

EL SEGURO MARÍTIMO DE DEFENSA JURÍDICA

VANESSA AMARELLE GUILLÍN

Licenciada en Derecho, Licenciada en ADE.

Abogada en ejercicio

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Extracto:

EL seguro de defensa jurídica se descubre en el mundo del Derecho Marítimo como una cobertura llena de peculiaridades. En primer lugar, porque se excluye del ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Seguro, y en segundo lugar porque las pretensiones de los contratantes van más allá de la mera asunción de los gastos de profesionales juristas y de las previsiones de un Código de Comercio, datado de 1885. Si la Ley reguladora del Contrato de Seguro en España excluye de la Sección 9.^a sobre el seguro de defensa jurídica los litigios o riesgos «que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas», ¿cómo se proporciona cobertura legal a este tipo de cuestiones?

De este modo cobran especial virtualidad los Clubs de Protección e Indemnización, agrupaciones mutualistas de los propios interesados que imponen sus normas a los miembros y que a través de lo que se denomina «FD&D» proporcionan una cobertura similar, aunque no análoga, a la defensa jurídica. Las similitudes entre ambas instituciones se ven afectadas por fuertes contrastes, entre los que sobresalen las grandes diferencias en los límites económicos máximos cubiertos, y el carácter global e internacional de las controversias, aproximación que debe realizarse desde el estudio y análisis de las propias normas de los Clubs de P&I.

Llama la atención que se trata de un régimen gobernado por la autonomía de la voluntad, algo que ya preveía el Código de Comercio, aunque en este caso, la autonomía de la voluntad se traduce en la libre entrada en el Club, porque a partir de ahí los órganos de gobierno del mismo serán los que tendrán una amplia discrecionalidad para decidir cómo y cuándo se proporciona esta cobertura. Para ello disponen de un elevado número de profesionales, disponibles 24 horas, que gestionan desde el mismo momento en que se tiene conocimiento de una eventual reclamación todos los aspectos del procedimiento y de los expertos.

Palabras clave: seguro marítimo, defensa jurídica, normas inglesas, Protección e Indemnización, Clubs de Protección e Indemnización, cobertura de flete, sobreestadia y defensa, los «deducibles».

THE MARINE LEGAL EXPENSES INSURANCE

VANESSA AMARELLE GUILLÍN

Licenciada en Derecho, Licenciada en ADE.

Abogada en ejercicio

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

Abstract:

THE legal expenses insurance is discovered in the world of Maritime Law as a coverage full of peculiarities. First of all, because it is excluded from the scope of the Spanish Insurance Contract Act, and also because the claims of the contractors go beyond the mere assumption of the costs of legal professionals and the provisions of the Commercial Code, dated 1885. If the Spanish Law governing Insurance Contracts excludes from its Section 9 on the legal expenses insurance disputes or risks «arising out of or relating to the use of ships and marine vessels», how is provided legal cover for such issues?

In this way, P&I Clubs are particularly relevant. These groups of mutual stakeholders, who impose their standards to members, provide similar coverage, but not analogous, to legal defense through what is called «FD&D». The similarities between the two institutions are affected by strong contrasts, outstanding among which are the large differences in maximum financial limits covered, and the global and international character of disputes, approach that must be made from the study and analysis of the own P&I Clubs rules.

It is noteworthy that this is a regime governed by the autonomy of the will, something already provided by the Spanish Commercial Code, although in this case, autonomy means free entry into the Club, because from hence, the governing bodies thereof shall be those who will have broad discretion to decide how and when provide this coverage. P&I Clubs have a large number of professionals available twenty-four hours for that purpose, and these manage all aspects of the procedure and experts, from the very moment they are aware of any such claim.

Keywords: marine insurance, legal expenses insurance, english rules, Protection and Indemnity, Protection & Indemnity Clubs/ P&I Clubs, Freight, Demurrage and Defence insurance, the «deductibles».

Sumario

1. Cuestiones introductorias.
 - 1.1. Consideraciones previas sobre el seguro marítimo.
 - 1.1.1. Contrato firmado entre empresarios.
 - 1.1.2. «Riesgo putativo» y «buenas y malas noticias».
 - 1.1.3. «Principio de universalidad de riesgos».
 - 1.1.4. Influencia de la regulación inglesa.
 - 1.1.5. Seguro calificado como de grandes riesgos.
 - 1.2. Consideraciones previas sobre el seguro de defensa jurídica.
2. Problemática sobre la legislación aplicable.
 - 2.1. La Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica: contexto y antecedentes.
 - 2.2. La Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica: ámbito de aplicación.
 - 2.3. Adaptación del ordenamiento español a la Directiva 87/344/CEE: Ley 21/1990, de 19 de diciembre.
 - 2.4. Marco jurídico aplicable al seguro marítimo de defensa jurídica.
3. La defensa jurídica en el ámbito marítimo es una cobertura proporcionada por los Clubs de Protección e Indemnización.
 - 3.1. Breve referencia a la situación en España.
 - 3.2. Papel del Grupo Internacional de Clubs de Protección e Indemnización (IGP&I).

