el sometimiento a las normas del Club, sin que se incluya una alusión expresa a tal cuestión, aunque los Estatutos del Club, recogen en su art. 14 la expulsión de aquel miembro que perjudique significativamente el interés de la asociación a través de un acto intencionado o gravemente negligente.

Esta técnica de incorporación también se prevé para el supuesto de seguros especiales, en los que los Gerentes acepten la inscripción de un buque tanto en términos de condición de Asociado, o la contribución económica obligatoria que deba realizar en favor del Club, en la naturaleza de los riesgos cubiertos, que evidentemente resultará vinculante entre asegurador- asegurado.

Una implicación de gran trascendencia en este ámbito es en relación con el Derecho aplicable, en la medida en que **se excluye** vía previsión en estas normas internas del Club, **la aplicabilidad de determinados preceptos legales**, y aunque no se señala, esta exclusión opera con independencia de que pudiese resultar lesiva para los asegurados que con gran probabilidad, no habrán realizado un análisis de las normas en este sentido.

La Regla 58, sobre Derecho aplicable de las normas de Gard, establece que la ley aplicable serán las propias Rules y el Derecho noruego, pero excluyendo la aplicación de la Insurance Contracts Act de 16 de junio de 1989, lo que también se excluye de manera análoga en los Términos y Condiciones Generales de la cobertura a armadores

de Skuld (regla 40.3). Por su parte, la Regla 40 de las FD&D Rules de Nepia, reconoce que la ley que ha de regir el contrato de seguro es la inglesa, aunque se reserva la posibilidad de ejercitar su derecho de crédito, en cualquier jurisdicción de conformidad con el derecho nacional de esta. En sentido contrario, por ejemplo el Artículo 13 de las normas del Swedish Club, establece que en caso de conflicto resultará de aplicación la Ley sueca sin ningún matiz adicional.

No debe sorprender una previsión en tal sentido, ya que una crítica que se ha plasmado a lo largo del presente trabajo, es que la leyes de seguros de los distintos Estados, al igual que la española, han sido aprobadas con un espíritu marcado por garantizar la protección de los asegurados consumidores frente a los grandes grupos aseguradores, protegiendo a aquellos frente a la asimetría de la información que en la configuración del contrato y sus condiciones tienen respecto de estos últimos⁵⁵⁶.

Sin embargo, la regla 3(6) de las FD&D Rules de Britannia⁵⁵⁷, la 42.I.I. de las homólogas del London Steamship, así como el apartado 1.5.2. de las normas de Standard para P&I y Defence 2016, prevén la exclusión de las Secciones 8, 10, 11, 13 y 13A de la Insurance Act de 2015, pero no en términos de protección de los asegurados, sino para incrementar el margen de discrecionalidad del propio Club a la hora de rechazar la cobertura del siniestro. Así, se establece que:

- se excluye la Secc. 8 de la IA 2015, por lo que “*cualquier incumplimiento del deber de una presentación fidedigna permitirá a la Asociación no hacer frente al contrato de seguro independientemente de que dicho incumplimiento sea inocente, deliberado o imprudente*”. Estos son los términos literales de la regla, aunque se han de calificar como suficientemente amplios para amparar cualquier

⁵⁵⁶ En materia de protección del asegurado consumidor se insiste en que la finalidad es para paliar la desigualdad, resolviendo el conflicto de intereses en favor de la parte que está en inferioridad. CALZADA CONDE, M.A., “La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A., *La protección del cliente en el Mercado Asegurador*, Ed. Thomson Reuters, 2014, p. 109. Sobre la noción de consumidor en el contrato de seguro, TIRADO SUÁREZ, F.J., “La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al contrato de Seguro”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A., *La protección del cliente...*, cit., pp. 196-204.

⁵⁵⁷ Esta exclusión ha sido de recientísima inclusión en las normas correspondientes a 2016, no encontrando un equivalente en las de períodos anteriores. Posiblemente los Miembros del Club hayan alegado estos preceptos de la IA para fundamentar la procedencia de prestar la cobertura, y estos hayan sido precisamente motivo de controversia aseguradora- asegurado, posibilidad de conflicto que se elimina al incluir la referencia expresa en las reglas de la clase FD&D de que aquellos preceptos no resultarán de aplicación.

I
IV.-EL CONTRATO... PARTE I: CONCEPTO Y ELEMENTOS

supuesto, incluso errores en la declaración del riesgo tanto vencibles como invencibles, que podrán ser opuestos por el Club para rechazar el siniestro;

- se excluye la Secc. 10 de la IA 2015, de manera que como consecuencia, todas las condiciones bajo estas Reglas o cualquier contrato de seguro deberán cumplirse de manera estricta y, si el Asociado o cualquier parte beneficiaria de la cobertura por parte de la Asociación incumple con cualquiera de las Reglas de la cobertura, o cualquier contrato de seguro, el Club quedará liberado de cualquier responsabilidad desde la fecha del incumplimiento independientemente de que el mismo sea remediado con posterioridad;
- se excluye la Secc. 11 de la IA 2015. Esta previsión de la IA 2015 impide que el asegurador pueda oponer al asegurado como razón para excluir, limitar o exonerar su responsabilidad, el hecho de que no se haya verificado una cláusula contractual, siempre y cuando esta no sea relevante a efectos de causación del siniestro. El asegurado tendría que demostrar que el incumplimiento de esa cláusula concreta no ha aumentado el riesgo del siniestro realmente ocurrido, ni tampoco las circunstancias en las que hubiese sucedido.

Su exclusión implica que tanto las Reglas como todas las condiciones del contrato de seguro deben cumplirse estrictamente, incluso aquellas tiendan a reducir el riesgo (ya sean de un tipo particular, en un lugar determinado, o en un momento temporal concreto, que son los supuestos que señalan las Secc. 11(1) A, B y C de la IA 2015). Por lo que en caso de incumplimiento, y a diferencia de lo previsto por la norma de seguros inglesa, la responsabilidad de la Asociación puede ser excluida, limitada o exonerada, independientemente de que el incumplimiento hubiese contribuido o no a incrementar el riesgo, o el daño “que realmente aconteció en las circunstancias en que tuvo lugar”⁵⁵⁸.

- se excluye la Secc. 13 de la IA 2015, y por tanto, la Asociación tendrá la potestad de ejercer su derecho a dar por terminado el contrato de seguro con el

⁵⁵⁸ Nota literal de la versión española de las reglas FD&D oficialmente publicada en la web de Britannia: <https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/Britannia-Rules-2016-FDD-Spanish.pdf>.

Asociado, -o cualquier parte beneficiaria de la cobertura-, en caso de que se inste la cobertura sobre una reclamación fraudulenta por o en nombre del Asociado -o cualquier otra parte beneficiaria de la cobertura-.

- se excluye la Secc. 13 A de la IA 2015, a pesar de la farragosa redacción tanto en inglés como en español⁵⁵⁹, la implicación que en la relación Club- asegurado tiene es que como resultado de las Reglas y del contrato de seguro, ninguna cláusula implícita podrá entenderse incumplida por la Asociación o los Managers en el sentido de que se abonaría cualquier suma derivada de una reclamación en un tiempo razonable, salvo cuando tal incumplimiento sea deliberado o imprudente.
- se excluye la Secc. 14 de la IA 2015, el contrato de seguro entre la Asociación, el Asociado, -o cualquier otra parte beneficiaria de la cobertura de la Asociación- será considerado como un contrato de buena fe, y cualquier incumplimiento en este sentido del deber de la buena fe, permitirá a la Asociación “no hacer frente al contrato de seguro”⁵⁶⁰.

El término utilizado por la versión inglesa de la Sección 14 de la IA 2015, y de la Sección 3(6) de las Rules es “*avoid the contract*” que ha de ser traducido como resolver o anular el contrato por incumplimiento. La redacción original en inglés es la que prevalece, por ello, la traducción⁵⁶¹ por “no hacer frente al contrato de seguro” es realmente inexacta y confusa y no debe ser considerada.

⁵⁵⁹ Esta redacción farragosa en inglés es literalmente la siguiente: “*Section 13A of the Act is excluded. As a result the Rules and the insurance contract between the Association and the Member and any party afforded the benefit of cover by the Association shall not be subject to nor shall the Association or the Managers be in breach of any implied term that they will pay any sums due in respect of a claim within a reasonable time save where the breach is deliberate or reckless and Section 13A of the Act is excluded to this extent*”. Su versión en español publicada en la web es literal: “*Se excluye la Sección 13A de la Ley. Como consecuencia, las Reglas y el contrato de seguro entre la Asociación y el Asociado y cualquier parte beneficiaria de la cobertura por parte de la Asociación no estarán sujetos a ni la Asociación o los Gerentes estarán incumpliendo cualquier término implícito de que pagarán cualquier suma debida con respecto a una reclamación dentro de un tiempo razonable salvo que el incumplimiento sea deliberado o imprudente y la Sección 13A de la Ley se excluye en este sentido.*”

⁵⁶⁰ Es la terminología utilizada en la versión española de las reglas FD&D oficialmente publicada en la web de Britannia.

⁵⁶¹ Regla 3(6) último párrafo de las FD&D de Britannia, en su versión española, publicada en la web. [<https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/Britannia-Rules-2016-FDD-Spanish.pdf>]

I
IV.-EL CONTRATO... PARTE I: CONCEPTO Y ELEMENTOS

No queda del todo claro si se refiere a rechazar el siniestro concreto, el abono de la cobertura solicitada, supuestos que se agotarían en el siniestro concreto pero mantendrían vivo y válido el contrato entre las partes, o bien, como señala la versión original en inglés, la consecuencia jurídica ha de ser la resolución del contrato, y su desaparición como vínculo de obligaciones entre aseguradora y asegurado.

Un último aspecto llamativo en torno a esa aceptación automática de las normas del Club, y que supone una constante en todos ellos, es en relación a la contraprestación económica que ha de abonar el asegurado, es decir, la prima, aunque en el ámbito de las mutuas de seguro marítimo tienen otra denominación: las **cuotas** o “*calls*”. Una vez emitido el Certificado de Entrada, el asegurado se convierte en Miembro del Club, y desde ese momento queda obligado a aportar al mismo ciertas contribuciones o cuotas, si bien, el gran elemento diferenciador respecto a las primas de los seguros terrestres, es que se desconoce a priori a cuánto va a ascender su importe total anual.

En un primer momento, cuando nacen los Clubs y sus miembros eran en esencia buques nacionales, de dimensiones similares, tráficos análogos, y expuestos a unos riesgos por tanto prácticamente iguales, las cotizaciones que los asegurados aportaban al Club eran básicamente las mismas, de acuerdo con un tonelaje bruto, o toneladas de registro bruto (GRT). A riesgos iguales, contribuciones también iguales. Sin embargo, con la evolución del tráfico marítimo, los buques y las mercancías eran cada vez más heterogéneos y fue necesario revisar el sistema, que de lo contrario podría verse puesto en entredicho por su propia insolvencia. Tras una revisión del método de cálculo en el que se utilizaba una tarifa estándar ponderada por los riesgos asegurados, y el récord o expediente de reclamaciones, en la actualidad, el sistema se basa en una cuota por tonelada, calculada en función del grado de exposición al resigo a que cada miembro está expuesto, en el que también se tiene en cuenta, y con gran peso en el resultado final, su siniestralidad a lo largo del tiempo⁵⁶².

⁵⁶² HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de ...*, cit., pp. 127-131.

Con carácter general existen tres tipos de cuotas: las adelantadas o iniciales, las diferidas y las excepcionales⁵⁶³, a las que se unen las *management fees* como contribuciones para los gastos de gestión y administración del Club⁵⁶⁴. Las primeras se caracterizan como su propio nombre indica, por constituir la contribución inicial que hace el Miembro al comienzo del período asegurador, pasando a constituir los fondos con que el Club cubrirá los siniestros que se produzcan durante el período, y tras el transcurso del primer ejercicio, antes del comienzo de cada año, el Comité decidirá el porcentaje de variación general de todos los Asociados, con respecto al año anterior.

Los cálculos actuariales de los Clubs tienden a que estas cuotas iniciales cubran la mayor parte del coste total de los riesgos asegurados, dejando el mínimo posible para ser recaudado como cuota suplementaria, en aras a una mayor seguridad y estabilidad presupuestaria y también de los Miembros. Para ello, el balance anual no se cierra, por lo general, hasta bien avanzado o finales del año siguiente, ya que si bien las reclamaciones ya han sido notificadas al Club, pueden estar pendientes de ser liquidadas⁵⁶⁵. En el SMDJ esta dilación en el tiempo tiene mayor repercusión si cabe, porque tal y como se ha analizado en detalle en el Capítulo 1, los tiempos procesales de los procedimientos marítimos no son nada desdeñables, y la tramitación de los mismos hasta su finalización se ha de extender con demasiada frecuencia más allá de la anualidad.

Las cuotas iniciales se calculan en función de los siniestros del año anterior, pero cuando el montante obtenido por esta vía resulte insuficiente para satisfacer las indemnizaciones de los siniestros ocurridos, surge la necesidad de pedir contribuciones adicionales a los asegurados. Precisamente para intentar dotar al sistema de mayor certidumbre, cuando el Comité toma la decisión sobre la cuota adelantada, debe realizar al mismo tiempo una estimación de la cuota total que prevé vaya a ser requerida para el año de póliza (Policy Year), y decidir qué proporción debe diferirse a los años posteriores (cuota diferida), siendo preceptivo que dicha información sea notificada a los socios.

⁵⁶³ A título de ejemplo: Regla 11 de las normas FD&D de Britannia o las Reglas 44 y 45 del Club West of England, o Regla 18 de las normas "P&I and Defence Rules and correspondents 2016/2017" de The Standard.

⁵⁶⁴ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Curso de... cit.*, p. 681.

⁵⁶⁵ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de...*, cit., p. 132.

Una vez finalizado el año de póliza, el Comité podrá establecer la necesidad de que la cuota diferida, o al menos una proporción de ella, deba ser abonada por los miembros, normalmente calculada como una proporción de la cuota diferida (descontado cualquier extorno de cuotas). Esta posibilidad está vetada para aquellos supuestos en que el año de póliza ya haya sido cerrado, es decir, aprobado con números definitivos, cuentas cerradas y con adopción de decisiones sobre los excedentes (ya sea atribución a la Reserva General del Club o devolución a los miembros)⁵⁶⁶.

Finalmente, y en el marco de amplia libertad y facultades conferidas al Comité para dirigir la vida del Club, se prevé la posibilidad de que este órgano pueda, en cualquier momento, durante o al finalizar cada año, (no después de un año de póliza cerrado), establecer la obligación de cada asociado de contribuir con una cuota excepcional en la cuantía que se estime apropiada y respecto a los buques inscritos para el año de póliza en cuestión. Aunque no se exige expresamente que deba existir justificación suficiente o una situación excepcional para que el Comité pueda adoptar tal decisión vinculante, parece razonable que así sea, por cuanto, si en ese gobierno de la vida y la economía común del Club se requieren sistemáticamente desembolsos excepcionales injustificados los asociados explorarían otras alternativas de seguro en otras entidades.

IV.- EXCEPCIONALIDAD DE LAS EMBARCACIONES DE RECREO

IV.1.- Seguro de responsabilidad civil: sometimiento a la LCS

Las embarcaciones de recreo se caracterizan por estar vinculadas a actividades náuticas, pero sin fines lucrativos o mercantiles como puede ser el transporte marítimo, sino para *“intentar superar a uno o más adversarios en una competencia, o (...) para deleitarse simplemente (...), se trata de una práctica deportiva al aire libre”*⁵⁶⁷. Mayor precisión aporta el artículo 2 del Real Decreto 607/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria para

⁵⁶⁶ Reglas 11 y 37.1 de las Rules FD&D de Britannia, Regla 4 de las Rules FD&D de The American Club, regla 4 de las normas P&I de Skuld entre otros.

⁵⁶⁷ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Curso de ... cit.*, p. 687.

embarcaciones de recreo o deportivas, (en lo sucesivo, simplemente RRCER), que al delimitar qué ha de considerarse embarcación de recreo, –a efectos de obligatoriedad de concertar un seguro de RD-, indica que son: “*todos los objetos flotantes destinados a la navegación de recreo y deportiva propulsados a motor, incluidas las motos náuticas, así como aquellos que carezcan de motor (...)*”⁵⁶⁸.

Debe considerarse que el hecho de utilizar embarcaciones de recreo con un fin mercantil, como por ejemplo, el chárter o arrendamiento náutico, no hace que se desnaturalice su calificación como tales.

El art. 1.2 del RRCER establece, tal y como prevé el art. 254 LPEMM, el seguro obligatorio de RC de embarcaciones de recreo, como un seguro sometido a la LCS, y en los mismos términos se pronuncia el art. 406.2 de la LNM, con una previsión relevante, y es que no cabe pacto en contrario. Se configura por tanto como un acto de consumo, más próximo al seguro obligatorio de automóviles por carretera que al seguro marítimo, aunque sin perder esa naturaleza mixta entre seguro marítimo y de consumidores.⁵⁶⁹

La propia Disposición adicional única de este RRCER establece que el seguro obligatorio de RC en este ámbito se regirá por las disposiciones de la LPEMM y la LCS, lo que aporta seguridad jurídica al mercado asegurador y a las partes contratantes, sobre todo, por la problemática existente en cuanto a las fuentes normativas del seguro marítimo ya comentada. En este caso, se trata de un opción legislativa por normas de carácter imperativo, (a diferencia del carácter dispositivo de las normas del seguro marítimo de la LNM, tal y como establece su art. 407), para proteger al tercero perjudicado por hechos imputables a la embarcación asegurada. Ni la naturaleza jurídica del tomador, ni la utilización privada o mercantil que haga de la embarcación, pueden afectar o condicionar los derechos legales que derivan del RRCER, ya que en caso contrario, si se admitiese la libertad de pactos, y se insertasen en el clausulado condiciones especialmente gravosas para alguna de las partes, se generaría un efecto perjudicial o discriminatorio respecto del mínimo garantizado por ley⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ El artículo 2 del RRCER establece para las embarcaciones de recreo que carezcan de motor, una dimensión mínima de seis metros, pero tal limitación es a efectos de obligatoriedad de concertar una póliza de seguro que cubra la responsabilidad civil, pero es irrelevante para delimitar el concepto de qué ha de entenderse por embarcación de recreo, de manera un pequeño velero de menos de seis metros, sí sería incardinable en esta categoría.

⁵⁶⁹ SIERRA NOGUERO, E., *El seguro de responsabilidad civil...*, cit., p. 327.

⁵⁷⁰ SIERRA NOGUERO, E., *El seguro de responsabilidad civil...*, cit., p.343.

El mercado asegurador, no obstante, ha desarrollado este producto como auténticas pólizas multirriesgo, en el que con distintas denominaciones, cada asegurador determina las condiciones y el precio del seguro⁵⁷¹. Ahora bien, la LCS no sólo se aplica a las reclamaciones de terceros, sino también a las propias relaciones entre aseguradora y asegurado en supuestos de cobertura de daños propios tanto personales como materiales, y es que aunque en lo relativo a aquellas coberturas no obligatorias⁵⁷², las partes podrían optar por renunciar a la aplicación de la LCS, en la práctica, las empresas aseguradoras han optado, con carácter general, por someter todas las coberturas del seguro multirriesgo al régimen común de la LCS.

Precisamente para salvaguardar los derechos del asegurado- consumidor, el art. 11.1 del RRCER, establece como mención imprescindible de la póliza *“una referencia clara y precisa a las normas aplicables a este tipo de seguro y los demás extremos que se determinen en la regulación del contrato de seguro”*. El análisis de dos pólizas estándar de cobertura de RC obligatoria para embarcaciones de recreo⁵⁷³, contiene esa exigencia legal en el caso de AXA: *“El presente contrato se rige por lo dispuesto en la vigente Ley de Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre, publicada en el B.O.E. de 17 de octubre del mismo año) con todas sus modificaciones. Toda referencia que en este contrato se haga a la Ley, deberá entenderse realizada a la mencionada en el párrafo anterior”*; y en el caso de MAPFRE: *“El seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria se rige por el Real Decreto 607/1999, BOE de 30/01/1999”*.

En este último caso, se observa que como cláusulas aplicables se yuxtaponen cláusulas inglesas, y en concreto la ER328 Institute Yacht Clauses –Cláusula del Instituto para yates- cuyo primer párrafo señala expresamente que *“este seguro está sujeto a la ley y*

⁵⁷¹ SIERRA NOGUERO, E., *El seguro de responsabilidad civil...*, cit. pp., 329-330.

⁵⁷² El art. 1 del RRCER establece que el seguro obligatorio de embarcaciones de recreo debe cubrir *“la responsabilidad civil extracontractual (...) por los daños materiales, personales y por los perjuicios que sean consecuencia de ellos, que mediando culpa o negligencia, (se) causen a terceros, a puertos o instalaciones marítimas”*.

⁵⁷³ Se ha tenido acceso –excluidos datos personales de las mismas-, a una póliza denominada “Seguro de embarcaciones” de AXA, SEGUROS GENERALES S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, y otra denominada “Seguro de embarcaciones deportivas y de recreo” de MAPFRE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., ambas con un período de vigencia para el año 2016-2017 y con cobertura expresa de protección jurídica.

prácticas inglesas”, por lo que en la misma póliza hallamos dos previsiones que remiten a dos normativas aplicables de carácter diferenciado: por un lado la del RRCER y por otro, la legislación inglesa. Para eliminar cualquier duda, se incluye antes de la firma de ambas partes que: *“este seguro está sujeto a la Ley y Jurisdicción española y, por tanto, queda derogado cualquier apartado o cláusula que se refiera a jurisdicción distinta”*. La redacción es del todo desafortunada.

En coherencia con lo comentado en párrafos precedentes, la previsión de la citada cláusula ER328 *a priori* podría no ser contraria a Derecho, por cuanto al cubrir riesgos marítimos⁵⁷⁴ adicionales a la RC obligatoria, no estaría dentro del ámbito de aplicación del RRCER ni sometida a la LCS, y su contenido sería disponible y dispositivo para las partes. Lo cierto es que no nos hallamos ante un seguro de grandes riesgos, los seguros de embarcaciones de recreo, son auténticos contratos de adhesión con consumidores y usuarios que lo dedican a un uso privado, y que no tienen un poder de negociación equiparable al del asegurador. En opinión de SIERRA NOGUERO⁵⁷⁵ *“debe prevalecer la condición de parte débil, ajena a los seguros de grandes riesgos, y por aplicación del art. 6 de Roma I⁵⁷⁶, el seguro de embarcaciones de recreo debería regirse por la ley del país de su residencia (...), la LNM y su acción directa se aplicarían a contratos de seguro marítimo de responsabilidad civil de embarcaciones de recreo cuyo asegurado fuera residente en España. En consecuencia, la sumisión en un seguro P&I o de otro tipo contratado con un residente español, el derecho rector del contrato habría de ser el español, siendo inválido cualquier pacto en contrario”*.

⁵⁷⁴ Los riesgos que cubría dicha cláusula ER328 en la póliza examinada son los siguientes: *“9.1 Este seguro cubre la pérdida de o daños al objeto asegurado causados por: 9.1.1 peligros de los mares, ríos, lagos u otras aguas navegables; 9.1.2 incendio; 9.1.3 echazón; 9.1.4 piratería; 9.1.5 contacto con equipos o instalaciones de muelle (...); 9.1.6 terremotos, erupciones volcánicas o rayos; 9.2 y siempre que tal pérdida o daño no resulte de la falta de la debida diligencia del asegurado, Armadores o Gerentes, este seguro cubre: 9.2.1 pérdida de o daños al objeto asegurado causados por: 9.2.1.1 accidentes en la carga, descarga o traslado (...); 9.2.1.2 explosiones; 9.2.1.3 actos maliciosos; 9.2.1.4 robo del buque entero o sus botes, motores (...); 9.2.2 pérdida de o daño del objeto asegurado, excepto motor y conexiones (con excepción de la riostra, el eje o la hélice), equipo eléctrico, baterías y conexiones, causados por: 9.2.2.1 defectos latentes en el casco o en la máquina, rotura de ejes (...); 9.2.2.2 la negligencia de toda persona cualquiera que sea, (...); 9.3 este seguro cubre el costo de inspeccionar los fondos después de una embarrancada, si se incurre razonablemente en dicho gasto para ese solo propósito, incluso si no se encuentra ningún daño.”*

⁵⁷⁵ SIERRA NOGUERO, E., *El seguro de responsabilidad civil...*, cit., p.335.

⁵⁷⁶ REGLAMENTO (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

En cualquier caso, lo que sí merece cierto reproche, es la confusión que se genera en el asegurado, -que no firma con su rúbrica esas cláusulas anexas-, y en la propia controversia relativa a la cobertura o no por la póliza del daño causado, (cuando esta sea subsumible en alguno de los riesgos previstos por la cláusula del Instituto para Yates), al introducir en el debate la procedencia o no de fundamentos y precedentes de un sistema jurídico como es el Common Law, extraño en numerosas ocasiones para los órganos judiciales españoles⁵⁷⁷.

IV.2.- Elementos personales

En cuanto a los elementos personales de este seguro los artículos 9 y 10 del RRCER suponen la legislación básica aplicable. En primer lugar, respecto del asegurado el propio art. 9 señala que el seguro ha de ser acordado por el propietario de la embarcación, ya se trate de persona física o jurídica, y tal declaración de dominio ha de provenir de quien conste como titular en el Registro de Matrícula de buques de los Distritos marítimos dependientes de la Dirección General de la Marina Mercante⁵⁷⁸.

En cualquier caso, también se posibilita que formalice el contrato como tomador del seguro, cualquier otra persona que pudiera tener interés en el proteger el objeto asegurado, debiendo dejar constancia del motivo de ese interés. A título ejemplificativo, el organizador de pruebas, competiciones, entrenamientos o regatas, quien podrá repercutir parte del coste de la prima en la inscripción de la misma.

Por el lado de la entidad aseguradora, este tipo de seguro de embarcaciones de recreo suele ser proporcionado en nuestro país a través de mutuas y aseguradoras comerciales españolas, aunque no existe inconveniente en que estas a su vez reaseguren todo o parte de estos riesgos en el extranjero (que es lo que se conoce como *fronting*)⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ MARTIN OSANTE J.M., "Seguro marítimo: presente y futuro (disposiciones especiales)", *RES*, nº 126, 2006, pp. 275-277. Aborda los problemas de interpretación y aplicación de las cláusulas inglesas y las españolas cuando estas se superponen en el mismo contrato de seguro. En esencia, en materia de prelación entre unas y otras (prevaleciendo normalmente las inglesas), de determinación de la Ley aplicable, la jurisdicción competente, y los criterios que permitan interpretar el propio contrato.

⁵⁷⁸ VEIGA COPO, A., cit., p. 648.

⁵⁷⁹ SIERRA NOGUERO, E., *El seguro de responsabilidad civil...*, cit., pp. 328 y 346.

El art. 10 RRCER recoge como requisito para ser entidad aseguradora haber obtenido la correspondiente autorización para el ramo 12 de la clasificación de la disposición adicional primera de la LOSSP, y que por tanto, debemos entender referida a los arts. 6.1 a 12 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, y desde el 1 de enero de 2016, al Ramo 12 de Responsabilidad civil en vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad del transportista), del Anexo de la LOSSEAR que es el texto normativo vigente tras Solvencia II.

IV.3.- Elementos formales

Entre los elementos formales del seguro de embarcaciones de recreo, nos encontramos con la propia póliza, y por otro lado con la documentación acreditativa de la vigencia del seguro obligatorio, que deberá estar a bordo para evitar multas y sanciones (art. 12.2 RRCER).

En relación con la propia póliza, el art. 11.1 del RRCER establece: *“El asegurador deberá entregar preceptivamente al tomador la póliza de seguro, documento en el cual, necesariamente, constará una referencia clara y precisa a las normas aplicables a este tipo de seguro y los demás extremos que se determinen en la regulación del contrato de seguro y de ordenación y supervisión de los seguros privados”*.

Además, de las indicaciones mínimas que prevé el art. 8 de la LCS, (a saber, datos de identificación de la entidad asegurador y del asegurado/tomador del seguro, período de vigencia y en su caso si es prorrogable, número de póliza, suma asegurada o alcance de la cobertura, importe, vencimiento, lugar y forma de pago de la prima, recargos e impuestos), en este ámbito concreto, la información adicional imprescindible sobre la embarcación asegurada es la siguiente:

- nombre, número de inscripción, tipo de embarcación, marca y modelo, material de construcción, bandera, año de construcción, eslora, número de ocupantes, número de motores, marca y modelo, combustible, potencia y velocidad en nudos,
- uso de la embarcación (privado, alquiler sin tripulación, regatas... etc.),

- puerto base, y,
- zona de navegación.

El meritado art. 12 RRCER por su parte, indica que servirá como prueba suficiente para acreditar la vigencia del seguro obligatorio, el justificante de pago de la prima, siempre y cuando especifique: la entidad aseguradora, la embarcación asegurada, el período de cobertura especificando fecha y hora de inicio de sus efectos, la referencia a que la cobertura prestada es la del propio seguro obligatorio.

Estas previsiones relativas a los aspectos más formales del seguro de embarcaciones de recreo, son una prueba evidente de la distinta naturaleza de este seguro marítimo en cuanto a los riesgos cubiertos, pero con garantías contractuales no disponibles por las partes, pensadas para un asegurado- consumidor que ha de ser protegido del poder negociador y la asimetría de la información, que detenta la entidad aseguradora frente a él.

V.4.- Cobertura complementaria e incluida en el seguro de responsabilidad civil

La cobertura de defensa jurídica en este ámbito de la navegación, la de recreo, encuentra su posibilidad legal en el art. 6.2 del RRCER que señala: *“Salvo pacto en contrario, será de cuenta del asegurador el pago de las costas judiciales y extrajudiciales inherentes a la defensa del asegurado y a la gestión del siniestro”*.

El primer aspecto sobre el que debemos llamar la atención es que en las embarcaciones de recreo, el SMDJ se configura como una cobertura complementaria de los riesgos obligatorios (muerte o lesiones corporales de terceras personas, daños materiales a terceros, pérdidas económicas sufridas por terceros que sean consecuencia directa de los anteriores, y daños a buques por colisión o sin contacto⁵⁸⁰), y a diferencia de ellos, tiene carácter dispositivo que se desprende de ese “salvo pacto en contrario”. En todo caso, la previsión es coherente con el espíritu de la norma de proteger el mayor interés del

⁵⁸⁰ Art. 6 RRCER.

asegurado, de manera que lo que será preciso acordar expresamente es la exclusión de tal cobertura.

En cuanto a los gastos de gestión de siniestro, normalmente no conllevan una mención expresa en las pólizas, aun así, no parece posible que el asegurador pudiese reducir la indemnización debida a terceros en virtud de una condición particular que implicase la repercusión de tales gastos al asegurado, ya que a los terceros no les resultan oponibles las excepciones personales entre asegurador y asegurado (art. 76 LCS).⁵⁸¹

El segundo aspecto que debe resaltarse es la expresión “costas judiciales y extrajudiciales”, redacción del todo desafortunada, por cuanto equipara los costes a las costas y ambos conceptos son diferentes. El propio diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define coste como “*aquel gasto realizado para la obtención o adquisición de una cosa o de un servicio*” y costas como “*los gastos de un proceso judicial*”. Por tanto, por definición, y sin entrar por el momento en un concepto de Derecho procesal, las costas habrán de estar vinculadas inexorablemente a un proceso judicial, y por ende, nunca podrán ser “extrajudiciales”; en otras palabras, todas las costas serán costes, pero no así a la inversa. Seguramente el legislador tenía en mente, los costes de defensa jurídica, asistencia jurídica o protección jurídica, tanto en procedimientos extrajudiciales, como en judiciales, e incluso, en su caso, el importe de la tasación de costas cuando estas sean impuestas al asegurado, pero eso, no es lo que se ha plasmado en el texto legal.

Las costas son “*aquella parte de los gastos procesales, ocasionadas a las partes en el proceso, que expresamente la Ley Procesal permite que, en el mismo proceso que los ocasiona, se condene a su reembolso a favor de una de las partes previa cuantificación*”⁵⁸². Con carácter general, se sigue el principio de vencimiento anticipado, esto es, se imponen al litigante vencido, que ve desestimadas íntegramente sus pretensiones (art. 294 de la LEC), salvo supuestos de temeridad o mala fe procesal. Por otro lado, aunque se haga alusión “a la defensa del asegurado” ha de entenderse que la asunción de los gastos de defensa corresponden tanto en un supuesto de legitimación activa (asegurado es demandante) como pasiva (asegurado es demandado).

⁵⁸¹ SIERRA NOGUERO, E., *El seguro de responsabilidad civil...*, cit., p. 361.

⁵⁸² JUAN SÁNCHEZ, R., “Capítulo 28”, en *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 704.

En numerosas pólizas la condición particular simplemente indica “defensa o protección jurídica” contratada o no, y en caso afirmativo un importe máximo asegurado. Dentro de las posibilidades de la póliza y su condicionado, se podrá distinguir entre si la protección jurídica será sólo en España, sobre eventos producidos en todo el territorio nacional y sus aguas jurisdiccionales, competencia por ende de los juzgados y tribunales españoles, o abarca también acontecimientos producidos fuera del territorio español y sus aguas jurisdiccionales.

Dentro de la defensa propiamente dicha, podrá incluir la vía judicial, administrativa y/o el arbitraje, para daños ocasionados, y la vía administrativa, en relación a sanciones impuestas con motivo de infracciones de la normativa legal vigente sobre el uso y disfrute de la embarcación. La jurisdicción contencioso administrativa no está normalmente incluida, ya que el asegurador no responde del importe de las sanciones y multas, ni las consecuencias de su impago –aunque nada impide que si así se solicitase, se incluyese la cobertura de defensa frente a sanciones y multas, con el correspondiente impacto al alza en la prima-. La cobertura por excelencia es la reclamación de daños causados por un tercero a la embarcación, los ocupantes o el asegurado. A este respecto, también se podrá contemplar la vía amistosa, el arbitraje, o la judicial; ahora bien, normalmente la judicial irá vinculada a un importe mínimo que no convierta la reclamación en antieconómica,⁵⁸³ e incluso, el adelanto de indemnizaciones por daños sufridos que no tengan origen contractual, y que se hayan obtenido en sentencia firme ejecutable, o que la entidad aseguradora del tercero responsable, haya aceptado el pago de la indemnización.

Como posibilidad añadida se plantea la inclusión de la cobertura de eventuales fianzas, para la garantía de responsabilidad civil que los tribunales puedan exigir, en un procedimiento civil para responder de obligaciones económicas derivadas de la RC, o incluso, en un procedimiento penal para garantizar la libertad provisional. También se prevé en ocasiones la posibilidad de asesoramiento jurídico telefónico, normalmente

⁵⁸³ En la póliza denominada “Seguro de embarcaciones” de AXA, SEGUROS GENERALES S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, a la que se ha tenido acceso, el importe mínimo a reclamar en concepto de daños sufridos para que la cobertura incluyese la reclamación en vía judicial era de: ciento cincuenta euros (150,00 €), aunque en las condiciones particulares se elevaba a trescientos euros (300,00 €).

haciendo referencia a las cuestiones susceptibles de consulta y limitándola a legislación española, y a la mera orientación verbal, sin que sea vinculante, ni suponga la emisión de dictamen o la realización de gestión alguna.

Las exclusiones generalmente aceptadas en el tráfico comercial son las reclamaciones entre los asegurados de la póliza, o de estos contra el tomador o asegurador, hechos cuyo origen o primera manifestación se haya producido antes de la operatividad de la póliza, o los que se declaren un tiempo determinado después de su rescisión o extinción.

Un último aspecto, que analizaremos en profundidad en el apartado V.1.2. del Capítulo 5, es el juego de la libre designación o no de abogado y/o procurador. Aunque la operatividad de esta libertad está muy restringida cuando se trata de una cobertura FD&D proporcionada por los Clubs de P&I para los buques, el tratamiento del SMDJ cuando se trata de embarcaciones de recreo es diferente. Normalmente las pólizas incluyen incentivos para que el asegurado opte por los profesionales de la aseguradora, el más llamativo es que no se ponga ninguna limitación cuantitativa a los gastos cuando se opte por el equipo de profesionales de la entidad, frente a topes máximos cuando la libre elección de profesionales viene determinada tanto por la elección personal, como por la existencia de un conflicto de intereses entre el asegurado y la aseguradora.

En cualquier caso, es habitual incluir la referencia a que ningún miembro del personal del departamento que se ocupa de la gestión del asesoramiento jurídico, ejerce actividad similar en otro ramo, en línea con la mayor protección del asegurado frente a eventuales conflictos de intereses, en línea con lo que apuntaba en su día la Directiva 87/344/CEE del Consejo, y la derogada disposición adicional tercera de la LOSSP.

CAPÍTULO 5: EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA. PARTE II: COBERTURA

Antes de entrar en detalle en los pormenores del SMDJ, y a modo de introducción, dado que este tipo de cobertura se proporciona en esencia en el mercado marítimo internacional por los Clubs P&I, resulta imprescindible realizar previamente una breve referencia a cuál es el ámbito material de su actividad de seguro, que permita ubicar en el conjunto de coberturas asegurativas de estas entidades, la institución objeto de estudio.

I.- COBERTURAS GENERALES PROPORCIONADAS POR LOS CLUBS Y SU RELACIÓN CON LA COBERTURA DEL SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURIDICA

Normalmente los Clubs distinguen, tanto en sus folletos informativos, como en la información volcada en sus webs corporativas, las coberturas para los “*owners*” o propietarios por un lado, de las coberturas para los “*charterers*” o fletadores por otro, y finalmente una categoría genérica de “otras coberturas adicionales”.

Las denominadas coberturas para los “*owners*” o propietarios, estará destinada a aquellos miembros registrados que detenten un título de dominio sobre un buque, aunque también se puede extender, de conformidad con las normas del Club, a operadoras o administradores de un buque, y a los fletadores. Incluso es probable, que el propietario registrado sea parte de una estructura corporativa que incluya a otras sociedades o personas jurídicas, que ostentarán el *status* de miembros asociados, tal y como hemos visto.