- 3.3. Cobertura de riesgos de flete, sobreestadía y defensa/Freight, Demurrage and Defence Insurance (FD&D).
 - 3.3.1. Riesgos incluidos en la cobertura FD&D.
 - 3.3.2. Riesgos excluidos en la cobertura FD&D.
 - 3.3.3. Límites cuantitativos: el límite máximo y los «deducibles».
 - 3.3.4. Conflictos y resoluciones relevantes al hilo de este seguro.
- 3.4. Análisis comparativo del seguro de defensa jurídica en el marco del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, y la cobertura Freight, Demurrage and Defence (FD&D) proporcionada por los Clubs de Protección e Indemnización.
 - 3.4.1. Similitudes: objeto de cobertura, deberes de comunicación e información, ciertas exclusiones relacionadas con la actitud del asegurado y sometimiento a arbitraje de las posibles diferencias con el asegurador.
 - 3.4.2. Diferencias esenciales: marco normativo, límite máximo de cobertura y libre elección de profesionales.
4. Conclusiones.
5. Bibliografía básica.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

El objeto del presente trabajo de investigación pretende explicar desde una óptica científica qué es y cómo se configura el seguro marítimo de defensa jurídica. En este marco se generan varias imprecisiones a las que resulta necesario dar respuesta: si el seguro marítimo se define como un seguro esencialmente de daños, ¿qué ocurre en concreto con la cobertura de defensa jurídica en este ámbito?; si la Ley reguladora del Contrato de Seguro (LCS) excluye de la Sección 9.^a sobre el seguro de defensa jurídica los litigios o riesgos «que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas», ¿cómo se proporciona cobertura legal a este tipo de cuestiones?

Es por ello que con carácter previo a profundizar en la figura jurídica cuyo estudio se pretende, conviene establecer con carácter diferenciador cuáles son los elementos configuradores del seguro marítimo y del seguro de defensa jurídica, pues estos habrán de condicionar el análisis posterior.

1.1. Consideraciones previas sobre el seguro marítimo

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 ¹. Partiendo del concepto que nos proporcionan los artículos 1 y 54 de la LCS, 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 de 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*] ² y que tiene cobertura legal en la cláusula general del párrafo 8.º del artículo 743 del Cód-

¹ BATALLER GRAU, J./LATORRE CHINER, N./OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *Derecho de los Seguros Privados*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 310.

² Cita de MENÉNDEZ: «La cláusula de almacén a almacén», págs. 23 y ss., RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L.: *Derecho de la Navegación. Volumen 5: Los seguros marítimos y aéreos*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 25.

go de Comercio, cuyo tenor literal reza: «todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de la navegación, cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada».

Ello implica que se trata de aquella clase de seguros cuya función es estrictamente indemnizatoria, la de reparar el daño patrimonial sufrido por una persona en sus estrictos alcance y contenido, 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 (art. 26 LCS). 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 autoprovocado³.

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.

1.1.1. *Contrato firmado entre empresarios*

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 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 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 LCS.

³ GABALDÓN GARCÍA, J.L./RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 854 y 855.

- Sobre su discutido carácter de contrato de adhesión

RODRÍGUEZ CARRIÓN lo califica como contrato de adhesión por cuanto, a pesar de las condiciones particulares o especiales que integran la póliza de seguro, en 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 (*vid.* 1.1.5. Seguro calificado como de grandes riesgos).

Por su parte, GABALDÓN GARCÍA expone que más trascendente que la mera conceptualización dogmática como contrato de adhesión o no, es la circunstancia de que se utilice 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.

- La plena autonomía de las partes y el carácter imperativo de los preceptos de la LCS

Este factor es clave ya que el Código de Comercio es de carácter dispositivo, mientras el régimen de la LCS es imperativo. Sin embargo, de un tratamiento integrado de ambos se impone la obvia conclusión de que si el seguro marítimo se sigue rigiendo por el articulado del Código, seguirá plenamente vigente también el principio de la libertad contractual, de modo que el contrato se regirá, tal y como dispone 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 (art. 25 LCS), un riesgo que amenace a ese interés (art. 4 LCS) o el principio indemnizatorio que impide convertir el contrato de seguro en una apuesta o posibilitar el siniestro provocado (art. 26 LCS), como tampoco disponer en la póliza sobre derechos de los terceros como, por ejemplo, la acción directa del perjudicado contra el asegurador (art. 76 LCS).

Esto es tan así que GARCÍA PITA Y LASTRES afirma que a efectos de la regulación del contrato de seguro (marítimo), las «reglas generales del Derecho Común» se hallan en la LCS de 1980, y ello porque el propio artículo 2 de la 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 gene-

rales 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 de 1980 y un seguro marítimo. Por consiguiente, desde la perspectiva estrictamente conceptual, la LCS se refiere no solo a los seguros terrestres, sino también a los seguros marítimos o aeronáuticos ⁴.

1.1.2. «Riesgo putativo» y «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* (ha de tratarse de un riesgo futuro e incierto, sobre el que exista incertidumbre), ya que en caso de no existir este riesgo, el contrato carecería de causa y sería nulo, tal y como ha sido proclamado por el artículo 4 de la LCS que textualmente 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.»

Sin embargo, esa excepción de los casos previstos por la ley está pensada 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*)». Utilizaremos los términos del profesor RODRÍGUEZ CARRIÓN para delimitar estas figuras, en las que es posible formalizar un contrato de seguro aunque ya no exista tal riesgo, pero ¿cómo se fundamenta?

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.

Así lo establecen los artículos 784 y 786 del Código de Comercio:

Artículo 784.

«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.»

⁴ GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.: *Riesgos e Intereses del Naviero y Cobertura Asegurativa*, Edit. Thompson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 77 y 78.

Artículo 786.

«Si el que hiciere el seguro, sabiendo la pérdida total o parcial de las cosas aseguradas, obra 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 este 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.»

La explicación viene dada por el alejamiento y la dificultad de las partes para conocer la situación real del objeto sobre el que recae el interés asegurado, *aunque evidentemente siempre está condicionado a que los contratantes desconozcan la pérdida o el daño producido.*

La diferencia entre ambas figuras radica en que mientras en el caso del riesgo putativo no existe la posibilidad de que los contratantes valoren la opción de que las cosas ya no existan o hayan llegado felizmente a su destino, y también que solo en el caso del riesgo putativo se establece un sistema de presunciones sobre el conocimiento del siniestro en el caso del seguro sobre buenas o 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.

1.1.3. «Principio de universalidad de riesgos»

El seguro marítimo es un seguro contra una universalidad de riesgos. El contrato no se refiere a un determinado riesgo o riesgos como objeto de cobertura, sino a todo el conjunto de riesgos que amenazan a los intereses asegurados durante la navegación. Esta posibilidad se recoge en el apartado 14.º del artículo 755 del Código de Comercio, ya mencionado y que se refiere a: «cualesquiera otros accidentes o riesgos del mar».

Esta afirmación no debe ser confundida 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 marítima, incluso las estancias en varaderos o astilleros, los periodos de construcción del buque, o en el caso de mercancías, sus fases de estancia y manipulación en puerto.

Lo expuesto se traslada a la práctica contractual de la siguiente manera: 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 asegu-

rador 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 exacta.

1.1.4. *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 aprecia en ámbitos económicos y profesionales como consecuencia de que el mercado asegurador de Londres sea el principal centro asegurador y reasegurador mundial, lo que en opinión del profesor Gabaldón 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 país.

En la práctica, a los dos modelos de condiciones generales españolas, ambas de 1934 e inspiradas en el Código de Comercio (uno para el seguro de buques –*Póliza española para el 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.

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.

1.1.5. *Seguro calificado como de grandes riesgos*

La 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, viene a establecer, como su título indica, las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por las que se modifica 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.

También se especifica la noción de riesgo que figura en la Directiva 73/239/CEE. Se hace una diferenciación entre los grandes riesgos y los riesgos de masa. Los grandes riesgos son:

- Los riesgos de transporte (incluidas las mercancías transportadas, sin tener en cuenta el tamaño).
- Los riesgos de crédito y de caución cuando estén vinculados a una actividad comercial.
- Los incendios y otros daños a los bienes, la responsabilidad civil general y las pérdidas pecuniarias, siempre que el asegurado satisfaga dos de las tres condiciones (relativas al total del balance, al volumen de negocios y al número de empleados, cifras que pueden obtenerse de registros contables elaborados de conformidad con otras directivas).

Los riesgos de masa son todos los demás casos en que se estima necesario garantizar al consumidor un nivel mínimo de protección.

Los seguros de grandes riesgos están sujetos a controles menos rigurosos que los seguros de riesgos de masa, tanto en régimen de establecimiento como en régimen de prestación de servicios (por ejemplo, no es necesaria la aprobación previa de las condiciones de las pólizas de seguros, de las tarifas y de los formularios y demás impresos que la empresa se proponga utilizar en sus relaciones con los tomadores).

Los seguros de grandes riesgos serán controlados en el país de establecimiento en lo que respecta a los servicios destinados a las empresas (todo el procedimiento de control financiero tiene lugar en el país de establecimiento). Sin embargo, el asegurador deberá procurarse en el Estado miembro donde tenga su sede social un certificado que acredite su solvencia y enviarlo al Estado miembro de prestación de servicios, precisando la actividad que tenga previsto realizar.

Los seguros de riesgos de masa podrán ser objeto de controles rigurosos en el Estado miembro de prestación de servicios, en especial: «la supeditación a una autorización administrativa, la exigencia de un margen mínimo de solvencia certificado por el Estado miembro de la sede social; y además, se aplicará la legislación del Estado miembro de acogida a las condiciones de la póliza»⁵.

Lo expuesto se ha traspuesto en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 107 de la LCS.