La categoría “*protection*” cubre las responsabilidades que emanan de la propiedad del buque, mientras la “*indemnity*”, es la sección que se preocupa de todas aquellas otras que derivan del empleo del buque como consecuencia del transporte de su

cargamento.⁵⁸⁴ Las principales materias objeto de cobertura por el seguro de protección e indemnización, tanto para propietarios como fletadores, son, con carácter sucinto, las siguientes:

- muerte, lesiones personales y enfermedades, tanto de los miembros de la tripulación, como de cualquier otra persona;
- daño a la propiedad;
- responsabilidad derivada de la colisión de buques;
- remoción de restos de naufragio;
- contaminación
- responsabilidad derivada de daños a la carga o mercancías;
- contratos de indemnización o garantía;
- contribución a la avería gruesa; y
- multas u otras sanciones.

En los términos de la información proporcionada por la web corporativa de Britannia⁵⁸⁵, la responsabilidad o el daño debe surgir del interés del Miembro en el buque. A modo de ejemplo, el miembro podría ser propietario de un buque y una terminal marítima⁵⁸⁶ y, como resultado de un siniestro que involucre a ambos, (tanto al buque inscrito como a la terminal), ser demandado en su calidad de propietario de esta última. Sin embargo, la cobertura de P&I sólo responderá de las responsabilidades contraídas por el Miembro en su calidad de propietario u operador del buque. Además, la responsabilidad o pérdida debe surgir, única y exclusivamente, en relación con el funcionamiento del buque, sin que quepa extender la cobertura a otras actividades comerciales diferentes del asegurado, que no estén vinculadas al buque concreto.

El aspecto temporal que marca la vigencia del seguro tiene una trascendencia fundamental. Así, el siniestro tiene que haber tenido lugar mientras el buque estaba inscrito en el Club. Aquellos daños a una mercancía que tienen lugar con anterioridad,

⁵⁸⁴ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de ...*, cit., pp. 146 y 153.

⁵⁸⁵ Web corporativa de Britannia: "OWNERS P&I", [www.britanniapandi.com/services/owners-p-and-i/].

⁵⁸⁶ La terminal marítima es aquella instalación o conjunto de instalaciones portuarias que constituyen la interfase entre el modo de transporte marítimo y los demás modos de transporte. No debemos confundir puerto con terminal portuaria, pues un puerto es el conjunto de distintas terminales, instalaciones y sistemas auxiliares que posibilitan la actividad del propio puerto.

V.- EL CONTRATO- PARTE II: COBERTURA

no estarán cubiertos, y ello, porque la cobertura de indemnización sólo operará cuando el perjuicio se haya producido durante el período de inscripción del buque, incluso, aunque la reclamación se interponga con posterioridad a este lapso temporal.

En el supuesto de seguro P&I para fletadores, la cobertura se concede por un importe máximo asegurado para las responsabilidades en que pueda incurrir relativas a: la tripulación, daños a la propiedad, remoción de restos de naufragio ...; en todo caso, cabe la posibilidad de ampliar la cobertura de la responsabilidad civil a través de extensiones estándar o condiciones particulares a medida de sus necesidades.

Otros seguros adicionales y específicos para los fletadores, serían los siguientes:

1. responsabilidad de los fletadores por daños al casco, que incluiría la indemnización de los daños causados a los propietarios, los intereses propios del asociado, así como sus costes, honorarios y gastos.
2. Cobertura FD&D: que cubriría los costes y gastos legales derivados de una variedad de disputas en las que el fletador podría estar involucrado contra los propietarios, sobre el contrato de fletamento y/o con las autoridades portuarias, sobre carga y descarga de las mercancías, e incluso, con proveedores de contenedores y suministros.
3. Seguro de contenedores.
4. Seguro para cubrir la pérdida de la carga o del flete.
5. Responsabilidad frente al propietario de la carga.
6. Cobertura para el abono de indemnizaciones y/o compensaciones varias que habría que predeterminar y definir con exactitud con carácter previo a la formalización del seguro.

Resulta indudable que el amplio margen de poder y discrecionalidad del Comité y los Gerentes, permiten adecuar la oferta del Club a las necesidades cambiantes de los asegurados, y estandarizar aquellos servicios más demandados. Así, con el auge y desarrollo del transporte combinado y la llamada revolución de los “containers” o contenedores, el mismo transportista asume el transporte completo desde su punto de origen en cualquier parte del interior, hasta su destino final, incluyendo etapas de transporte marítimo, pero también, terrestre o aéreo, y la subcontratación de otros

operadores que lo posibiliten, riesgos que se han calificado como “del transporte combinado” (*through transport risks*)⁵⁸⁷.

Entre estas coberturas complementarias ampliamente aceptadas y comercializadas, hallamos las siguientes:

1. **Seguro para el incumplimiento del contrato de transporte (desviaciones).**

Esta cobertura tendría por objeto hacer frente a la responsabilidad derivada de “desviaciones” geográficas, por tránsito o trasbordo, varada en seco, o trabajo “en caliente” adyacente a la carga (por ej. soldadura de chapas o de sistemas de anclaje para el aseguramiento de la carga, tanto en cubierta, como en bodega, o entrepuente).

Este seguro también puede ser concertado para incluir la responsabilidad por daños a la carga transportada en cubierta, en régimen de conocimiento de embarque; y también están disponibles coberturas en relación con conocimientos de embarque *ad valorem* y para hacer frente a responsabilidades por depósito o almacenamiento.

2. **Responsabilidades de los miembros.** También está disponible cobertura adicional para pasivos derivados de contratos fuera del ámbito de cobertura del club, a saber, de remolque, de manipulación portuaria (en esencia, para la estiba y desestiba de la carga en el buque), de grúa para el levantamiento de carga pesada; que contengan indemnizaciones y cláusulas de exoneración de responsabilidad, que no resultarían asegurables bajo la cobertura estándar del Club.

3. **P&I riesgos previos a la entrega.** Un miembro puede asumir responsabilidades antes de la entrega de un nuevo buque y requerir cobertura adicional a estos efectos. Por ejemplo, el supuesto de la indemnización que debe darse al vendedor de un buque si el comprador desea poner su propia tripulación a bordo para familiarizarse con él, o alternativamente, la indemnización que exigiría un

⁵⁸⁷ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de ...*, cit., p.173.

astillero por mantener en depósito el buque, si el miembro así lo desea, antes de la entrega efectiva.

4. **Responsabilidad “ampliada” sobre la carga.** La cobertura estándar sobre la carga se rige por las Reglas de La Haya- o La Haya Visby⁵⁸⁸, Convenio regulador del transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque. En el supuesto de que el asociado aceptase condiciones que conllevaran una mayor responsabilidad, cabe la posibilidad de concertar seguros adicionales.
5. **“Container Cover” o cobertura para contenedores.** Los Managers pueden asistir a los miembros en el concierto de seguros para las responsabilidades derivadas de la operación de contenedores, lo que normalmente quedaría fuera del ámbito de cobertura del club.
6. **Cobertura “ampliada” extendida al tránsito en conocimientos de embarque directos (Extended Through Transit Cover).** El conocimiento de embarque directo, se emite cuando el transbordo no está permitido y por tanto la mercancía debe arribar en la misma nave en la que fue embarcada inicialmente. La responsabilidad derivada de la carga bajo un conocimiento de embarque directo ha estado disponible en los Clubs desde hace años, aunque recientemente se ha ampliado a las obligaciones que puedan surgir respecto a terceros en relación con la carga en sí misma, incluso cuando el siniestro se produzca en un momento en que la carga no estuviese en el buque inicial.
7. **Cobertura “North American Clean Up Co-Operative Indemnity Cover”** (lo que podría ser traducido como cobertura para la indemnización norteamericana por “limpieza cooperativa”). Este seguro abarcaría las obligaciones económicas en que podrían incurrir los miembros del Club, como consecuencia de la contaminación por hidrocarburos, que no estuviesen incluidas y aprobadas en los acuerdos de la North American Oil Pollution Response.

⁵⁸⁸Nos referimos al Convenio sobre la Unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, complementado por los Protocolos de 23 de febrero de 1968 y 21 de diciembre de 1979, conocido como las “Reglas de La Haya-Visby”.

8. “*General Average Cover*”. La cobertura del club establece que la liquidación de los gastos de la avería gruesa debe fijarse de conformidad con las disposiciones establecidas en las Reglas de York /Amberes⁵⁸⁹; sin embargo, en determinados contratos de fletamento se incluyen cláusulas adicionales que no permiten incluir en los referidos “gastos generales” determinados “sacrificios”, pasivos que sí podrían ser objeto de cobertura adicional a través de este epígrafe.

Cabe señalar, que a excepción del apartado 6 sobre la cobertura “ampliada” en conocimientos de embarque directos, el servicio no se presta directamente por el Club, sino que es reconocida a través del mercado general de seguros comerciales.

En último lugar, no podemos dejar de mencionar la cobertura para riesgos de guerra (“*war risks*”), a los que aludiremos en el epígrafe siguiente, y de huelga (“*delay by strike*”). Este último seguro está previsto para hacer frente a la indemnización de los daños causados por las demoras o la detención del buque por huelga, ya sea de los trabajadores portuarios o de la propia tripulación, así como otros retrasos causados con ocasión de buques fondeados o en puerto, siempre que aquellos fuesen causados por una huelga o cierre patronal que afectase a la actividad del buque inscrito.⁵⁹⁰

El seguro de Protección e Indemnización, propiamente configurado para resolver las cuestiones de responsabilidad civil de los armadores, se incluyen los costes de defensa asociados a defender los intereses y posición jurídica del asegurado, (buen ejemplo de ello, lo constituye la Regla 19 (20) de las P&I Rules de Britannia), en este caso, no se trata de un seguro autónomo e independiente de defensa jurídica, cuyo riesgo asegurado no es el surgimiento de deudas en el patrimonio del asegurado como consecuencia de gastos judiciales o extrajudiciales que haya tenido que asumir⁵⁹¹, sino que se trata de

⁵⁸⁹ Las Reglas de York y Amberes sobre la avería gruesa son un conjunto de normas consuetudinarias (es decir, no constituyen un convenio internacional, sino que vienen impuestas simplemente por su adopción libre y generalizada por las partes en los contratos de transporte), cuya última revisión data de 2016, aprobada por la Asamblea del Comité Marítimo Internacional (CMI), que actualiza las anteriores versiones de 1994 y 2004, aunque estas últimas prácticamente no han sido utilizadas, dándose preferencia a la versión de las Reglas de 1994. En caso de avería gruesa, el Derecho marítimo prevé que todas las partes interesadas en la aventura marítima contribuyan a compensar las pérdidas ocasionadas en proporción a los bienes salvados gracias a los actos de avería gruesa.

⁵⁹⁰ HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de ...*, cit., pp. 168-169.

⁵⁹¹ TAPIA HERMIDA, A.J., “Comentario al art. 76.a)” en SANCHEZ CALERO, F., (dir), TIRADO SUÁREZ, F., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., TAPIA HERMIDA, A.J., FUENTES CAMACHO, V., *Ley de Contrato de Seguro...*, cit. p. 1456,

una cobertura complementaria de la de P&I, (algo similar a lo que ocurría en el supuesto de las embarcaciones de recreo, y en la asunción de los gastos de defensa que prevé el art. 74 de la LCS), especificándose como veremos, que la cobertura FD&D sólo tendrá virtualidad en la práctica, cuando la defensa jurídica no se preste o indemnice a través de cualquier otra cobertura.

II.- LA COBERTURA FREIGHT, DEMURRAGE AND DEFENCE (FD&D)

II.1.- Origen histórico y tratamiento actual

Ya ha sido analizado en el apartado II del Capítulo 3, cómo se produce el origen de las mutuas aseguradoras y como, poco a poco, hacia mediados del s. XIX para garantizar las responsabilidades del armador o el propietario del buque, van desarrollándose los Clubs de Protección e Indemnización, hasta el grado en que los conocemos hoy en día.

Sin embargo, hay muy poco escrito sobre el surgimiento de esta cobertura concreta de defensa en el ámbito marítimo, en sede de los mencionados Clubs de Protección e Indemnización. Parece que el primer “Defence Club” surge a finales del siglo XIX, en concreto, en 1869 bajo la denominación originaria de “North of England Freight, Demurrage & Defence Association”⁵⁹². Mientras la cobertura P&I incluía los costes legales de la defensa de las indemnizaciones de daños y perjuicios causados, los armadores y otros operadores marítimos fueron cada vez más conscientes de la necesidad de garantizar de algún modo los gastos legales (asistencia legal y judicial), que podrían tener que asumir cuando la reclamación quedaba fuera del ámbito material del seguro de cascos, de protección e indemnización o de riesgos de guerra.

A ello se unía la necesidad ya no sólo de una cobertura para hacer frente a los referidos costes legales, sino también, de disponer de un servicio general de asesoramiento en el día a día, así como otro añadido de gestión de reclamaciones para los asuntos que no fueran objeto de otros seguros. En consecuencia, varios clubes del IGP&I introdujeron entre sus servicios disponibles y como complemento a los existentes, la defensa jurídica.

⁵⁹²HILL PRADOS, M.C., “El seguro de protección ...”, cit., pp. 265-266; CLAVERO TERNERO, M., cit., p. 77, y DOVER, V., cit., p. 515.

En 1889 surgen dos Clubs especializados: el UK Defence Club⁵⁹³ y el Norkisk Defence Club (en noruego Nordisk Skibsrederforening), este último reconoce que el motivo clave para su nacimiento, fue el esfuerzo común de los navieros para anular las cláusulas irrazonables impuestas por los fletadores en los contratos de fletamento.⁵⁹⁴ Durante los primeros diez años la asistencia se centra en asuntos sobre sobreestadía y conocimientos de embarque, así como, reclamaciones de daños a fletadores que incumplían sus obligaciones contractuales, aunque poco a poco empieza a ampliarse su objeto de cobertura, hasta alcanzar, en la actualidad, cualquier problema que puedan tener los navieros en relación a sus buques.⁵⁹⁵

Desde el principio Nordisk trató muchos casos de muy diversa importancia para sus miembros, incluyendo aquellos relativos a la congestión de “Tall Ship” en Santos, Brasil en 1891. El puerto estaba muy “infra” dimensionado para afrontar un fuerte incremento de las importaciones, lo que motivó que en ese año el tiempo de espera para la descarga fuese de cuatro meses. Llegó un punto que cincuenta buques nórdicos estaban esperando al mismo tiempo, mientras las tripulaciones sufrían a menudo de fiebre amarilla y otras enfermedades, de manera que la asociación y sus abogados brasileños tuvieron que hacer un gran esfuerzo para resolver la situación, y obtener compensaciones de los destinatarios locales para indemnizar a los armadores asegurados de los daños sufridos⁵⁹⁶.

Un hito importante durante los años de la independencia de Noruega respecto de Suecia, se produjo en octubre de 1905, cuando se requirió a Nordisk que emitiese un informe antes del nombramiento de un nuevo cónsul noruego, por lo que la entidad inició un proceso de compilación de decisiones marítimas, tanto en el ámbito jurisdiccional como arbitral de los países nórdicos en 1900, que se conoció como “*Nordiske domme i*

⁵⁹³ Información extraída de su dossier informativo “ABOVE & BEYOND Renewal 2016 UK DEFENCE CLUB”, p.3. [<http://www.ukdefence.com/images/assets/documents/UKDC-Renewal-2016-web.pdf>]

⁵⁹⁴ Información extraída de su dossier informativo “Nordisk through more than 125 years (1889- 2017)”, p.1.

[<http://www.nordisk.no/wp-content/uploads/2017/02/WEB-2017-versjon-KOMPLETTPRINTNordiskHistory.pdf#content>].

⁵⁹⁵ CLAVERO TERNERO, M., cit., p. 78.

⁵⁹⁶ Información extraída de su dossier informativo, NORKISK DEFENCE CLUB cit. “Nordisk through ...”, cit., p.2.

sjøfartsanliggender (ND)”, y que se sigue editando y publicando regularmente por este Club⁵⁹⁷.

El 27 de junio de 1901 setenta y nueve armadores se reunieron en la sala de conferencias de la Cámara de Comercio de Hamburgo para iniciar una nueva aventura, que desembocaría en lo que hoy en día es la German Shipowners Defence Association⁵⁹⁸, con 1.588 buques con 36.758.706 toneladas brutas, a 1 de enero de 2016.

Durante la I Guerra Mundial (1914-1918) fueron frecuentes los litigios relacionados con la liberación de buques detenidos por las partes en conflicto, desarrollándose numerosos procedimientos en Alemania y en Reino Unido, aunque en este supuesto, la repercusión económica fue en el coste de los seguros contra los riesgos de guerra (war risks). Tras la Gran Depresión de los años 30, que tuvo efectos desastrosos en los mercados marítimos, en los años 40 estalla la Segunda Guerra Mundial, y en esta coyuntura histórica, una de las funciones importantes de estas asociaciones de defensa jurídica marítima consistió en representar a los navieros, y en su nombre, renegociar un gran número de “time charters” con Standard Oil, para proteger a sus asegurados de las fluctuaciones de moneda y el coste de las primas del seguro para cubrir el riesgo bélico.

Entre los años 1967 y 1975 se produce el segundo cierre del canal de Suez lo que generó un enorme crecimiento de la flota y tamaño de la flota de petroleros, así mientras en 1966 el petrolero más grande era de 209.000 TPM, en 1973 el “Globtik Tokyo” tenía 483.000 TPM, y pronto le siguieron otros de 500.000 TPM. Las controversias en las que estas mutuas prestaban asesoramiento y defensa jurídica en esta época se reducían a dos cuestiones: i) ¿estaban los buques obligados a entrar en un área donde la guerra era inminente?, y ii) una vez que la guerra estalla, ¿podrían los armadores de los buques terminar el contrato o exigir flete extra si tuviesen que rodear el cabo? La mayor parte de los conflictos se regían por la ley inglesa, y en consecuencia, el viaje tenía que ser

⁵⁹⁷ Información extraída de su dossier informativo NORKISK DEFENCE CLUB “Nordisk through ...”, cit., p.2.

⁵⁹⁸ SCHUTZVEREIN DEUTSCHER RHEDER VAG- (German Shipowners Defence Association). [http://www.shipdefence.de/ueber_uns_geschichte.php?lg=eng].

realizado y ningún flete extra resultaba exigible⁵⁹⁹. En el caso, del Swedish Club el crecimiento de esta cobertura no se produce hasta 1984⁶⁰⁰.

En las últimas décadas se introducen nuevas cuestiones en los litigios de los asegurados de defensa jurídica marítima: ventas y transacciones de retroarrendamiento, buques de transporte de residuos, de chatarra, el azote de la piratería en Somalia, asuntos relacionados con sanciones, inclusive las a menudo cambiantes sanciones contra Irán, Rusia, Siria, Libia y otros países, armas químicas...etc.⁶⁰¹

Hoy en día, el costo del asesoramiento legal y la representación - incluso cuando se manejan disputas relativamente pequeñas y sin complicaciones - puede llegar a ser de decenas de miles de dólares. Y ello tiene su reflejo en que estos Clubs especializados en esta cobertura: Nordisk a finales de 2016, tenía 2.691 unidades registradas y un tonelaje total ingresado de aproximadamente 75 millones de toneladas brutas, así como 96 nuevas construcciones. En este mismo ejercicio 2016 el número de nuevos casos abiertos fue de 2.156.⁶⁰² En el caso del UK Defence Club, uno de los líderes en cobertura de defensa jurídica en la industria marítima con 3.300 buques inscritos, su cifra de resultados⁶⁰³:

Year ended 20th February	2014 £'000	2013 £'000
Gross premiums written	18,762	17,245
Reinsurance premiums	(405)	(383)
Net claims incurred	(10,200)	(16,900)
Expenses and taxation	(3,674)	(3,697)
Investment return	826	2,213
Exchange (losses)/gains	(824)	(35)
Surplus/(deficit) for the year	4,485	(1,557)
Total funds	52,202	52,559
Claims reserves	(27,755)	(32,597)
Free reserves and capital	24,447	19,962

⁵⁹⁹ Información extraída de su dossier informativo NORKISK DEFENCE CLUB “*Nordisk through ...*”, cit. pp.4-60.

⁶⁰⁰ LEISSNER, A., “What is the Freight, Demurrage & Defence Insurance really about?”, *The Swedish Club Letter 1-2005*. [<http://www.swedishclub.com/upload/12/Extract%20from%20TSC%202005-1.pdf>]

⁶⁰¹ Información extraída de su dossier informativo NORKISK DEFENCE CLUB “*Nordisk through ...*”, cit. pp.11-12.

⁶⁰² Información obtenida en la web oficial de Nordisk: “MEMBERS” [<http://www.nordisk.no/services/members/>].

⁶⁰³ UK DEFENCE CLUB, Información obtenida de su informe de actividad del año 2014 denominado: “BIGGER VISION: End of year review 2014”, p. 16. [http://www.ukdefence.com/images/assets/documents/ukd2969_ukd_end_of_year_review_2014_v11_lo_res_singles.pdf].



En la Circular FD&D 48/2016 de 19 de diciembre de 2016 de The Swedish Club, se indica que este Club ha atendido 800 reclamaciones de sus miembros en 2016, cien más que el año anterior, siendo el objeto de la mayoría de los casos relacionados con contratos de fletamento y cuestiones de insolvencia.

Resulta evidente que el desarrollo del seguro de defensa jurídica en el ámbito marítimo es hoy por hoy una realidad, que figura prácticamente en todos los Clubs de P&I como servicio ofertado, y que incluso ha permitido la consolidación en el mercado durante más de cien años de dos mutuas especializadas únicamente en dicha cobertura, con cifras y litigiosidad a considerar. Esto evidencia que la institución no está agotada y que realmente aporta un plus a armadores y fletadores que no dudan en concertarlo.

En la actualidad, y como ya ha sido comentado, existen entidades aseguradoras especializadas en esta categoría como los mencionados UK Defence Club, el Norkisk Defence Club, y el German Shipowners Defence Association⁶⁰⁴, cuyo objeto de negocio se centra en exclusiva en el seguro de defensa jurídica, cobertura que denominan e

⁶⁰⁴ ANDERSON, P., cit., p.4.

incardinan como FD&D, y que regulan a través de normas específicas⁶⁰⁵, disponibles para el público en general a través de su web corporativa.

Por otro lado, y refiriéndonos a los trece Clubs que forman parte del IGP&I, puede afirmarse que el tratamiento sistemático que se da al seguro marítimo de defensa jurídica es diferente, porque mientras algunos lo tratan como una categoría separada e independiente con sus propias normas, en otros, la incardinan como una cobertura más dentro de las normas generales. Para una mayor claridad expositiva, y en función de cómo se articule ese tratamiento más o menos autónomo de la categoría, establecemos tres grupos de Clubs:

- I. aquellos Clubs que identifican este tipo de cobertura como una tipología o figura dotándola de sus propias normas independientes: **Britannia**, que tiene distintos Libros de Normas para la cobertura P&I (Class 3) y para la FD&D (Class 6)⁶⁰⁶; **NEPIA** que posee las propias FD&D Rules cuyas últimas publicadas ya son para los años 2017/18⁶⁰⁷; el **Swedish Club** que también dispone de sus propias FD&D Rules⁶⁰⁸; y el **London P&I Club o London Steamship** que las identifica como su Clase 8 (FD&D)⁶⁰⁹.

- II. aquellos Clubs que dotan a la defensa jurídica de una nomenclatura propia: el **American Club** denomina Class I a la cobertura P&I, y Class II a la FD&D,

⁶⁰⁵ En el caso de Nordisk se distribuyen a lo largo de la web distintos textos explicativos de las coberturas, mientras en el caso del UK DEFENCE CLUB, está disponible el documento en formato pdf. "RULES 2017. The United Kingdom Freight, Demurrage and Defence Association Limited". [http://www.ukdefence.com/images/assets/documents/779-UKDC-A5-TC-2017-v6W.pdf].

⁶⁰⁶ BRITANNIA STEAM SHIP INSURANCE ASSOCIATION LIMITED, (THE), "2017 Rules of Class 6 Freight, Demurrage & Defence". [https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/Britannia-Rules-2017-FDD.pdf]. Así como las normas correspondientes a la Clase 3 de P&I, "2017 Rules of Class 3, Protection & Indemnity and List of Correspondents".

https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/Britannia-Rules-2017-PI.pdf

⁶⁰⁷ NORTH OF ENGLAND PROTECTING & INDEMNITY ASSOCIATION LIMITED, (THE), NEPIA CLUB, "2017/18 FD&D Rules".

[http://www.nepia.com/media/636294/NORTH-Rule-Books-FDD-Rules-2017-18-.pdf]

⁶⁰⁸ SWEDISH CLUB (THE)-THE SVERIGES ÅNGFARTYGS ASSURANS FÖRENING, "Rules for P&I Insurance, Rules for FD&D Insurance, Articles of Association 2017/18".

[http://www.swedishclub.com/media_upload/files/Publications/TSC%20PI-FDD%20Rules_2017-18%20web.pdf]

⁶⁰⁹ LONDON STEAM-SHIP OWNERS' MUTUAL INSURANCE ASSOCIATION LIMITED (THE), "CLASS 8 – FD&D RULES 2017-18".

[https://www.londonpandi.com/_common/updateable/downloads/documents/fddrules-2017-2018.pdf].

aunque ambas se recogen en el mismo cuerpo normativo “*By laws, Rules and List of Correspondents*”, siendo el último disponible ya el correspondiente al ejercicio 2017/2018⁶¹⁰); el **Steamship Club (Bermuda)** que como “*Class II Rules*” [Reglas de la Clase II], de su cuerpo normativo denominado “*Rules and List of Correspondents 2017/2018*”⁶¹¹, recogen las previsiones respectivas a este tipo de seguro; y el **West of England Club** que también diferencia entre Clase 1 (P&I) y Clase 2 (FD&D)⁶¹².

- III. aquellos Clubs que introducen en las normas generales del Club o Asociación un epígrafe concreto para la defensa jurídica. Ejemplo de ello son **Skuld**, que en la Parte III de los “Skuld P&I Rules” recogen la denominada “*Defence Cover*” que también figura en la parte III del “*Charterers’ Cover Terms & Conditions*”⁶¹³; **Gard** que en la Parte IV de sus Normas para el 2010, prevé de nuevo la “*Defence Cover*”⁶¹⁴; **Shipowners** cuya regla 6, ubicada sistemáticamente en la Parte III lleva por título “*Legal costs cover*”⁶¹⁵; **U.K. Mutual Steamship**, que en las Secciones 24 y 25 de la Regla 2 recogen de manera tangencial los “*Legal costs*”⁶¹⁶; y el **Club japonés** que la prevé como una cobertura especial (Special Covers), apartado V de las Rules generales de la asociación⁶¹⁷.

⁶¹⁰ AMERICAN STEAMSHIP OWNERS MUTUAL PROTECTION AND INDEMNITY ASSOCIATION, INC, “2017–2018 BY-LAWS RULES LIST OF CORRESPONDENTS”. [<http://www.american-club.com/files/files/1718.pdf>]

⁶¹¹ STEAMSHIP MUTUAL UNDERWRITING ASSOCIATION (BERMUDA) LIMITED (THE), “Rules and List of Correspondents 2017/2018”.

[<https://www.steamshipmutual.com/Downloads/Rules-and-Maps/2017%20Steamship%20Mutual%20Rules%20interactive.pdf>]

⁶¹² WEST OF ENGLAND SHIP OWNERS MUTUAL INSURANCE ASSOCIATION (THE), “Rules of Classes 1 and 2- 2017”.

[<http://www.westpandi.com/globalassets/rulebook/2017.pdf>].

⁶¹³ SKULD, “2017 P&I RULES”;

[https://www.skuld.com/Documents/Library/Rules_Terms_Conditions/2017/Skuld_PandI_Rules-2017_web.pdf]. Y “Charterers’ Cover Terms & Conditions as of 20 February 2017”, [https://www.skuld.com/Documents/Library/Rules_Terms_Conditions/2017/Charterers_cover_TC_2017.pdf].

⁶¹⁴ GARD P&I Ltd., “Gard Guidance to the Rules 2016”.

[<http://www.gard.no/web/publications/document/20747880/gard-guidance-to-the-rules-2016>].

⁶¹⁵ SHIPOWNERS' MUTUAL PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION, “Club Rules 2017”.

[<https://www.shipownersclub.com/publications/club-rules-2017/?>]

⁶¹⁶ UNITED KINGDOM MUTUAL STEAM SHIP ASSURANCE ASSOCIATION (BERMUDA) LIMITED, “Rules 2017”.

[https://www.ukpandi.com/fileadmin/uploads/ukpi/Documents/2017/Brochures/Rules/Rules_full_version_2.pdf]

⁶¹⁷ JAPAN SHIP OWNERS' MUTUAL PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION (THE), “Rules of Association 2017”.

La regulación de **Standard**, en un tanto particular, porque por un lado sus P&I and Defence Rules para el 2017/2018, prevén en la Sección Tercera las normas para ambos seguros⁶¹⁸, distinguiendo las P&I Rules de las Defence Rules, que es exactamente la misma estructura que se utiliza para las P&I y Defence Rules de la sede de Londres de este Club⁶¹⁹. Además, se prevé que las reglas de The Standard Club Asia Ltd serán las mismas que las reglas de The Standard Club Europe Ltd, con dos salvedades: a menos que el contexto lo exija de otro modo, «el club» significa The Standard Club Asia Ltd y las referencias a «los artículos» se considerarán referencias al Memorándum y a los “*Articles*” del club.

Lo expuesto es el resultado de un análisis en la forma de regulación que adopta cada uno de los Clubs, aunque lo relevante es el estudio de los aspectos sustantivos, que a la postre, será lo que condicione los supuestos de hecho amparados por la cobertura de defensa jurídica.

II.2.- Elemento temporal en la cobertura: relación con el siniestro

II.2.1.- Principales teorías en el marco del seguro de defensa jurídica

Uno de los deberes esenciales del asegurado, de gran trascendencia para la ordenada gestión del riesgo por parte de las entidades aseguradoras, es como ya ha sido señalado, la comunicación del siniestro. Este deber viene establecido con carácter general por el art. 16 LCS y por el 426 de la LNM, que a diferencia del derogado art. 765 del CCom, aproxima la legislación marítima a la ley general en materia de seguros, y establece el mismo plazo de “*siete días, contados a partir del momento en que lo conozcan*”, con posibilidad de ampliación en el supuesto de la LCS, y disponible para las partes en el caso de la LNM.

[https://www.piclub.or.jp/eng_news/rules_articles/rules/?action=common_download_main&upload_id=10415].

⁶¹⁸ STANDARD STEAMSHIP OWNERS' PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION (THE), “P&I and Defence Rules and Correspondents 2017/18”.

[<http://www.standard-club.com/media/2533535/pi-and-defence-rules-and-correspondents-2017-18.pdf>]

⁶¹⁹ STANDARD STEAMSHIP OWNERS' PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION (THE), “London Class P&I and Defence Rules and Correspondents 2017/18”.

[<http://www.standard-club.com/media/2533539/london-class-pi-and-defence-rules-and-correspondents-2017-18.pdf>].

El daño se exterioriza cuando el riesgo delimitado y por ende asegurado y asumido se manifiesta⁶²⁰, y ello significa hacer frente a una necesidad pecuniaria consistente en abonar los gastos por honorarios devengados en un procedimiento judicial, lo que podría identificarse con el término de las costas.⁶²¹

Sin embargo, la determinación del acaecimiento del siniestro, se complica sobremanera en el supuesto de un SDJ, ya que la necesidad de ayuda y asistencia y la aparición originaria de la misma, no tienen por qué coincidir exactamente en el tiempo, o al menos, la valoración que el asegurado haga, en un momento determinado, de esa necesidad.

De hecho, la fijación exacta del momento en que se produce el siniestro no es algo baladí, ya que este sólo producirá los efectos que le son propios, si se verifica durante la vigencia temporal del contrato. Por ello, esa falta de coincidencia en el tiempo entre la realización del evento causal y la aparición de la necesidad de asistencia jurídica, ha propiciado la proliferación de posturas doctrinales en torno a cuál debe entenderse en estos casos como momento del siniestro, y, si es necesario que tanto uno como otro se produzcan dentro del período asegurado, o si por el contrario, es suficiente con que acaezca dentro de dicho período el hecho causal, aunque la aparición efectiva de la necesidad se demore en el tiempo⁶²².

Las principales teorías doctrinales intentan delimitar por tanto, en qué momento preciso y exacto se produce el siniestro. Así, en primer lugar, la teoría más tradicional⁶²³ al delimitar el riesgo del seguro, señala que el “*siniestro es el hecho del que puede surgir el conflicto legal con el tercero*”, entendiéndose por tal, el hecho del que podrá derivarse a futuro el conflicto jurídico, y con él, los gastos judiciales y extrajudiciales objeto de cobertura por el seguro.

Sin embargo, no parece que esta postura proporcione una respuesta satisfactoria, ya que en ocasiones, puede no generarse el conflicto, o este puede ser resuelto por los propios

⁶²⁰ Cfr. VEIGA COPO, A.B., cit., p. 772.

⁶²¹ VEIGA COPO, A.B., cit., p. 773.

⁶²² OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 285.

⁶²³ DONATI, A. cit., p. 445.

afectados de mutuo acuerdo. Según esta teoría deberíamos acudir al antecedente necesario de la fuente de gastos, aunque “*no necesariamente el siniestro, al no desencadenar por lo general, las consecuencias inherentes a su verificación, esto es, el nacimiento de la obligación del asegurador*”⁶²⁴. Pongamos un ejemplo, según esta postura habría que comunicar al asegurador la suscripción de un contrato, ya que en caso de incumplimiento, desavenencia o causación de daños, sería la fuente generadora de la necesidad última de defensa jurídica; y ello, aunque todavía no existiese riesgo, porque en el tráfico comercial y mercantil, la formalización de un contrato no implica necesariamente que se vaya a generar una situación de controversia, que justifique la necesidad de recurrir a profesionales del Derecho.

En segundo lugar, se ha apuntado por la doctrina francesa que “*el siniestro se produce con la aparición del conflicto a que se enfrenta el asegurado*”⁶²⁵. Por tanto, ya no nos detenemos en el antecedente previo, sino que es necesario que surja el enfrentamiento, el conflicto o el litigio propiamente dicho, con los condicionantes previstos en el contrato, y por tanto, con posterioridad al hecho de la teoría tradicional. La crítica que se hace a esta postura, es que delimitar en la práctica el surgimiento de las diferencias no es tan sencillo, y no existe un criterio uniforme en tal sentido⁶²⁶.

Si la póliza hiciese referencia expresa a la palabra “litigio” se estaría vinculando como *conditio sine qua non* al surgimiento del procedimiento judicial. Ciertamente el contrato de seguro podría definir y concretar estos términos, pero en cualquier caso, el riesgo de fraude sería elevado, porque un asegurado podría concertar un seguro de este tipo conociendo la existencia de la diferencia y el pleito inminente, y si en el momento de la contratación ya no concurrían riesgo ni aleatoriedad, el contrato de seguro habría de reputarse nulo (art. 4 LCS y en su misma línea, art. 422 LNM).

A este respecto, se especifican tres aspectos que el asegurador debe consignar en el contrato, y de este modo evitar la cobertura de un litigio cuya causa era ya conocida por el interesado⁶²⁷:

⁶²⁴ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 287.

⁶²⁵ LAMBERT- FAIVRE, Y., “Risque et sinistre en assurance protection juridique”, *RGAT*, t. 57, 1986, p. 652.

⁶²⁶ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 287-290.

⁶²⁷ MARGEAT, H., “La protection juridique, voie d'accès à la justice”, *L'ADE*, 3/1989, p.30.

V.- EL CONTRATO- PARTE II: COBERTURA

- i. la noción del siniestro *stricto sensu*, o diferencia que suscita una reclamación amistosa o judicial;
- ii. la de la causa determinante de la controversia, a fin de situarla en el tiempo y que el asegurador tenga capacidad para discernir si la cobertura debe ser prestada o no; y,
- iii. la del alea, porque sin alea la garantía desaparece por inexistencia de riesgo asegurable.

Matizando la tesis anterior, se apunta que “*el siniestro coincide con la aparición en el asegurado de una efectiva necesidad de asistencia jurídica*”, de manera que sería imprescindible que el asegurado se encuentre jurídicamente en dificultades y precise la intervención de un abogado, es decir, un momento posterior incluso al propio conflicto en sí: la situación conflictiva tiene que haber alcanzado un grado, que ya no quepa solución amistosa entre los propios interesados⁶²⁸.

Este momento temporal es nítido en el supuesto de que el asegurado ostente lo que en Derecho procesal se denomina legitimación pasiva, es decir, sea el demandado, por cuanto, el conocimiento fehaciente llegará con la notificación de la demanda civil, o se incoa el procedimiento administrativo o penal previsto en el contrato; ahora bien, ¿y si hubiese existido un requerimiento previo en el que ya se anunciaban las oportunas acciones judiciales? Y en sentido contrario, si se tratase de interponer una reclamación, ¿cuál sería el momento exacto para ello? ¿Cuándo el contrario rechaza las pretensiones del asegurado? ¿Cuándo habrán de entenderse rechazadas con una contestación formal en tal sentido, o bastaría la falta de respuesta en un tiempo prudencial?

En este punto, se verifica la existencia de múltiples interrogantes, pues no se delimita para cada supuesto el momento en que surge la necesidad objeto de cobertura.

En cuarto lugar, MÖLLER⁶²⁹ sostiene que “*el siniestro se extiende sobre un espacio dilatado de tiempo que comprende varios momentos*”; es decir, entiende que el siniestro en el marco del SDJ no se materializa en un sólo instante temporal, sino en varios momentos a lo largo del tiempo, iniciándose con el hecho causal previsto en la

⁶²⁸ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 290.

⁶²⁹ BRÜCK y MÖLLER, H. *Kommentar zur Versicherungsvertragsgesetz und zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Vericherungsmittlerrechts*, I, Berlin, 1961, p. 112.

póliza, y que finalizaría cuando se haya producido el daño completo, esto es, cuando ya se adeuden los gastos de asistencia o cuando se hubiesen abonado.

Con este planteamiento se observa que todavía se complica más la delimitación del acaecimiento del siniestro, ya que ante esos diversos “momentos” resultaría imprescindible identificar cuál es el relevante para que el caso se considere incluido en la garantía del seguro, y se produzca el nacimiento de la obligación del asegurador. No obstante, aunque se reconozca como siniestro un determinado hecho, que debe necesariamente haber tenido lugar dentro del período de garantía para quedar cubierto, ello no sería suficiente para que resulte exigible de manera automática al asegurador el cumplimiento de su prestación.⁶³⁰

En la doctrina española, CALZADA CONDE⁶³¹, mantiene que *“en el SDJ no cabe hablar de siniestro”*, porque asimila el siniestro con el daño efectivo al asegurado, y por ende, como quiera que precisamente el SDJ tiene como fin último evitar tal daño, este no se produce en ningún momento, al ser el asegurador el que abona los servicios profesionales, -o en su caso, prestaría el asesoramiento a través de sus profesionales-.