1.2. Consideraciones previas sobre el seguro de defensa jurídica

El seguro de defensa jurídica se encuentra regulado en el artículo 76 a) a g) de la LCS, conformando la Sección 9.^a del Título II de esta ley, referido a los seguros de daños, e incorporado por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, cuyo título señala su intención de adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, de 22 de junio de 1988, sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

⁵ Síntesis proporcionada por la página web de la Unión Europea: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_insurance/l24028a_es.htm

Por definición y tal y como consta en el artículo 76 a), en este tipo de seguro el asegurador se obliga 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.

Con el objeto de prevenir y resolver los conflictos derivados de los distintos intereses que ostentan un asegurado y un asegurador cuya actividad no se circunscribe exclusivamente a la defensa jurídica, así como las suspicacias de los juristas profesionales, cuyos servicios resultan imprescindibles, se imponen las siguientes medidas de control:

- El contrato ha de plasmarse en una póliza independiente, o en un capítulo aparte dentro de la póliza única que habrá de especificar la prima y el contenido de la defensa jurídica [art. 76 c) LCS].
- El asegurado tendrá derecho a la libre elección de abogado y procurador en cualquier caso de procedimiento y en los que generen conflicto de intereses, quienes no estarán sujetos, en ningún caso, a las instrucciones del asegurador [art. 76 d) LCS].
- Además, el asegurado tiene derecho a someter a arbitraje cualquier discrepancia que surja con el asegurador sobre el contrato de seguro [art. 76 e) LCS].

El apartado b) del artículo 76 que nos ocupa excluye de este seguro el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales. El motivo es evidente, ya que resultaría contrario al orden público que el asegurado quedase impune frente a infracciones, incluso penales, en que hubiese incurrido.

Por su trascendencia en la práctica resulta de interés su delimitación respecto de la defensa jurídica aparejada al seguro de responsabilidad civil, pues en muchas ocasiones ambas coberturas confluyen en la misma póliza [art. 76 g) LCS]. Su repercusión condicionará a quien elige al abogado y al procurador, y si la defensa letrada está sometida o no a las instrucciones del asegurador.

2. PROBLEMÁTICA SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

Como ya ha sido anunciado en el planteamiento inicial de este trabajo, la dificultad de análisis radica en el sistema de fuentes aplicables al seguro marítimo de defensa jurídica ⁶.

⁶ La Directiva 2009/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho Marítimo, se aplica únicamente a los buques de arqueo bruto igual o superior a 300 toneladas, y dado que el contenido de la directiva es muy escueto y específico, se ha omitido una referencia expresa a la misma en el análisis.

2.1. La Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica: contexto y antecedentes

Uno de los objetivos de la creación de la Comunidad Económica Europea, en la actualidad la Unión Europea, fue la consecución de un Mercado Único que supusiese la consagración de los derechos de establecimiento y libre prestación de servicios. Por ello y dentro del ámbito asegurador, el punto de partida debía ser la coordinación de las distintas legislaciones nacionales, coordinación que se acordó en primer lugar para los seguros directos distintos del seguro de vida.

Así podemos destacar como presupuesto previo los trabajos para regular las condiciones de acceso y ejercicio a la actividad aseguradora, trabajos que culminaron con la Directiva 73/239/CEE⁷, de 24 de julio, y la 73/240/CEE, de misma fecha, cuyo propio título aclara que es el texto normativo por el que se suprimen, en materia del seguro directo distinto del seguro de vida, las restricciones a la libertad de establecimiento.

Respecto del seguro de defensa jurídica, ramo cuya coordinación se acordó aplazar para un momento posterior, los trabajos preparatorios y debates suscitados en el Parlamento europeo y en el Consejo Económico y Social se enfrentaron a 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 el Reino Unido–, el objetivo esencial era la liberalización, la supresión de cualquier obstáculo que impidiera la realización de la libertad de establecimiento: los problemas específicos del ramo de seguros de defensa jurídica (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 asegurados⁸.

Finalmente, la Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, optó por una postura intermedia.

2.2. La Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica: ámbito de aplicación

En el artículo 1 de la misma establece cuál es su objeto: «la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica contemplado en el punto A.17 del Anexo 1 de la referida Directiva 73/239/CEE, a fin de facilitar el ejercicio efectivo

⁷ Directiva 73/239/CEE, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio, conocida como Primera Directiva Daños.

⁸ OLMOS PILDÁIN, A.: *El Seguro de Defensa Jurídica*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 91.

de la libertad de establecimiento y de evitar hasta donde sea posible cualquier conflicto de intereses que surgiera, en particular, debido a que el asegurador cubra a otro asegurado o que cubra al asegurado al mismo tiempo en defensa jurídica y por otro ramo contemplado en dicho Anexo».

Sin embargo, el párrafo 2.º del artículo 2 delimita cuál ha de ser el ámbito de actuación de la Directiva que nos ocupa, y establece que no se aplicará a los siguientes supuestos:

- *«Al seguro de defensa jurídica cuando este se refiera a litigios o riesgos resultantes de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización.»*
- A 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 al mismo tiempo en su interés con arreglo a dicha cobertura.
- 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 solo 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. (...)»