A juicio de OLMOS PILDAIN⁶³² *“se confunde el siniestro, propiamente dicho, con el mecanismo de reacción frente al daño utilizado en ciertos seguros. De manera que en aquellas modalidades en que la protección asegurativa cumple una función de prevención, basta (...) con que concurran los elementos de la naturaleza, del tiempo, del espacio y la causalidad en base a los que se delimitó el riesgo en el contrato, sin que, en consecuencia, se exija la realización del daño, al ser éste lo que, en definitiva, pretende evitar la prestación del asegurador”*.

Finalmente, en aquellos supuestos en que exista especial dificultad para fijar el momento del siniestro, se plantea⁶³³ como alternativa para los aseguradores, establecer unos plazos de carencia, en función de la naturaleza de la controversia para la que se asume el riesgo, de manera que *“el siniestro no queda cubierto si no han transcurrido los plazos de carencia fijados en el contrato”*.

⁶³⁰ OLMOS PILDAIN, A., cit. *El Seguro de Defensa...*, pp. 291-292.

⁶³¹ CALZADA CONDE, M.A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1983, pp. 167-170.

⁶³² OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 292-293.

⁶³³ LAMBERT- FAIVRE, Y., “Le contrat...”, cit., p. 170.

Tras el análisis de las distintas posturas doctrinales mantenidas, y combinando aspectos de todas ellas, podemos concluir que⁶³⁴: “*El siniestro en el SDJ, será en definitiva, aquel acontecimiento que haga objetivamente necesario el recurso a la ayuda de un abogado y/o el acceso a la justicia. De tal manera, que la realización de un hecho del que puede o no derivar esa necesidad, no será siniestro en aquel concreto caso en que no la produzca. Es decir, para que se verifique el siniestro es preciso que junto a ese hecho concurran una serie de circunstancias que revelen que el asegurado no puede resolver por sí mismo el problema jurídico a que se enfrente, por lo que necesita acceder a la protección que le brinda el seguro*”.

Resulta evidente que una vez determinada la causación del siniestro, deberá verificarse, para que el siniestro quede cubierto, que ese hecho susceptible de provocar la necesidad del asegurado debe acaecer dentro del período de vigencia material del contrato; pero no porque sea el verdadero siniestro, sino porque puede llegar a originarlo (parecida matización emplea GARRIGUES⁶³⁵, para justificar por qué en el SRC el asegurado debe comunicar al asegurador la realización del hecho que puede engendrar la obligación de reparar el daño).

Si es la actitud del asegurado ante el conflicto en sí la que hace preciso el recurso a la ayuda y asistencia que garantiza el seguro, nos encontraremos ante un siniestro causado por mala fe, cuyas consecuencias son, según el artículo 19 de la LCS, que el asegurador no queda obligado al cumplimiento de su prestación, con lo que el derecho del asegurado no llega a nacer⁶³⁶.

En lo relativo a la determinación del momento del siniestro, cabe puntualizar una diferencia de tratamiento sustancial entre las compañías especializadas y las multiramo. Las compañías especializadas, en términos generales delimitan el siniestro en el SDJ como “*todo hecho o acontecimiento imprevisto que cause lesión en los intereses del asegurado o que modifique su situación jurídica*”⁶³⁷, para a continuación concretar ese hecho en los diferentes ámbitos y situaciones cubiertos por el seguro. Se distinguen por tanto dos momentos: i) acontecimiento que lesiona intereses del asegurado –también

⁶³⁴ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 294.

⁶³⁵ GARRIGUES, J., cit., p. 374.

⁶³⁶ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 297.

⁶³⁷ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 297.

denominado, inicio del evento asegurado, caso que ha de sobrevenir durante la vigencia del contrato, aparición del riesgo-, y ii), el momento en que efectivamente surge en el asegurado la necesidad de recibir la prestación garantizada en la póliza.

Las compañías multirramo por su parte, no suelen distinguir los dos momentos del siniestro, sino que se limitan, por lo general, a señalar cuando se entiende producido el siniestro que hace exigible la prestación garantizada; aunque es preciso puntualizar, que cuando el SDJ se oferta como modalidad o garantía complementaria en pólizas de RC (especialmente, seguro auto), ni siquiera se regula esta circunstancia, lo que se justifica por el hecho de que el accidente del que puede derivarse la necesidad de asistencia jurídica, ha sido ya declarado a los efectos de la cobertura principal⁶³⁸.

II.2.2.- Aplicabilidad al seguro marítimo de defensa jurídica

Todo cuanto ha sido expuesto en el apartado anterior respecto a las dificultades de concretar el momento de la realización del siniestro, resultan de aplicación al SMDJ objeto de estudio. De hecho, todo Miembro de un Club estará obligado a dar pronto aviso a los Gerentes, de cualquier reclamación que pueda dar lugar a costes legales recuperables, bajo la cobertura de defensa jurídica.

Y la pregunta es evidente: ¿en qué instante exacto el asegurado es consciente de que una determinada situación puede precisar asesoramiento? Cuando se trata de una persona física, habrá un elemento volitivo e intelectual personal que influye indefectiblemente en la valoración de la situación; es decir, una persona más prudente o cautelosa puede percibir la necesidad antes que otra con menor aversión al conflicto, que puede dejar transcurrir más tiempo para reportar al asegurador.

En el ámbito marítimo, se produce un inconveniente adicional, la expedición en sí misma, conlleva el transcurso de un tiempo durante el que el asegurado, armador o fletador, puede no tener acceso a toda la información precisa. Pensemos que aunque existen dispositivos electrónicos que permiten ubicar el buque, y tener comunicación

⁶³⁸ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 299-300.

V.- EL CONTRATO- PARTE II: COBERTURA

instantánea, la consciencia de que por ejemplo la carga se haya movido en la bodega dañándose, puede no ser inmediata.

A ello se añade, que lo habitual es que en el transporte marítimo internacional operen grandes compañías, con estructuras de toma de decisión más o menos complejas, que podrían dilatar todavía más, la transmisión del mensaje desde el origen hasta destino. Ahora bien, la contrapartida de ello, y que supone una ventaja respecto al SDJ digamos “terrestre”, es que los operadores marítimos tienen perfectamente interiorizado el deber de comunicar al Club, con carácter inmediato, cualquier cuestión susceptible de generar una diferencia o controversia.

Precisamente a ello contribuye, que las normas reguladoras de la cobertura impongan al Miembro que la competencia para dar instrucciones y directrices a abogados, peritos, y otros técnicos, provengan de los Gerentes, o de su autorización. Por ello, antes de acometer cualquier conversación, negociación o actuación concreta en relación con un potencial conflicto, los asegurados lo notifican al Club a la mayor brevedad.

De esta manera, podrían apuntarse distintos posibles momentos de acaecimiento del siniestro. En primer lugar, cuando ocurre el hecho concreto que en el futuro motivará la reclamación de que se trate: la detención, la reparación negligente, la prestación de los servicios de salvamento... etc.

Como quiera que la puesta en conocimiento del Club opera de manera automática, podría situarse esa necesidad de asistencia jurídica y técnica, al tiempo de la comunicación de la cuestión suscitada por parte del armador o fletador. De hecho, en la práctica, el Club designa un Comisario de Averías que se persona en el buque, muelle o puerto con carácter inmediato, gasto que asumiría la propia aseguradora. Y es que aunque todavía no se haya materializado formalmente la reclamación, estas actuaciones irían encaminadas a preconstituir las pruebas oportunas que permitan, en el futuro, coordinar una adecuada defensa de las pretensiones e intereses del asegurado. Estas actuaciones preliminares podrían concebirse como parte previa, inmediatamente anterior a la reclamación y por tanto al siniestro, aunque en la medida en que son proporcionadas y costeadas por el Club, entendemos razonable formen parte del riesgo asegurado.

La reclamación propiamente dicha podría identificarse también, en sentido estricto, con la presentación de la protesta de mar ante la autoridad competente, o con la entrega de las cartas de protesta entre las distintas partes intervinientes, en las que ya existe constancia documental de una potencial controversia “en ciernes”. Todo ello deja entrever, que la aplicabilidad de las distintas teorías comentadas en cuanto al acaecimiento del siniestro, también son extrapolables al ámbito del SMDJ, con las particularidades inherentes a la navegación.

En general, los aseguradores prevén con mayor detalle los hechos que deben suceder dentro de la vigencia del seguro para tener derecho a la cobertura, que en delimitar con exactitud aquel acontecimiento que implique la necesidad de asistencia jurídica⁶³⁹.

III.- RIESGOS INCLUIDOS

La cobertura FD&D se ha configurado a lo largo del tiempo en torno a tres principales objetivos: proporcionar asesoramiento legal al propio Miembro, como a los Capitanes y Agentes del buque, ayudar a los Miembros a obtener el pago efectivo de reclamaciones o acciones razonables, así como defenderle de cualquier acción ejercitada contra él, y en tercer lugar, y bajo determinados condicionantes, resarcirle de los gastos legales en que hubiese incurrido⁶⁴⁰.

En cualquier caso, no debe perderse de vista que los Managers del Club en relación con la clase FD&D, tienen amplias y discrecionales facultades para decidir, -y en su caso, discriminar- que disputas son las que “apoyan” y cuales declinan. Y aunque pueda sonar arbitrario, la cobertura opera bajo el principio de mutualidad, por el que los miembros de esta clase se aseguran recíprocamente. De hecho, resultaría tremendamente injusto para el conjunto de miembros de la asociación que los fondos se aplicasen a apoyar reclamaciones con escasas probabilidades de éxito.

Por ejemplo, si un miembro tuviese una reclamación válida contra un fletador por un supuesto de sobreestadía, en condiciones normales la cobertura FD&D proporcionaría la

⁶³⁹ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p.313.

⁶⁴⁰ HILL PRADOS, M.C., “El Seguro de Protección...”, cit., p. 271.

asistencia legal necesaria para obtener una resolución –judicial o arbitral- y hacer cumplir la condena al pago, incluso a través del correspondiente procedimiento ejecutivo. Por el contrario, se denegaría la asistencia si los fletadores de una compañía extranjera, acabasen de entrar en bancarrota, sin que constasen bienes o derechos susceptibles de embargo aunque se obtuviese un pronunciamiento favorable a la reclamación. Los costes de alcanzar dicha resolución favorable serían muy elevados, sin tener una probabilidad realista de obtener un resultado tangible.⁶⁴¹

En cualquier caso, un principio básico y esencial del seguro FD&D es que no entraría en juego si los gastos de defensa estuviesen garantizados a través de otro seguro del asegurado, tal como H&M o P&I, aunque el hecho de que la cobertura se preste a través de una clase u otra, no implica que el miembro no disponga de un auténtico SMDJ, sino que el ámbito material de los motivos cubiertos será diferente en uno y otro caso.

III.1. En función del tipo de procedimiento

La primera dificultad de delimitación de los riesgos cubiertos, tiene sus raíces en los distintos procedimientos marítimos vistos en el Capítulo 1, y en la complejidad de los mismos en función de cual fuese la pretensión concreta o el interés de las partes, el ordenamiento jurídico aplicable, el foro en el que ha de interponerse, la acción concreta a ejercitar... etc.

No tendría sentido alguno, y en todo caso sería poco operativo en la práctica, que las Rules de los Clubs delimitasen la cobertura, distinguiendo con carácter riguroso unos procedimientos de otros, y por ello, se opta por alusiones genéricas, que permiten abarcar cualquier acción legal, diligencias de investigación o de defensa propiamente dicha, así como cualesquiera otras disputas, procedimientos legales o de otra naturaleza.

Así, las expresiones más utilizadas en las normas de los Clubs son “*pursuing or defending claims*” o “*seeking to resolve disputes*” (Regla 2 de la Clase II de las Rules de The American Club), “*establishing or resisting claims*” (Regla 65 de la Parte IV de las Rules de Gard), “*enforcement of all proper claims and the defence of all claims improperly brought*” (Regla 19 de las FD&D Rules de Nepia), o “*asserting or*

⁶⁴¹ANDERSON, P., cit., p.4.

defending any claim, dispute or litigation” (Regla 1 del Apartado V de Coberturas especiales del Club japonés).

Queda por tanto fuera de toda duda, que el asegurado podrá ostentar tanto la legitimación activa como la pasiva en el procedimiento, entendiéndose por la primera aquella en la que se ejercita la acción como titular del derecho que se hace valer mediante la pretensión judicial, o por ostentar un interés legítimo que ha de reportar una ventaja o evitar un inconveniente. La legitimación pasiva recae sobre aquel *“frente a quien ha de ser interpuesta la petición de tutela judicial, para que tal petición sea eficaz en este aspecto subjetivo”*⁶⁴²

En el caso de Britannia, además, se especifica en sus Reglas FD&D, 18 (13), 18 (14) y 18 (15), que la cobertura podrá articularse también en torno a reclamaciones *“por o contra”* autoridades portuarias, consignatarios, autoridades aduaneras o propietarios de terminales marítimas, o en pesquisas o investigaciones oficiales, forenses u otras indagaciones de cualquier otro tipo.

La amplitud de terminología utilizada abarca todo tipo de procedimientos en distintos órdenes jurisdiccionales, pero también cabe la posibilidad de que se trate de un procedimiento arbitral, de la propia vía administrativa en inspecciones de cualquier tipo, o incluso, sin llegar a articularse a través de un procedimiento, ante cualquier discrepancia entre dos partes que pueda tener repercusión económica en el patrimonio del miembro del Club, o en su status jurídico, en tanto en cuanto, le imponga alguna obligación adicional o le prive de lo que legítimamente le pueda corresponder.

III.2. En función del tipo de servicio o asesoramiento

El SDJ se identifica con el pensamiento común de que ha de satisfacer el abono de los honorarios de abogados. Sin embargo, la idea que subyace en todos los clausulados de los Clubs P&I es la prestación de consejo legal u otro que pudiera ser preciso, en relación con las reclamaciones, disputas o procedimientos en los que pueda tener parte o interés el asegurado.

⁶⁴² ORTELLS RAMOS, M., “Capítulo 6” en *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 167-173.

Así, el abogado ya no es sólo aquel profesional que ha de prestarle asesoramiento y defensa en el curso de un procedimiento específico, articulado en torno a un órgano judicial o un tribunal arbitral, y cuya intervención es normalmente preceptiva según las distintas normas del proceso⁶⁴³, sino que ha de participar en la toma de decisiones previas, asesorando y prestando consejo legal ante las vicisitudes del día a día de la navegación, la interpretación y negociación de los contratos, la actuación más conveniente ante un accidente marítimo, la autoridad local más cercana para tramitar una protesta de mar... etc. Uno de los principales consejos es el de comprobar o informarse acerca de la solvencia y seguridad comercial de la persona con quien se contrata⁶⁴⁴.

Los Clubs ofrecen a sus asociados un equipo experimentado en gestionar reclamaciones relativas a asuntos cubiertos por pólizas de defensa jurídica, y con los imprescindibles conocimientos legales para ello. Una parte crucial del servicio es ese asesoramiento preliminar y la asistencia necesaria para resolver el conflicto antes de que alcance un nivel, que requiera abogados y profesionales externos. En el supuesto de que estos juristas externos asuman la dirección jurídica serán instruidos en los antecedentes del asunto, y el Club controlará no sólo el coste de sus honorarios, sino también la gestión y el asesoramiento que prestan al asociado.

Pero el asesoramiento que ha de prestar o sufragar el Club no se agota en los abogados como únicos expertos, o los procuradores como sus representantes ante determinados órganos judiciales, sino que abarca asimismo, cualquier otro asesor técnico que pueda precisar el miembro, tales como químicos, ingenieros... etc⁶⁴⁵, o una vez ocurrido el siniestro, la participación de un perito experto en la valoración de daños en el ámbito marítimo como es el Comisario de Averías⁶⁴⁶.

Las reglas citadas en el apartado precedente hacen referencia asimismo, a la representación del Miembro ante autoridades, investigaciones forenses o de otra índole,

⁶⁴³ A título ejemplificativo en nuestro ordenamiento jurídico: art. 31 LEC, art. 118 LECrim, art. 21 LJS, y art. 23 LJCA.

⁶⁴⁴ HILL PRADOS, M.C., "El Seguro de Protección...", cit., p. 270.

⁶⁴⁵ ANDERSON, P., cit., p.5.

⁶⁴⁶ *Vid.* Capítulo 6, apartado IV.1.2.

lo que resulta de gran practicidad a los miembros del Club, ya que este dispone de agentes y representantes en los puertos más importantes del mundo, y en sus propias páginas web se facilitan teléfonos (after hours) y correos electrónicos de contacto disponibles veinticuatro horas al día.

III.3. En función del motivo que origine la reclamación

En la mayoría de las pólizas del SDJ regulado por la LCS, y por tanto, al margen del ámbito marítimo, se suele delimitar el riesgo precisando las concretas situaciones jurídicas que sí son objeto de cobertura, y aquellos supuestos que han de ser excluidos, sistema que se conoce como de “enumeración de riesgos”. En todo caso, la gran variedad de circunstancias que configuran la realidad, complican la enumeración, motivo por el que la mayoría de las pólizas suelen individualizar el riesgo haciendo referencia a las distintas situaciones a las que extiende la cobertura del seguro, tanto el acontecimiento del que puede derivar la necesidad, como el marco en el que se otorga.⁶⁴⁷

Sin embargo, este método no es utilizado en otros países, que optan por no enumerar las situaciones cubiertas, sino que rige el principio general de cobertura, a excepción de aquellas que se especifiquen en la póliza como expresamente excluidas.

En el ámbito marítimo las Rules de los distintos Clubs emplean un método mixto, en el que establecen con carácter general y amplio cuáles son los riesgos cubiertos, para a continuación, incluir un listado de distintos supuestos fácticos que darían lugar a la cobertura. Entre los generalmente aceptados encontraríamos los siguientes:

⁶⁴⁷ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 237-240. Esta autora refiere la modalidad de SDJ del automovilista, como aquella que cubre la reclamación amistosa y la judicial a terceros responsables de las indemnizaciones debidas; el SDJ en materia de infracciones administrativas de tráfico, que protege al asegurado proporcionándole cobertura en vía administrativa (pliegos de descargo, recursos de alzada y reposición en su caso), y contencioso administrativa; el SDJ del consumidor como propietario o inquilino, como vecino de una Comunidad de Propietarios...; y finalmente las modalidades de SDJ profesional que cubriría los intereses del tomador en relación con un conflicto laboral promovido por alguno de sus asalariados.

V.- EL CONTRATO- PARTE II: COBERTURA

- i. Reclamaciones con respecto de flete, falso flete⁶⁴⁸, fletamento, demora o “despatch” (despacho), que pudieran derivar de cualquier contrato de fletamento, conocimiento de embarque u otro contrato de transporte⁶⁴⁹.

En este epígrafe se incardinaría el supuesto en el que los cargadores exijan una garantía al armador, e interrumpan los trabajos de carga, mientras no obtengan una garantía que les resulte aceptable, llegando a rechazar la “Carta del Club” como táctica dilatoria, y generando más gastos adicionales durante ese retraso. En situaciones y múltiples ejemplos en el pasado, a posteriori el propietario o fletador no ha podido imputar y repercutir esos gastos adicionales a los cargadores, pese a que en ningún caso se habían visto impedidos para continuar las tareas de carga mientras se articulaba una garantía que contase con su conformidad.

El Club debe advertir al socio de este tipo de conductas y riesgos, y la cobertura FD&D podrá incrementar en gran medida sus expectativas de que con los costes legales cubiertos, podrá enfrentarse a imposiciones de los cargadores al margen del contrato, o al menos, defenderse de las reclamaciones de los fletadores por lo abonado en exceso.⁶⁵⁰

- ii. Reclamaciones por la detención, inutilización, demora o retraso de un Buque Inscrito.
- iii. Reclamaciones que surjan por la pérdida o daños a un Buque Inscrito.
- iv. Reclamaciones con respecto a contribuciones o gastos de avería gruesa y particular, entendiéndose por esta última, los daños sufridos por un buque o la mercancía que transporta, como consecuencia de un hecho fortuito o imprevisto. Sus efectos económicos afectan al propietario, al beneficiario, a terceras partes de la parte accidentada o a su asegurador.
- v. Reclamaciones con respecto al incumplimiento de cualquier contrato de fletamento, conocimiento de embarque u otro contrato de transporte, así como el

⁶⁴⁸ Se denomina flete falso aquel que un comerciante debe abonar por la capacidad desocupada del buque, hace referencia a aquel movimiento operacional de transporte que, por una u otra razón, no ocupa en forma óptima la capacidad total del medio de transporte.

⁶⁴⁹ La propia nomenclatura FD&D podría dar lugar a confusión al entender que la cobertura se limita a la defensa en reclamaciones que tengan origen en un contrato de fletamento, y aunque efectivamente este es un supuesto muy habitual, la cobertura abarca muchos más supuestos.

⁶⁵⁰ ORFORD, T., “Paying the Price”, *P&I International, FD&D*, Ed. Lloyds`of London Press, 1999, pp. 155-157.

incumplimiento de cualquier obligación legal que surja en relación con el transporte de mercancías o bienes.

- vi. Reclamaciones con respecto al suministro de fuel, materiales o equipamiento, o cualquier otra necesidad de un Buque Inscrito.
- vii. Reclamaciones con respecto a la reparación negligente o alteración del buque.
- viii. Reclamaciones relativas a la inadecuada carga, alijo, estiba, trimado⁶⁵¹ o desestiba de la mercancía.
- ix. Reclamaciones respecto a cantidades debidas “de” o “a” aseguradores, así como respecto de otras personas que operen en el ámbito del seguro marítimo.
- x. Reclamaciones relativas a los servicios de salvamento, remolque o practicaje prestados “por” o “a” un Buque Inscrito.

Para que el remolcador o buque de salvamento tenga derecho a cobertura, debe cumplirse el requisito previo de que haya sido declarado como tal en el momento de la inscripción, y cualquier cobertura haya sido convenida con los Gerentes y esté especificada en las Condiciones de Inscripción.

- xi. Reclamaciones “por” o “contra” pasajeros, en virtud de un billete de pasaje.
- xii. Reclamaciones “por” o “contra” tripulantes, polizones u otras personas en relación con el Buque Inscrito.

Se excluye el supuesto de reclamaciones con ocasión de un convenio colectivo o convenio de servicios.

- xiii. Reclamaciones que surjan bajo un contrato de construcción, compraventa, hipoteca, o gravamen de un Buque Inscrito.
- xiv. Reclamaciones “por” o “contra” las autoridades portuarias, consignatarios, autoridades aduaneras o propietarios de terminales.

Finalmente debe señalarse que es habitual incluir una cláusula final “*omnibus*” que permite que sea objeto de cobertura cualquier otra cuestión, a juicio del Comité del Club, aunque no esté expresamente prevista en un apartado de las Rules, y así se constata en la Regla 18(6) de las FD&D de Britannia y Regla 3.b. (ix) de las homólogas de The Swedish Club, o la Regla 3(15) del Apartado V de Coberturas especiales del Club japonés, Regla 4 de la Clase 2 de West of England, o la regla 5 FD&D de The

⁶⁵¹ El trimado consiste en el conjunto de ajustes sobre los elementos de propulsión de la embarcación, que se realizan para optimizar el desplazamiento del buque y aprovechar al máximo la fuerza impulsora que genera el mismo.

Swedish Club, que prevé que la Asociación tiene absoluta discrecionalidad para determinar si cualquier caso particular merece o no el “apoyo” del Club.

IV.- RIESGOS EXCLUIDOS

IV.1.- Exclusiones generales

Debe insistirse en una cuestión previa, y es que en esta materia la discrecionalidad del Club y las amplias facultades del Comité para, como ha sido referido, ampliar la cobertura, o en sentido contrario, rechazarla en un supuesto concreto, es absoluta. Así las cosas, se comprenden previsiones como la Regla 67(1.e) de la Parte IV de las Rules de Gard, que prevé que la Asociación puede declinar la cobertura de defensa íntegramente o en parte, por algo tan genérico como: “*cualquier otra razón por la que el Club entienda que la cobertura no debe ser aplicada*”, o el silencio del Club japonés que no prevé cláusulas específicas sobre exclusiones de cobertura.

Si en última instancia serán los órganos rectores del Club los que decidan si los gastos y/o el asesoramiento relativos a una reclamación o controversia concreta será a cargo del Club, pudiera existir la tentación de entender que cualquier desarrollo o previsión al respecto de esa facultad no tendría sentido y devendría inútil, pues el miembro siempre queda a expensas de la decisión final del Comité. Sin embargo, los textos de las normas de los Clubs, cumplen en primer lugar una evidente labor comercial orientada a atraer nuevos miembros, pero sobre todo, permiten una mayor seguridad para el socio que verá plasmados en un documento normativo del Club, aquellos supuestos más característicos en los que se ha denegado la cobertura.

Dicho esto, una cláusula general de exclusión es aquella que, en aras a evitar situaciones de conflicto y/o eventuales malos entendidos con los miembros del Club, excluye todo costo, pérdida, responsabilidad o gasto que no se haga constar expresamente en las reglas que regulan los riesgos incluidos.

Además, en este apartado de exclusiones generales ha de hacerse referencia a una previsión que recogen todas las Rules de los Clubs, y todos los documentos de consulta

de sus webs corporativas así como los artículos doctrinales al respecto⁶⁵², esto es, la cobertura FD&D, sólo resultará de aplicación, cuando los costes de defensa no estuviesen cubiertos a través de otros seguros, H&M, P&I, aquellos contra los riesgos de guerra o huelga... En estos términos se pronuncian expresamente las Reglas 24, 25 y 26 de las FD&D de Britannia, y la regla 3(4) de la Clase II de las normas de The American Club.

El fundamento para ello es de una claridad meridiana. Cuando la defensa jurídica de los intereses y pretensiones del asegurado, ya están garantizados en otras clases o categorías, no tendría sentido exigir una cobertura ya prestada cuando es “en especie” vía asesoramiento técnico y/o jurídico, imposibilidad de facto, pero en el supuesto de reclamar por partida doble unos gastos de defensa jurídica, lo que produciría además del reproche de atentar contra los intereses generales del Club, sería un supuesto de enriquecimiento injusto.

El enriquecimiento injusto, es una figura de construcción jurisprudencial y que viene a rechazar el beneficio injustificado de una parte como consecuencia del empobrecimiento de la contraparte. Para la aplicación de la institución de enriquecimiento injusto, no es necesario que exista negligencia o mala fe o un acto ilícito por parte supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe⁶⁵³.

IV.2.- Riesgos específicamente excluidos

En materia de exclusiones de cobertura no existen prácticamente similitudes entre el SDJ regulado en la LCS y el SMDJ. Mientras aquellas giran en torno al ámbito de vida o actividad del asegurado, al exceso de riesgo asumido (pensemos en la participación en pruebas o competiciones deportivas de riesgo), o a gastos que no resulten obligatorios para el procedimiento por mucho que pudiesen ser recomendables, (procurador cuando

⁶⁵² HILL PRADOS, M.C., “El Seguro de Protección...”, cit., p. 266; LEISSNER, A. cit.; ANDERSON, P., cit., p.4; y HILL PRADOS, M.C., *Los Clubs de ...*, cit., p. 166.

⁶⁵³ Sobre el enriquecimiento injusto existe innumerable jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo señalar entre otras las sentencias de 14 de diciembre de 1994, de 23 y 31 de marzo de 1992, y de 30 de septiembre de 1993.

V.- EL CONTRATO- PARTE II: COBERTURA

su intervención no sea preceptiva, informes periciales no judiciales etc.), el marco de exclusiones de los Clubs atiende a otros supuestos de hecho vinculados a la navegación y la expedición marítima, así como a la propia naturaleza del Club.

En esencia se trata de supuestos que agravan el riesgo o suponen una excesiva onerosidad para el Club, en coherencia con el carácter mutuo y de solidaridad recíproca, exclusiones que vendrían justificadas por el intento de proteger la propia supervivencia, solvencia y recursos de la entidad; a estos efectos se excluye⁶⁵⁴:

- a) Toda reclamación contra personas de las cuales no haya posibilidad de recobro, siempre según la opinión de los gerentes de la Asociación. Como ya ha sido comentado, no tendría sentido invertir fondos de todos los asociados en ejercitar acciones y tramitar procedimientos de cualquier tipo, cuando las posibilidades de éxito material (ya no un pronunciamiento favorable, sino el pago efectivo), son prácticamente inexistentes.
- b) Reclamaciones contra un miembro del club que se refieran a cantidades debidas por el mismo, cuando, en opinión de la gerencia del Club, no existe justificación para que rehúse el pago.
- c) Reclamaciones contra el propio Club, que deberán ser dirimidas de otro modo, pero desde luego no con cargo a esta cobertura.
- d) Cualquier procedimiento legal, o nombramiento de Abogado o de cualquier otro experto, cuando el Club no haya dado autorización para ello, o no se hayan seguido las instrucciones dadas por la Gerencia del Club o el Comité.
- e) Reclamaciones que surjan contra un Miembro cuando este sabía, o debía haber sabido, que estaba infringiendo normas, regulaciones o acuerdos relativos a la seguridad, navegación, exigencias portuarias o contratos de cualquier clase.
- f) Responsabilidades en que pueda incurrir un Miembro como propietario o conductor de un vehículo de carretera.
- g) Reclamaciones surgidas de las actividades de buzos profesionales o comerciales, cuando el Miembro es responsable de dichas actividades. Se prevé la posibilidad de pago de estos costes si se hubiese contratado de manera específica para estas

⁶⁵⁴ Regla 20 de las FD&D de Britannia; y en términos más generales pero con el mismo espíritu de actuaciones ilegales, peligrosas o impropias: Regla 21 de las FD&D de NEPIA, Reglas 12 y 13 de las FD&D Rules de The London P&I Club.

actividades, (y se encuentre pagada la correspondiente prima), o en el supuesto que estas actividades se hubiesen llevado a cabo en relación con una inspección por mantenimiento o avería, o por daños causados por el Buque inscrito.

- h) Responsabilidades cuya cobertura pueda exponer a la Asociación a una sanción, multa o prohibición o a cualquier acción adversa por parte de un Estado, organización internacional u otra autoridad competente.

Con carácter recurrente, se excluyen los costes que se puedan producir a consecuencia de que un buque miembro de un club transporte contrabando, haya incumplido un bloqueo, o sea utilizado en un **tráfico** que el Comité, analizadas todas las circunstancias, considere **imprudente, inseguro, indebidamente peligroso o impropio** (supuesto de utilización al margen del destino declarado en el momento de la inscripción por ejemplo).

También se excluyen en el caso de Britannia (regla 21 de las reglas FD&D) ciertos riesgos de las denominadas como **operaciones especiales**, por tratarse de buques de determinadas características, que sin duda operan en unos niveles de riesgo no estándar o equiparable al resto de la flota inscrita, y en base a ello, parece razonable justificar la exclusión específica de cualquier costo relativo a reclamaciones que se refieran a:

- a) Un remolcador de salvamento u otro buque utilizado para operaciones de salvamento, cuando la reclamación surja como resultado de una operación de salvamento y/o de remoción de restos, salvo que la cobertura haya sido específicamente ampliada al efecto.
- b) Buques de perforación, extracción de muestras u operaciones de producción en conexión con gas o crudo, así como cualquier instalación de alojamiento emplazada *in situ* como parte integral de dichas operaciones⁶⁵⁵, cuando la reclamación surja como consecuencia o durante estas operaciones.
- c) Buques utilizados para almacenamiento de crudo, cuando este sea transferido directamente desde un pozo, y la reclamación surja durante el transvase del mismo; o cuando el buque tenga a bordo un equipo de separación de gas y crudo

⁶⁵⁵ La referencia a cualquier “instalación de alojamiento emplazada in situ como parte integral de dichas operaciones”, se refiere a floteles o similares; es decir, buques para alojar a los operarios que trabajan en las plataformas de extracción de petróleo. Se caracterizan por su posicionamiento dinámico y su adaptabilidad para ser acondicionados según la demanda del propio armador.

V.- EL CONTRATO- PARTE II: COBERTURA

que no sea de ventilación natural, y la reclamación surja a consecuencia o durante esta separación.

- d) Buques utilizados para la incineración y el vertido de desechos, cuando la reclamación surja a consecuencia o durante dichas actividades.
- e) Buques amarrados de manera permanente y abiertos al público como hotel, restaurante, bar o cualquier otro lugar de entretenimiento, cuando la reclamación surja con respecto a clientes del hotel, restaurante, otros visitantes o la tripulación de catering del buque.
- f) Buques utilizados como submarino o en conexión con la operación de un submarino, mini-submarino o campana de buceo.
- g) Todo buque utilizado en las restantes operaciones especiales, por ejemplo; dragado, explosiones, colocación de pilotes, estimulación de pozos, tendido de cables o tuberías, construcción, trabajos de instalación o mantenimiento, extracción de muestras, depósito de tierras, respuesta profesional de polución por hidrocarburos o formación para respuesta profesional de polución por hidrocarburos, cuando la reclamación surja como consecuencia de dichas operaciones, aunque evidentemente, se podrá acordar una cobertura especial entre el miembro y la gerencia del club. La lista no es taxativa, debiendo indicarse que la exclusión no se limita a las actividades descritas, y podría ser ampliable a cualquier otra similar en riesgo o en contenido.

Los riesgos nucleares son objeto de exclusión, y se declara la no procedencia de recobro de responsabilidades, costes o gastos cuando la pérdida, daño, accidente, enfermedad, muerte o cualquier otro accidente, surja de riesgos nucleares (contaminación por radiactividad, toxicidad, explosión de cualquier instalación o reactor de estas características, arma o artilugio que emplee la fusión atómica o nuclear). A este respecto, sirvan de ejemplo la Regla 23 de las FD&D de Britannia, la regla 30.4.2. Skuld P&I Rules, la regla 73 de las de Gard, la regla 35.3.a) del Club japonés, y la regla 26 de Shipowners Mutual.

El hecho de que otros Clubs no hagan mención específica a esa tipología de buques, o de exclusiones, no implica que estas no puedan operar de manera indirecta. De hecho, podría subsumirse en un supuesto de incumplimiento por parte del asegurado, de su

obligación de comunicar, durante la vigencia del seguro, cualquier circunstancia que pudiese afectar a la agravación del riesgo.

V.- RESTRICCIONES A LOS DERECHOS DEL ASEGURADO

V.1.- La libre designación de profesionales

V.1.1- Requisito esencial del seguro de defensa jurídica

Tradicionalmente la designación de abogados externos en la *praxis* aseguradora española, se planteaba como medio para evitar los conflictos de intereses cuando el SDJ no se explotaba por aseguradoras especializadas, es decir, este seguro coexistía al mismo tiempo con otros ramos. Esta situación era especialmente paradigmática cuando la aseguradora debía gestionar un siniestro entre dos de sus asegurados que se enfrentaban, uno bajo el amparo de la defensa jurídica, frente a otro con cobertura de responsabilidad civil. Por ello, en aras a evitar el conflicto de intereses que se generaba en la aseguradora al tener que gestionar el siniestro de dos asegurados enfrentados, esta solía declinar la defensa del asegurado de RC.⁶⁵⁶

Se apuntaba a finales del siglo XX que el futuro del ramo estaba en la consolidación de sus fronteras y en un desarrollo de su ámbito material, lo que redundaba de manera esencial en una cuestión en aquel momento objeto de debate: la libre elección de abogado. Y ello, porque se entendía que debía garantizarse la separación y ámbito de actuación entre aseguradores y abogados, de manera que los servicios profesionales de asistencia, fuesen prestados por quien libremente decidiese el titular de los intereses a proteger. De este modo, se buscaba prestar a través del seguro un servicio en beneficio de la justicia, facilitando el acceso a ella de todos los ciudadanos, y evitando la indefensión que la falta de recursos podría comportar.⁶⁵⁷

El principio de la libre designación de abogado –o de cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional de los Estados miembros- se

⁶⁵⁶ SANCHEZ CALERO, F., “El seguro de defensa jurídica...”, cit., pp. 129-130.

⁶⁵⁷ OLIVENCIA RUIZ, M., “El seguro de protección jurídica...”, cit., pp. 275-276.

instauraba en el art. 4.1 de la *Directiva 87/344/CEE*,⁶⁵⁸ acogiendo de este modo, una de las reivindicaciones fundamentales de la Abogacía y de las asociaciones de consumidores⁶⁵⁹. Pero el meritado principio es de tal calado, que la libre designación de profesionales se haya recogida, e inspira, numerosas previsiones legales de nuestro ordenamiento:

- el art. 545.1 de la LOPJ, al señalar que: “*Salvo que la ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los Procuradores y Abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes.*”
- el art. 7.1 del Estatuto General de la Abogacía, en su redacción vigente⁶⁶⁰: “*Los Colegios de Abogados velarán para que a ninguna persona se le niegue la asistencia de un Letrado para la defensa de sus derechos e intereses, ya sea de su libre elección o bien de oficio, con o sin reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, conforme a los requisitos establecidos al efecto.*”
- el art. 6.3.c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶⁶¹, señala que todo acusado tendrá derecho a “*ser asistido por un defensor de su elección*”.

En el marco de la LCS, el art. 76.d)⁶⁶² prevé esa libertad de elección de Abogado y/o procurador, pero restringiendo su alcance a dos supuestos: cuando el asegurado intervenga en un procedimiento, o cuando se haya presentado un conflicto de intereses entre asegurador y asegurado.

⁶⁵⁸ Vid. Apartado II.3.1 del Capítulo 2.

⁶⁵⁹ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 325-327.

⁶⁶⁰ Existe un Proyecto normativo aprobado en el Pleno del Consejo General de la Abogacía de 12 de junio de 2013, que todavía no está vigente, pendiente de su aprobación por parte del Ministerio de Justicia. Su artículo 6.3 mantiene prácticamente la literalidad del precepto comentado con la siguiente redacción: “*Los Colegios de Abogados velarán por que toda persona tenga acceso a la obtención de asesoramiento jurídico, a la Justicia y disponga de la asistencia de un Abogado para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, ya sea auxiliándole para que designe Abogado de su elección o de oficio, con o sin reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita*”.