Tal y como manifiesta OLMOS PILDÁIN, esta exclusión ha sido justificada tanto con base en que la protección jurídica marítima suele estar garantizada por los Clubs de Protección e Indemnización (P&I Clubs) y otras asociaciones, como porque se trata de una actividad altamente especializada. Además, su separación resulta en cierta forma lógica si tenemos en cuenta que la circulación y comercio marítimo obedecen a reglas internacionales, de aplicación muy extendida, que sobrepasan el continente europeo, sin que exista a este respecto una gran divergencia entre las distintas legislaciones; por lo que las reglas de la libre concurrencia están en este ámbito poco amenazadas. No hemos de olvidar tampoco que a diferencia de lo que ocurre en el seguro de defensa jurídica en general, en el campo del Derecho Marítimo, los asegurados, o sea, los armadores o fletadores, suelen ser económicamente fuertes y pueden defender sin ayuda de ninguna autoridad, por sí mismos, sus intereses.

Este criterio ha sido mantenido por la Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre de 2009⁹, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, cuyo articulado comprendido entre los artículos 198 y 205, ambos inclusive, recoge la regulación aplicable al seguro de defensa jurídica, y mantiene las exclusiones señaladas en los párrafos precedentes, y en concreto el apartado a) del párrafo 2.º del artículo 198 establece:

⁹ En el Considerando (82) de esta directiva se señalaba la oportunidad de armonizar las legislaciones nacionales relativas al seguro de defensa jurídica, y ello en aras de la protección de los asegurados. Asimismo, el Considerando (83) compelia a los Estados miembros a que previesen un procedimiento de arbitraje o análogo, que ofreciese garantías para resolver de la forma más rápida y justa posible los conflictos entre las empresas y los asegurados relativos a la cobertura de defensa jurídica.

«2. La presente sección no se aplicará:

- a) *Al seguro de defensa jurídica cuando este se refiere a litigios o riesgos resultantes de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización. (...).*»

A efectos meramente clarificadores, hemos de añadir que esta última Directiva señalada refunde de otras muchas relacionadas con el mundo de los seguros y, en concreto, la Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, 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 1988¹⁰.

2.3. Adaptación del ordenamiento español a la Directiva 87/344/CEE: Ley 21/1990, de 19 de diciembre

En un primer momento, las labores de adecuación del ordenamiento español a la Directiva 87/344/CEE se asumieron por la propia Dirección General de Seguros, que en junio de 1988 elaboró un borrador de orden ministerial cuyo objetivo fundamental era regular el seguro de defensa jurídica, recogiendo las exigencias impuestas por la directiva.

Sin embargo, cuando las discusiones sobre el anteproyecto de esta orden estaban ya muy avanzadas, el Ministerio de Justicia reclamó su competencia en la materia por considerar, acertadamente, que una orden ministerial no era el instrumento adecuado para incorporar al sistema jurídico español una norma comunitaria, que en definitiva iba a modificar la LCS. Así, la Comisión General de la Codificación consideró que la adaptación a la directiva debía realizarse a través de una norma con rango de ley y, en concreto, dentro de la ley de actualización de la legislación de los seguros privados que tenía en proyecto. El texto definitivo fue aprobado por las Cortes Generales como Ley 21/1990, de 19 de diciembre, y apareció publicado en el Boletín Oficial del Estado el 20 de diciembre.

En él, nuestro legislador ha acogido las tres exclusiones previstas en la directiva que gozan de carácter imperativo; sin perjuicio de que, en aplicación de lo señalado en el último inciso del artículo 2 de la LCS, parece que nada impide la observancia de los citados preceptos por el asegurador de la responsabilidad civil, por el de asistencia, y en los seguros marítimos, si así lo acuerdan las partes, al resultar los mismos favorables para el asegurado¹¹.

La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, que como hemos referido con anterioridad representa el *corpus iuris* que adaptó las Directivas 88/357/CEE y la 87/344/CEE al ordenamiento español, incorporó a la LCS la Sección 9.^a, seguro de defensa jurídica, al Título II que regula los seguros de daños;

¹⁰ Véase el Considerando (1) 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.

¹¹ OLMOS PILDÁIN, A.: *El Seguro de Defensa Jurídica*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 103, que cita a SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, cit., vol. 1, págs. 44 y ss.

en concreto, el artículo 76 g) de la LCS se hace eco de las exclusiones analizadas, y ello a través del siguiente tenor literal:

«Los preceptos contenidos en esta Sección no serán de aplicación:

- 1.º A la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil de conformidad con lo previsto en el artículo 74.
- 2.º A la defensa jurídica realizada por el asegurador de asistencia en viaje. (...)
- 3.º *A la defensa jurídica que tenga por objeto litigios o riesgos que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas.»*

Un tema que puede suscitar ciertas dudas es el de si las exclusiones afectan tan solo a la disciplina que contempla el aspecto contractual del seguro de defensa jurídica, o si se extiende también a la normativa que regula las distintas modalidades de gestión a adoptar por las empresas que operan en el ramo.