⁶⁶¹ Este Convenio fue aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Ha sido ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE el de 10 de octubre de 1979.

⁶⁶² El tenor literal del art. 76.d) de la LCS es el siguiente: “*El asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento. El asegurado tendrá, asimismo, derecho a la libre elección de Abogado y Procurador en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato. El Abogado y Procurador designados por el asegurado no estarán sujetos, en ningún caso, a las instrucciones del asegurador.*”

En cualquier caso, debe distinguirse el derecho objeto de análisis, con la tercera modalidad de gestión de siniestros que dispone el Anexo de la LOSSEAR⁶⁶³, apartado 17 letra c). Esta alternativa opera cuando la entidad aseguradora no haya optado por confiar los siniestros del ramo de defensa jurídica a una entidad jurídicamente distinta, o garantizar que ningún miembro del personal que se encargue de la gestión del SDJ, ejerce una actividad parecida en otro ramo.

El primer supuesto de ejercicio de este derecho es, por tanto, cuando se produzca la intervención del asegurado en un procedimiento. De ello se deduce que la fase previa al mismo, marcada por la eventual negociación extrajudicial, se tramitará por quien designe la entidad aseguradora sin que el asegurado pueda oponer este derecho, ni interesar la participación de ningún profesional de su confianza.

Se han planteado dudas sobre si sería posible, cuando la intervención de abogado y procurador no sea obligatoria en el procedimiento en cuestión. Y es que por un lado, la expresión del precepto de la LCS “*hayan de representarle y defenderle*”, parece indicar la opción del legislador por reconocer el derecho sólo cuando su intervención resulte preceptiva; mientras por otro, que la operatividad del principio se produzca “*en cualquier clase de procedimiento*”, podría justificar la postura contraria. En la práctica aseguradora, y a salvo de condiciones particulares específicas, normalmente se admite la elección de procurador cuando su intervención venga impuesta por la ley reguladora del procedimiento, y el abogado en todos los casos⁶⁶⁴.

Otro supuesto discutido es si esa elección abarca cuantas designaciones desee el asegurado, o existe algún límite en el número de ocasiones de ejercicio en relación con la misma controversia. No cabe duda alguna, que ese cambio de profesionales suele encarecer el coste de los servicios jurídicos prestados. Pensemos que al abordar el asunto, un letrado debe estudiarlo en profundidad, detectar puntos débiles y fuertes de las acciones a ejercitar, advertir al cliente de las posibilidades que se plantean, actuaciones que suponen horas de trabajo evidentemente facturables, y que deben acometerse cada vez que se asume la dirección técnica de un asunto.

⁶⁶³ Con la legislación anterior esta previsión se contenía en la Disposición adicional tercera de la LOSSP.

⁶⁶⁴ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p.330.

El estudio encargado por la RIAD a la SEO Economic Research⁶⁶⁵ en 2008, refleja la trascendencia económica que esta libertad de elección de abogado supone para las compañías aseguradoras, ya que de media, mientras un abogado de la red (network lawyer) supone dos (2) o tres (3) veces más que un jurista de la compañía aseguradora (paralegal) o un abogado asalariado por ella, el abogado externo puede suponer costes de tres (3) a (6) veces más elevados⁶⁶⁶.

El art. 76.d) de la LCS reconoce el derecho y no limita su ejercicio a un número determinado de elecciones de profesionales, pero parece desproporcionado, imponer a la aseguradora la obligación automática de asumir todos esos costes adicionales. Una solución equitativa que plantea OLMOS PILDAIN, en consonancia con la Comunicación belga D.90, es que el asegurador no tiene la obligación de cubrir los sobrecostes causados por el cambio de profesionales realizado por el exclusivo y voluntario deseo del asegurado. Ese deseo voluntario y exclusivo no concurriría en aquellos supuestos en que la nueva elección de abogado y procurador derive de una situación de necesidad como el fallecimiento, enfermedad, jubilación... etc.⁶⁶⁷

El supuesto del conflicto de intereses es más problemático. Que exista conflicto de intereses por parte de la entidad aseguradora en la gestión y tramitación del siniestro, es algo, que en la mayoría de las ocasiones se sitúa en su esfera interna, información a la que el asegurado no tendrá acceso, si no se le da traslado. Hay efectivamente ejemplos paradigmáticos⁶⁶⁸:

- pensemos en el supuesto en que el mismo asegurador cubra simultáneamente al asegurado en base a una cobertura de SDJ, y a otros asegurados en relación con otros ramos, y estos fuesen presuntamente responsables de los daños causados

⁶⁶⁵ La SEO Amsterdam Economics fue fundada en 1949, por la Facultad de Económicas de la Universidad de Amsterdam, para promover la investigación. Esto hace que SEO sea una de las agencias de investigación económica más antiguas de Holanda. Se transformó en una fundación independiente de la universidad en los años 80, aunque mantiene importantes vínculos con la comunidad académica. Los autores de este estudio encargado por la RIAD son B. Baarsma, F.A. Felsö, y K. S. Janssen en cooperación con S. Bremer y lleva por título: "Regulation of the legal profession and access to law".

⁶⁶⁶ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LEGAL EXPENSES INSURANCE, "RIAD REPORT 2008- 2009", p. 6.
[[http://riad-](http://riad-online.eu/fileadmin/documents/homepage/News_and_publications/Reports_Information/Annual_reports/RIAD-Report_2008-2009.pdf)

online.eu/fileadmin/documents/homepage/News_and_publications/Reports_Information/Annual_reports/RIAD-Report_2008-2009.pdf] [Consulta marzo 2017].

⁶⁶⁷ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p.331.

⁶⁶⁸ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 302-308.

por el siniestro. La aseguradora tendría que mantener, al mismo tiempo, una postura y la enfrentada respecto de asegurados distintos.

- El mismo caso anterior, podría producirse incluso, respecto del mismo asegurado, cuando lo cubra en defensa jurídica y en otros seguros. Partiendo de la hipótesis de un seguro de hogar y un SDJ, la entidad, llegado un determinado momento, peritaría los daños, decidiría si procede o no el abono de los mismos, y si la decisión fuese negativa, tendría que “demandarse” a sí misma.
- O también, cuando el asegurador tenga vínculos de cualquier tipo (societario, comercial, financiero) con otras empresas que exploten el mismo ramo, ya sea como multirramo o como empresa especializada. Podrían existir incentivos a no defender los intereses del asegurado.

No puede confundirse un supuesto de conflicto de intereses con la divergencia de opiniones asegurador- asegurado. El primero de ellos es, por así decirlo, ajeno al asegurado, mientras la disparidad de criterios puede producirse respecto del alcance, la interpretación o el cumplimiento del contrato. Además, en el SDJ, especialmente, porque el asegurado entienda que su acción es válida y tiene legítimas expectativas de éxito, y la aseguradora, sostenga por contra su inviabilidad⁶⁶⁹.

Mientras ante un conflicto de intereses el asegurado, puede optar por designar profesionales jurídicos de su confianza, desde que tal situación se ponga de manifiesto, (incluso, en la fase prejudicial); en caso de divergencia de opiniones el art. 76 e) de la LCS, remite al arbitraje para dirimir la cuestión.

En cualquier caso, no debe perderse de vista, que el ejercicio de la libre designación de abogado implica dos correlativos deberes para el asegurado: el primero de ellos, ha de ser inequívocamente comunicar tal decisión a la entidad aseguradora, a lo que ha de añadirse, el mantenerla informada puntualmente de la evolución del asunto.⁶⁷⁰

La trascendencia jurídica desde el ámbito de la tutela judicial efectiva ha sido reconocida incluso, por la jurisprudencia del TJCE, proclive al reconocimiento de la libertad de elección declarando contrarias a Derecho, aquellas cláusulas que limiten

⁶⁶⁹ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p.309.

⁶⁷⁰ OLMOS PILDAIN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp.338-339.

injustificadamente su ejercicio, o que incluso lo pudieran vaciar de contenido en la práctica. A este respecto:

- I. El art. 4.1.a) de la *Directiva 87/344/CEE*, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el asegurador de defensa jurídica, pueda estipular en sus contratos una cláusula por la que la asistencia jurídica será prestada por sus colaboradores, y que sólo se hará cargo de los gastos de un asesor jurídico externo, si así lo considera oportuno.

La decisión el TJCE, se fundamenta en que aunque las partes son libres para pactar los niveles de cobertura de los gastos de defensa jurídica más importantes, nunca podrá limitarse la cobertura a los supuestos que el asegurador decida unilateralmente, porque ello implicaría dejar vacía de contenido la libertad objeto de estudio⁶⁷¹.

- II. También se analiza la validez de la denominada “cláusula de siniestro masivo”, entendiéndose por tal, aquella que “*faculta al asegurador para elegir al representante legal desde el momento en que resulten afectados «varios asegurados»*”.⁶⁷²

En este caso el art. 4.1.a) de la *Directiva 87/344*, debe interpretarse en el sentido de que, aunque exista un número considerable de tomadores del seguro perjudicados por un mismo hecho, el asegurador de la defensa jurídica no puede reservarse el derecho de elegir al abogado de todos los asegurados afectados. Aunque los siniestros masivos no están contemplados en el texto de la Directiva, tampoco se ha previsto ninguna excepción para ese supuesto, por lo que resulta inadmisibles una limitación teleológica o basada en los intereses financieros de los aseguradores.

- III. El art. 4.1. de la *Directiva 87/344/CEE*, no se opone a una disposición nacional que permita pactar que el asegurado de defensa jurídica podrá elegir para la representación de sus intereses, únicamente a una persona profesionalmente

⁶⁷¹STJCE de 7 de noviembre de 2013, Jan Sneller contra DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV; Asunto C-442/12; ECLI:EU:C:2013:717.

⁶⁷² STJCE de 10 de septiembre de 2009, Erhard Eschig contra UNIQA Sachversicherung AG; Asunto C-199/08; ECLI:EU:C:2009:538.

habilitada para ello que tenga su despacho en la sede del órgano jurisdiccional o administrativo en primera instancia. Pero se establece un condicionante, y es que esta limitación se refiera sólo al alcance de la cobertura, y siempre que la indemnización abonada sea suficiente, algo que debe comprobar el propio órgano jurisdiccional⁶⁷³.

- IV. En cuanto al ámbito de qué debe entenderse por “procedimiento administrativo en el ámbito del art. 4 de la *Directiva 87/344/CEE*, se establece por el TJCE que ha de incluir i) la fase de reclamación ante un organismo público, sobre autorización de tratamientos médicos especiales, en la que dicho organismo dicta una resolución que puede ser recurrida ante los tribunales autorización de tratamientos médicos especiales⁶⁷⁴; y ii) el procedimiento en el que un organismo público debe decidir si autoriza al empresario a despedir a un trabajador que tiene suscrito un seguro de asistencia jurídica⁶⁷⁵.

No podemos terminar este epígrafe sin hacer, siquiera una breve mención, al derecho a la libertad de elección de abogado, en el supuesto de la defensa jurídica asociada a un seguro de responsabilidad civil (art. 74 LCS). TIRADO SUAREZ⁶⁷⁶ sostiene que este derecho debe operar tanto en el SDJ como en el seguro de RC, porque en la mayor parte de los casos de seguro de RC existe un conflicto de intereses del asegurador, tanto por la existencia de franquicias, como sobre el deber de indemnizar o no al tercero.

Sin embargo, el tenor literal del art. 74 LCS no reconoce este derecho de manera tan clara, ya que, salvo pacto en contrario, sólo se prevé para el supuesto de que “*quien reclame esté asegurado con el mismo asegurador*” o “*exista algún otro posible conflicto de intereses*”, máxime cuando el art. 76.g) apartado 1º de la LCS, señala que las previsiones legales del SDJ no resultarán de aplicación: “*A la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil de conformidad con lo previsto en el artículo 74*”.

⁶⁷³ STJCE de 26 de mayo de 2011, Gebhard Stark contra D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutzversicherung AG, Asunto C-293/10, ECLI:EU:C:2011:355.

⁶⁷⁴ STJCE de 7 de abril de 2016, Gökhan Büyüktipi contra Achmea Schadeverzekeringen NV y Stichting Achmea Rechtsbijstand, Asunto C-5/15, ECLI:EU:C:2016:218.

⁶⁷⁵ STJCE de 7 de abril de 2016, Johannes Evert Antonius Massar contra DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV, Asunto C-460/14, ECLI:EU:C:2016:216.

⁶⁷⁶ TIRADO SUAREZ, F.J., “La libre elección de profesionales en el seguro de defensa jurídica”, *Ponencia del XXII Congreso de derecho de la circulación*, Madrid, 2006.

De hecho, la jurisprudencia distingue el SDJ de la reclamación del perjudicado prevista en el art. 74 de la LCS, estableciendo que el primero deberá constar en contrato independiente o capítulo aparte en la misma póliza, y en este último caso, con contenido y primas diferenciadas.⁶⁷⁷ Aun así, este precepto permite interpretar que cuando el asegurado sea el demandante/reclamante, si tiene la defensa jurídica incluida en su seguro, tendrá todo el derecho a designar los profesionales jurídicos de su elección. *A sensu contrario*, el demandado sólo tiene derecho a esta libre elección, cuando concurra un conflicto de intereses con la aseguradora, el más frecuente, que también sea la aseguradora de la parte contraria⁶⁷⁸.

V.1.2.-Inexistencia del derecho a la libre designación de profesionales en el seguro marítimo de defensa jurídica

El punto de partida para el análisis ha de ser, que al SMDJ no resulta de aplicación el derecho a la libre designación de profesionales prevista en el art. 76 d) de la LCS, ya que el art. 76 g) de este texto legal, excluye su aplicación – y el de todos los preceptos reguladores del SDJ-, a los litigios o riesgos que surjan, o tengan relación, con el uso de buques o embarcaciones marítimas.

Por su parte, la LNM no prevé nada concreto al respecto, a salvo de la previsión de libertad de pactos que proclama el art. 407, que posibilitaría a las partes delimitar los términos que consideren convenientes en cada contrato. Sin embargo, este seguro es explotado de manera prácticamente exclusiva por los Clubs P&I, entidades con normas predeterminadas en cuanto a cuáles son las condiciones de ejercicio, los derechos y las libertades del asegurado.

En la cobertura FD&D proporcionada por los Clubs, el planteamiento es diametralmente opuesto. El principio general del que se parte es que serán los Gerentes los que tengan la potestad de designar, ya no sólo a los abogados, sino también a los peritos, (o cualesquiera otras personas que consideren de interés), para asesorar en la investigación o en la gestión de cualquier asunto que pudiese generar costes asegurados.

⁶⁷⁷ LOPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “Defensa jurídica. Libre designación de abogado. Límites cuantitativos. Arbitraje”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 49 - Trimestre 1, Granada, 2014, p.74.

⁶⁷⁸ LOPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “La libre elección de profesional en el seguro de defensa jurídica”, *Práctica del Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 46, 2007, pp. 21-22.

Incluso, la Regla 36.2.5 de Skuld prevé expresamente la renuncia del Miembro al derecho a designar abogados de su confianza, delegando tal facultad en el propio Club. Lo que en el SDJ regulado por la LCS suponía una facultad esencial del derecho del asegurado, en el caso del SMDJ, ya no sólo no constituye un derecho que pueda exigirse en un momento determinado, sino que la pérdida de tal facultad se delega de manera absoluta en el Club.

Serán **los Managers**, quienes **designan y contratan a los abogados que habrán de representar y defender los intereses de los miembros**, y así lo establecen con carácter general todas las normas al respecto: Sección 4(4) de la Clase II de las normas de The American Club; regla 36.1.2. de Skuld; regla 31.4.A de las FD&D Rules de Britannia; regla 7 de las especiales de FD&D del Club japonés; regla 20.1.1. de las FD&D Rules del London P&I Club; regla 26(2) de las FD&D Rules de Nepia; regla 11 de las normas de Shipowners; regla 8.4 de Standard, que aunque se incardina en las previsiones de la cobertura de P&I resulta de aplicación también en el caso de seguro de defensa; y la regla 9(1) de las normas de la Clase 2 del Club West of England. Y en coherencia con lo expuesto, también serán los Managers quienes tendrán la potestad para revocar tal designación o contratación. Eso sí, lo harán por cuenta y en nombre del asociado.

La modalidad elegida normalmente es la asignación directa a abogados internos en la plantilla del Club, aunque no existe inconveniente alguno, para que, según los casos, la especialidad del asunto, o el foro territorial que haya de entender de la controversia, se designe un profesional externo.

También cabe la posibilidad, de que en lugar de esa designación o contratación directa, lo que medie sea una autorización al asegurado. En consecuencia, cuando los Directores, después del examen de la reclamación, consideren que el Miembro tiene derecho a obtener la cobertura de defensa jurídica, contratarán abogados (el término utilizado es “*instruct lawyers*”) y/u otros expertos, o autorizarán a aquel para que lo haga. En estos términos se pronuncia la Regla 9.i de la Clase 2 de Steamship Bermuda y la regla 7 de las FD&D Rules de The Swedish Club.

Esta aprobación previa del Club para la designación de letrado, es absolutamente imprescindible⁶⁷⁹, pues en caso contrario, se pierde el derecho al recobro de sus

⁶⁷⁹ La necesidad de autorización previa por parte del Club para que el asegurado pueda designar a un determinado abogado, y mantener intacto el derecho de recobro de los gastos legales objeto de

V.- EL CONTRATO- PARTE II: COBERTURA

honorarios vía cobertura FD&D, - salvo, claro está, que a la absoluta discrecionalidad de los Managers, estos autoricen la cobertura igualmente-. La regla 26(8)(a) de las FD&D Rules de Nepia, prevé la pérdida del derecho de recobro de los gastos, en el supuesto de que no se haya dado efectivo cumplimiento a los requerimientos del Comité, con carácter general.

Esta facultad de designar los profesionales jurídicos atribuida en exclusiva al Club, pudiera parecer injustificada y enormemente lesiva para los derechos del asegurado, si se atiende a los criterios y al análisis realizado con ocasión de la regulación de la LCS. Sin embargo, no puede obviarse una perspectiva fundamental, y es que mientras las previsiones de la LCS, tienen como telón de fondo la protección de los derechos de los asegurados en su condición de consumidores, no ocurre lo mismo con estas entidades mutuales.

Por ello, tampoco se establece ningún condicionante o matiz sobre el tipo de procedimiento, asesoramiento, condición de demandante/reclamante o demandado/reclamado, que pueda alterar el régimen de elección de abogados. La designación podrá realizarse “en cualquier momento” y en los términos y con el alcance que los Managers consideren “adecuados”, la libertad es absoluta, pero no del asegurado, sino de los gestores de la aseguradora.

Precisamente los propietarios y fletadores de buques conciertan seguros de este tipo en los Clubs, por su elevada profesionalización, capacidad de gestión, red de agentes a nivel internacional, y seguridad de que no van a comprometer los intereses generales de los mutualistas en defender siniestros insostenibles. A mayor abundamiento, la mutua puede, a la hora de designar uno u otro abogado, tomar en consideración otros factores relevantes que aporten una ventaja competitiva respecto a la contraparte, aspectos que en una elección individual podrían pasar desapercibidos, como los siguientes⁶⁸⁰:

- la ley aplicable y la jurisdicción,
- el valor de la reclamación o la trascendencia de la disputa,
- el importe de los costes y eventuales tasas legales,

cobertura, tiene su plasmación en las siguientes normas: regla 4(6) último párrafo de la Clase II de las normas de The American Club; regla 67.2.b) de las normas de Gard; regla 20(4) de las FD&D Rules de Britannia; la regla 26(6) de las FD&D Rules de Nepia; regla 4 (c) y regla 7 (segundo párrafo) de las FD&D Rules de The Swedish Club; así como la regla 9(2) de la Clase 2 de las normas del Club West of England.

⁶⁸⁰ Sección 4(5) de la Clase II de las FD&D Rules de The American Club.

- la fundamentación jurídica de la pretensión del Miembro,
- medios alternativos para reclamar o defender el asunto,
- las perspectivas de una ejecución forzosa a favor o en contra del asegurado,
- la propia conducta del asegurado, o incluso,
- la importancia de afrontar cuestiones de conflictividad frecuente para la comunidad marítima.

Finalmente, únicamente señalar que las previsiones normativas de los Clubs prevén el derecho de la entidad aseguradora a recuperar los gastos legales, que la ley aplicable permita recuperar a la parte vencedora, es decir, una institución análoga a la condena en costas de nuestro ordenamiento. En este supuesto, la Asociación estará legitimada para recuperar no sólo los costes y tasas legales, sino también cualquier interés legal que pudiera corresponder al Miembro, en virtud de decisión judicial, arbitral o incluso acuerdo *inter partes*⁶⁸¹.

V.2.- Discrepancias y conflictos de interés

Las discrepancias y los conflictos de interés también tienen, en el ámbito del SMDJ, un tratamiento diferente al que prevé la LCS para el SDJ. Así, mientras el art. 76.e) de la LCS confiere al asegurado el derecho de someter a arbitraje cualquier diferencia con el asegurador, los Clubs establecen, con carácter general, que cualquier discrepancia o diferencia debe ser sometida a arbitraje, sin que sea opcional para el Miembro.

Un primer grupo de Clubs estaría conformado por aquellos que prevén someter **cualquier diferencia o discrepancia** surgida al **arbitraje**. Así, la Regla 44 de las FD&D de Britannia somete cualquier diferencia o discrepancia, en primer lugar al Comité, incluso aunque hubiese tenido ocasión de pronunciarse al respecto con anterioridad, y posteriormente, se impone como obligación la sumisión a arbitraje en Londres con dos árbitros (en caso de desacuerdo se nombraría un tercero por los dos ya designados), bajo las normas de la Arbitration Act de 1996. Este mandato se repite en las reglas 38(1) y 38(2) de las FD&D de Nepia, la regla 65 de las Rules de Shipowners, y la regla 40 de las Rules del UK Mutual.

⁶⁸¹ Sección 4(7) de la Clase II de las FD&D Rules de The American Club.

Del mismo modo, aunque con previsiones territoriales diferentes, la regla 47 de Skuld, somete, salvo pacto en sentido contrario, cualquier discrepancia entre el Miembro y la Asociación, al arbitraje en Oslo, también de dos árbitros, que a su vez deben designar al Presidente del Tribunal, aunque si no llegasen a acuerdo, este sería elegido por el “Chief Justice” del “Oslo City Court”. Se prevé la aplicación de las normas del Derecho Noruego, excepto la Insurance Contracts Act de 1989⁶⁸². El Swedish Club establece en su regla FD&D 17, que las disputas serán decididas por un Comisario de Averías sueco, o a instancia de cualquiera de las partes, mediante arbitraje en Gotemburgo, de conformidad con la ley sueca⁶⁸³.

La regla 46 del Club japonés, por su parte, también dispone que cualquier disputa entre la Asociación y el Miembro será resuelta mediante arbitraje vinculante para las partes. En este caso, se prevé el arbitraje de la Japan Shipping Exchange Inc.⁶⁸⁴ que cuenta con una Comisión de Arbitraje Marítimo de Tokio denominada TOMAC (Tokyo Maritime Arbitration Commission of JSE). De todos modos, por acuerdo de las partes, la disputa podrá ser tramitada ante la LMAA.

En segundo lugar, podríamos encuadrar al Club West of England (Regla 51 de la Clase 2) y el Steam Ship Bermuda (Regla 48), que consignan la **coexistencia de arbitraje y jurisdicción**, pero condicionándola a la decisión del propio Club. Así, a elección de los Managers podrá acudir a un procedimiento judicial ante la High Court of Justice en Londres, o a un arbitraje de conformidad con la Arbitration Act de 1996.

Un sistema intermedio al de la coexistencia de arbitraje y jurisdicción lo constituye la norma 42.2 de las FD&D del London P&I Club. Esta regla remite al arbitraje de la LMAA, determinando los plazos (de catorce días) para enviar la elección del árbitro a la otra parte. Sí resulta especialmente llamativo, que en la numerada como 42.3, en relación con cantidades debidas por el Miembro, se posibilite a la Asociación optar por el arbitraje, o por acudir a la jurisdicción de la High Court of Justice of England a su elección, posibilidad que también establece la norma 25.1 de las de Standard.

⁶⁸² En el mismo sentido las reglas 90 y 91 de las normas de Gard.

⁶⁸³ La misma previsión se establece en la Regla 18 de las P&I Rules y en el artículo 13 de los Estatutos del Swedish Club.

⁶⁸⁴ Se trata de una organización no gubernamental que tiene como objetivo facilitar las transacciones comerciales marítimas mundiales, y ayudar a las organizaciones marítimas a que realizan estas transacciones.

El caso del **Standard Club** es un tanto particular. Al igual que algunos de los supuestos comentados, también obliga a acudir en primer lugar a la decisión interna del Comité, y a continuación, al arbitraje en Londres sujeto a las previsiones de la Arbitration Act de 1996. Pero la especialidad radica en que entre el sometimiento de la diferencia al Comité y al arbitraje, se establece la obligación de acudir a una **mediación** articulada en torno al Centre for Effective Dispute Resolution – CEDR, (algo así como el Centro para la resolución efectiva de disputas), y a los procedimientos que dicha institución tiene previstos⁶⁸⁵.

Otra posibilidad establece el Club americano en la Sección 4(48) de sus Reglas denominada resolución de diferencias o disputas⁶⁸⁶. En ella, se conjuga el sometimiento inicial a la decisión del Comité de la asociación, mediante lo que se denomina “Notice of Appeal”, para después atribuir la competencia exclusiva para impugnar tal decisión al United States District Court for the Southern District of New York, (no más tarde de sesenta días del fallo del Comité). Además, el Anexo A de estas Normas contiene auténticas normas procedimentales, brevísimos plazos y previsiones tan concretas como que el escrito donde el Miembro exponga los motivos de su “apelación”, no debe tener más de veinte páginas a doble espacio. Esta previsión limitativa de las páginas del escrito del Miembro, entendemos ha de ser una mera recomendación, que en modo alguno, podrá conllevar la inadmisión de la “Notice of Appeal”, al menos, en tanto en cuanto, la regla no establece tal efecto perjudicial.

Sólo el Swedish Club y el West of England hacen alusión a la posible existencia de conflictos de interés. A pesar de ello, el tratamiento que se hace de los mismos no tiene ningún tipo de paralelismo con las previsiones de la LCS. En este sentido, la Regla FD&D 7. i) del Club sueco, y la Regla 9. 3.i) de la Clase 2 del Club West of England, simplemente abordan el derecho del abogado, perito u otro profesional designado por el Club, o por el asegurado –con el consentimiento de aquel-, a retirarse del asunto, a solicitud del miembro o de los Managers, y en todo caso, cuando considere que existe o pueda surgir un conflicto de intereses entre el Miembro y la Asociación.

⁶⁸⁵ Norma 25.1 de las Rules de Standard.

⁶⁸⁶ Aunque se trata de una previsión contenida en la Clase I, P&I, entendemos que cualquier diferencia o controversia suscitada entre el Club y el asociado, debería articularse a través de la mencionada Sección 4 (48) y el Anexo A de las Normas del Club americano.

En definitiva, en materia de resolución de diferencias o discrepancias entre entidad aseguradora y asegurado, el SMDJ también se ve supeditado a las condiciones predeterminadas por los Clubs. El asegurado ya no tiene el derecho a acudir a arbitraje como prevé la LCS, sino que ha de seguir las pautas y procedimientos que el propio asegurador establece, y que ha aceptado desde el mismo momento de su inscripción.

V.3.- Libertad de la aseguradora para extinguir el contrato

Las circunstancias que pueden provocar que un asociado deje de estar asegurado por el Club, pueden generar que esa cesación se produzca respecto de todos los buques inscritos, o sólo respecto alguno de ellos. En primer lugar, el cese absoluto o cese respecto de todos los buques inscritos se produce en los siguientes supuestos:

- ante la falta de pago de las contribuciones obligatorias. Cualquiera de las cuotas adeudadas, con independencia de que sean adelantadas, diferidas o excepcionales serán causa suficiente para el cese del seguro; a tal efecto, se emplazará al miembro para que en un plazo prudencial, que será fijado por los Gerentes, abone el importe adeudado.

Ya el artículo 425.2 LNM prevé la falta de pago, ya sea de la prima única o periódica o alguna de sus fracciones, como causa de resolución del contrato, indicando que el efecto tendrá lugar un mes después del requerimiento expreso, (este plazo se reduce en algunos casos, como por ejemplo en las normas de Skuld que ante la falta de pago prevén el efecto del cese en tan sólo tres días, reservando el plazo de treinta días para aquellos supuestos en que el Club da por finalizado el contrato, sin que medie justificación alguna)⁶⁸⁷. No sorprende por ende una previsión en los mismos términos por parte de las Rules de los Clubs P&I aunque desde el punto de vista del asegurado, la diferencia radica en que el importe exacto, total y definitivo de las cuotas que debe abonar son desconocidas en el momento de entrada en el Club.

⁶⁸⁷ Regla 3.3.2. b) y c) de las Skuld P&I Rules.

- Ante la desaparición jurídica del asegurado. Esta situación en el caso de una persona física puede venir derivada del fallecimiento o la declaración de incapacidad para regir sus bienes y/o su persona. En el caso de una persona jurídica, viene vinculada a la adopción de los acuerdos sociales para la disolución y liquidación, aunque normalmente vendrá asociada a un procedimiento de quiebra, bancarrota o concurso de acreedores.

En esta previsión de cese del contrato subyace el interés general de subsistencia del propio Club, ya que al autofinanciarse a través de sus miembros si estos devienen insolventes, se trasladaría a la asociación la imposibilidad de hacer frente a los siniestros y con ello, la quiebra financiera del propio Club con el perjuicio añadido que ello supondría para los demás asegurados.

- Si como consecuencia de cualquier sanción o prohibición de un Estado, Organización internacional o cualquier otra autoridad competente, se prohíbe al asegurado tener tal cobertura a través del Club.

Puede⁶⁸⁸ ocurrir que esta última sanción o prohibición se establezca únicamente en relación con un buque inscrito, por lo que sólo a él afectará el cese del seguro, sin embargo, existen otra multiplicidad de hechos que tendrán el mismo efecto:

- si el asociado deja de tener una relación de interés respecto del buque, ya sea porque el control o posesión del mismo ha sido transferida mediante fletamento a casco desnudo, o a través de cualquier otro tipo de contrato;
- si cambian los directores u operadores del buque;
- si el buque tras un siniestro es declarado como pérdida total y aceptado por los aseguradores del H&M como pérdida total constructiva, excepto en relación con

⁶⁸⁸ En materia de cese de seguro de la clase FD&D: reglas 33 a 36 de las FD&D Rules de Britannia, Regla 5 de la Clase II (FD&D) que remite a la Regla 5 de la Clase I (P&I), de las Rules de The American Club, Regla 3 de Skuld, Reglas 23 a 26 de las Gard Rules, Regla 11 del Club japonés, Reglas 27 a 30 de las FD&D Rules de Nepia.

V.- EL CONTRATO- PARTE II: COBERTURA

las responsabilidades derivadas del siniestro del que tal pérdida trae causa, que sí seguirán siendo objeto de cobertura;

- con el primero de los siguientes acontecimientos: el buque desaparece sin que se tengan noticias en diez días desde el último contacto, o desde que fue declarado como desaparecido por el Lloyd`s;
- en caso de hipoteca naval u otro gravamen, si no se concede una garantía adicional de que las cuotas exigidas de cualquier naturaleza serán abonadas. Serán los Gerentes quienes deben dar el visto bueno a tal garantía, y quien en última instancia, también podrán en el marco de sus facultades, renunciar a esta previsión;
- si el asociado no cumpliera los requisitos de clasificación, ya que está obligado durante el tiempo de vigencia del seguro, a cumplir total y puntualmente con todas las reglas, recomendaciones y condiciones de la sociedad clasificadora;
- el Comité o los Gerentes podrán, en cualquier momento, y previo aviso en un tiempo prudencial (treinta días), dar por terminada la inscripción de cualquier buque en el seguro de la Clase FD&D;
- los Gerentes podrán en cualquier momento ordenar la evaluación de los sistemas de “management” del asociado tanto en tierra como a bordo a través de experto independiente; en caso de negativa o que el resultado de dicha evaluación no resulte satisfactoria podrán acordar el cese del seguro;
- del mismo modo, los Gerentes podrán en cualquier momento someter al buque inscrito a un peritaje; en caso de negativa o que el resultado de dicha evaluación no resulte satisfactoria podrán acordar el cese del seguro.

Tanto en este caso como en el anterior la consecuencia referida es la más gravosa, pudiendo si así se estimase conveniente, modificar las condiciones de

inscripción del buque por otras más exigentes a las que deberá de darse efectivo cumplimiento a la mayor brevedad.

Los efectos que tiene el cese del seguro varían según la causa que lo ha motivado sea por falta de pago, o cualquier otra razón. Ante la falta de pago, el Club no será responsable ni prestará cobertura alguna de SMDJ, independientemente de cuándo haya tenido lugar el siniestro en relación al cese, a menos que el incidente hubiese tenido lugar en un año de póliza cerrado al tiempo del cese. El referido art. 425.2 LNM prevé esta misma conclusión indicando que ante la falta de pago, el asegurador no responde de los siniestros acaecidos con anterioridad, aunque todavía no haya mediado requerimiento de pago.

Si la terminación del contrato se produjese por cualquier otro motivo, el Club responderá sólo de las reclamaciones FD&D que hubiesen tenido su origen antes del cese. En ningún caso la apertura del siniestro, la aceptación de responsabilidad o cualquier otra circunstancia derivada de la tramitación de la reclamación, serán interpretados como reactivación del seguro o desistimiento del cese por parte del Club.

Otro efecto jurídico a considerar es qué ocurre con las cuotas adeudadas en el momento del cese del contrato de SMDJ. Nuevamente ha de abordarse la cuestión desde la perspectiva de que los miembros de los Clubs están obligados a protegerse y a indemnizarse recíprocamente, de forma mancomunada entre ellos⁶⁸⁹, de manera que la salida del Club no puede implicar en modo alguno que se cancele o condone cualquier saldo deudor a favor de la Asociación. En consecuencia, salvo que a instancia del miembro los Gerentes acuerden exonerarlo de cuotas y contribuciones futuras, el cese del seguro no implicará en modo alguno, que el asegurado quede liberado de la obligación de satisfacer las cuotas por los años de póliza que no hayan sido cerrados definitivamente, incluso el año de póliza en curso al tiempo del cese.

La posibilidad que admiten los Clubs respecto de las cuotas futuras al tiempo del cese, se limitan a aquellos supuestos en que la baja ha sido decisión unilateral del Comité o Gerentes, o cuando en caso de cese de la inscripción se da aviso escrito e inmediato al

⁶⁸⁹ GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Curso de ...*, cit., p. 680.

V.- EL CONTRATO- PARTE II: COBERTURA

propio Club, o en el supuesto de falta de pago, que el importe adeudado se circunscribe al montante especificado en el requerimiento fehaciente previo remitido. A mayor abundamiento se excluye la posibilidad de compensación de cuotas pendientes con cualesquiera cantidades debidas por la Asociación, derivadas de cualquier concepto o liquidación, incluso aunque se hubiese autorizado o permitido en el pasado, excepción hecha de aquella liquidación de saldos, que los Gerentes hayan efectuado a su entera discrecionalidad en el supuesto de cese por falta de pago⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰ Regla 36.1 y 36.2 de las FD&D Rules de Britannia, reglas 3.4.3 y 3.4.4 de Skuld, Regla 30 de las normas de Nepia, Regla 28 de las normas de The Swedish Club.

CAPÍTULO 6: EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA. PARTE III: EL SINIESTRO

I.- INTRODUCCIÓN

Este último capítulo aborda el siniestro, aunque no pretende analizar todas y cada una de las cuestiones que se pudieran suscitar, con carácter general, una vez declarado el mismo (definición, elementos personales, materiales, funcionales...). Ciertamente, desde que se comunica al asegurador la necesidad de contar con cobertura de defensa jurídica, durante la tramitación del procedimiento que se trate, hasta que finaliza la responsabilidad de la entidad aseguradora en la prestación de la cobertura, confluyen numerosas realidades jurídicas, más o menos problemáticas, que podrían ser objeto de estudio.

Además, con el siniestro se establece una relación jurídica diferente en el SDJ, (al margen de las previsibles entre asegurador- asegurado, y de este último con el tercero con quien tenga la diferencia que dé lugar a la necesidad del seguro), que o bien puede constituir un contrato de arrendamiento de servicios entre el asegurado y un abogado, o bien, un contrato de otra naturaleza, que concierte la propia entidad aseguradora⁶⁹¹.

En cualquier caso, el daño al asegurado tiene consecuencias principales, y otras instrumentales. Las primeras nacen con el éxito o el fracaso del litigio, y aunque no son objeto del SDJ sino del correspondiente seguro de RC, afectan al patrimonio del asegurado; mientras las accesorias las constituirían los gastos que conlleva desde su inicio, la tramitación de la controversia, que pueden ser tanto jurídicos (honorarios de letrados por ej.), como extrajurídicos (gastos de desplazamiento por ej.)⁶⁹².

También podrían analizarse otros aspectos generales sobre el *quantum*, el cómo y el dónde de la obligación de indemnizar del contrato de seguro, como condiciones pactadas en la póliza. Sin embargo, en aras de un ajuste más estrecho al objeto de estudio, se ha optado por limitarlo al examen de aquellas cuestiones realmente

⁶⁹¹ TAPIA HERMIDA, A.J., "Seguro de defensa jurídica", en SANCHEZ CALERO, F., (dir), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*, cit., p. 1464.

⁶⁹² TAPIA HERMIDA, A.J., "Seguro de defensa jurídica", en SANCHEZ CALERO, F., (dir), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*, cit., pp. 1461-1462.

caracterizadoras y distintivas del SMDJ, en algunos casos coincidentes con el seguro marítimo proporcionado por los Clubs de P&I, (por ej. en los amplios poderes de los órganos de este), y en otros, condicionadas por la especialidad del seguro que proporciona defensa jurídica, como pueden ser los eventuales problemas deontológicos al coordinarse con una profesión, como la abogacía, caracterizada por la relación de especial confianza entre este profesional y sus clientes.