En este debate encontramos dos situaciones diferenciadas, por un lado, la de países como Portugal, Reino Unido, Holanda, Italia y Bélgica, que han adoptado sus normas a la directiva de forma unitaria, sin dividir la disciplina del seguro de defensa jurídica y, por tanto, las exclusiones se refieren expresamente a todo el ámbito de la norma que regula este seguro, es decir, tanto a las medidas a adoptar por la empresa aseguradora, como al contenido del contrato. Por otro lado, encontramos otros países, como España, donde la LCS señala tales exclusiones, silenciándose esta cuestión en la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (derogada por la vigente Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), que en ese momento recogía las medidas referentes a la empresa.

En opinión de OLMOS PILDÁIN, la duda debe resolverse a través de una interpretación integrada de ambas disposiciones en relación con el texto de la directiva a la que aquellas se adaptan. En la norma comunitaria queda claro que las exclusiones afectan a ambos aspectos, el contractual y el de la empresa. A idéntica conclusión ha de llegarse, por tanto, respecto a su trasposición a los ordenamientos internos. En definitiva, las aseguradoras que realicen cualquiera de las actividades de defensa jurídica a que se refiere el apartado g) del artículo 76 de la LCS están liberadas de observar las medidas que se exigen a las empresas que operen en el ramo de seguros de defensa jurídica, lo que a su vez permite a los Clubs de Protección e Indemnización someterse únicamente a sus propias normas y condiciones, tal y como veremos en el epígrafe tercero.

2.4. Marco jurídico aplicable al seguro marítimo de defensa jurídica

Lo expuesto nos conduce a una situación de indeterminación, pues los riesgos marítimos –tanto a nivel contractual como empresarial– se hallan excluidos de las leyes españolas en materia de seguro de defensa jurídica, salvando lo ya expuesto sobre su carácter como auténtica *lex generalis*.

Cierto es que el Código de Comercio dedica la Sección 3.^a del Título III del Libro III a los seguros marítimos, circunstancia que suscita una cuestión fundamental: ¿será entonces el Código de Comercio el marco normativo aplicable para el seguro marítimo de defensa jurídica? Para proporcionar una respuesta fundamentada, debemos analizar cuál es el objeto del seguro marítimo al que se refiere el Código de Comercio y el papel de la autonomía de la voluntad en este ámbito.

El objeto del contrato supondrá, según GOÑI ETCHEVERS, la acotación del ámbito de la realidad social externa, delimitada y moldeada por la voluntad de las partes, sobre la que ha de incidir la conducta contractual programada, deberá incluir lógicamente la determinación del interés asegurado, pero también la del riesgo o riesgos frente a los cuales se proporciona cobertura ¹².

Pese a la gran amplitud objetiva que supone la cláusula general del artículo 755 del Código de Comercio: «todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de navegación cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada», se refiere expresamente a objetos comerciales y no a otro tipo de intereses asegurables, como pueden ser los eventuales gastos de defensa jurídica.

Por su parte, el artículo 437 del Proyecto de Ley General de Navegación Marítima, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Congreso de los Diputados de 19 de diciembre de 2008, prevé que «puede ser objeto del seguro cualquier interés legítimo sometido a los riesgos de la navegación» y, en concreto, podrán ser objeto de seguro marítimo:

- «a) Los buques, embarcaciones y aparatos flotantes, incluso en construcción o desguace.
- b) El flete.
- c) El cargamento.
- d) La responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación.»

Esto nos conduce a la conclusión del profesor GARCÍA PITA Y LASTRES ¹³ de que lo característico de los intereses cubiertos es que han de reunir varias condiciones:

- Primeramente, han de ser intereses patrimoniales.
- En segundo lugar, han de ser intereses legítimos, que deben responder a una causa lícita; porque de lo contrario no serían conformes a Derecho; citando el mismo ejemplo, una expedición marítima ilegal no puede quedar cubierta en modo alguno por el seguro, so pena de nulidad.
- Han de hallarse «sujetos a los riesgos de navegación por agua (*perils of the sea*)».

¹² GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.: *Riesgos e Intereses del Naviero y Cobertura Asegurativa*, Edit. Thompson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 94.

¹³ GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.: *Riesgos e Intereses del Naviero y Cobertura Asegurativa*, Edit. Thompson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 100 y 101.

Por ello la diversidad de cosas sobre las que puede recaer la cobertura asegurativa marítima es variadísima, aunque en realidad, *stricto sensu*, se refiere a los seguros sobre el buque, sobre los fletes, los desembolsos sobre un buque y riesgo de buena llegada y, en su naturaleza más abstracta, a la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación.

En realidad, los gastos derivados de un procedimiento judicial, administrativo o arbitral, así como la asistencia jurídica correspondiente, exceden por su propia esencia de la naturaleza marítima, pues solo indirectamente pueden tener conexión con riesgos de la navegación.