Por tanto, sin ánimo de restar importancia a los aspectos no analizados, el planteamiento de la redacción de este último capítulo, pretende circunscribirse a aquellos aspectos más llamativos de la figura estudiada, sin perjuicio, de que uno de los aspectos más problemáticos es difícil establecer *a priori* cuándo exactamente el riesgo se materializa en siniestro, porque la prestación de defensa jurídica se prolonga en el tiempo y se verifica a través de una concatenación de actos y trámites, cuya duración es del todo indeterminable con carácter previo, cuestión que ya hemos abordado por su relación con la cobertura en el Capítulo anterior.⁶⁹³

II.- DEBERES DEL ASEGURADO TRAS LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO

II.1.- Deber de información

Una de las obligaciones fundamentales una vez acaecido el siniestro⁶⁹⁴, y con la dificultad manifestada de fijar un momento temporal exacto en el que este se produce, es comunicarlo al asegurador. El fundamento de este deber ha sido tradicionalmente la necesidad del asegurador de precisar, cuanto antes, las causas y el daño sufridos por el asegurado, de manera que puedan adoptarse las medidas necesarias para mitigar dichos daños, y al mismo tiempo, evitar cualquier manipulación sobre el resultado.⁶⁹⁵

Así lo establece el art. 16 de la LCS, y en términos similares el art. 426 de la LNM, precepto que ha introducido en la legislación aplicable al seguro marítimo el mismo plazo de siete días, como límite para remitir la oportuna notificación a la entidad aseguradora. Con la anterior legislación, es decir, según lo dispuesto por el derogado

⁶⁹³ Vid. Apartado II.II.2 titulado Elemento temporal en la cobertura: relación con el siniestro.

⁶⁹⁴ La principal obligación en materia de seguros en general para el asegurado es el abono de la prima, en el ámbito del SMDJ, el pago de las cuotas o "calls" exigidas por los Clubs P&I.

⁶⁹⁵ MATILLA ALEGRE, R., "Introducción al estudio del seguro marítimo", *Separata Estudios Deusto*, Vol. XXXI/2, Fasc. 71, Bilbao, 1983, pp. 472-473.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

art. 765 del CCom, aprobado para la realidad de otra época, se señalaba “*aviso por el primer correo y por telégrafo*”.

Debe precisarse que la LNM ha clarificado una cuestión que con la legislación anterior suscitaba dudas: si solicitar la intervención del Comisario de Averías, a efectos de constatar el alcance del daño implicaba *per se*, una comunicación “tácita” al asegurador, y supondría el reconocimiento de los efectos derivados de la efectiva comunicación del siniestro. Se planteaba que este perito especializado no era un representante del asegurador, ni un agente del mismo, por lo que la comunicación al asegurado debía articularse sin excepción⁶⁹⁶.

El art. 426 de la LNM ha resuelto esta cuestión añadiendo la conjunción disyuntiva “o”, por lo que desde la entrada en vigor de esta norma, la comunicación realizada al Comisario de Averías deberá ser tenida, a todos los efectos, como verificadora de la obligación del tomador o asegurado de comunicar el siniestro.

Pero esta previsión general ha de adaptarse al caso concreto de estudio. De este modo, en consonancia con la dificultad para determinar el momento exacto en el que el siniestro tiene lugar en cualquier SDJ, no cabe una aplicación rígida del plazo de siete días determinado por la LNM. Por ello, estos tiempos han de ser interpretados con flexibilidad, y sólo podrán oponerse al asegurado, cuando se corrobore una omisión flagrante del deber de comunicar el siniestro⁶⁹⁷.

De hecho, las previsiones de las distintas normas de los Clubs al respecto, utilizan términos que permiten una interpretación amplia ya desde la propia determinación del *dies a quo*. La previsión más generalizada es desde el momento en que el Miembro tuvo conocimiento, Regla 28.i.a de Steam Ship Mutual los términos exactos que utiliza son “tan pronto como”, el Miembro o sus agentes, “*son, o deberían ser, razonablemente conscientes del siniestro, la pérdida, el daño, la reclamación o el evento*”.

⁶⁹⁶ RUIZ SOROA, J.M., “Tema 7: Deberes del asegurado”, en *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, cit., p. 140.

⁶⁹⁷ OLMOS PILDAÍN, A., cit. *El Seguro de Defensa...*, p. 314.

Por otro lado, el límite temporal máximo ya no se plantea en términos de días sino de meses, algo coherente y necesario con el tipo de cobertura que se ofrece, pues aunque en el seguro marítimo la agilidad de tramitación es fundamental, es riesgo de reclamación y necesidad de asesoramiento técnico- jurídico, no siempre se detecta con carácter inmediato.

Un límite máximo de tres meses prevé la Regla 25(4) de las FD&D Rules de Nepia, mientras las Reglas 81 y 82 de Gard, hacen referencia a un plazo máximo de 6 meses, plazo que también establece la Regla 14 de FD&D del Swedish Club. Aun así, la mayoría de los Clubs imponen que el asociado debe de dar pronto aviso, de cualquier reclamación que pueda dar lugar a costes recuperables bajo la clase FD&D, en un plazo máximo de doce meses⁶⁹⁸.

De todos modos debe precisarse, que todos los Clubs al establecer los meritados plazos máximos, señalan que tal previsión se hace, sin perjuicio de la obligación que tiene el Miembro de comunicar “*promptly*” cualquier reclamación que es probable genere costes cubiertos por el SMDJ, debiendo traducirse “*promptly*” por: “de inmediato”. Por tanto, con independencia de esa amplitud y de que efectivamente se aprecie cierta indeterminación en el momento exacto en el que se inicia el cómputo, no debe el asegurado posponer la comunicación, pues la obligación principal indiscutible es dar aviso de manera inminente.

Este deber de información no queda cumplimentado con la mera comunicación de la necesidad de defensa jurídica y/o asistencia técnica, sino que, deberá contener todas las circunstancias relativas a la controversia que se pudiese suscitar, y toda la documentación de la que se pueda disponer, en ese momento, y progresivamente durante la tramitación y gestión del siniestro.

Así, en los términos de la Regla 24 de la Clase 2 de West of England (para el 2017), el Miembro deberá no sólo notificar a los Managers por escrito, cualquier accidente,

⁶⁹⁸ Regla 30(1) y 30(4) de las FD&D Rules de Britannia; Regla 18 de las FD&D Rules de The London P&I Club; Regla 7.2 de las de Standard; Regla 28.i. b de Steam Ship Mutual; Regla 5 letra “O” de las de UK Steam Ship Mutual, así como la Regla 8 de la Clase 2 de West of England.

evento asunto susceptible de reclamación (incluyendo procedimientos legales o arbitrales), sino también:

- cada inspección o posibilidad de inspección en relación con un asunto;
- cualquier información, documento o informe, que pudiesen proporcionar sus agentes o empleados, y que resultase relevante; así como,
- a solicitud de los Managers, entrega puntual, o autorización para inspeccionar, copiar o fotografiar, todos los documentos pertinentes de cualquier naturaleza, que pudiesen estar en posesión de sus empleados o agentes;

En el SDJ el deber de información tiene dos efectos que no se producen en otros seguros. El primero de ellos, es que permitirá a la entidad aseguradora verificar y cotejar si las pretensiones del asegurado tienen base jurídica suficiente, y por ende, presentan un mínimo de viabilidad para ser cubiertas, y, en segundo lugar, se podrá comprobar si a partir de los datos aportados, pudiese producirse un potencial conflicto de intereses.⁶⁹⁹

En cuanto a los efectos del incumplimiento de este deber, puede observarse que las previsiones de la LCS no coinciden con las de la LNM. Mientras el art. 16 de la LCS hace referencia a que el asegurado habrá de indemnizar los daños y perjuicios que esta falta de declaración pudiese causar a la compañía aseguradora, la LNM por contra, prevé la pérdida del derecho al reembolso en caso de dolo o culpa grave, e indemnización de daños y perjuicios, para el supuesto de concurrencia de culpa o negligencia (art. 426 LNM)⁷⁰⁰.

II.2.- Deber de aprobación previa

Como se ha ido desarrollando a lo largo del presente trabajo, el SMDJ prestado por los Clubs de P&I reviste unas características especiales, condicionadas por la cobertura de

⁶⁹⁹ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 316-317.

⁷⁰⁰ SANCHEZ CALERO, F. y TAPIA HERMIDA, J., "El contrato de seguro marítimo en el Proyecto de la Ley General de Navegación Marítima", en GARCÍA - PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., *Estudios de Derecho Marítimo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 966-967. Refiere las diferencias en cuanto a los deberes informativos del tomador entre la LCS y en su momento, el Proyecto de 2008 de la Ley General de Navegación Marítima. Mientras la LCS distingue deberes precontractuales y contractuales, el Proyecto, al igual que ahora la LNM, unifica en un precepto ambos deberes, mismo tratamiento que reciben los efectos jurídicos de la inexactitud en la declaración del riesgo.

auténticos riesgos vinculados a la navegación, pero también, por la especial relación que se articula entre el Miembro y la aseguradora, a quien se otorgan amplias y facultades.

Entre una de las condiciones más llamativas está que no es el asegurado, quien dispone de poder de decisión respecto de la reclamación, procedimiento o litigio, ya que debe seguir la instrucciones y obtener la autorización de los Managers para conservar el derecho al reembolso de los gastos legales.

En el SDJ regulado por la LCS la prestación del asegurador en el ámbito extrajudicial se convierte en una auténtica prestación de servicios, y aunque se cede la defensa de los intereses al asegurador, no se trata de conferirle poderes decisorios para la resolución de la controversia, sino meramente la defensa en sí⁷⁰¹. En el caso de la cobertura de defensa jurídica proporcionada por los Clubs, además de la prestación de servicios, que dirigen y coordinan sus Managers, es imprescindible que estos autoricen, con carácter previo, los gastos en los que se pretenda incurrir.

Así, la Regla 31(2) de Britannia (FD&D Rules), establece como requisito imprescindible para el recobro de los costes objeto de cobertura, la aprobación previa de los Managers.

La Regla 69 de Gard, por su parte, prevé que el Club podrá denegar la cobertura, cuando el Miembro, sin la autorización de la Asociación, o incluso contraviniendo sus indicaciones, proceda de un modo que el Club considere inapropiado, o incluso, rechace proceder en las condiciones que le recomiende tanto el Club directamente, como los propios abogados de este último.

La Regla 4 del Club japonés (Apartado V de las coberturas especiales), señala que el Miembro debe obtener con carácter previo el consentimiento de la Asociación, para iniciar o defenderse en cualquier procedimiento, así como para admitir su responsabilidad, desistir, allanarse, o alcanzar cualquier acuerdo. Precisamente desistir, allanarse, someterse a mediación o arbitraje, así como transigir sobre lo que sea objeto del procedimiento, son los supuestos que la Ley de Enjuiciamiento Civil española prevé

⁷⁰¹ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 317-318.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

como aquellos sobre los que tienen derecho de libre disposición las partes, señalando como única limitación, la prohibición legal, razones de interés general o en beneficio de tercero⁷⁰².

En el caso de Nepia, la Regla 26(2) de las de esta clase, prevé que ninguna acción o procedimiento legal debe ser llevado a cabo, si no es con la autorización del Comité. De hecho, aunque los Managers tienen gran libertad para decidir si se admite o rechaza la reclamación, en el marco de esta cobertura, -un cometido más vinculado con la tramitación y la operatividad del día a día-, la decisión última de si una reclamación puede ser aceptada o no, recae en el Comité⁷⁰³.

Otros ejemplos de este deber de aprobación previa los hallamos en la Regla 2, Sección 25, B de las normas de UK Steam Ship, de manera que los gastos legales serán recuperables sólo en la medida en que hayan sido abonados con el acuerdo favorable de los Managers, o si el Comité decide discrecionalmente en tal sentido; o la Regla 9(2) de la Clase 2 de West of England, que somete el derecho a reembolso a la condición de que todos los abogados, comisarios de averías y cualquier otra persona que se haya podido contratar para el asunto, haya sido designada con el consentimiento previo de los Gerentes.

En el caso de la FD&D Rule 6 del Swedish Club, se detalla que ningún coste o gasto será recuperable de la Asociación, salvo que:

- se haya incurrido en ellos con el consentimiento previo del Club,
- la Asociación haya incurrido en ellos, en representación del Miembro, -en aquellos supuestos de designación de técnicos y abogados-,
- o que la Asociación, discrecionalmente decidiese que los debe ser asumir, porque haberlos desembolsado ha sido una actuación razonable.

Se observa por tanto, que el asegurado no tiene capacidad de decisión última y vinculante sobre cuáles habrán de ser las actuaciones, gestiones o procedimientos que desea acometer o iniciar, debiendo someterse a los criterios y directrices de la aseguradora. Aunque las normas de los distintos Clubs no emplean términos idénticos

⁷⁰² Art. 19.1 LEC.

⁷⁰³ HILL PRADOS, M. C., "El seguro de protección...", cit., p. 267.

en la regulación de esta institución, que se aborda desde distintos ángulos y perspectivas, la consecuencia jurídica comentada sí es la misma en todos ellos.

II.3. - Deber de abono previo: principio “*first pay to be paid*”

Uno de los principios más llamativos de los Clubs de P&I como entidades aseguradoras es el denominado “*first pay to be paid*”, que literalmente puede traducirse “pagar primero para ser pagado”. En esencia, esta regla requiere que el asegurado abone su responsabilidad en primer lugar al tercero, antes de tener derecho a ser indemnizado por el asegurador. Este pago-previo es generalmente una condición que precede al derecho de reembolso del asegurado a cargo del Club⁷⁰⁴.

Ante el siniestro, el Club tendría dos opciones: abonar directamente a los terceros el importe que corresponda, -dentro de los límites asegurados-, o bien, compensar al Miembro, y que luego este realice los pagos oportunos a aquellos terceros. El fundamento de la aplicabilidad de este principio de abono previo por el asegurado, radica en dos aspectos⁷⁰⁵:

- permite prevenir que el asociado reciba el pago del Club, y con posterioridad, incumpla su obligación de abonar el importe debido;
- permite que cada Miembro pueda confiar en la integridad financiera de los demás, ya que todos son a la vez aseguradores y asegurados. A través de este principio, se podrá tener la seguridad sobre la reclamación del tercero, y eliminar el riesgo de “manipulación” sobre los fondos de Club.

En cualquier caso, el Comité podrá decidir discrecionalmente si exonera al Miembro del requisito de pago previo, criterio que tiene sentido en situaciones en las que es probable

⁷⁰⁴ RICHMOND, D., “Third Party Claims against P&I Clubs and the “pay to be paid” Rule”, Faculty of Law Lund University, Master’s Programme in Maritime Law, 2001, p. 8. [<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1693254&fileId=1693257>] [Última consulta, 05/03/2017].

⁷⁰⁵ RICHMOND, D., cit., pp. 8-9. Señala a este respecto la sentencia *The Fanti and The Padre Island* [Firma C-Trade SA v. Newcastle Protection and Indemnity Association (The Fanti) and Socony Mobil Oil Co. Inc. and Others v. West of England Ship Owners Mutual Insurance Association Ltd (The "Padre Island") (No.2) [1991] 2 A.C. 1].

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

que este sea condenado en virtud de una resolución judicial, y el Club podrá llegar a un acuerdo extrajudicial al respecto⁷⁰⁶ menos lesivo.

Encontramos numerosos ejemplos de este principio: la regla 3.1.1 de las FD&D Rules de The London P&I Club, la Regla 28.5 de Skuld, la regla 16 de la Parte 5 (sobre limitaciones y exclusiones), de Shipowners, que en los mismos términos que la Regla 13 de la Clase 2 de West of England, señalan que, salvo acuerdo en sentido contrario por el Comité, será condición para que el Miembro tenga derecho al reembolso de cualquier pérdida, daño, responsabilidades, costes o tasas, que este los hubiese satisfecho o abonado previamente.

Muy recientemente se ha dictado una resolución de gran trascendencia por la Court of Appeal de Londres (abril de 2016), en relación con esta cuestión, es el asunto *Shipowners Mutual v. Containerships Denizcilik (2015)*⁷⁰⁷. La Commercial Court otorgó y decidió mantener una *anti-suit injunction* frente a los fletadores, quienes habían demandado al Club en Turquía, para, de este modo, evitar el efecto de la regla “*first pay to be paid*”, fundamentado su demanda en el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora, posibilidad que permitía la legislación turca de seguros.

Y esta resolución, ha sido valorada muy positivamente por los Clubs, en un entorno, en el que cada vez es más frecuente, que las jurisdicciones permitan la acción directa contra las entidades aseguradoras. Ejemplos notables fuera de Europa incluyen la mayoría de los estados de EEUU, Túnez y Turquía. En Europa también se ha avanzado hacia los derechos de acción directa, Noruega, Suecia, Dinamarca, Finlandia y España permiten tal acción, y no sólo en el contexto del seguro obligatorio. Varios convenios internacionales también otorgan derechos directos, especialmente en contextos de contaminación⁷⁰⁸. La decisión de *Shipowners' Mutual v Containerships Denizcilik* es relevante para todos los Clubes P&I, y al mismo tiempo, se ha interpretado como un recordatorio significativo de que los tribunales actuarán para proteger el derecho de un

⁷⁰⁶ RICHMOND, D., cit., p. 10.

⁷⁰⁷ *Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v. Containerships Denizcilik Nakliyat Ve Ticaret A.S.* [2015] 1 Lloyd's Rep 567.

⁷⁰⁸ PHILLIPS, M. y SLOAN, T., “The Pay to be Paid Rule- a protected right?”, *Steamship Mutual Publications, Articles*, February 2015, updated 2016.

[<https://www.steamshipmutual.com/publications/Articles/paytobepaid.htm>] [Última consulta 05/03/2017].

Club a confiar en las disposiciones de sus normas, incluida esta regla que impone el pago previo por el Miembro⁷⁰⁹.

El supuesto de hecho de partida, era el fletamento por tiempo de un buque portacontenedores para cubrir una línea entre Turquía y el Norte de África, aunque el buque al llegar a Mykonos encalla y se destruye totalmente. Los fletadores inician procedimientos arbitrales contra los Armadores en Londres, con fundamento en el contrato de fletamento, y simultáneamente, en Turquía contra el Club P&I, ya que el art. 1478 de la Ley de Contratos de Turquía de 2012, permitía demandar a los aseguradores directamente.

Con estos procedimientos desarrollados ante tribunales turcos se intentaba eludir la regla de "*first pay to be paid*" contenida en las reglas del Club P & I, en virtud de la cual, tal como ha sido comentado, un Miembro sólo podría ser reembolsado por aquellas reclamaciones que hubiese abonado previamente. El P&I Club obtuvo, a estos efectos, una *anti-suit injunction* que impedía a los fletadores continuar con los procedimientos turcos.

El discernimiento del tribunal debía centrarse en si el ejercicio de la acción directa, –que preveía el Derecho turco–, era un derecho que permitía exigir el cumplimiento del contrato entre el Club y su Miembro, o si, por el contrario, debía ser calificado jurídicamente como un derecho de recuperación independiente. En este sentido, se resuelve optando por el primer planteamiento, ya que habría que acudir al contrato de seguro, para delimitar los riesgos asegurados, los límites, el período del contrato o los plazos de prescripción.

En segundo lugar, la orden *anti-suit* se mantuvo al entender que los procedimientos turcos eran vejatorios y opresivos, ya que privaban al Club de que las reclamaciones contra él se articulasen mediante arbitraje en Londres, y además, existía riesgo real de inaplicación de la cláusula objeto de estudio, aspectos ambos que sí se recogían en sus reglas. En abril de 2016, la *Appeal Court* resolvió que el derecho de los Fletadores de demandar al Club era esencialmente un derecho contractual y, por tanto, los fletadores

⁷⁰⁹ Los casos de muerte o daños personales suponen una excepción. De acuerdo con la advertencia dada en *The Fanti and The Padre Island*, los Clubes de P & I deben evitar, como política, imponer el principio "*first pay to be paid*", cuando se trate de reclamaciones por muerte o lesiones personales. En estos supuestos, y bajo ciertas condiciones, dicha regla no resulta de aplicación. PHILLIPS, M. y SLOAN, T., cit., p. 1.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

estaban obligados a aceptar que su reclamación se regía por el Derecho inglés y debía ser arbitrada en Londres. En cuanto a la *anti-suit injunction*, no era necesario que el Club mostrara conductas vejatorias u opresivas porque, era suficiente con acreditar que no existían motivos de peso, para denegar dicha orden judicial.

En cualquier caso, el importe que efectivamente pueda recuperar el asegurado con cargo a esta cobertura, se va a ver afectado por dos tipos de límites cuantitativos: el límite máximo de cobertura por reclamación o incidente, y los “deducibles”.

Respecto al primero de ellos, el **límite máximo de cobertura por reclamación o incidente**, oscila, con carácter general, entre los cinco y los diez millones de dólares americanos.

Así, por debajo de este intervalo podemos ubicar a The American Club con un tope máximo de dos millones de dólares (\$2 millones), y Nepia que establece un importe máximo de \$250.000 para aquellas reclamaciones relativas a nueva construcción, reparación y disputas sobre conversión⁷¹⁰.

Expresamente prevén en sus reglas que no se asumirán más de cinco millones de dólares de gastos de defensa jurídica (\$5 millones): Standard, y Skuld. The London Steam-Ship Club prevé una cuantía intermedia que asciende a siete millones y medio de dólares americanos por disputa (\$7,5 millones). Los Clubes de P&I que establecen el mencionado límite superior general de diez millones son: Britannia⁷¹¹, Gard, Steamship Mutual, The Swedish Club⁷¹² y West of England⁷¹³.

Por encima de los diez millones, el Club japonés posibilita alcanzar los JPY 1.500 millones, que equivaldrían aproximadamente a unos \$13,185 millones⁷¹⁴, y el UK Defence Club, que especializado en este tipo de cobertura, alcanza los quince millones de dólares (\$15 millones).

⁷¹⁰ Regla 19.1.vii de las FD&D Rules de Nepia.

⁷¹¹ De todos modos, Britannia establece un límite de \$2 millones, para las disputas relativas a nueva construcción y conversión de buques.

⁷¹² En el último ejercicio 2016, y respecto a los períodos 2017/2018, el Swedish Club ha decidido elevar de cinco a diez millones de dólares el importe máximo asegurado por reclamación. THE SWEDISH CLUB, “Circular FD&D 48/2016”, 19 de diciembre de 2016, p. 1.

[http://www.swedishclub.com/media_upload/files/Circulars/48-2016%20FDD%20Insurance%202017-2018.pdf].

⁷¹³ UK DEFENCE CLUB, “ABOVE & BEYOND Competitor analysis, December 2015”, p. 2.

[<http://www.ukdefence.com/images/assets/documents/UKDC-The-Competition-Dec15-web.pdf>].

⁷¹⁴ Tipo de cambio a 06/03/2017.

En segundo lugar, señalábamos los “**deducibles**”, palabra que es la traducción literal de la expresión inglesa “*deductibles*” cuyo significado, al contrario de lo que pudiera intuirse, hace referencia a aquella cantidad o proporción que del total –en atención al objeto de estudio, se trata del total de los gastos de defensa jurídica generados-, debe asumir íntegramente el Miembro del Club P&I, pues la indemnización de este último sólo cobrará virtualidad práctica en lo que exceda de ese importe.⁷¹⁵

Cierto es que prácticamente todos los clubs establecen un porcentaje del 25%. Es decir: que del total de gastos de defensa jurídica y asesoramiento que se generen, una cuarta parte de los mismos ha de ser satisfecha íntegramente por el Miembro del Club. Pero es que además, muchos de estos Clubs establecen en relación con estas franquicias unos importes mínimos y máximos, que no deben confundirse con los límites cuantitativos a las reclamaciones, límites por debajo de los cuales la cobertura asegurativa FD&D no entrará en juego, por tratarse de reclamaciones de carácter antieconómico para la aseguradora.

Dichos mínimos y máximos proporcionan cierta seguridad adicional a los asegurados, que podrán de este modo, tener la certeza de que los “deducibles” que les serán aplicados no superarán una determinada cuantía. The American Club, Gard, y West of England prevén que el importe mínimo a satisfacer por el socio será de \$5.000, que elevan a \$10.000 North of England, Skuld, Standard, y \$12.000 The Swedish Club, aunque este último, en compensación, sólo aplicará el porcentaje del 25% al exceso sobre \$250.000⁷¹⁶.

Los límites máximos de “deducibles” son muy variados: \$50.000 en el caso del American Club, \$150.000 para Nepia, \$30.000 para Steamship Mutual, y \$100.000 según las Normas de West of England.⁷¹⁷ No prevén ninguna limitación máxima ni Gard, ni Skuld, ni Standard. Como supuestos especiales pueden mencionarse el caso de Britannia que no aplica ningún tipo de este particular descuento a los primeros \$5.000, y a partir de ese importe el asegurado deberá hacerse cargo de un tercio de la reclamación total, el Club japonés, que los primeros \$1.000 los reembolsa directamente, y partir de

⁷¹⁵ En el ámbito del Seguro de Defensa Jurídica, las pólizas también imponen franquicias para determinadas situaciones cubiertas. En estos casos, se obliga al asegurado a asumir una parte de los gastos que se deriven de la defensa de sus derechos, limitándose la obligación del asegurador al exceso sobre dicha franquicia y hasta el límite contratado.

⁷¹⁶ UK DEFENCE CLUB, “ABOVE & BEYOND Competitor analysis, December 2015”, cit., p. 2.

⁷¹⁷ UK DEFENCE CLUB, “ABOVE & BEYOND Competitor analysis, December 2015”, cit., p. 2.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

ahí también impone un “deducible” de un tercio del importe. El UK Defence Club nuevamente es mucho más competitivo, pues no impone ningún tipo de “deducible”⁷¹⁸.

El método de cuantificación más elaborado es el de Shipowners, cuyo apartado 8. A de la Parte III de sus normas para *Legal Assistance* y *Defence Cover*, establece:

8. Deducibles. A. Todo Miembro sufragará:

- i. Los primeros US\$ 750 de dichos costes y gastos cuando, en relación con una reclamación, desavenencia o procedimiento, haya incurrido en un importe total de hasta US\$ 3.000;*
- ii. La cuarta parte de los costes y gastos que excedan de US\$ 3.000, con un deducible máximo de US\$ 30.000.*

Anualmente, a través de sus Circulares, los Clubs comunican a sus miembros las modificaciones que se hayan aprobado al respecto, y que en todo caso, vendrían motivadas cuando exista una necesidad financiera de recursos adicionales.

III.- GESTIÓN DEL SINIESTRO POR EL CLUB

III.1.- Obligaciones del Club en relación con el siniestro

Con carácter general, una vez justificada la reclamación por el asegurado, y liquidado el importe exacto del siniestro, la obligación del asegurador consiste en el pago efectivo de la indemnización⁷¹⁹, y de manera análoga el art. 429 LNM hace alusión a la obligación de: “*indemnizar al asegurado en las condiciones estipuladas en la póliza*”. Sin embargo, las características especiales de la cobertura en el SDJ, ya sea en el ámbito terrestre como en el marítimo, conlleva una serie de comprobaciones previas.

Así, como en cualquier otro tipo de contrato de seguro, ha de verificarse que esta sea válido y eficaz, que el hecho que motiva la cobertura tenga lugar en las condiciones y límites causales, temporales y espaciales estipulados en el contrato, que no concurra ninguna circunstancia que exima de tal obligación al asegurador, (por ej. el impago de

⁷¹⁸ UK DEFENCE CLUB, “ABOVE & BEYOND Competitor analysis, December 2015”, cit., p. 2.

⁷¹⁹ RUIZ SOROA, J.M., “Tema 9: La liquidación del siniestro”, en *Manual de Derecho del Seguro Marítimo*, cit., p. 171.

primas, en nuestro caso, cuotas del Club, o el dolo del asegurado *ex art.* 419 LNM), y que el asegurado haya verificado su deber de comunicación del siniestro (art. 426 LNM). Las peculiaridades de este seguro, añaden la necesidad de valorar que la asistencia jurídica reclamada es procedente y se ajusta a la protección proporcionada por el clausulado de la póliza, e *in fine*, que existe base jurídica para mantener las pretensiones del asegurado, es decir, una probabilidad razonable de éxito en la reclamación o defensa⁷²⁰.

En primer lugar, por tanto, el Club deberá contrastar que de la información trasladada por el asegurado, la controversia o el enfrentamiento para el que precisa asesoramiento jurídico, tiene su origen en alguno de los riesgos incluidos en el contrato, a saber, diferencias en relación al flete, a la detención del buque, inadecuada estiba de la carga... etc. Como ha sido señalado en relación con los riesgos incluidos en función del tipo de procedimiento, las *Rules* de los Clubs no aclaran cuál será la naturaleza objetiva de la controversia –civil, penal... etc.-, lo que me permite vislumbrar en el SMDJ, un claro reflejo del principio de universalidad de riesgos que rige en el seguro marítimo.

Una vez determinada la procedencia de la cobertura desde el punto de vista del análisis de la relación asegurado- compañía, del siniestro y las delimitaciones de la póliza, procede en un segundo nivel, el análisis de las relaciones de aquél y el tercero con el que está enfrentado, es decir, constatar la existencia de una base jurídica suficiente para defender las pretensiones del asegurado. Con ello se pretende evitar la instrumentalización del SDJ en torno a litigios sin perspectivas, abusivos, o en los términos que emplea la LEC en materia de imposición de costas, iniciados con mala fe y/o temeridad. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no se trata de que el asegurador atienda a sus intereses particulares, sino a los generales del Club como entidad mutual que debe velar por los intereses del conjunto de socios.⁷²¹

Esta valoración previa de la prosperabilidad de la acción recuerda al requisito del *fumus boni iuris* de la tutela cautelar, consistente en requerir “*un juicio positivo sobre el resultado favorable*”,⁷²² aunque debe tenerse en cuenta que la diferencia entre la

⁷²⁰ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 353.

⁷²¹ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 356.

⁷²² ORTELLS RAMOS, M., “Capítulo 36”, en AAVV, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 951.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

apariencia de buen derecho y la convicción plena del proceso principal, es meramente cuantitativa y no cualitativa. Además contribuye a esta práctica la circunstancia de que desde un punto de vista legislativo no se haya limitado la prueba que se puede practicar en el incidente de adopción de medidas cautelares.⁷²³ En el Derecho Procesal Civil se regula en términos de una “acreditación indiciaria” de que la pretensión es viable, para que el juzgado pueda, sin prejuzgar el fondo del asunto,⁷²⁴ valorar la existencia de los hechos que se alegan, -o alegarán-, en la demanda; en resumen, “*que se aporte un principio de prueba de la situación jurídica cautelable*”.⁷²⁵

Aunque no se dice expresamente, realizando una interpretación integradora de estas previsiones con aquellas que conceden al Comité y a los Managers amplias facultades para decidir la cobertura o no del siniestro⁷²⁶, se deja entrever una diferencia importante respecto de aquel requisito de la tutela cautelar, y es la posibilidad de que desde el Club se imponga una especie de “*reformatio in peius*” de aquellas condiciones indiciarias, exigiendo al Asociado mayores pruebas del fundamento de sus pretensiones para supuestos dudosos.

En el caso de los Clubs P&I y el SMDJ, procede realizar un matiz, y es que en este caso, para aceptar o rechazar el siniestro, sí se atiende a los intereses particulares del Club, aunque estos tienen una perspectiva de interés general, en tanto en cuanto, los Gerentes y el Comité atenderán a la salvaguarda de todos los mutualistas globalmente considerados, toda vez que asumir riesgos desproporcionados por razón de su cuantía, o no justificados por razón de su fundamentación jurídica, conllevarían perjuicios para todos ellos.

Este análisis previo del fondo del asunto es eminentemente técnico, y ha de recurrirse profesionales, normalmente los servicios internos o externos de la compañía, que emitirán un informe al respecto⁷²⁷. De todos modos, las obligaciones del asegurador no

⁷²³ Cfr. PEREZ DAUDÍ, V., “Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-2, 2007, pp. 93-94.

⁷²⁴ Art. 728 LEC.

⁷²⁵ DIEZ- PICAZO GIMENEZ, I., “Comentario al artículo 728 de la LEC”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 131-1232.

⁷²⁶ Vid. apartados III.III.2 y III.III.3 de este Capítulo.

⁷²⁷ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 356.

terminarían automáticamente al rechazar la cobertura, sino que tendrá que esperar a que el asegurado la acepte, o al resultado desfavorable del arbitraje al que hayan acudido las partes, o incluso, hasta que finalice de manera definitiva el procedimiento que inicie el asegurado por su cuenta⁷²⁸.

En el supuesto de que la aseguradora entendiese que la respuesta al asegurado debe ser afirmativa, por ser la defensa que pretende sostenible jurídicamente, la obligación principal del asegurador es hacerse cargo de la prestación o cobertura asegurada, consistiendo en poner al alcance del asegurado los medios más idóneos para defender sus derechos e intereses.

Y como ya ha sido comentado, la cobertura puede proporcionarse de distintos modos. En primer lugar, a través del asesoramiento, cuestión en la que los Clubs presentan una gran ventaja competitiva frente a otras aseguradoras, pues cuentan con una amplia gama de expertos legales y comerciales en asuntos marítimos para asistir a los asociados a gestionar la disputa⁷²⁹, tanto en su sede, como en los puertos más importantes, contratando abogados marítimos externos, agentes comerciales y legales y otros expertos, cuando fuese necesario.

El asegurador de este modo, tiene la posibilidad de controlar y, en su caso, evitar, el litigio, así como mitigar las consecuencias del potencial procedimiento. OLMOS PILDAÍN⁷³⁰ señala que podría incluso considerarse, por ello, una medida preventiva, aunque a veces se ofrece como garantía complementaria, y tiene naturaleza de una auténtica prestación de servicios, pues como ha sido referido en el párrafo precedente, normalmente se desarrolla a través del personal, medios e instalaciones del propio Club.

El asegurador pone a disposición del asegurado los profesionales que precise, y dentro de sus propias facultades de organización y gestión, cumple cuando se recibe el servicio de asistencia necesitado. Como se deduce de ello, el abono de su coste se ventila directamente entre asegurador y prestador del servicio, ya sea mediante el abono del

⁷²⁸ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 358.

⁷²⁹ DHESI, T., "The Freight Demurrage & Defence concept", *The Swedish Club Letter*3, 2001, p. 5. [<http://www.swedishclub.com/upload/12/Extract%20from%20TSCL%202001-3-1.pdf>] [Última consulta marzo 2017].

⁷³⁰ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 358-359.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

salario, (cuando se trate de una relación laboral), o de la contraprestación económica pactada, (en el supuesto de contratación mercantil).

Aunque en el caso de los Clubs de P&I, lo habitual es que estos asuman directamente a través de sus profesionales especializados, otro modo de materializar la cobertura, sería asumiendo los costes de aquellos profesionales contratados directamente por el asegurado (para lo cual precisa, autorización previa⁷³¹).

Con independencia del sistema empleado, el asegurador hace una comprobación adicional sobre el cumplimiento de las condiciones concretas estipuladas en la póliza o el contrato de seguro. Tradicionalmente el SDJ regulado por LCS, ha vinculado los honorarios de letrado a que el importe de estos se hubiese calculado de conformidad con lo dispuesto por los baremos publicados por los distintos Colegios de Abogados; en el caso del procurador, cuando su intervención resultase obligatoria, a que se cumpliesen lo establecido en el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales⁷³²; y en aquellos gastos derivados de la intervención de técnicos, peritos y/o notarios, primero habría de determinarse su necesidad, para a continuación proceder a su aprobación previa.⁷³³ Las normas de los Clubs P&I son mucho más genéricas a este respecto, lo que es perfectamente coherente con el amplio margen de discrecionalidad⁷³⁴ que se confiere a sus órganos rectores, solventándose cualquier incertidumbre relativa a estas cuestiones, a través del principio de aprobación previa.

Conviene reconsiderar esta amplia discrecionalidad desde la prohibición de las condiciones potestativas puras del art. 1256 CC. Ciertamente, en nuestro Derecho Común se limita la autonomía de la voluntad estableciendo que la validez y el cumplimiento de los contratos, no se puede dejar al arbitrio de una de las partes. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido admitiendo la posibilidad de que, en determinadas condiciones, uno de los contratantes pueda ejercer un derecho de denuncia o separación unilateral, sin necesidad de alegar justa causa, ni siquiera indemnizar a la contraparte

⁷³¹ Vid. Apartado I.I.2. de este Capítulo.

⁷³² BOE nº 278, de 20/11/2003.

⁷³³ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 363-364.

⁷³⁴ HAZELWOCK, S.J., SEMARK, D., cit., p. 383, describe esta cobertura como “*entirely discretionary* (enteramente discrecional)”.

por los perjuicios que ello le pudiese generar. Esta posibilidad no tiene un carácter general y abstracto, sino que se permite básicamente en dos situaciones: cuando el ordenamiento jurídico así lo permite, o cuando pueda deducirse implícitamente tal posibilidad, normalmente en los contratos de tracto sucesivo de carácter indefinido cuando haya sido pactado por las partes.⁷³⁵

A priori, y con todas las cautelas de una mera aproximación a esta cuestión, parece que el amplísimo margen de maniobra que se concede a los Clubs para aceptar o rechazar la cobertura del siniestro, encajaría en el supuesto de hecho que el meritado art. 1256 CC sanciona con nulidad. Sin embargo, esta parece una conclusión cuanto menos precipitada. La especialidad de una relación contractual de seguro marítimo, y sobre todo, incardinado en un Club de P&I, configura unas relaciones jurídicas especiales entre las partes aseguradora y asegurado, que es al mismo tiempo socio mutualista, difícil de circunscribir en un relación jurídica contractual tradicional, y que podría otorgar plena validez a pactos en este sentido.

A favor de esta posición podríamos encontrar fundamento jurídico en los nuevos instrumentos del *soft law* internacional, en los que esta prohibición de condiciones potestativas desaparece, admitiéndose por ejemplo, la determinación unilateral del precio por uno de los contratantes [arts. 6:105 PECL y 5.7 (2) Principios UNIDROIT].⁷³⁶

En los últimos años se ha complicado la valoración de la adecuación de los honorarios profesionales de los abogados a estos baremos, pues la Ley Ómnibus⁷³⁷, que nace en el contexto de la transposición de la *Directiva 2006/123/CE*⁷³⁸. El art. 5 de la Ley

⁷³⁵ Cfr. OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Comentario al artículo 1256”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VASPUESTA FERNÁNDEZ, R., (dirs), *Código Civil Comentado. Libro IV De las obligaciones y contratos. Teoría General de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 582 y ss. Sobre la posibilidad del desistimiento unilateral, y numerosa jurisprudencia, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Comentario al artículo 1256” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R. (coor), *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 1499- 1500.