En la práctica, aunque sí existiría teóricamente la posibilidad de someterse a los preceptos del Código de Comercio —el propio art. 738 CCom. especifica que «la póliza del contrato de seguro contendrá, además de las condiciones que libremente consignan los interesados»—, la dificultad de considerarlos propiamente objetos comerciales, así como la generalidad de los artículos del propio Código, insuficientes para regular y salvaguardar los intereses de ambas partes en la relación jurídica que nos ocupa, ha propiciado que la cobertura del seguro marítimo de defensa jurídica se articule a través de los Clubs de Protección e Indemnización, tal y como concretaremos en los apartados subsiguientes.

3. LA DEFENSA JURÍDICA EN EL ÁMBITO MARÍTIMO ES UNA COBERTURA PROPORCIONADA POR LOS CLUBS DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN

Los Clubs de P&I, encuadrados básicamente en el mundo de los seguros marítimos, se caracterizan por su carácter esencialmente mutual, difiriendo en gran medida del concepto habitual de seguro. Un Club de P&I es una agrupación o asociación de personas, normalmente armadores, que ofrecen a sus miembros un seguro de protección e indemnización de índole adicional mutuo, contra las responsabilidades por daños a terceros que tienen relación con el negocio del armador. En otras palabras, se trata de asegurar la responsabilidad en que pueda incurrir el asegurado-miembro con respecto a terceras personas.

Por terceras personas debemos entender, en este ámbito, toda persona distinta de asegurador y asegurado; es decir, serán terceros, los marineros, estibadores, propietarios de la carga, propietarios de bienes distintos al buque y, de hecho, cualquier persona con quien pudiera establecer contacto el armador en el transcurso del tráfico comercial con su buque.

Los seguros normalmente se realizan con base en una prima fija. La compañía aseguradora establece como mínimo la cantidad necesaria para cubrir las reclamaciones, asegurándose además un beneficio. Si la prima no fuese suficiente para hacer frente a una determinada reclamación, la aseguradora tiene que echar mano de sus fondos de ganancias. Por el contrario, las asociaciones mutuales y, por lo tanto, los Clubs de P&I, como parten de la base de que su objetivo no es el de obtener beneficios, van reteniendo unos fondos que serán utilizados para satisfacer reclamaciones pendientes de pago de años anteriores.

Es importante aclarar que cuando hablamos de Clubs de P&I, el concepto de «asegurado» es sustituido por el de «miembro», y la «póliza» cambia su denominación por la de «certificado de entrada». Además, al tratarse de un seguro adicional, se parte de que el armador está debidamente asegurado con todos aquellos riesgos que están normalmente incluidos en las pólizas de navegación.

3.1. Breve referencia a la situación en España

En España no existen Clubs de Protección e Indemnización, y en principio las pólizas de seguro marítimo no cubren riesgos de protección e indemnización, situación que se agrava por la circunstancia añadida de que la legislación española tampoco permite asegurar buques nacionales en el extranjero.

Ante este obstáculo, se suele acudir a una doble vía:

- Por un lado, es posible concertar un seguro de protección e indemnización mediante la inserción de una cláusula especial –cláusula de P&I– en las pólizas de seguro marítimo en uso, con la que se cubren los riesgos estipulados en la regla de uno u otro Club, en las condiciones en ella establecidas.
- Una segunda solución es la elaboración de una póliza en la que se detallan los riesgos que van a ser cubiertos y que figura como anexo de la póliza principal.

A través de estos mecanismos se logra respetar las disposiciones legales y al mismo tiempo proporcionar al armador esa cobertura adicional que requiere, pasando a través de esta vía indirecta a gozar de los beneficios que corresponde a todo miembro de un Club como tal.

3.2. Papel del Grupo Internacional de Clubs de Protección e Indemnización (IGP&I) ¹⁴

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 con carácter contractual que define los riesgos a considerar, y cómo éstos han de ser compartidos por los Clubs participantes.

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, se rige por el International Group Agreement (IGA) de 1985, cuya última revisión data de 2008, que con-

¹⁴ Información extraída de la página web oficial del Grupo Internacional de Clubs de Protección e Indemnización: <http://www.igpandi.org/Home>

creta el mecanismo para compartir las reclamaciones que excedan de 8 millones de dólares americanos, hasta aproximadamente en la actualidad 6,9 billones de esa misma moneda. Puesto que el Grupo aúna a 13 de los principales Clubs de P&I en todo el mundo, esto supone que se proporciona cobertura para eventuales responsabilidades al 90 por 100 del tonelaje transoceánico mundial.