⁷³⁶ Cfr. OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Comentario al artículo 1256”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VASPUESTA FERNÁNDEZ, R., (dirs), *Código Civil Comentado...*, cit., pp. 1499- 1500.

⁷³⁷ Es el nombre por el que se conoce a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

⁷³⁸ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. DOUE L376/36 de 27/12/2006.

Ómnibus modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, estableciendo en su nuevo art. 14 que los Colegios Profesionales tendrán terminantemente prohibido fijar baremos orientativos sobre honorarios profesionales, así como establecer cualquier otra “*orientación, recomendación, directriz, norma o regla*” a este respecto, por ser considerados como un instrumento de concertación tácita de precios, lo que vulneraría la Ley de Defensa de la Competencia. La única excepción se ubica en la D.A. Cuarta, que únicamente permite esos criterios orientativos a los exclusivos efectos de tasación de costas y jura de cuentas⁷³⁹.

III.2.- Poderes del Comité relativos al control y liquidación de reclamaciones

En el ámbito de la cobertura de SMDJ proporcionado por los Clubs P&I, operan tanto los Directores (Comité o *Board*) como los Managers, que se encargan de la tramitación más ordinaria de las reclamaciones de los Miembros.

Sin embargo, hay una diferencia importante respecto al seguro de P&I en relación al procedimiento de tramitación de las reclamaciones, porque aunque sigue existiendo un gran amplio margen de libertad de los Managers, en la cobertura FD&D, el Comité tiene la decisión última de si una reclamación debe ser o no aceptada por el Club⁷⁴⁰, y es frecuente la cláusula general que atribuye las competencias generales al Board, en aquello que no esté expresamente delegado a los Managers (Regla 32(1) de Britannia).

El Comité tiene reuniones periódicas para analizar las reclamaciones presentadas al Club, que serán informadas por los asesores internos especializados en materias legales y marítimas, pero que podrán discrecionalmente rechazar en base a otros criterios tales como: una actitud reprochable al Miembro por no querer negociar, la cotización que

⁷³⁹ En los últimos años, la CNMC ha tramitado distintos expedientes sancionadores a Colegios de Abogados, imponiendo sanciones "muy graves" por considerar que los baremos de fijación de honorarios orientadores, constituyen una recomendación colectiva de tarifas a los abogados. Por ello, los colegios han eliminado de sus webs las tradicionales tablas de honorarios, ya no reparten folletos o publicaciones al respecto, limitándose a emitir los correspondientes informes cuando así son requeridos por Juzgados y Tribunales en los procedimientos de impugnación de tasación de costas.

Noticia publicada en diario Expansión, titulada “La CNMC aumenta el control sobre los colegios de abogados”, de fecha 19 de octubre de 2015. [<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/10/19/562538dc46163f35278b45f4.html>].

⁷⁴⁰ HILL PRADOS, M.C., “El Seguro de Protección...”, cit., p. 267.

haya satisfecho, cómo afectaría la aceptación a la necesidad de cuotas diferidas, la siniestralidad del propio Asociado, así como cualquier otro, a su libre arbitrio.⁷⁴¹ Entre las normas que recogen esta facultad del Comité podemos señalar la Regla 21 de las FD&D Rules del London P&I Club, la Regla 23 de Nepia, Regla 8 de la Clase 2 de Steamship, Regla 38 del UK Mutual Steamship, 46(2) de West of England y Regla 32 de las de esta clase de Britannia.

También podrán incidir en la decisión de reducir la suma pagadera por la Asociación con respecto a la reclamación cuando se estime que⁷⁴²: el Asociado no hubiese tomado las medidas necesarias con anterioridad o después del incidente; el cese de la clasificación del Buque en las condiciones en que este fue inscrito en el Club; que el Asociado no hubiese cumplido totalmente con las reglas, recomendaciones y requisitos de la entidad clasificadora; que el Asociado hubiese liquidado o admitido cualquier responsabilidad sin el previo consentimiento por escrito del Club; que no hubiese cumplido con una recomendación o directriz dada en cualquier momento por el Comité, o los Gerentes, o por un perito nombrado por estos, o si en definitiva, el Miembro no hubiese cumplido con cualquiera de las obligaciones de comunicación o información en relación con la reclamación concreta.

También se prevé la posibilidad de delegar esta facultad de decisión en algún Subcomité especializado, -que pueda ser creado con estas funciones concretas-, o en los Managers, a quienes también se podrá autorizar para efectuar pagos de reclamaciones sin dar cuenta con anterioridad al Comité.

Todas las normas reconocen el poder de la Asociación para la gestión y liquidación de las reclamaciones, (*Handling and settlement of claims*), así como para disponer con carácter absoluto de los términos en que estas podrán ser cubiertas. La Regla 32 de las FD&D de Britannia acoge y regula en detalle cómo pueden materializarse esos poderes extraordinarios del Comité, y es que además, de decidir qué procedimientos legales o de otra naturaleza deberán comenzarse o defenderse, podrán, en cualquier momento, imponer las condiciones que estimen adecuadas: establecer límites mínimos, con lo que reclamaciones de importes muy pequeños no serán cubiertas por ineficiencia, o

⁷⁴¹ HILL PRADOS, M.C., "El Seguro de Protección...", cit., p. 267.

⁷⁴² Regla 32(7) de las FD&D de Britannia.

determinar que el Asociado sólo sea reembolsado en parte de los costes o pérdidas sufridas.

En un momento determinado el Comité puede decidir, con respecto a cualquier futura reclamación específica o clases de reclamaciones, que solamente serán apoyadas hasta una cantidad específica o porcentaje de los costes totales, con efectos a partir del siguiente Año de Póliza. En este supuesto, y para evitar causar perjuicios innecesarios, se comunicará a todos los Asociados a través de la correspondiente Circular, tan pronto como fuese posible.

III.3.- Poderes de los Gerentes relativos a las reclamaciones

Los Gerentes son los encargados de la gestión diaria del Club, y en consecuencia, es a ellos a quienes se dirigirán las notificaciones del Asociado solicitando cobertura de defensa jurídica⁷⁴³, y en cuanto le haya sido encomendado, serán competentes para controlar o dirigir el curso de cualquier reclamación o acción legal, que pudiese suponer costes asegurados para el Miembro. Así lo prevén la regla 31(1) de Britannia, la Regla 13 de la Parte IV de Shipowners, la Regla 37 de UK Mutual Steamship, y la Regla 10 de la Clase 2 de West of England.

En la práctica, esta función se concreta en que pueden exigir al asegurado que tome cualquier medida en relación con la reclamación, pudiendo consistir esta en actuaciones concretas sobre el buque, la carga, el personal, o también sobre las negociaciones con la parte enfrentada, o sobre los procedimientos iniciados.

Los Gerentes serán también los encargados de disponer de cualquier documentación, informes, y debe garantizarse que tendrán libre acceso a toda aquella que pudiesen necesitar, así como el derecho a llevar a cabo cualquier tipo de pericial. A mayor abundamiento, los Managers podrán entrevistar a cualquier empleado, agente u otra persona que haya sido contratada por el Miembro, que se pudiera considerar que tienen

⁷⁴³ Regla 25 de Nepia, Regla 30(1) de Britannia, Regla 8(4) de la Parte 3 de las de Shipowners, entre otras.

conocimiento indirecto de la materia, o que pudiera haber tenido algún tipo de obligación o responsabilidad.⁷⁴⁴

La Asociación puede, aunque no tiene obligación alguna, prestar fianza u otra garantía en relación con los costes legales objeto de cobertura⁷⁴⁵, lo que se llevará a cabo en los estrictos términos en los que los Gerentes consideren oportuno, sin que constituya admisión de ningún tipo de responsabilidad por parte de la aseguradora respecto al fondo de la controversia.

Finalmente, no puede olvidarse, aunque ya ha sido abordado, que dentro de las facultades y poderes de los Managers, está algo tan relevante como el nombramiento de expertos, tanto de abogados, como peritos u otros técnicos que resultasen de interés, o en su caso, prestar el consentimiento imprescindible al propuesto por el propio asegurado⁷⁴⁶.

IV.- RELACIÓN PROFESIONALES- ASEGURADOR- ASEGURADO

IV.1.- Cuestiones previas sobre la naturaleza jurídica de la relación de los profesionales en el ejercicio de su profesión

En el SMDJ tiene, al igual que en el SDJ en general, y a la vista de cuanto ha sido expuesto, un papel esencial la prestación de asesoramiento técnico, pero sobre todo el jurídico, proporcionado prácticamente en exclusiva por abogados. Por ello, resulta de gran trascendencia realizar una aproximación previa a cómo se configura desde un punto de vista jurídico esa relación contractual, abogado- cliente, aunque a la hora de gestionar el siniestro, esa dualidad se vaya a ver ampliada con la intervención de un tercero: el asegurador.

⁷⁴⁴ Regla 24 de la Clase 2 de West of England (2017).

⁷⁴⁵ Regla 14 de Shipowners, y 31(5) y 31(6) de las FD&D de Britannia. La norma 26(4) de las de Nepia por su parte, no tiene delegada esta facultad de prestar garantías en los Managers, y la atribuye al Comité.

⁷⁴⁶ A este respecto, *vid.* Apartados V.1.1. y V.1.2. del Capítulo 5, donde se desarrolla en profundidad como este supuesto concreto supone una de las diferencias fundamentales a la hora de abordar el siniestro en el ámbito marítimo, en comparación con el SDJ regulado por la LCS, que sí garantiza el derecho del asegurado a la libre designación de profesionales.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

Ya en el Derecho Romano se entendía procedía distinguir aquellas profesiones en las que predominaba la actividad intelectual, frente a aquellas otras de “destreza manual”, para someter las primeras a las normas del contrato de mandato, y a las segundas al de arrendamiento. Poco a poco la doctrina ha ido cambiando de opinión entendiéndose que debían aproximarse ambas instituciones, en cuanto el trabajo debía ser valorado de igual modo. Fue la jurisprudencia la que terminó de consolidar el tránsito de la tesis del mandato a la del arrendamiento de servicios de los profesionales liberales, debiendo destacarse la STS de 16 de febrero de 1935 (RJ 1935, 462⁷⁴⁷), postura que acoge un sector importante de la doctrina científica⁷⁴⁸.

A pesar de ello, siguen suscitándose dudas atendiendo a las obligaciones concretas que en cada caso concreto podrían modificar la calificación jurídica. Y aunque en el ejercicio libre de la profesión, normalmente se circunscribe a la figura de un contrato de prestación de servicios, deberá calificarse como contrato de obra cuando la prestación del Abogado consista en la realización de un trabajo, un resultado cuya conclusión depende de su exclusiva voluntad, tal como: la redacción de determinados documentos, emisión de informes etc.⁷⁴⁹ Incluso en ocasiones podrá aproximarse al contrato de mandato, sustentado en la buena fe y, sobre todo, en una relación de confianza entre Abogado y cliente, en la que ha de representar al cliente, en una actividad que podría realizar este por sí mismo, y en la que la participación del letrado no es obligatoria, pero tampoco precisa especiales conocimientos jurídicos (ej. participación en negociaciones)⁷⁵⁰.

En el mandato el abogado gestionaría frente a terceros intereses de su cliente (el mandante), mientras en el arrendamiento, las prestaciones se realizan directamente a favor del principal (relación bilateral)⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Otras referencias jurisprudenciales en este sentido: STS de 6 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6891), STS de 25 de mayo de 1992, (RJ 1992, 4378) STS de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735), y STS de 15 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7977).

⁷⁴⁸ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 388-390.

⁷⁴⁹ REGLERO CAMPOS, L.F., “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *AFD de la Universidad de A Coruña*, Nº 11, 2007, pp. 787-788.

⁷⁵⁰ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 391.

⁷⁵¹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 402 y DEL ROSAL GARCÍA, R., *Normas Deontológicas de la Abogacía Española*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2002, p. 43.

Otras vicisitudes se plantean atendiendo a la forma de ejercicio de la profesión del propio jurista, que no siempre actuará en el tráfico mercantil como profesional liberal, es decir, de manera independiente. De hecho, cuando el abogado ejerza dentro de una estructura empresarial de la que dependa, lo hará normalmente vinculado por un contrato de trabajo, sujeto al Derecho Laboral, o incluso en ocasiones, puede tratarse de un funcionario (Abogacía del Estado, Letrados de las distintas Administraciones autonómicas, Corporaciones Locales), sujeto a las normas del Derecho Administrativo, regímenes propios que no tienen en cuenta la abogacía como actividad diferenciada.⁷⁵²

En consecuencia, parece razonable que para el régimen de las obligaciones del Abogado y, en concreto, el canon de diligencia que le es exigible, ha de acudir al CC, optando por unas normas u otras en función del concreto contenido de las obligaciones asumidas en cada caso, pudiendo ser las previstas para el contrato de arrendamiento de servicios (art. 1583 y ss.), para el contrato de mandato (art. 1542 y ss.), o, para el contrato de obra (art. 1588 y ss.)⁷⁵³. Eso sí, recurriendo a la amplia interpretación que ha ido configurando progresivamente la jurisprudencia, ya que su tenor literal responde a unos planteamientos del todo obsoletos, e inaplicables a esta figura concreta.⁷⁵⁴

Los planteamientos expuestos sobre el contrato de arrendamiento de servicios, de obra o de mandato, de relaciones de dependencia o ejercicio independiente, podrán extrapolarse a aquellos otros técnicos y expertos (especialmente los Comisarios de Averías), que intervienen en el asesoramiento ante el siniestro marítimo, y que en ocasiones, formarán parte de la plantilla asalariada del Club, y otras veces, serán personal externo contratado al efecto para prestar tales servicios o emitir informes.

IV.1.1. Profesionales Jurídicos

El contrato de prestación de servicios jurídicos tiene por objeto “la defensa jurídica”. Esta actuación no se consume en un solo acto, sino que exige un seguimiento, un conjunto concatenado de actuaciones judiciales, extrajudiciales y/o mixtas, ya que cada

⁷⁵² OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 392-393.

⁷⁵³ REGLERO CAMPOS, L.F., cit., pp. 787-788.

⁷⁵⁴ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 394.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

una genera una reacción, que a su vez exige otra, dando lugar a un negocio complejo que se prolonga en el tiempo.

Se trata por tanto de una permanente sucesión de decisiones y actuaciones, que encajan a la perfección en ese asesoramiento jurídico que proporciona el personal del Club P&I, al que recurren de manera inmediata y reiterada los asegurados, a medida que se van desarrollando los acontecimientos. Y ello encaja en la definición de DEL ROSAL de esta defensa jurídica como: *“la gestión de un negocio constituido por la solución de un conflicto a favor de un determinado interés”*⁷⁵⁵.

La gestión de la defensa no es ajena al asegurado, auténtico titular del interés, sino que constituye *“una facultad de su círculo individual más íntimo, privativa de su personalidad jurídica”*⁷⁵⁶, y sólo podrá cederla si así lo impone una disposición legal, o en ejercicio de su autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Por ello, el abogado pone al servicio del cliente sus conocimientos técnico-jurídicos, y asume el compromiso de dirigir frente a terceros las diferencias y controversias, intentando mejorar la posición jurídica de aquel al que defiende, y en su caso, obtener un pronunciamiento firme y definitivo que reconozca sus pretensiones.

La función del abogado en *“la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”*⁷⁵⁷, se concreta en la obligación contractual de ejecutar esa defensa y asesoramiento de forma correcta, adecuada, diligente, pero sin abarcar un resultado concreto de éxito favorable a las pretensiones del cliente, pues el abogado no puede comprometer un resultado cierto en el pleito, en el que la decisión corresponde a un tercero, el órgano judicial o arbitral, y en el que la parte con pretensiones contrarias a las de su cliente también actuará con su Abogado, no pudiendo garantizar cada uno a su defendido el éxito de las pretensiones propias.

Por esto se concluye que la obligación que el abogado asume frente a su defendido es de medios, y no de resultado, de forma que el abogado cumple su obligación si realiza lo necesario para alcanzar el resultado pretendido, aunque no lo consiga; lo contrario llevaría, además, al absurdo de considerar que en todo pleito hay un abogado que cumple su

⁷⁵⁵ DEL ROSAL GARCÍA, R., cit. p. 43.

⁷⁵⁶ DEL ROSAL GARCÍA, R., cit. p. 44.

⁷⁵⁷ Art. 6 del EGA.

obligación, -el que ve satisfechas las pretensiones de su defendido-, y otro que no las cumple, el de la parte contraria que ve rechazadas las pretensiones del suyo.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, vienen calificando la actividad judicial del abogado como una obligación de medios, a partir principalmente del componente aleatorio que interviene en la consecución del fin pretendido por las partes (SSTS, entre otras, de 12 de diciembre de 2003 y de 30 de diciembre de 2002). De forma sintética, dice la STS de 27 de mayo de 2010 que: *“el deber de defensa no implica una obligación de resultado sino una obligación de medios, en el sentido que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador”*.

Esta relación jurídica entre abogado-cliente se ve afectada por la presencia de la aseguradora de defensa jurídica, que puede tener distintos tipos de vínculos –o ninguno– con el letrado que preste el servicio. En primer lugar, hemos de hacer referencia al supuesto en que el **abogado depende laboralmente de la compañía**.

El hecho de que el letrado trabaje para la compañía siempre ha planteado dificultades conceptuales, por cuanto, pone en entredicho la independencia profesional del abogado para dirigir el asunto como entienda conveniente, -a su libre arbitrio-, cuando al mismo tiempo, y como en cualquier relación laboral, ha de seguir las indicaciones de su empleador. En este caso, no se produce la aceptación del asunto por el profesional, ni surge una relación contractual entre el abogado y el cliente, por lo que tampoco será viable ni procedente la reclamación de los honorarios que se devenguen, ya que estos son satisfechos con cargo a su remuneración salarial. Aun así, el profesional actúa con absoluta autonomía en lo estrictamente profesional, pero subordinado en cuanto a sus obligaciones laborales a la aseguradora⁷⁵⁸.

Este supuesto se da especialmente en los Clubs P&I en la fase extrajudicial inicial cuando sus propios abogados internos asesoran *ab initio* a los miembros, tanto en la gestión de la controversia, como en la toma de pruebas y mediciones relevantes desde un primer momento, o en las comunicaciones imprescindibles con las otras partes implicadas.

⁷⁵⁸ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 395-396.

La defensa del asegurado puede articularse a través de **un abogado que tenga una relación civil o mercantil⁷⁵⁹ con la aseguradora.**

OLMOS PILDAÍN⁷⁶⁰ afirma que nos encontramos ante un contrato impropio a favor de tercero, porque sería la compañía aseguradora quien lo concierta en beneficio del asegurado, quien pasaría a un segundo plano, aun siendo el beneficiario de la relación asistencial y el destinatario de la prestación. Así, en el marco de la LCS sostiene la autora que el contrato sólo vincularía a la entidad aseguradora con el prestador del servicio, y solo aquella podría exigir su cumplimiento. En todo caso, y como quiera que el art. 1257 CC exige en los contratos a favor de terceros, el consentimiento del afectado, pero no establece que haya de ser necesariamente escrito, parece que se admite el consentimiento tácito del asegurado, desde el momento en que ha suscrito un contrato de SDJ precisamente para que le sean prestados ese tipo de servicios, o porque no ha ejercido su derecho a elegir abogado de su confianza.

Debe recordarse que en el marco del SMDJ no existía ese derecho a la libre elección de abogado como tal, porque era el Club el que en sus normas establecía expresamente que serán con carácter general los Managers quienes designen y contraten a los abogados que habrán de representar y defender los intereses de los Miembros⁷⁶¹. De manera que en coherencia con lo expuesto, con la solicitud de entrada en el Club, y el compromiso de acatamiento de sus normas, se ha producido ese consentimiento tácito al que hacíamos referencia en el párrafo precedente.

⁷⁵⁹ En relación con la calificación como relación civil o mercantil, GARCÍA- PITAL Y LASTRES afirma que se podrán calificar como contratos mercantiles aquellos supuestos en los que un empresario, a cambio de un precio, *"se compromete a realizar una serie de actividades o a prestar una serie de servicios, por encargo de otro empresario, o bien de un particular"*. Para ello, podrá valerse del *"auxilio de otras personas, de cuyas actuaciones responderá"*. La "mercantilidad" podrá afirmarse cuando al menos uno de los contratantes, específicamente organizado a tal fin, desarrolle una actividad empresarial, con ocasión de la cual se obliga a realizar una obra o prestar un servicio determinados. GARCÍA- PITA Y LASTRES J.L., "El contrato mercantil de servicios", *AFD da Universidade da Coruña*, Nº 1, 1997, pp. 309-312.

⁷⁶⁰ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 398.

⁷⁶¹ Sección 4(4) de la Clase II de las normas de The American Club; regla 36.1.2. de Skuld; regla 31.4.A de las FD&D Rules de Britannia; regla 7 de las especiales de FD&D del Club japonés; regla 20.1.1. de las FD&D Rules del London P&I Club; regla 26(2) de las FD&D Rules de Nepia; regla 11 de las normas de Shipowners; regla 8.4 de Standard, que aunque se incardina en las previsiones de la cobertura de P&I resulta de aplicación también en el caso de seguro de defensa; y la regla 9(1) de las normas de la Clase 2 del Club West of England. *Vid.* Apartado V.1.2 del Capítulo 5.

En el seguro marítimo de este tipo, la afirmación de contrato por tercero ha de ser matizada. La Asociación mutualista recoge en las citadas normas de FD&D, que abogados, peritos o cualquier otra persona designada por el Club, han de considerarse nombrados y empleados en todo caso por el Asociado a todos los efectos, abarcando aquellos supuestos en los que estos profesionales se contratan precisamente para informar a la entidad mutual y facilitarle cualquier documento o información, incluso, sin trasladárselo previamente al asegurado. Téngase en cuenta que cualquier opinión o dictamen que pudiesen proporcionar al asegurado, se entenderá proviene de un prestador del servicio independiente contratado por el Miembro, y que en ningún caso obligará al Club⁷⁶².

En relación con la defensa del asegurado **por abogado totalmente ajeno e independiente del asegurador**: será el asegurado el verdadero cliente de dicho profesional, y por tanto, el obligado a abonar los honorarios que se pudiesen general por los servicios prestados, y también, quien tiene derecho a exigirle el cumplimiento del contrato; sin perjuicio del derecho de reembolso de dichos gastos por el asegurador como consecuencia del contrato de SDJ⁷⁶³.

En el marco de la LCS, el pago puede producirse por el asegurador desde un primer momento en virtud del contrato de seguro, por considerarse deudor de su importe frente al asegurado. Este pago debe calificarse como pago por cuenta de otro, admitido como modalidad de cumplimiento de las obligaciones por el artículo 1158 CC, -aunque cuando no produzca las consecuencias inherentes de reembolso y subrogación del tercero-.⁷⁶⁴

El principio de “*first pay to be paid*” que imponen, con carácter generalizado, las normas de los Clubs, tanto en materia de defensa jurídica como para otras coberturas, condiciona esa doble posibilidad planteada respecto al SDJ “terrestre”; ya que no será opcional el pago desde un primer momento por el asegurado, sino que la obligación incumbe a este con carácter esencial, aunque el Club, tenga la potestad de autorizar, caso por caso, si se hace cargo del abono en primer lugar.

⁷⁶² A título ejemplificativo regla 31.4.A de las FD&D Rules de Britannia.

⁷⁶³ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 399.

⁷⁶⁴ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 400.

IV.1.2. Otros profesionales

El profesional característico de los siniestros marítimos es el Comisario de Averías o en su denominación inglesa, Marine Surveyor (o incluso en ocasiones, “Claim Agent”). Puede definirse como la persona, física o jurídica, nombrada por las compañías de seguros, en siniestros relacionados con el ramo de los transportes, que se encarga de constatar y evaluar un siniestro, estudiar y descubrir su causa, y cuando sea posible, determinar y cuantificar el alcance de los daños sufridos por las mercancías. Operan y deben desplazarse a cada puerto o punto de interior de interés logístico, del que parte o al que va destinado el tráfico de mercancías de que se trate.⁷⁶⁵

La Orden de 10 de julio de 1986 reguladora de los Peritos tasadores de seguros, Comisarios de averías y Liquidadores de averías, recogía la definición legal de la figura del Comisario de Averías, en unos términos similares a los expuestos: “*corresponde a los comisarios de averías, en el ámbito de los ramos de transportes (marítimo, terrestre y aéreo) la constatación de las averías de cascos y mercancías, la determinación de sus causas y su evaluación y certificación; asimismo podrán representar o asesorar profesionalmente a los asegurados, aseguradores o terceros en las operaciones de salvamento, de liquidación de los siniestros o de prevención de los riesgos*”.⁷⁶⁶

Con la anulación de esta Orden de 10 de julio, la única normativa aplicable era la previsión genérica en la D.A. 3ª del TRLOSSP,⁷⁶⁷ en cuyo apartado 1, se indicaban entre las funciones de los peritos en general, dictaminar las causas del siniestro, valorar los daños y demás circunstancias relevantes, y formular una propuesta de indemnización, y se remitía a los arts. 853, 854 y 869 del CCom para las funciones

⁷⁶⁵ RODRIGO DE LARRUCEA, J., *Manual del Comisario de Averías*, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, Ed. Iberediciones, Madrid, 1994, p. 23.

⁷⁶⁶ Esta disposición ha sido anulada en virtud de la STS de 7 de febrero de 1989 [RJ 1989,1089]. Mediante Orden de 2 de junio de 1989, se dispone el cumplimiento de la meritada sentencia, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso contencioso-administrativo nº 374/1986, promovido por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales [BOE nº 165, de 12 de julio de 1989].

⁷⁶⁷ DUQUE SANTAMARIA, L.P., “Respuesta a consulta sobre la normativa vigente para actuar como perito tasador de seguros”, *Documentos de la DGSFP, Ministerio de Economía y Hacienda*, 3 de abril de 2009.

[<https://www.dgsfp.mineco.es/profesionales/documentos/PERE%20ESTEVE.pdf>].

concretas de los Comisarios de Averías, que en el marco de la liquidación de la avería gruesa y simple, debían reconocer el buque, valorar las reparaciones pertinentes, y en su caso analizar los desperfectos de las mercaderías. Sin embargo, se delegaba en las organizaciones más representativas de las entidades aseguradoras el adoptar las medidas necesarias, establecer las líneas generales y los requisitos básicos para asegurar el nivel de formación y preparación de estos.

En la actualidad, es la D.A. 11ª de la LOSSEAR, la que establece la necesidad de que peritos de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías, tengan conocimiento suficiente en materia de pericia aseguradora, y señala la posibilidad de que la DGSFP desarrolle a través de la correspondiente Circular, los mecanismos de acreditación de conocimientos exigibles, algo que por el momento no se ha producido. La LNM por su parte, únicamente incluye una referencia a esta figura en el art. 426, como hemos comentado, respecto de la posible comunicación del siniestro tanto a él como al asegurador, sin ninguna concreción adicional.

El Comisario de Averías es un experto especializado en transporte marítimo, actuando a requerimiento de compañías de Seguros, Clubs de P&I, Armadores, o cualquiera que intervenga en la aventura común o expedición marítima, en siniestros de buques, tanto en virtud de pólizas de cascos, como por de transporte (daños en la carga), RC y Pólizas P&I, y también en la cobertura de defensa jurídica. Su nombramiento tiene como fin último determinar el origen de las causas del siniestro, pero para ello, será imprescindible realizar diversas actuaciones de investigación y comprobación⁷⁶⁸:

- existencia o no de daños;
- análisis e inspección de la naturaleza y alcance de los daños;
- análisis de la posible causa generadora de los daños,
- estudio sobre las posibilidades de reparación o recuperación, y
- valoración económica.

Las normas FD&D de los Clubs hacen referencia a estos *surveyors*, como una de las categorías de profesionales que los Managers podrán designar, y la expresión que utilizan es: “*abogados, surveyors, y otras personas*”. Ello nos permite concluir, que el

⁷⁶⁸RODRIGO DE LARRUCEA, J., cit., pp. 190-191.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

marco jurídico de contratación, prestación del servicio, margen de independencia, rendición de cuentas, y abono de honorarios de estos profesionales, será el mismo que el ya detallado al abordar el régimen jurídico de los abogados⁷⁶⁹.

Pero en un SMDJ, ¿tiene sentido esta figura? ¿es adecuada y necesaria la pericia de un Comisario de Averías, cuando el seguro marítimo lo es de “defensa jurídica”? A este respecto, debe considerarse que entre las funciones de los peritos en el ámbito del seguro, -no sólo el marítimo-, está el asesoramiento para precisar cuestiones del contrato de seguro cuando los objetos asegurados así lo requiriesen por su magnitud o complejidad.⁷⁷⁰

Pensemos en un ej. concreto: una reclamación relativa a la estiba inadecuada de la mercancía, que ha tenido como consecuencia que esta arribase en destino en condiciones no aceptables para el destinatario. El SMDJ tiene por objeto mantener indemne al asegurado al defender sus derechos y pretensiones legítimas, pero esa indemnidad no sería tal, si no se cubriesen todos los gastos que este se viese obligado a asumir, y entre ellos, a mi juicio, resulta imprescindible incluir un experto en examinar la ubicación de esas mercancías dañadas, la posible causa del daño y si esta es imputable o no al presunto culpable, si el nexo causal del perjuicio es claro o no..., algo que a ciencia cierta “escapa” al conocimiento y pericia del abogado especializado.

Atendiendo a las especiales circunstancias del caso, puede resultar necesario nombrar otros profesionales expertos en distintas ramas de conocimiento: ingenieros, biólogos, químicos... etc., que tengan la pericia imprescindible para determinar cuestiones como la contaminación de una carga de maíz, la oxidación de una determinada parte del buque o cualquier otra que haya originado la necesidad de asesoramiento objeto de cobertura. Las normas de las aseguradoras no establecen ninguna limitación o restricción a la tipología de la especialidad del profesional a nombrar o designar, a salvo claro está, de su conveniencia y/o necesidad, y de la aprobación de su intervención con carácter previo por el Club.

⁷⁶⁹ Vid. Apartado V.1.2 del Capítulo 5 y apartados III.1 y III.1.1. de este Capítulo 6.

⁷⁷⁰ BATALLER GRAU, J., *La liquidación del siniestro en los seguros de daños*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 1997, pp. 133-134.

IV.2.- La prestación del asegurador y las normas deontológicas de la Abogacía

A estas alturas de la exposición resulta indiscutible que será el Club, a través de sus Managers y, en su caso, del Comité, el que ostente la dirección y las decisiones relativas a la tramitación del siniestro, el que dirija instrucciones a los profesionales intervinientes, y a quien deban remitirse todas las aclaraciones, informaciones y datos de seguimiento. Ello nos conduce a la necesidad de abordar cómo interactúa esta realidad, aceptada por los asegurados y con gran aceptación en la práctica, con las normas deontológicas de la Abogacía, que establecen unos derechos y unas obligaciones muy específicas.

A los deberes del Abogado en relación con sus clientes se refiere el artículo 42 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el EGA que prevé:

“1. Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional.

2. El abogado realizará diligentemente las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto y pudiendo auxiliarse de sus colaboradores y otros compañeros, quienes actuarán bajo su responsabilidad.”

En concreto, entre tales deberes destacan los siguientes⁷⁷¹, que han sido extraídos de la STS de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651):

- a. El **deber de información** adecuada durante la vigencia de la relación contractual y también, con mayor fuerza, en el momento de la extinción.

En concreto, durante la sustanciación de un proceso, el abogado debe mantener puntualmente informado a su cliente de la marcha del mismo, de la conveniencia

⁷⁷¹ REGLERO CAMPOS, L.F., cit., pp. 787-789.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

o no de la presentación de recursos...etc. A su término, y en caso de desestimación de las pretensiones de su cliente, deberá de informarle de otros posibles cauces procesales en los que aquéllas pudiesen ser estimadas.

- b. El **deber de adecuada custodia** de todos los documentos, escritos, traslados y actuaciones que se derivan de la relación contractual y actuación profesional y, también con mayor intensidad, en el momento de la extinción, la entrega de toda aquella documentación al cliente.
- c. El **deber de devolución de la documentación al cliente**, sin perjuicio de reservarse copias.
- d. El deber de **conocimiento de la legislación y jurisprudencia** aplicables al caso, y su aplicación con criterios de razonabilidad.

El SMDJ no plantea grandes inconvenientes desde el punto de vista de la **libertad en la fijación de honorarios**. De manera que el abogado, cuando no sea designado por el Club, podrá acordar con el asegurado los honorarios que estime oportunos, pudiendo presentar en los hitos pactados la minuta acordada. Los límites cuantitativos por reclamación previstos en las normas de los Clubs P&I suponen un límite al reembolso, pero no limitan los honorarios aplicables a la relación abogado-cliente, de este modo, la libertad en su fijación queda respetada. En el supuesto de que los honorarios resultasen de importe superior al límite de cobertura, el asegurado deberá asumir directamente y sin posibilidad de repercusión en su asegurador la diferencia existente entre el límite fijado en el contrato y el importe a que finalmente asciendan los honorarios que le presente el letrado⁷⁷².

Dos aspectos sí merecen un comentario específico: la **libertad de los abogados para la dirección del proceso**, y el principio de confidencialidad abogado-cliente. El Art. 76 d) párr. 3º de la LCS prevé que la dirección técnica del asunto ha de corresponder sin excepción al asegurado, y así establece expresamente el deber de abstención de la compañía aseguradora de dar instrucciones a los profesionales. Este deber no afecta únicamente a la dirección técnica, sino también al poder de decisión que corresponde al

⁷⁷² OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 405-406.

asegurado y, en general, a todos los aspectos de la relación que abogado y procurador mantienen con su cliente; además, es siempre exigible –con independencia de quien designe a los profesionales- en lo que afecta a la dirección técnica y jurídica del asunto⁷⁷³.

La libertad e independencia del letrado para el desempeño de su trabajo de la mejor manera que considere conveniente está reconocida en la normativa deontológica de la profesión. Así, y a este respecto, se refieren los artículos 2 y 3 del Código Deontológico de la Abogacía Española, en los siguientes términos:

“Artículo 2.3. El abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores.

Artículo 2. 4. La independencia del abogado le permite rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia.

Artículo 3. 1. El abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes.”

En unos términos similares se pronuncia el art. 2 del Código de Deontología de los Abogados Europeos⁷⁷⁴, que enuncia la necesidad de esa independencia absoluta, tanto en la actividad judicial como la extrajudicial, por la diversidad de obligaciones que implica el desarrollo de su profesión, para contribuir al sentido de Justicia y a la imparcialidad del juez. Se concreta además, que no podrá tener ningún tipo de presión,

⁷⁷³ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., pp. 404- 405.

⁷⁷⁴ Este Código de Deontología de los Abogados europeos ha sido adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988, y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

ni de sus propios intereses, ni de influencias externas. En consecuencia, tiene pleno amparo deontológico para desechar recomendaciones del cliente, o de terceros, si a su juicio, y según sus criterios profesionales resultan irrelevantes o intrascendentes para una adecuada defensa de los intereses.

Esta libertad, se determina asimismo en el artículo 437 de la LOPJ y el artículo 33.2 del EGA, que lo sitúan en el territorio de la de inmunidad (no total), y se define como “*el derecho a decidir y ejercer con absoluta libertad, sin ningún tipo de injerencia y según su mejor y más leal saber y entender técnico – jurídico*”. Ello no implica ni puede entenderse que un abogado que haya mantenido un litigio, luego perdido, haya incurrido por ello en una infracción o dejación de sus obligaciones de defensa o diligencia, pues “*la propia existencia y necesidad de la función jurisdiccional viene justificada por la existencia de conflictos cuya solución solo es posible en un proceso contradictorio*”.

En este punto, resulta nítida la colisión que podría producirse entre las directrices e instrucciones del Club a los letrados designados⁷⁷⁵, -tanto por la propia Asociación, como por el Miembro-, y su propia independencia para prestar los servicios que le han sido contratados, en la manera que libremente, y sin injerencias, considere mejor para defender los intereses del asegurado en la controversia.

Entendemos sin embargo, que a pesar del amplio margen de discrecionalidad y facultades del Club, que son indiscutibles respecto a la decisión sobre aceptar o no la cobertura del siniestro, sí tendrían un límite claro en cuanto a las directrices a profesionales: no podrían atender contra los intereses del Miembro. Es decir, el Club va a tomar las decisiones que corresponderían al asegurado, tales como, abandonar la negociación extrajudicial, y determinar el momento de ejercicio de acciones ante los juzgados, aceptar una rebaja en una indemnización ofertada por la contraparte, establecer los límites marco de negociación...; pero, en ningún caso, podría dar instrucciones a los profesionales que debilitasen la posición jurídica del asegurado, perjudicando la prosperabilidad de sus acciones o medios de defensa. En caso contrario, se afectaría a la esencia misma del seguro, y se dañaría ya no sólo el patrimonio del asegurado individualmente considerado, sino indirectamente al propio conjunto de Miembros.

⁷⁷⁵ Vid. Apartado II de este Capítulo donde se desarrollan las distintas potestades de los Managers y el Comité en relación con la gestión del siniestro.

El deber de **confidencialidad y secreto profesional** en las relaciones abogado- cliente, se recoge en el art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía española, y en el art. 2.3 del Código de Deontología de los Abogados Europeos, que lo configura como un derecho y una obligación fundamental y primordial, ya que en caso contrario, será realmente complejo que pueda existir la confianza imprescindible para que el cliente se sincere, y el letrado conozca la realidad de los acontecimientos, en nuestro caso, en torno al siniestro.

A este respecto, se plantea un problema deontológico delicado. La solución debe pasar por una previa delimitación entre lo que debe considerarse –en el marco del SDJ- información sujeta al secreto profesional y cuál quedaría fuera de ese marco de especialísima protección. Entra dentro de lo razonable que el asegurador quiera estar informado, ya que ello le permitirá conocer: la cobertura del siniestro, las posibilidades de éxito del asunto, y en su caso, el alcance de la prestación⁷⁷⁶.

Pero también, por otro lado, parece razonable, que el asegurado desee confiar únicamente al letrado que le defienda determinadas cuestiones más sensibles, que incluso sin suponer fraude para la aseguradora, pudiesen afectar a aspectos de su actividad comercial, datos de clientes, proveedores, condiciones de los fletes, descuentos aplicados... etc. que no desea puedan “filtrarse” a competidores en el mercado. Información que sin embargo, resultaría imprescindible para que el Club valore la sostenibilidad de la pretensión.

Por el especial papel predominante y director que tiene el asegurador marítimo en este ámbito, podría llegar a justificarse esa afectación al deber de confidencialidad y secreto profesional tradicional en la relación abogado-cliente. Aunque tal y como se configura la relación contractual entre el Club y el Miembro desde su inscripción, lo que se produce en realidad es una autorización *ex ante* para que la compañía aseguradora pueda tener acceso a toda la información relevante y trascendente durante la gestión y tramitación del siniestro, con independencia de su carácter privado y confidencial, lo que se acentúa con la práctica habitual de la designación de los abogados del Club.

⁷⁷⁶ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 403.

IV.3. Responsabilidad del asegurador por los daños y perjuicios causados al asegurado con ocasión de la prestación de servicios jurídicos

Como cualquier persona, los profesionales en el ejercicio de su actividad responden de los daños y perjuicios que pudieren causar. En cuanto al régimen de responsabilidad, debe buscarse en el propio de la específica modalidad contractual de que se trate, y en el general de las obligaciones contractuales (arts. 1101 ss. CC), y para las embarcaciones de recreo, también el recogido en los arts. 128 y ss. del TRLGDCU.

A mayor abundamiento, el artículo 78 del EGA prevé un régimen específico de responsabilidad de los Abogados, al establecer:

“2. Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio”.

Ello nos conduce a afirmar que para que el abogado responda contractualmente, según las previsiones del art. 1101 del CC, habrá que acreditar⁷⁷⁷:

- la existencia previa de una relación contractual entre abogado y cliente;
- una acción u omisión culposa del abogado en el cumplimiento de sus obligaciones;
- una conducta jurídica o imputable subjetivamente, es decir, su actuación ha de ser contraria a Derecho;
- un daño derivado de esa acción u omisión;
- y el nexo causal entre la acción u omisión antijurídica del profesional, y el daño ocasionado al cliente.

Así, a pesar de que al igual que en todas las profesiones existe una enorme diferencia de pericia, formación y experiencia entre los diferentes profesionales, la jurisprudencia recoge que sí existe un particular deber de diligencia del abogado. En concreto,

⁷⁷⁷MONTERROSO CASADO, E., “La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos”, *SABERES, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, nº 3, 2005, pp. 6-8.

podemos citar, la STS de 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 819), según la cual los artículos 53 y 54 del Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía (actual 42 del EGAE), imponen al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación.

En consecuencia, el abogado incurre en responsabilidad no por tener una formación o pericia inferior a otros abogados, sino cuando en el concreto asunto que lleve su actuación no alcance la diligencia que es exigible, o bien, cuando no alcance el mínimo de diligencia exigible a cualquier abogado, y esto, puede materializarse en algo tan evidente como la ausencia de práctica de prueba alguna, o en la omisión en la demanda de numerosos elementos de convicción esgrimidos a lo largo del procedimiento extrajudicial previo, a lo que se podría añadir la falta de información y/o de devolución de documentación⁷⁷⁸.

Como señala la STS de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998,8587): *“A lo que está obligado el abogado es, pues, a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (artículo 1258 CC). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no equívocas (FD 3º).*

El art. 1098 del CC hace referencia tanto al incumplimiento absoluto del deber de hacer, como al incumplimiento defectuoso. Por tanto, no es descabellado pensar, ante la ausencia de prestación del servicio de defensa jurídica, en la posibilidad de optar por *“mandar ejecutar el servicio a costa del asegurador”*, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios que pudiera corresponder. Aun así, en el primer supuesto, no bastaría con designar a otro profesional y remitir la factura de honorarios a la aseguradora, normalmente es imprescindible un procedimiento judicial que declare tal obligación de pago, perdiendo la agilidad esencial de los seguros de prestación de servicios.⁷⁷⁹

⁷⁷⁸ REGLERO CAMPOS, L.F., cit., pp. 787-789.

⁷⁷⁹ BATALLER GRAU, J., “Hacia una tercera clase de contrato de seguro: los seguros de prestación de servicios”, en *La reforma del Derecho del Seguro*, Ed. Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 110-111.

VI.- EL CONTRATO- PARTE III: EL SINIESTRO

Cuando en la relación contractual abogado- cliente interactúa también la figura del asegurador, resulta indudable que este último también podrá ser responsable, por los daños y perjuicios que haya ocasionado la negligente actuación de un abogado que trabaje para la compañía, siempre que el acto dañoso tenga, de algún modo, relación con su actividad. Esta responsabilidad, amparada en el artículo 1903.4 CC, sería de naturaleza extracontractual y tendría su fundamentación legal en la *culpa in eligendo*, revestida de matices objetivos⁷⁸⁰. Si el daño se produjese por una negligencia ajena al servicio en sí, (por ej. pérdida de la documentación), la responsabilidad del asegurador habría de reputarse asimismo extracontractual, con fundamento jurídico en el ya citado art. 1903.4 del CC.

El presupuesto indispensable de este tipo de responsabilidad es una relación jerárquica o de dependencia entre el causante material del daño y la empresa⁷⁸¹. Pero, ¿qué ocurriría cuando el Club P&I designa o autoriza la intervención de un letrado con el que no tiene relación laboral alguna?

La respuesta que proporciona la jurisprudencia española es que no cabe limitar la operativa de la responsabilidad por hecho ajeno a los casos de relación laboral, jerarquía o subordinación, ya que puede tener lugar en el ámbito del arrendamiento de servicios (STS de 3 de octubre de 1997, RJ 1997, 7089; y STS de 2 de noviembre de 2001, RJ 2001,9641), o de otros tipos contractuales. Entendemos que a los Clubs de P&I siempre les será imputable responsabilidad, por cuanto, se comprenden en los supuestos de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, aquellos en los que “*la persona a quien se imputa la culpa in vigilando tiene o se reserva la dirección, control, intervención o vigilancia en la actividad desplegada de otro*”⁷⁸².

Lo imprescindible es el nexo entre el profesional y la aseguradora, por la que esta última tiene, o se reserva, facultades para impartir órdenes e instrucciones a aquel, algo que como ha sido detallado, es una constante en todas las normas de estas mutualidades marítimas para prestar la cobertura de defensa jurídica, respecto de los profesionales intervinientes, por lo que en última instancia serán siempre jurídicamente responsables de la negligencia del abogado.

⁷⁸⁰ OLMOS PILDAÍN, A., *El Seguro de Defensa...*, cit., p. 413 y 418.

⁷⁸¹ STS de 31 de octubre de 1998, [RJ 1998, 8164].

⁷⁸² STS de 30 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10565] y STS de 17 de marzo de 2009 [RJ 2009,1990].

CONCLUSIONES

I.- El Proceso es una auténtica fuente de riesgos para el ser humano, pero en el Derecho Marítimo revisten especial trascendencia, sin que pueda perderse de vista que precisamente aquellos derivados de la navegación han sido calificados por las normas que les resultan de aplicación, como “de grandes riesgos”, nomenclatura al servicio de la propia naturaleza del buque y la expedición marítima.

II.- En los principales foros del Derecho Marítimo, -Reino Unido y EEUU-, se ha ido configurando una “aparente” especialización de la jurisdicción en este ámbito, que en la actualidad, se refleja en la Queen`s Bench Division de la High Court en Reino Unido (dentro de ella, la Admiralty Court y la Commercial Court), y las Cortes Federales de Distrito en EEUU; órganos judiciales que tienen atribuida la competencia para enjuiciar las controversias marítimas, denominadas de “Admiralty”.

En el *Common Law* se ha mantenido la distinción de las *acciones in personam* y *acciones in rem*, aunque la trascendencia de estas últimas en el ámbito marítimo es fundamental, ya que permiten que la demanda sea dirigida directamente contra el buque, teniendo prioridad sobre cualquier otra reclamación contra el propietario, y la resolución definitiva confiere un auténtico título de propiedad. Aunque sea difícil de apreciar con total claridad para juristas del Derecho Civil continental, estas *acciones in rem* no son meramente procesales, sino que tienen conexiones con el fondo del asunto, sobre la base de lo que nosotros consideraríamos un derecho real.

III.- En el caso español, la aprobación y entrada en vigor de la LNM ha mejorado relativamente la situación anterior, aunque los procedimientos marítimos cuentan únicamente con algunas especialidades procesales en materia de embargo preventivo y venta judicial de buques, así como en materia de limitación de responsabilidad por créditos marítimos, añadiendo la LNM la posibilidad de tramitar determinados expedientes ante un fedatario público, y la especialidad de ser competencia de los Juzgados de lo Mercantil, entre otras muchas materias.

La legislación procesal marítima se encuentra ciertamente fragmentada en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo acudir tanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, - que no

prevé mecanismos procesales adecuados para atender a las especialidades del Derecho Marítimo-, como a las escasas especialidades procesales previstas en la LNM. A ello se une una cuestión adicional, porque pese a que la Teoría General del Proceso es la misma en las distintas ramas jurídicas, (la acción, la pretensión, la legitimación de las partes...), como este seguro proporciona cobertura frente a cualquier tipo de procedimiento, también tendrán que ser tenidas en cuenta las distintas leyes procesales en el ámbito laboral, penal, contencioso y civil.

IV.- Poniendo en relación los elementos diferenciadores del Derecho marítimo, con los inconvenientes de los procesos jurisdiccionales y extrapolándolos al SMDF, resulta fácilmente comprensible que cuando esos procedimientos tienen por objeto intereses en relación con un buque, sus mercancías, y/o su personal en el sentido más amplio de estos términos, se produce un *efecto multiplicador de los riesgos*. Y ello en cuanto a las sumas máximas que habrán de ser objeto de cobertura para proteger la auténtica indemnidad de los asegurados, la complejidad de los procedimientos, pero también afecta a los profesionales intervinientes que deberán disponer de una formación y conocimientos técnicos específicos, todo ello, adaptado a la dimensión espacial y geográfica transnacional de este tipo de conflictos.

V.- Precisamente por los motivos expuestos, en el ámbito marítimo internacional el arbitraje ha alcanzado gran difusión como método alternativo de resolución de controversias, porque permite a las partes contratantes elegir como árbitros a personas o instituciones especializadas en la tipología de controversias marítimas, pero también concede libertad para decidir el foro, el Derecho aplicable, e incluso qué tipo de procedimiento, una clara ventaja frente a la rigidez de los procedimientos jurisdiccionales por definición.

VI.- El riesgo aleatorio que cubre el SDJ consiste en resultar afectado por un procedimiento de cualquier tipología, tanto judicial como extrajudicial, por lo que *a priori* pudiera parecer que ese riesgo es idéntico tanto en el SDJ digamos “terrestre” como en aquel que se origina como consecuencia u ocasión de la navegación marítima. Es más, incluso podría apuntarse que la cobertura es idéntica en uno y otro caso, porque en última instancia, se materializaría en indemnizar los gastos de defensa y asesoramiento asumidos por el asegurado, o bien, en prestarle directa, –a través de

CONCLUSIONES

personal laboral propio de la aseguradora-, o indirectamente, –a través de terceros-, el referido servicio de defensa y asesoramiento.

Sin embargo, podemos afirmar que la institución jurídica objeto de estudio existe como “marítima” porque se somete a unas fuentes de Derecho determinadas y diferenciadas de los “seguros terrestres”, y porque los riesgos a los que presta cobertura son realmente marítimos “por contagio”, contagian de dicha “maritimidad” al propio contrato de seguro de defensa jurídica. El art. 409. e) de la LNM, posibilita como objeto de seguro marítimo “*cualquier interés patrimonial legítimo, que se halle expuesto a riesgos de la navegación marítima*”, a lo que se une la exclusión del ámbito de aplicación de la LCS, los “*litigios o riesgos que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas*”, tal y como recoge el art. 76.g) 3º de la LCS.

VII.- A la vista de la conclusión anterior podemos afirmar que el riesgo asegurado es efectivamente, el poder resultar afectado por un procedimiento judicial o extrajudicial del que derive la necesidad de asesoramiento, pero con un rasgo fundamental: las relaciones jurídicas de las que este procedimiento puede traer causa, vendrán determinadas y condicionadas por la navegación marítima, con todo lo que a ella resulta inherente (internacionalidad, grandes riesgos, acumulación de capitales, regímenes legales basados en normas eminentemente dispositivas y en la autonomía de la voluntad, ... etc.).

En primer lugar, el SDJ ha sido autónomo desde que se separó del seguro de responsabilidad civil, y si a ello le añadimos el elemento marítimo, se verifica la existencia del SMDJ como institución jurídica autónoma y diferencial, a pesar del silencio de los textos legales al respecto.

VIII.- No existe impedimento para que el SMDJ pudiese ser explotado por cualquier tipo de empresa o sociedad autorizada a tal efecto, las aseguradoras que típicamente proporcionan este tipo de cobertura en el mercado internacional son, en exclusiva, los Clubs de P&I, entidades mutuales a prima variable, prohibidas en España por la Disposición Transitoria Primera de la LOSSEAR, aunque entre los armadores españoles es habitual que aseguren sus riesgos de protección e indemnización en una compañía aseguradora española, incorporando una cláusula P&I a su póliza, y la compañía reasegura a su vez, dichos riesgos en un Club, mediante un contrato de reaseguro

ordinario, por lo que no existe inconveniente alguno en articular del mismo modo la cobertura de defensa jurídica marítima.

IX.- El hecho de que la aseguradora sea un Club de P&I condiciona absolutamente los elementos personales y formales de los seguros que comercializa, (H&M, P&I, War Risks...), y en coherencia, también el SMDJ, al que se denomina FD&D. En la actualidad, además de los treces Clubs que forman parte del IGP&I, existen tres Asociaciones especializadas en defensa jurídica marítima: UK Defence Club, Nordisk Defence Club y la German Shipowners Defence Association.

Estas aseguradoras se caracterizan por una estructura jerárquica con un auténtico Consejo de Administración (los Directores), y un equipo de Managers o Gerentes que se encargan de coordinar y gestionar las labores ejecutivas del día a día, personal con un alto grado de especialización, no sólo en cuestiones asegurativas, sino también marítimas, lo que sin duda ha sido determinante para su desarrollo a nivel mundial.

En el otro lado de la relación jurídica se sitúan los asegurados, principalmente armadores y fletadores, expuestos a controversias y litigios derivados de la navegación marítima, derivada de la propiedad del buque, o de la explotación comercial del mismo. Las normas de los Clubs permiten, en general y también para el seguro que nos ocupa, que puedan asegurar sus intereses sobre el buque, los *Joint Members* (Miembros Conjuntos), que serán aquellas personas que figuren ya en la propia solicitud inicial de seguro por ostentar intereses sobre el mismo buque; los *Associated/Affiliated*, terminología que se refiere a aquella persona o compañía “afiliada” o asociada con un Miembro a la que se extiende el beneficio de la cobertura otorgada por la Asociación, y finalmente, los *Co-assureds*, es decir, cualquier persona interesada en la operación, dirección, gestión o tripulación del buque asegurado, la sociedad holding o el beneficiario efectivo del Miembro, e incluso, el acreedor hipotecario del buque.

X.- En cuanto a los elementos formales, en el SMDJ no se emite una póliza particular y específica para cada asegurado, sino que este solicita la entrada en el Club, y una vez que es aceptado como Miembro, recibe un Certificado de Inscripción en la Clase que corresponda, documento que acredita la existencia del contrato de seguro. Una vez formalizada la inscripción el asegurado se somete al cumplimiento de todas las normas y reglas (*Rules*) del Club de P&I.

CONCLUSIONES

La adhesión del asegurado a la norma impuesta por el Club, parece contradecirse con el equilibrio contractual e igualdad negociadora *inter partes* que se proclama como característica *quasi* fundamental y constante de los seguros marítimos. Y aunque en cierto modo es así, podría explicarse en atención a la especial condición que tienen los asegurados en estas entidades mutuales, siendo al mismo tiempo, aseguradores y asegurados, y viéndose obligados por tanto, a velar por la solvencia y el sostenimiento financiero del Club, en paralelo a la eventual reclamación de las indemnizaciones que pudiesen corresponderle.

XI.- La cualidad de que el SDJ sea marítimo condiciona la legislación aplicable, los riesgos cubiertos que estarán vinculados inexorablemente a la navegación, pero no desnaturaliza, a mi juicio, los elementos comunes con el riesgo y la naturaleza jurídica del SDJ “terrestre” en cuanto se trata de seguro de asunción de gastos, de reparación del daño causado a la esfera patrimonial del asegurado por tener que abonar esa deuda de servicios de abogados, peritos y otros profesionales que hayan tenido que intervenir en el conflicto o discusión motivadora de la necesidad.

Además, este seguro adquiere virtualidad práctica mucho antes de que se emita esa eventual factura en concepto de servicios profesionales; en concreto, desde el mismo momento que surge la necesidad de recurrir a los mismos. De hecho, la cobertura proporcionada por el asegurador no siempre reside en el abono en metálico de ese importe, sino en una contraprestación *in natura* consistente en prestar el asesoramiento y los profesionales, es decir, un mecanismo de reparación específica.

XII.- La definición y concreción que se hace de los riesgos incluidos en la cobertura del seguro FD&D es amplia y genérica, no distinguiendo unos procedimientos marítimos de otros, abarcando todo tipo de procedimientos en distintos órdenes jurisdiccionales y extrajudiciales, o incluso arbitrales, tanto recursos administrativos como otras actuaciones en esta vía, así como inspecciones de cualquier tipo, siempre y cuando puedan tener una repercusión económica en el patrimonio del miembro del Club, o en su *status* jurídico, y el asegurado precise asesoramiento jurídico.

En atención al tipo de servicio o asesoramiento, y a pesar de que su denominación hace referencia a los gastos de defensa, estas entidades aseguradoras, no sólo ponen a disposición de sus asociados abogados especializados en cuestiones marítimas, sino que atendiendo a su conveniencia y necesidad en el caso concreto, incluiría cualquier otro

tipo de técnico como químicos, ingenieros, o Comisarios de Averías, o incluso la representación del Asociado ante autoridades, investigadores forenses o de cualquier otra índole; ya que una importante ventaja competitiva de este tipo de aseguradores, es que cuentan con agentes y representantes en los puertos más importantes de todo el mundo.

Las *Rules* más desarrolladas de los Clubs de P&I sí especifican para la cobertura de defensa jurídica, algunos ejemplos de aquellos motivos que pueden dar lugar a la necesidad de la cobertura, pero se trata de listas no exhaustivas ni de carácter taxativo, que finalizan con una cláusula *ómnibus*, que permite que cualquier otra cuestión, sometida al consentimiento del Comité, pueda ser objeto de cobertura, y que en su caso, podría amparar una eventual necesidad de defensa jurídica en un procedimiento por ej. de defensa de la competencia por una presunta práctica concertada entre varios armadores, o una posible reclamación de responsabilidad patrimonial del legislador por un cambio de normativa que perjudique los beneficios esperados respecto de un determinado contrato ya firmado.

XIII.- La previsión de las exclusiones en el SMDJ tiene una doble naturaleza. Por un lado, con carácter general, se excluye la cobertura en aquellos supuestos en que los costes de defensa, estuviesen cubiertos a través de otra tipología de seguros (P&I, H&M, War o Strike Risks... etc.), previsión innecesaria, porque no tendría sentido duplicar el coste económico para la entidad aseguradora en relación con el mismo siniestro, produciendo un enriquecimiento injusto para el asegurado, quien a la postre también se vería perjudicado por las eventuales cuotas diferidas o extraordinarias a ingresar a la aseguradora.

En segundo lugar, se contienen en las Normas algunas exclusiones específicas, vinculadas al incumplimiento de obligaciones por parte del asegurado: impago de cuotas, procedimiento para el que no se cuente con autorización previa de la administración, o reclamaciones cuando el Miembro debería haber sabido, que estaba infringiendo normas, regulaciones o acuerdos relativos a la seguridad, navegación, normativa portuaria... etc.

Finalmente, se excluyen los procedimientos en los que pudiese ser parte el asegurado, cuando sean consecuencia de actuaciones ilegales, peligrosas o impropias (buques de perforación, extracción de muestras u operaciones de producción de gas y crudo, buques

CONCLUSIONES

utilizados para incineración y vertido de residuos, buques utilizados para operaciones especiales como dragado, explosiones... etc.).

XIV.- Una de las divergencias más llamativas del SDJ regulado por la LCS y el SMDJ sometido a las normas de los Clubs P&I son las restricciones a los derechos al asegurado que prevén estas últimas, máxime cuando una de las preocupaciones fundamentales durante la gestación de la *Directiva 87/344/CEE*, era garantizar la protección al asegurado de defensa jurídica, frente a los posibles conflictos de intereses con el Club y a los intereses particulares de este cuando prestaba los servicios de asesoramiento a través de su propio personal en empresas multirramo.

A este respecto, una de las conclusiones más evidentes que se desprende del análisis de las distintas normas reguladoras de los Clubs en relación con este seguro, es que no existe un derecho a la libre designación de profesionales tanto abogados, como peritos o cualquier otro, por cuanto la designación está atribuida a los Gerentes, quienes además, tienen la facultad de dirigir y dar instrucciones de seguimiento del procedimiento que se trate, con amplio margen de discrecionalidad. La única concesión que se hace al asegurado en este sentido, es la posibilidad de obtener previa autorización y consentimiento de la Asociación, para elegir un profesional concreto.

A diferencia de las previsiones del art. 76, apartados d) e) y f) de la LCS que contemplan el derecho del asegurado de someter a arbitraje cualquier diferencia o discrepancia con el asegurador, en el SMDJ no se confiere tal derecho ni facultad de elección al asegurado, sino que las propias normas de los Clubs imponen procesos concretos para solventar cualquier tipo de discrepancia o conflicto de interés, y a salvo de determinadas particularidades en algún caso concreto, predeterminan la sumisión de tales cuestiones primero al Comité, y a continuación a arbitraje en alguna de las instituciones arbitrales marítimas de referencia a nivel mundial, como pueden ser la LMAA británica o la SMA estadounidense.

XV.- La determinación del momento del siniestro y su duración es problemática tanto en el SDJ como en el SMDJ, porque es difícil establecer *a priori* cuándo exactamente el riesgo se materializó en siniestro, porque la prestación de defensa jurídica se prolonga en el tiempo y se verifica a través de una concatenación de actos y trámites, encaminados a obtener un resultado favorable para el asegurado, cuya duración es del todo indeterminable con carácter previo.

En el ámbito marítimo, se produce un inconveniente adicional, la expedición en sí misma, que conlleva el transcurso de un lapso de tiempo durante el que el asegurado, armador o fletador, puede no tener acceso a toda la información precisa. Por ej., aunque existen dispositivos electrónicos que permiten ubicar el buque, y tener comunicación instantánea, el conocimiento de que por ejemplo la carga se haya movido en la bodega dañándose, puede no ser inmediata.

Como quiera que la notificación al Club opera de manera automática, podría situarse esa necesidad de asistencia jurídica y técnica, en el momento de la comunicación de la cuestión suscitada por parte del armador o fletador. En cualquier caso, los aseguradores prevén con mayor detalle los hechos que deben suceder dentro de la vigencia del seguro para tener derecho a la cobertura, que en delimitar con exactitud aquel acontecimiento que implique la necesidad de asistencia jurídica.

XVI.- Otra diferencia sustancial respecto del régimen jurídico establecido en la LCS, viene íntimamente vinculada a la estructura orgánica y las amplias facultades otorgadas al Comité y a los Gerentes, y es que una vez declarado el siniestro, aquél, y en virtud de delegación los Managers, tiene la decisión última de si una reclamación debe o no ser atendida por el Club, pudiendo rechazarla con total libertad, y sin necesidad de fundamentar tal decisión, cuando así lo considere, así como reducir la suma pagadera por la Asociación con respecto a la reclamación.

Algunos de los elementos de juicio para adoptar este tipo de decisiones serían: la siniestralidad del Miembro, que este haya mantenido una actitud reprochable, la cotización satisfecha en ese año de póliza, y sobre todo, que la postura jurídica a defender tenga pocas posibilidades de prosperar; o incluso, aunque las tuviese, cuando la insolvencia de la contraparte implicase que una resolución favorable no podría ser ejecutada con éxito.

XVII.- Llama la atención la falta de previsión legislativa del SMDJ, en cualquier texto legal relativo a seguros marítimos, en los principales foros analizados, España, EEUU y Reino Unido. Sobre todo, en comparación al tratamiento, estudio, análisis y regulación del SDJ “terrestre” en el ámbito comunitario y continental, cuando el primer Defence Club data del último tercio del siglo XIX, mientras los antecedentes del seguro de defensa jurídica terrestre los encontramos en el primer tercio del siglo XX.

CONCLUSIONES

A la vista del funcionamiento de este seguro en el marco de los Clubs de P&I, puede explicarse ese silencio legislativo por la autosuficiencia de las partes para autorregular las condiciones en que se presta la cobertura, y sobre todo, porque a diferencia de los consumidores a los que había que proteger en el ámbito comunitario de hipotéticos abusos de las aseguradoras, tradicionalmente se ha percibido a los armadores y fletadores en situación de igualdad con las aseguradoras, algo que algunas voces han empezado a cuestionar en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Thompson- Aranzadi, Navarra, 2003 (cit. Derecho Procesal Civil...).

AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, M., PÉREZ RAGONE, A., VARGAS PAVEZ, M., “Informe del XIV congreso mundial de la asociación internacional de derecho procesal: El justo proceso en examen (Procedural Justice)”, *Ius et Praxis*, 2011, vol. 17, nº 2, pp. 349-370.

ALCAMI, R., “El arbitraje marítimo internacional en las Reglas de Rotterdam”, *Rev. Boliv. de derecho* nº 22, julio 2016, pp. 144-173.

ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M.V., “Intervención notarial en expedientes de derecho marítimo”, *Revista Notario del siglo XXI*, Nº 60, marzo 2015.
[<http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4057-intervencion-notarial-en-expedientes-de-derecho-maritimo>].

ALONSO LEDESMA, C., *Los privilegios marítimos*, Ed. Civitas, Madrid, 1995 (cit. *Los privilegios...*).

- “Capítulo 5: Viejos y nuevos problemas de los privilegios marítimos”, en *Estudios de Derecho Marítimo*, GARCÍA- PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 293-315.

ALONSO SOTO, R., “La culpa del asegurado como riesgo asegurable en el Derecho español”, *R.D.M.*, Nº 140-141, 1976, pp. 223-282.

ALONSO, M., “1908 Año de Oro del seguro español”, en la web *Historia del Seguro. La historia del seguro en España*, 2014, [<http://www.historiadelseguro.com/articulos-publicados/1908-ano-de-oro-del-seguro-espanol>].

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2000.

- *Las cláusulas Paramount: autonomía de la voluntad y selección del Derecho aplicable en el transporte marítimo internacional*, Ed. Eurolex, Madrid, 1997 (cit. *Las cláusulas Paramount...*).

ANDERSON, P., “Freight, demurrage and defence. The legal costs insurance”, *Seaways*, Ed. London Nautical Institute, October, 1999, pp. 3-5.

ANTOS BRIZ, J, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Vol. I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano I. Parte General. Derechos Reales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988.

ARROYO MARTÍNEZ, I., “El Derecho Marítimo. Derecho especial o derecho de especialización”, *A.D.M.*, Bilbao, 1996.

- “Problemas jurídicos relativos a la seguridad de la navegación marítima (Referencia especial al Prestige)”, *A.D.M.*, Vol. XX, 2003, pp. 23-62.
- *Curso de Derecho Marítimo*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

ARROYO MARTÍNEZ, I., (dir) y RUEDA MARTÍNEZ, J.A., (dir), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016 (cit. *Comentarios a la Ley 14/2014...*).

BARONA VILAR, S. “Resolución de Controversias en el Comercio Internacional”, en ESPLUGUES MOTA, C., (coord), *Contratación internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 851.

- *Medidas Cautelares en el arbitraje*, Ed. Civitas, Madrid, 2006 (cit. *Medidas cautelares...*).

BATALLER GRAU, J., *La liquidación del siniestro en los seguros de daños*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 1997.

BATALLER GRAU, J., LATORRE CHINER, N., OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los Seguros Privados*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007.

BATALLER GRAU, J., VERCHER MOLL, J., “La aplicación de la Ley de Contrato de Seguro al Seguro Marítimo”, en GARCÍA- PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., *Estudios de Derecho Marítimo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 979-996.

BAATZ, Y., “The Conflict of Laws”, en INSTITUTE OF MARITIME LAW, *Southampton on Shipping Law*, Ed. Informa Law, 2008, pp. 1-43.

BAUGHEN, S., *Shipping Law*, Ed. Routledge Cavendish, Oxfordshire, U.K., 2009.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Comentario al artículo 1256” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., (coor), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 1499- 1500.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1254”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p.1497.

BERMANN, G.A., “The use of anti-suit injunctions in international litigation”, *Colum J. Transnat'l L.*, vol. 28, 1990, pp. 589-631.

BERNARDINI, P. “The Role of the International Arbitrator”, *Arbitration International*, Vol. 20 (2), 2004, pp. 113-122.

BONARDELL LENZANO, R., “Certificación pública de determinados expedientes de Derecho Marítimo”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 781-805.

BRÜCK y MÖLLER, H. “*Kommetar zur Versicherungsvertagsgesetz und zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Vericherungsvermittlerrechts*”, I, Berlin, 1961.

BRUNETI, A., *Derecho Marítimo Privado Italiano*, Vol III, 2ª Parte, Bosch, Barcelona, 1951.

BURKE, R.E., “An introduction to Marine Insurance”, *The Forum (Section of Insurance, Negligence and Compensation Law, American Bar Association)*, vol. 15, nº 4, 1980, pp. 729–740.

[www.jstor.org/stable/25761584].

CACHÓN CADENAS, M., “Título IX Especialidades procesales”, en ARROYO MARTÍNEZ, I., (dir) y RUEDA MARTÍNEZ, J.A., (dir), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

CALZADA CONDE, M.A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1983.

- “La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A., *La protección del cliente en el Mercado Asegurador*, Ed. Thomson Reuters, 2014, pp. 107-151.

CAMPOS MARTÍNEZ, R.S.E., “*Una aproximación a los Torts en el Common Law*”, <http://derecho-ccp.udd.cl/derecho/files/2011/09/TESINA-ALUMNO-RODRIGO-CAMPOS-MARTINEZ.pdf>, [Última consulta, 15/02/2017].

CANO BAGAZA, E., *La litispendencia comunitaria*, Ed. Eurolex, 1997.

CARRERO RAMOS, J., “Carácter del Tribunal Marítimo Central y su encuadramiento en la justicia administrativa”, *R.A.P.*, nº 48, 1965, pp. 377-390.

CASAS ROBLA, J., “La Ley 14/14 de Navegación Marítima desde una óptica notarial”, *Revista Notario del siglo XXI*, N° 57, octubre 2014, [<http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3851-la-ley-14-14-de-navegacion-maritima-desde-una-optica-notarial>].

CASTELLANO, G., *La Assicurazione Private*, Unione Tipografico editrice Torinese, Torino, 1970.

CLAVERO TERNERO, M., *Clubs de P&I*, Ed. IEEMM, Madrid, 1992.

CHILLÓN MEDINA, J.M., y MERINO MERCHÁN J.F. *Tratado de Arbitraje Privado interno e internacional*, Ed. Civitas, Madrid, 1978.

DE COALE, M.T., “Stay, Dismiss, Enjoin, or Abstain: A Survey of Foreign Parallel Litigation in the Federal Courts of the United States”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 17, 1999, pp. 79 y ss.

COE, J.J.Jr., *International Commercial Arbitration. American Principles and Practice in a Global Context*, Ed. Transnational Publishers, Nueva York, 1997.

CRAIG, W. L., PARK, W. W., y PAULSSON, J., *International chamber of commerce arbitration*, Oceana Publications, 1985.

CUCARELLA GALIANA, L.A., “Litispendencia y arbitraje”, *Anuario de Justicia Alternativa- Derecho Arbitral*, n°1, 2000, pp. 43-60.

CURTIN, K. M., “Arbitrating maritime cargo disputes-future problems and considerations”, *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1997, pp. 31-64.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

DE LA RUE, C., ANDERSON, C.B., *Shipping and the Environment. Law and Practice*, LLP Reference Publishing, 1998.

DEL ROSAL GARCÍA, R., *Normas Deontológicas de la Abogacía Española*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2002.

DERAINS, Y., SCHWARTZ, E. A., *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 2005

DHESI, T., “The Freight Demurrage & Defence concept”, *The Swedish Club Letter3-2001*, p. 5.

BIBLIOGRAFÍA

[<http://www.swedishclub.com/upload/12/Extract%20from%20TSCL%202001-3-1.pdf>]
[Última consulta marzo 2017].

DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

DONATI, A., *Trattato dil Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol III, Giufre Editore, Milan, 1956.

DOVER. V., *A handbook to marine insurance*, London, 1975.

DUQUE SANTAMARIA, L.P., Subdirectora General de Ordenación del Mercado de Seguros, Documentos de la DGSFP, Ministerio de Economía y Hacienda, 23 de mayo de 2007.

[www.dgsfp.mineco.es/profesionales/documentos/Agencias%20suscripción.pdf]

- “Respuesta a consulta sobre la normativa vigente para actuar como perito tasador de seguros”, *Documentos de la DGSFP, Ministerio de Economía y Hacienda*, 3 de abril de 2009.

[<https://www.dgsfp.mineco.es/profesionales/documentos/PERE%20ESTEVE.pdf>].

ELVIRA BENAYAS, M.J., “Las" anti-suit injunctions" y la cooperación judicial internacional entre los Estados miembros de la Comunidad Europea: Convenio de Bruselas de 1968 y convenios sobre notificación”, *Revista del poder judicial*, nº 58, 2000, p. 59-124.

EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015 (cit. *Comentarios sobre...*).

ESPINOSA CALABUIG, R., “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico internacional”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº 13, 2007, pp. 2-21.

- “Arbitraje marítimo, Lex mercatoria e intereses de terceros”, *Anuario Europeo de Derecho Comercial Internacional*, nº 1, 2004, pp. 175-187.

ESPLUGES MOTA, C., *Arbitraje Marítimo Internacional*, *Colección Estudios sobre Arbitraje*, Ed. Thomson- Civitas, Pamplona, 2007.

- “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa”, en BARONA VILAR, S., *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 177-211.

ESTEPA MONTERO, M., “Las Conferencias Marítimas en el ámbito de la Unión Europea: el final de una exención a la libre competencia”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIII (2010), 59-82/ ISSN: 1133-3677.

ESTEVA DE LA TORRE, J.L., “El seguro de responsabilidades y perjuicios del naviero”, *Revista Española de Derecho Marítimo*, 1966/67.

FARIÑA, F., *Derecho Comercial Marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956.

– *Derecho y Legislación Marítima*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.

FERNANDEZ QUIRÓS T. y LOPEZ QUIROGA J., “El contrato de seguro marítimo en la propuesta de anteproyecto de ley general de la navegación marítima”, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento/nº extraordinario-2006. (*cit.* “El contrato de seguro marítimo ...”).

[www.uria.com/documentos/publicaciones/1628/documento/art08.pdf?id=2154]

FERNÁNDEZ CARBALLO- CALERO, P., TORRES PÉREZ, F.J., “P&I Clubs: organización interna y posición jurídica de los socios”, en GARCÍA- PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., *Estudios de Derecho Marítimo*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 997-1014.

FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, Vol. I, Giuffré, Milano, 1981.

FINE, T.M., “*An introduction to the Anglo- American Legal System*”, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

FURMSTON, O., Legal Director de Standard Club, “Defence Bulletin”, agosto 2016.

[<http://www.standard-club.com/media/2218170/defence-bulletin-august-2016.pdf>]

GABALDÓN GARCÍA, J.L., RUIZ SOROA, J.M., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006 (*cit. Manual de...*).

GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA, F., *Tratado de Derecho Marítimo Español*, Tomo Cuarto, Nº 1586, Bilbao, 1943.

GARCIA GONZÁLEZ, C. “El microseguro de protección jurídica”, *CEFLEGAL* nº 129, octubre 2011, pp. 101-140.

– *Origen, situación actual y futuro del Seguro de Protección Jurídica*, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, Madrid, 2012. (*cit. Origen, situación actual...*)

GARCÍA- PITA Y LASTRES J.L., “El contrato mercantil de servicios”, *AFD da Universidade da Coruña*, Nº 1, 1997, pp. 291-335.

– *La limitación de la responsabilidad civil del naviero*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria- Gasteiz, 1996. (*cit. La limitación de la responsabilidad...*).

– “El régimen del seguro marítimo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima”, *RES*, Nº 125, 2006, pp. 105-131.

– “Arbitraje y Derecho marítimo (Con especial referencia a la práctica de los formularios y a la Reforma del Derecho Marítimo Español)”, *Revista Foro*

BIBLIOGRAFÍA

- Galego* nº 196-197, 2º semestre 2006- 1er semestre 2007, p. 7-124 (cit. “Arbitraje y Derecho marítimo...”)
- *Riesgos e Intereses del Naviero y Cobertura Asegurativa*, Edit. Thomson Reuters - ARANZADI, Pamplona, 2009.
 - *El Reaseguro Marítimo entre el Derecho Español y el “Common Law”*, Ed. Aranzadi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011 (cit. *El Reaseguro Marítimo...*).
 - “El derecho mercantil como predecesor histórico del derecho laboral, y su recíproca influencia”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. VII, 2015, pp. 61-116.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1979 (cit. *Curso de...*).
- *El contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982 (cit. *El contrato de...*).
- GIL MINGUILLÓN, S., *La litispendencia arbitral internacional: Extensión de la eficacia del convenio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Rioja, Logroño, 2001.
- GIRGADO PERANDONES, P., “Una aproximación a la regulación de los grupos de entidades de seguros en la LOSSEAR”, en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión de Seguros Privados, II Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Psylicom*, Valencia, 2016, pp. 531-554.
- GONZALEZ LEBRERO, R.A., *Procedimientos marítimos*, Ed. Colex, Madrid, 1996 (cit. *Procedimientos marítimos...*).
- *Curso de Derecho de la Navegación*, Ed. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria- Gasteiz, 1998, Capítulo XXV (cit. *Curso de...*)
- GONZALEZ SORIA, J., *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral*, Ed. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1988.
- GONZALO QUIROGA, M., *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial arbitrariedad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Tesis de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2004. [<http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t24965.pdf>].

GRIFFITH PRICE, E., “Statutory Rights in Rem in English Admiralty Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 27, No. 3/4, 1945, pp. 21-31. [www.jstor.org/stable/755100].

GRIGERA NAON, H., “Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration”, *R. des C.*, vol. 289, 2001, pp. 41 y ss.

GUASP DELGADO, J. y ARAGONESES ALONSO, P. *Derecho Procesal Civil*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

GUARDIOLA LOZANO, A., *Manual de Introducción al Seguro*, Ed. Mapfre, Madrid, 1990.

GUDIN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, A.E., “El embargo preventivo de buques en la Ley de Navegación Marítima”, *Diario La Ley n° 8383*, Sección Doctrina, 23 de septiembre de 2014, Año XXXV.

GÜRSES, Ö., *Marine Insurance Law*, Ed. Routledge, Oxon, 2017.

HARRIS, B., “Maritime Arbitrations”, en TACKABERRY, J., y MARRIOT, A., *Bernstein`s Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*, Ed. Sweet and Maxwell/Chartered Institute of Arbitrators, Londres, 2003.

HARTLEY, T. C., “Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation”, *The American Journal of Comparative Law*, 1987, pp. 487-511.

HAZELWOCK, S.J., SEMARK, D., *P&I Clubs: Law and Practice*, Lloyd`s List, London, 2010.

HERNANDEZ MARTÍ, J., “La Ley de Contrato de Seguro y los Seguros Marítimos”, AAVV, VERDERA Y TUELLS, E. (dir), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, CUNEF-CSB, Madrid, 1982, pp. 251-262.

HILL PRADOS, M. C., “El seguro de protección e indemnización en España. Especial referencia a las nuevas coberturas de fletadores y flete, demora y defensa”, *A.D.M.*, Vol. I, 1981, pp. 247-279 (*cit.* “El seguro de protección...”).

– *Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del Derecho Marítimo*, Ed. J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992 (*siercit. Los Clubs de...*).

HILL, Ch. J., *Maritime Law*, Lloyd's of London Press Ltd, 1998.

HOLTZMAN H.M., NEUHAUS J.E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*, Ed. Kluwer, La Haya, 1989.

IGLESIAS PRADA, J.L., “La subrogación del asegurador en el seguro marítimo”, *RES*, N° 25, 1981.

BIBLIOGRAFÍA

ISOLA, C., “*Legal expenses insurance: origins and development*”, Documento facilitado por el autor a la Asociación Internacional de Seguro de Defensa Jurídica, RIAD (cit. *Legal expenses...*).

[http://riad-online.net/fileadmin/documents/homepage/publications/general_publications/Historical_brochure.pdf]. [pp. 2-3. Consulta 29 de septiembre de 2008, p. 9]

- “Spunti per un inquadramento dei rami della difesa legale e dell’assistenza turistica nel sistema delle Direttive CEE”, *Ass.* Anno LVII, fasc. 4, julio- agosto 1990, pp. 461-480.

JARROSSON, C., “La spécificité de l’arbitrage maritime international”, *Diritto marittimo*, Vol. 106, n° 2, 2004, pp. 444-449.

JIMENEZ SÁNCHEZ G.J., (dir) *Derecho Mercantil II*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

- “Las fuentes del Derecho Marítimo”, en *Estudios de Derecho Marítimo*, GARCÍA- PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 79-92.

KAUFMANN-KOHLER, G., “Globalization of Arbitral Procedure”, *Vand. J. Transnat’l. L.*, Vol. 36, 2003, pp. 1313 y ss.

KERR, M., “Arbitration and the Courts: The UNCTRAL Model Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, n° 01, 1985, pp. 1-24.

KUNZ, J.L., “The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda”, *The American Journal of International Law*, Vol. 39, N° 2, 1945, pp. 180-197.

LAMBERT- FAIVRE, Y., “Le contrat d’assurance protection juridique”, *RGAT*, n° 4, t. 55, 1984, pp. 535-551 (cit. “Le contrat...”).

- “Risque et sinistre en assurance protection juridique”, *RGAT*, t. 57, 1986, pp. 645-659.

LEFEBVRE D’OVIDIO, A., PESCATORE, G., TULLIO, L., *Manuale di diritto della navigazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2000.

LEISSNER, A., “What is the Freight, Demurrage & Defence Insurance really about? ”, *The Swedish Club Letter 1-2005*.

[<http://www.swedishclub.com/upload/12/Extract%20from%20TSCL%202005-1.pdf>]

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “La mediación en el ámbito jurídico internacional: el caso marítimo”, *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, 2010, pp. 305-317.

LOPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “La libre elección de profesional en el seguro de defensa jurídica”, *Práctica del Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 46, 2007, pp. 5-22.

- “Defensa jurídica. Libre designación de abogado. Límites cuantitativos. Arbitraje”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 49 - Trimestre 1, Granada, 2014, pp. 37-76.

MACDONALD, P., PICKEN, S., FOSS, P., *Good faith and Insurance Contracts*, Lloyd`s List, 2010.

MANGONE, G.J., *United States Admiralty Law*, Ed. Kluwer Law International, The Hague- The Netherlands, 1996.

MARAIST, F.L., *Admiralty in a nutshell*, Ed. West Group, St. Paul, Minn, 2001.

MARAIST, F.L. y GALLIGAN, T.C.Jr., *Admiralty*, Ed. West Group, St. Paul, Minn, 2001.

MARGEAT, H., “La protection juridique, voie d`accès à la justice”, *L`ADE*, 3/1989, pp. 26-32.

MEESON, N., KIMBELL, J.A., *Admiralty Jurisdiction and Practice*, Ed. Informa Law & Finance, London, 2011.

LEW, J. DM., MISTELIS, L. A., KRÖLL, S., *Comparative international commercial arbitration*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2003.

MALAGA DIEGUEZ, F., *La litispendencia*, Ed. Bosch, 1999, pp. 67 y 313.

MANCA, P., *International Maritime Law*, Vol. III, European Transport Law, Antwerpen, 1971.

MARTIN OSANTE J.M., “Seguro marítimo: presente y futuro (disposiciones especiales)”, *RES*, nº 126, 2006, pp. 265- 306 (cit. “Seguro marítimo: presente y ...”).

MATILLA ALEGRE, R., *Introducción al estudio del seguro marítimo*, Separata Estudios Deusto, Vol. XXXI/2, Fasc. 71, Bilbao, 1983, pp. 413-526.

MENENDEZ MENENDEZ, A., “La cláusula de almacén a almacén en el seguro marítimo español”, *R.D.M.* nº 101, 1966, pp. 23 y ss.

MESA ESCOBAR, C., *Propuesta de reforma al procedimiento marítimo colombiano desde la perspectiva del derecho marítimo comparado*, IIDM, Bogotá, 2012.

MIGUEL ASENSIO, P.A., “El arbitraje y el Reglamento Bruselas I a la luz de la sentencia Gazprom”, *Blog de Pedro A. de Miguel Asensio, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid*, 2015.

[<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/05/el-arbitraje-y-el-reglamento-bruselas-i.html>].

BIBLIOGRAFÍA

MÖLLER, H., “Grundlagen der internationalen Rechtsschutzversicherung”, en *Studien zur Rechtsschutzversicherung in europäischen Ländern und in den vereinigten Staaten*, Verlag versicherungswirtschaft EV, Karlsruhe, 1975.

MONFORT BELENGUER, JUAN B., “Aspectos de la cobertura de los riesgos en el seguro marítimo”, Texto de la conferencia pronunciada en la sesión inaugural del Curso 1958-1959 de las actividades del Comité, celebrada en el salón de actos de la Cámara Oficial de Comercio y Navegación, el día 4 de noviembre de 1958, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, 1959.

MONTERROSO CASADO, E., “La responsabilidad civil del abogado: criterios, supuestos y efectos”, *SABERES, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, nº 3, 2005.

MUNNÉ CATARINA, F., *La administración del Arbitraje*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Comentario al artículo 1256”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VASPUESTA FERNÁNDEZ, R., (dirs), *Código Civil Comentado. Libro IV De las obligaciones y contratos. Teoría General de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 582-586.

OLIVENCIA RUIZ, M., “El seguro de protección jurídica: del pasado al futuro”, *R.E.S.*, nº 27, Madrid, 1981, pp. 263- 277.

OLMOS PILDÁIN, A., *El seguro de defensa jurídica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997. (*cit. El seguro de Defensa...*).

- “Las lagunas de la regulación del seguro de defensa jurídica en la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, nº 123-124, 2005, pp. 727-737.

ORFORD, T., “Paying the Price”, *P&I International, FD&D*, Ed. Lloyds`of London Press, 1999, pp. 155-157.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La ejecución de laudos arbitrales*, Ed. JM Bosch Editor, Barcelona, 1996.

ORTELLS RAMOS, M., CAMARA RUIZ, J., JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal. Introducción*, Ed. Punto y Coma, Valencia, 2000 (*cit. Derecho Procesal Introducción*)

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario: Reflexiones en torno al *forum non conveniens*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 94, 2000, pp. 99-128.

PEÑAS MOYANO, M.J., “Transparencia informativa y seguro. La importancia de la información en el sector asegurador”, en BATALLER GRAU, J., QUINTANS EIRAS, M.R., VEIGA COPO, A., *La reforma del Derecho de Seguro*, Ed. Thomson Reuters, 2015, pp. 275-304.

PEREZ DAUDÍ, V., “Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-2, 2007, pp. 79-100.

PHILLIPS, M. y SLOAN, T., “The Pay to be Paid Rule- a protected right?”, *Steamship Mutual Publications, Articles*, February 2015, updated 2016.

[<https://www.steamshipmutual.com/publications/Articles/paytobepaid.htm>] [Última consulta 05/03/2017].

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982

RAYMOND, P., “The Chambre Arbitrale Maritime de Paris (CAMP)”, *Droit Maritime Francais*, vol. 48, 1996, pp. 581-585.

REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N., PARTASIDES, C. *Teoría y práctica del Arbitraje comercial internacional*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

REGLERO CAMPOS, L.F., “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *AFD de la Universidad de A Coruña*, Nº 11, 2007, pp. 785-814.

REQUEJO ISIDRO, M., “Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Comentario a la STJCE - Pleno _ de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, Van Uden/Deco Line)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, nº 1998, 1998, págs. 85-97

RICHMOND, D., “Third Party Claims against P&I Clubs and the “pay to be paid” Rule”, Faculty of Law Lund University, Master’s Programme in Maritime Law, 2001. [<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=1693254&fileOId=1693257>] [Última consulta, 05/03/2017].

ROCA LÓPEZ, M., “Capítulo 3: Las Reglas de Rotterdam”, en *Estudios de Derecho Marítimo*, GARCÍA- PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 605-619.

RODRIGO DE LARRUCEA, J., *Manual del Comisario de Averías*, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, Ed. Iberediciones, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., *Derecho de la Navegación. Volumen 5: Los seguros marítimos y aéreos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

- *Estudios de seguro marítimo*, JM Bosch Editor S.A, Barcelona, 1992 (*cit. Estudios de...*).

BIBLIOGRAFÍA

- “El riesgo putativo y el seguro sobre buenas o malas noticias”, *A.D.M.*, Vol. IX, 1991, pp. 223-239 (cit. “El riesgo putativo...”).

RUBINO- SAMMARTANO, M., *International Arbitration Law and Practice*, La Haya, Ed. Kluwer, 2001.

RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2007.

RUIZ RISUEÑO, F., (Coord) y FERNANDEZ ROZAS, J.C., (Coord), *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*, Ed. CIMA, Madrid 2016.

RUIZ SOROA, J.M., ARRANZ DE DIEGO, A., ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, Ed. Eusko Jaurlaritza- Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz 1993 (cit. *Manual de Derecho de Seguro Marítimo ...*)

SANCHEZ CALERO, F., *Curso de Derecho del Seguro Privado I*, Ed. Sever Cuesta, Bilbao, 1961 (cit. *Curso de...*).

- “El seguro de defensa jurídica en España”, *R.E.S.*, nº 2, Madrid, 1975, pp. 107-131. (cit. *El seguro de defensa jurídica...*)
- “Sobre la regulación del contrato de seguro marítimo”, *R.E.S.*, 73- 74, Madrid, 1993, pp. 73-88
- *El contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, Reglas de la Haya- Visby, Hamburgo y Rotterdam*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

SANCHEZ CALERO F., TIRADO SUAREZ F.J., *Ley de Contrato de Seguro*, Vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Colección Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, Madrid, 1984 a 1989.

SANCHEZ CALERO, F., (dir), TIRADO SUÁREZ, F., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., TAPIA HERMIDA, A.J., FUENTES CAMACHO, V., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005 (cit. *Ley de Contrato de Seguro...*).

SANCHEZ CALERO, F. y TAPIA HERMIDA, J., “El contrato de seguro marítimo en el Proyecto de la Ley General de Navegación Marítima”, en *Estudios de Derecho Marítimo*, GARCÍA - PITA y LASTRES, J.L., (dir), QUINTANS EIRAS, M.R., DÍAZ DE LA ROSA, A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 953-978 (cit. El contrato de...).

SÁNCHEZ MARTÍN, C., “La «contratación bajo condiciones generales de la contratación» frente a la «contratación por negociación». Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad. Análisis doctrinal al hilo de la STS de 11 de marzo de 2014,

referida al contrato de mantenimiento de ascensores”, *Diario La Ley*, nº 8333, Sección Tribuna, Año XXXV, Ed. La Ley, 2014, pp. 1 y ss.

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Vol. I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989.

SCALFI, G., “Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralitica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?”, *Ass.*, anno LXII, Fasc. 3, maggio-giugno 1995, pp. 143 y ss.

SCHLOSSER, P., “The competence of arbitrators and of courts”, *Arbitration International*, vol. 8, nº 2, 1992, pp. 189-204

SCHMITT, D.G., “The action in rem and arrest”, Federal Court and Federal Court of Appeal Education Seminar, Maritime Law, 23 mayo 2014 en Ottawa. [http://www.cmla.org/papers/Action_in_Rem_and_Arrest_-_Schmitt.pdf].

SCHOENBAUM, T.J., “Warranties in the Law of Marine Insurance: Some Suggestions for Reform of English and American Law”, *Tul. Mar. LJ*, vol. 23, 1998, pp. 267 y ss.

- *Admiralty and Maritime Law*, Ed. West Group, 2001 (cit. *Admiralty...*).

SIERRA NOGUERO, E., □ “El Grupo Internacional de Clubes de Protección e Indemnización”, PETIT LAVALL, M.V., MARTÍNEZ SANZ, F., RECALDE CASTELLS, A. (dirs), ACHIM PUETZ, (coord.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 789-807 (cit. El Grupo Internacional...).

- “Los seguros marítimos de responsabilidad civil”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 697- 722.
- *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques. Especial referencia a los seguros obligatorios*, Cuadernos de la Fundación Mapfre, Madrid, 2016 (cit. *El seguro de responsabilidad civil...*).

SINGH, L., *The Law of Carriage of Goods by Sea*, Ed. Bloomsbury Professional, West Sussex, 2011.

SONG, M., *Rules of Causation under Marine Insurance Law. From the Perspective of Marine Risks and Losses*, Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Southampton, Faculty of Business and Law, School of Law, November 2012.

TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

TARDIO PATO, J.A., “El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, *R.A.P.*, nº 162, septiembre- diciembre, 2003, pp. 189-225.

BIBLIOGRAFÍA

TETLEY, W., “Arrest, Attachment, and Related Maritime Law Procedures”, *Tulane University Law Review*, May / June, 1999 (cit. “Arrest, Attachment...”).

[[http://www.law.kyushu-u.ac.jp/programs/english/thailm/materials/2014-](http://www.law.kyushu-u.ac.jp/programs/english/thailm/materials/2014-2015/course1/Class%207-1%20Arrest%20-Tetley.pdf)

[2015/course1/Class%207-1%20Arrest%20-Tetley.pdf](http://www.law.kyushu-u.ac.jp/programs/english/thailm/materials/2014-2015/course1/Class%207-1%20Arrest%20-Tetley.pdf)] cit. “Arrest, Attachment]

– *International Maritime and Admiralty Law*, Ed. Les Éditions Yvon Blais Inc., 2002 (cit. *International Maritime...*).

– “Maritime Liens in the Conflict of Laws”, *Published in J.A.R. Nafziger & Symeon C. Symeonides, eds., Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers Inc., Ardsley, N. Y., 2002, pp. 439-457 (cit. “Maritime Liens...”).

[<https://www.1215.org/lawnotes/work-in-progress/maritime-liens.pdf>].

THOMAS, R., *The modern law of Marine Insurance*, Vol. III, Ed. Informa, London, 2009.

TIRADO SUAREZ, F.J., *Ley Ordenadora de Seguro Privado (exposición y crítica)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1984.

– “La relación mutualista entre socio y cooperativa en el Derecho de Seguros vigente”, *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Sánchez Calero*, t. V, Madrid, 2002, pp. 4481-4506.

– La libre elección de profesionales en el seguro de defensa jurídica”, *Ponencia del XXII Congreso de derecho de la circulación*, Madrid, 2006.

– “La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al contrato de Seguro”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A., *La protección del cliente en el Mercado Asegurador*, Ed. Thomson Reuters, 2014, pp. 187-233.

TORRUBIA CHALMETA, B., “La responsabilidad del transitario frente al porteador cuando el destinatario no retira las mercancías”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 7(2), pp. 345-356.

TORTARELLA CASARES, G., (dir), CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A., PONS PONS, J., *Historia del seguro en España*, Ed. Fundación Mapfre, 2014.

TOUS GRANDA, E., “La falta de regulación de la mutua de seguros en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión de Seguros Privados, II Congreso Internacional de Derecho de Seguros*, Psylicom, Valencia 2016, pp. 431-442.

TWEEDDALE, A. y TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

URIA GONZÁLEZ, R., *El seguro marítimo*, Bosch, Barcelona, 1940.

VARGAS VASSEROT, C., “Relaciones de las mutuas de seguros con sus socios”, en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión de Seguros Privados, II Congreso Internacional de Derecho de Seguros*, Psylicom, Valencia 2016, pp. 366-368.

VEIGA COPO, A.B, *Tratado del Contrato de Seguro*, Tomo II, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

VERCHER MOLL, J., “Las condiciones de acceso al mercado de seguros a la luz de la nueva LOSSEAR y del ROSSEAR”, en BATALLER GRAU, J., (Dir), PEÑAS MOYANO, M.J., *III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión de Seguros Privados, II Congreso Internacional de Derecho de Seguros*, Psylicom, Valencia 2016, pp. 447- 479.

VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas”, AAVV, VERDERA Y TUELLS, E. (dir), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, CUNEF-CSB, Madrid, 1982, pp. 29-79.

WADE, Jr, C. E., “Forum Non Conveniens”, *Oklahoma Law Review*, nº 18, 1965, pp. 423-425.

WEINER, S. H., “Forum Non Conveniens”, *Fordham Law Review*, nº 64, 1995, pp. 845-850.

ZEGARRA MULANOVICH, A., “Génesis y consolidación de las Mareva injunctions del Derecho inglés”, *20 ADM*, 2003, pp. 173-232.

NORMAS Y PUBLICACIONES CLUBS P&I⁷⁸³

AMERICAN STEAMSHIP OWNERS MUTUAL PROTECTION AND INDEMNITY ASSOCIATION, INC, “2017–2018 BY-LAWS RULES LIST OF CORRESPONDENTS”.

<http://www.american-club.com/files/files/1718.pdf>

– “BY-LAWS”.

[<http://www.american-club.com/page/by-laws>].

ASSURANCEFORENINGEN SKULD, “2017 P&I RULES”

[https://www.skuld.com/Documents/Library/Rules_Terms_Conditions/2017/Skuld_PandI_Rules-2017_web.pdf].

– “Charterers’ Cover Terms & Conditions as of 20 February 2017”

[https://www.skuld.com/Documents/Library/Rules_Terms_Conditions/2017/Charterers_cover_TC_2017.pdf]

– “OWNERS’ FIXED P&I DEFENCE TERMS & CONDITIONS”.

[https://www.skuld.com/Documents/Library/Rules_Terms_Conditions/2016/Skuld_Owners_Fixed_PI_Defence_TC-2016.pdf].

BRITANNIA STEAM SHIP INSURANCE ASSOCIATION LIMITED, (THE), “2017 Rules of Class 6 Freight, Demurrage & Defence”.

[<https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/Britannia-Rules-2017-FDD.pdf>].

– “2016 Traducción de las Reglas de la Clase 6 Flete, Demora y Defensa”

[<https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/Britannia-Rules-2016-FDD-Spanish.pdf>]

– “2017 Rules of Class 3, Protection & Indemnity and List of Correspondents”.

[<https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/Britannia-Rules-2017-PI.pdf>]

– “OWNERS P&I”, [www.britanniapandi.com/services/owners-p-and-i/].

– “The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited Regulated Board Terms of Reference”.

[<https://www.britanniapandi.com/assets/Uploads/documents/BritanniaBoardTermsofRef-20170118.pdf>].

GARD P&I Ltd., “Gard Guidance to the Rules 2016”.

[<http://www.gard.no/web/publications/document/20747880/gard-guidance-to-the-rules-2016>].

– “Amended and restated Bye-Laws of Gard P. & I. (Bermuda) Ltd.”

[http://www.gard.no/Content/20546232/Gard_BermudaBye-Laws_24_June_2015.pdf].

⁷⁸³ Todas las direcciones web de los Clubs de P&I han sido consultadas por última vez y verificadas el 28 de febrero de 2017.

INTERNATIONAL GROUP OF PROTECTION & INDEMNITY CLUBS, “ABOUT THE GROUP”. [<http://www.igpandi.org/about>].

JAPAN SHIP OWNERS' MUTUAL PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION (THE), “Rules of Association 2017”.

[https://www.piclub.or.jp/eng_news/rules_articles/rules/?action=common_download_main&upload_id=10415].

– “ARTICLES OF ASSOCIATION (Amended in July 2015)”.

[https://www.piclub.or.jp/group/manage/2016202-Articles/?action=common_download_main&upload_id=8242]

LONDON STEAM-SHIP OWNERS' MUTUAL INSURANCE ASSOCIATION LIMITED (THE), “CLASS 8 – FD&D RULES 2017-18”.

[https://www.londonpandi.com/_common/updateable/downloads/documents/fddrules-2017-2018.pdf].

NORDISK DEFENCE CLUB, “Nordisk through more than 125 years (1889-2017)”(cit. “Nordisk through...”)

[<http://www.nordisk.no/wp-content/uploads/2017/02/WEB-2017-versjon>].

– “MEMBERS” [<http://www.nordisk.no/services/members/>].

NORTH OF ENGLAND PROTECTING & INDEMNITY ASSOCIATION LIMITED, (THE), NEPIA CLUB, “2017/18 FD&D Rules”.

[<http://www.nepia.com/media/636294/NORTH-Rule-Books-FDD-Rules-2017-18-.pdf>]

– “North of England Protecting & Indemnity Association Limited (“North”) Directors – Terms of Reference”.

[<http://www.nepia.com/media/386199/North-Directors-Terms-of-Reference-051115.PDF>]

SCHUTZVEREIN DEUTSCHER RHEDER VAG- (German Shipowners Defence Association).

[http://www.shipdefence.de/ueber_uns_geschichte.php?lg=eng].

SHIPOWNERS' MUTUAL PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION, “Club Rules 2017”.

[<https://www.shipownersclub.com/publications/club-rules-2017/?>]

STANDARD STEAMSHIP OWNERS' PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION (THE), “P&I and Defence Rules and Correspondents 2017/18”.

[<http://www.standard-club.com/media/2533535/pi-and-defence-rules-and-correspondents-2017-18.pdf>]

– “London Class P&I and Defence Rules and Correspondents 2017/18”.

BIBLIOGRAFÍA

[<http://www.standard-club.com/media/2533539/london-class-pi-and-defence-rules-and-correspondents-2017-18.pdf>].

STEAMSHIP MUTUAL UNDERWRITING ASSOCIATION (BERMUDA) LIMITED (THE), “Rules and List of Correspondents 2017/2018”.

[<https://www.steamshipmutual.com/Downloads/Rules-and-Maps/2017%20Steamship%20Mutual%20Rules%20interactive.pdf>]

SWEDISH CLUB (THE)-THE SVERIGES ÅNGFARTYGS ASSURANS FÖRENING, “Rules for P&I Insurance, Rules for FD&D Insurance, Articles of Association 2017/18”

[http://www.swedishclub.com/media_upload/files/Publications/TSC%20PI-FDD%20Rules_2017-18%20web.pdf]

- “The Swedish Club Articles of Association. Gothenburg, 4 June 2009”.

[http://www.swedishclub.com/media_upload/files/Corporate%20Governance/TSCArt%20of%20Association4June2009.pdf]

- “Circular FD&D 48/2016”, 19 de diciembre de 2016.

[http://www.swedishclub.com/media_upload/files/Circulars/48-2016%20FDD%20Insurance%202017-2018.pdf].

UK DEFENCE CLUB, Informe de Actividad del año 2014 denominado “BIGGER VISION: End of year review 2014”.

http://www.ukdefence.com/images/assets/documents/ukd2969_ukd_end_of_year_review_2014_v11_lo_res_singles.pdf

- “ABOVE & BEYOND Competitor analysis, December 2015”, [<http://www.ukdefence.com/images/assets/documents/UKDC-The-Competition-Dec15-web.pdf>].
- “ABOVE & BEYOND Renewal 2016 UK DEFENCE CLUB”. [<http://www.ukdefence.com/images/assets/documents/UKDC-Renewal-2016-web.pdf>].
- “RULES 2017. The United Kingdom Freight, Demurrage and Defence Association Limited”.

<http://www.ukdefence.com/images/assets/documents/779-UKDC-A5-TC-2017-v6W.pdf>

UNITED KINGDOM MUTUAL STEAM SHIP ASSURANCE ASSOCIATION (BERMUDA) LIMITED, “Rules 2017”.

[https://www.ukpandi.com/fileadmin/uploads/ukpi/Documents/2017/Brochures/Rules/Rules_full_version_2.pdf]

- “BY-LAWS 2013”.

[https://www.ukpandi.com/fileadmin/uploads/uk-pi/Latest_Publications/2013_Correspondents/UK%20Bermuda%20Bye%20laws%202013.pdf].

WEST OF ENGLAND SHIP OWNERS MUTUAL INSURANCE ASSOCIATION (THE), “Rules of Classes 1 and 2- 2017”.

[<http://www.westpandi.com/globalassets/rulebook/2017.pdf>].

OTROS DOCUMENTOS E INFORMES

ANAVE, “Informe Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) 2014/2015, sobre Marina Mercante y Transporte Marítimo”.

[http://www.anave.es/images/informes/marina_mercante/mmtm_2015.pdf]

CNUDMI, Nota explicativa de la secretaria de la sobre su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional.

[<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>]

Conclusiones a las Jornadas de Magistrados Especialistas en Mercantil, de 4 de enero de 2016.

[<http://informativojuridico.com/conclusiones-a-las-jornadas-de-magistrados-especialistas-en-mercantil-2/>].

DGSFP, sobre el Registro Especial de Agencias de Suscripción de 3 de febrero de 2015.

[<https://www.dgsfp.mineco.es/sector/documentos/Agencias%20de%20Suscripcion/AGENCIAS%20DE%20SUSCRIPCI%C3%93N%20EN%20LA%20WEB%2003-02-2015.pdf>]

DUQUE SANTAMARIA, L.P., DUQUE SANTAMARIA, L.P., Subdirectora General de Ordenación del Mercado de Seguros, Documentos de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, Ministerio de Economía y Hacienda, “Las Agencias de Suscripción y la Ley 26/2006, de 18 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados”, 23 de mayo de 2007.

[www.dgsfp.mineco.es/profesionales/documentos/Agencias%20suscripción.pdf]

GUÍA DE AGENCIAS DE SUSCRIPCIÓN publicada por la Asociación de Agencias de Suscripción Españolas de Lloyd`s (ASASEL) de 15 de agosto de 2016.

[http://www.asasel.com/wp-content/uploads/2016/03/Asasel_2016_Espanol_lo.pdf]

INFORME ANUAL 2015 de la Mutualidad de la Abogacía.

[<http://www.mutualidadabogacia.com/CMSPages/GetFile.aspx?nodeguid=5613de03-ef45-43eb-a2a7-9de102fd0e0e>]

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF LEGAL EXPENSES INSURANCE, “RIAD REPORT 2008- 2009”.

[http://riad-online.eu/fileadmin/documents/homepage/News_and_publications/Reports_Information/Annual_reports/RIAD-Report_2008-2009.pdf] [Consulta marzo 2017].

INTERNATIONAL CONGRESS OF MARITIME ARBITRATORS.

[<http://www.icmaweb.com/index.php/maritime-arbitration-associations>]

LLOYDS`, “Informe Anual 2015 de Lloyd`s”.

[http://www.lloyds.com/annualreport2015/assets/pdf/lloyds_annual_report_2015.pdf]

MEMORIA ESTADÍSTICA ANUAL DE ENTIDADES ASEGURADORAS de la DGSFP del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Web del Ministerio, p. 820.

[<http://www.dgsfp.mineco.es/sector/documentos/Informes%202014/Memoria%20Estad%C3%ADstica%20Anual%20de%20Entidades%20Aseguradoras%202014.pdf>]

Noticia publicada en diario Expansión, titulada “La CNMC aumenta el control sobre los colegios de abogados”, de 19 de octubre de 2015.

[<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/10/19/562538dc46163f35278b45f4.html>].

WEB OFICIAL de la Asociación Española de Derecho Marítimo

[<http://www.aedm.es/es/historia-y-objetivos>]

WEB OFICIAL de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris (C.A.M.P.)

[<http://www.arbitrage-maritime.org>]

WEB OFICIAL del LLOYDS`

[<https://www.lloyds.com/lloyds/about-us/history/corporate-history>]

WEB OFICIAL de The London Maritime Arbitrators Association, (LMAA).

[<https://www.lmaa.london/about-us-Introduction.aspx>].

- LMAA, “The Small Claims Procedure (2012).

[<https://www.lmaa.london/uploads/documents/2012SCP.pdf>]

WEB OFICIAL de The Maritime Arbitration Association of the United States (MAA)

[<http://www.maritimearbitration.com/Where-We-Are>]

WEB OFICIAL de la Society of Maritime Arbitrators (SMA)

[<http://www.smany.org/>]

WEB OFICIAL del Federal Judicial Center, Agencia de Formación e Investigación de los Tribunales Federales de EEUU.

[<http://www.fjc.gov/servlet/nGetInfo?jid=2302&cid=999&ctype=na&instate=na>]

WEB OFICIAL de la Supreme Court of the United Kingdom

[<https://www.supremecourt.uk/about/history.html>]

BIBLIOGRAFÍA

WEB OFICIAL de la Treaty Section de Naciones Unidas.

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&clang=_en]

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

ESPAÑA

STS, 16 de febrero de 1935, RJ 1935,462

STS, de 5 de noviembre de 1957, RJ 1957, 3033

STS, de 20 de diciembre de 1957, RJ 1957,3450

STS, de 13 de mayo de 1959, RJ 1959, 1997

STS, de 8 de octubre de 1963, RJ 1963, 4072

STS, 5 de noviembre de 1981, RJ 1981, 4418

STS, de 1 de abril de 1987, RJ 1987,2482

STS, de 7 de febrero de 1989, RJ 1989,1089

STS, de 21 de julio de 1989, RJ 1989,5771

STS, de 5 de octubre 1989, RJ 1989, 6891

STS, de 6 de octubre de 1989, RJ 1989, 6891

STS, de 4 de febrero de 1992, RJ 1992, 819

STS, de 23 de marzo de 1992, RJ 1992, 2277

STS, de 31 de marzo de 1992, RJ 1992, 2315

STS, de 25 de mayo de 1992, RJ 1992, 4378

STS, de 30 de diciembre de 1992, RJ 1992, 10565

STS, de 30 de diciembre de 1992, RJ 1992, 10566

STS, de 30 de septiembre de 1993, RJ 1993, 6754

STS, de 23 de diciembre de 1993, RJ 1993,10114

STS, 14 de diciembre de 1994, RJ 1994, 10111.

STS, de 20 de febrero de 1995, RJ 1995,883

STS, de 17 de noviembre de 1995, RJ 1995, 8735

STS, de 15 de noviembre de 1996, RJ 1996, 7977

STS, de 3 de octubre de 1997, RJ 1997, 7089

STS, de 25 de marzo de 1998, RJ 1998, 1651

STS, de 3 de octubre de 1998, RJ 1998, 8587

STS, de 31 de octubre de 1998, RJ 1998, 8164

STS, de 30 de julio 1999, RJ 1999,6358

STS, de 2 de noviembre de 2001, RJ 2001, 9641

STS, de 21 de febrero de 2002, RJ 2002, 1377

STS, de 6 de febrero de 2003, RJ 2003, 850

STS, de 3 de julio de 2003, RJ 2003, 4324

STS, de 17 de marzo de 2009, RJ 2009,1990

SAP de Pontevedra, de 25 de marzo de 1997, AC 1997, 427

AAP de Valencia de 6 de marzo de 2000, JUR 2000, 126065

SAP de Pontevedra de 23 de mayo de 2002, JUR 2002, 199835

SAP de Tarragona de 23 de octubre de 2004, AC 2005, 838

SENTENCIAS DEL TJCE

STJCE de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391/95, *Van Uden Maritime BV / Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line* y otros, ECLI: EU:C:1998:543

STJCE, de 9 de diciembre de 2003, en el asunto C-116/02, *Erich Gasser GmbH / MISAT Srl*, ECLI: EU:C:2003:657

STJCE de 27 de abril de 2004, asunto C-159/02, *Gregory Paul Turner / Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA*, ECLI: EU:C:2004:228

STJCE de 10 de febrero de 2009, en el asunto C-185/07, *Allianz SpA (anteriormente denominada Riunione Adriatica di Sicurtà SpA) y Generali Assicurazioni Generali SpA / West Tankers Inc.*, ECLI: EU:C:2009:69

STJCE de 10 de septiembre de 2009, en el asunto C-199/08, *Erhard Eschig contra UNIQA Sachversicherung AG*, ECLI: EU:C:2009:538.

STJCE de 26 de mayo de 2011, en el asunto C-293/10, *Gebhard Stark / D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutzversicherung AG*, ECLI: EU:C:2011:355.

STJCE de 7 de noviembre de 2013, en el asunto C-442/12, *Jan Sneller / DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV*, ECLI: EU:C:2013:717.

STJCE de 13 de mayo de 2015, en el asunto C-536/13, *Gazprom» OAO contra Lietuvos Respublika*, ECLI: EU:C:2015:316

STJCE de 7 de abril de 2016, en el asunto C-5/15, *Gökhan Büyüktipi contra Achmea Schadeverzekeringen NV y Stichting Achmea Rechtsbijstand*, ECLI: EU:C:2016:218.

STJCE de 7 de abril de 2016, en el asunto C-460/14, *Johannes Evert Antonius Massar contra DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV*, ECLI: EU:C:2016:216.

SENTENCIAS COMMON LAW

Aetna Insurance Co v. Dudney, 595 So.2d 238, FlaApp 199

Anton Piller K.G. v. Manufacturing Processes Ltd., [1976] Ch. 55 (C.A.)

Chelentis v. Luckenbach S.S. Co. Inc., 247 U.S. 372 (1918)

DeLovio v. Boit. 7 Fed. Cas. 418 (No. 3,776) (C.C.D.Mass. 1815), 1997 AMC 550.

Firma C-Trade SA v. Newcastle Protection and Indemnity Association (The Fanti), 1991.

Grill v. General Iron Screw Collier CO, 1866

Hellenic Lines, Ltd. v. Rhoditis 398 U.S. 306, 1970 AMC 994 (1970)

Ionides v. Universal Marine Insurance 7, 1863 14 CBNS 259

Jack Tillery, Plaintiff-appellant, v. Hull & Company, Inc., La Reunion Francaise, et al., defendants-appellees, (Texas Pride), 876 F.2d 1517, 11th Cir. (1989),

Kodiak Fishing Company v. Pacific Pride, 535 F.Supp 915, WDWa (1982)

Lauritzen v. Larsen, 345 U.S. 571, 1953 AMC 1210 (1953)

Lawrence v. Accidental Insurance Co. Ltd., 7 QBD 216 (1882-83) LR 8 App Cas 393

Leyland Shipping Co. Ltd. v. Norwich Union Fire Insurance Society, Ltd., [1918], App. Cas. 350, 368-71

Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers, [1975] 2 Lloyd's Rep 509 (CA)

McLanahan v. Universal Insurance Company, 26 U.S. 170 (1828), 1998 AMC 285

OT Africa Line Ltd v Hijazy & Ors (The "Kribi"), [2001] 1 Lloyd`s Rep 76 (QB)

Parsons Whittimore Overseas Co v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA), 508 F.2d 969 (1974).

Quin-Sea Fisheries Limited v. Broadbill l, 2013 FC 575 (CanLII)

Romero v. International Terminal Operating Co., 358 U.S. 354, 1959 AMC 832 (1959)

Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v. Containerships Denizcilik Nakliyat Ve Ticaret A.S., [2015] 1 Lloyd`s REP 567

Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v Lee Kui Jak, 1987 1 AC 87

ANEXO JURISPRUDENCIA

Soleimany v. Soleimany, 1999 Q.B. 785

Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 U.S. 205 (1917)

The Bergen, [1997] 1 Lloyd's Rep 453 (CA)

The General Smith, 17 U.S. 4 Wheat. 438 438 (1819)

The Halcyon Isle (Bankers Trust International Limited v. Todd Shipyards Corporation), [1981] A.C. 221, [1980] 2 Lloyd's Rep. 325, 1980 AMC 1221 (P.C.)

Turner v Grovit Case C- 159/02, [2004] 2 Lloyd's Rep 169

Westacre Investments Inc v. Jugoimport- SPDR Holding Co Ltd, [1999] 2 Lloyd's Rep. 65 (CA)

West Tankers v Ras Riunione Adriatica di Sicurta (The Front Comor) [2005] EWHC 454 (Comm) [2005] 2 Lloyd's Rep 257 (QBD)

Wilburn Boat Company v. Fireman's Fund Insurance Company, 348 U.S. 310 [1955]