Estos 13 miembros referidos son los siguientes:

- American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc. (al que nos referiremos simplemente como American Club).
- Assuranceforeningen Skuld (al que nos referiremos como Skuld).
- Gard P&I (Bermuda) Ltd. (al que nos referiremos como Gard).
- The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited (al que nos referiremos como Britannia).
- The Japan Ship Owners' Mutual Protection & Indemnity Association (al que nos referiremos como el Club Japonés).
- The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited (al que nos referiremos como London Steam-Ship).
- The North of England Protecting & Indemnity Association Limited (al que nos referiremos como NEPIA Club).
- The Shipowners' Mutual Protection & Indemnity Association (*Luxembourg*) (al que nos referiremos como Shipowners).
- The Standard Steamship Owners' Protection & Indemnity Association (Bermuda) Limited (al que nos referiremos como Standard).
- The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited (al que nos referiremos como Steamship).
- The Swedish Club.
- United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association (Bermuda) Limited (al que nos referiremos como U.K. Mutual Steamship).
- The West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (*Luxembourg*) (al que nos referiremos como West of England).

Asimismo, el IGP&I está dotado de un programa de reaseguramiento 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. Este contrato proporciona reaseguro a reclamaciones que excedan de 50 millones de dólares, hasta un total de 2,05 billones de dólares, aunque

estos límites son más bajos en el caso de los fletadores ¹⁵. Aunque no profundizaremos en ello porque supondría extralimitarnos en el objeto de estudio, sí es conveniente señalar que la contratación de este 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.

3.3. Cobertura de riesgos de flete, sobreestadía y defensa/Freight, Demurrage and Defence Insurance (FD&D)

Con las siglas FD&D se define en el ámbito internacional un tipo muy concreto de cobertura asegurativa. En los propios términos de The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited, se trata de una clase diferente de cobertura, que proporciona asistencia a sus miembros para sufragar los costes de representación legal, así como el asesoramiento experto en relación con reclamaciones, disputas y otras materias relacionadas con la navegación que no se hallan incluidas en las cláusulas de P&I ni por otro tipo o forma de seguro.

A la hora de delimitar el objeto de este tipo de seguro, se parte de una definición negativa, es decir, se considera que los riesgos a los que FD&D hace referencia son aquellos que no se incardinan en otro tipo de seguro, tales como P&I, H&M ¹⁶, huelgas, riesgos bélicos, *loss of hire* ¹⁷, etc. Y ello para asegurar que no existe una doble indemnización y que el mismo riesgo no está cubierto por más de un tipo de seguro ¹⁸.

Con carácter previo al necesario análisis de los riesgos incluidos y excluidos en este tipo de seguro, ya que de ello derivarán las repercusiones más importantes en cuanto a cobertura asegurativa se refiere, debemos señalar que en las normas reguladoras de los 13 Clubs referidos se aprecia una gran verosimilitud, lo que nos permitirá un análisis conjunto de los aspectos más relevantes, sin perjuicio de los matices oportunos.

Cuando con el objeto de analizar aquellas previsiones que se refieren a la cobertura FD&D, se inicia una aproximación a las normas reguladoras de los distintos Clubs de P&I ¹⁹, lo primero que

¹⁵ Tampoco se consideran en este apartado las previsiones para contaminación petrolífera que tienen como límite 1 billón de dólares americanos por reclamación.

¹⁶ Las siglas H&M se utilizan para denominar la cobertura Hull & Machinery, o lo que es lo mismo, el casco y la maquinaria, lo que en definitiva supone el aseguramiento físico del buque y, con carácter general, los daños que en el mismo se produzcan.

¹⁷ La expresión *loss of hire* se refiere a aquellas pólizas en las que el riesgo asegurado es la pérdida de ingresos como resultado de los daños sufridos en un buque.

¹⁸ TEJAL DHESI, *The Freight Demurrage & Defence Concept*, The Swedish Club Letter 3-2001.

¹⁹ Las normas reguladoras de los distintos Clubs de P&I han sido volcadas de sus propias páginas web oficiales.

llama la atención es el tratamiento que realizan unos y otros. Así, en aras de ser lo más ilustrativos posible, distinguimos tres grupos ordenados de mayor a menor diferenciación:

1. 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*); **NEPIA**, que posee las propias FD&D *Rules* para los años 2009/2010, y el **Swedish Club**, que también dispone de sus propias FD&D *Rules*.
2. 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, aunque ambas se recogen en el mismo cuerpo normativo «By laws, Rules and List of Correspondents 2009/2010»); el **Steamship Club (Bermuda)**, que como *Class II Rules* [Reglas de la Clase II], de su cuerpo normativo denominado «Rules and List of Correspondents 2010-2011», recoge las previsiones respectivas a este tipo de seguro, y el **West of England Club**, que también diferencia entre Clases I (P&I) y II (FD&D).
3. 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 «Statutes and Rules 2010» recogen la denominada *Defence Cover*; **Gard**, que en la Parte IV de sus Normas para el 2010 prevé de nuevo la *Defence Cover*; **Shipowners**, cuya Regla 6, ubicada sistemáticamente en la Parte III, lleva por título *Cobertura FD&D*; **U.K. Mutual Steamship**, que en la Sección 25 de la Regla 2 recoge de manera tangencial los *Legal costs*, y por último, la regulación de **Standard**, cuyas P&I and *Defence Rules* para el 2010/2011 prevén en la Sección Tercera las normas para ambos seguros, si bien son el único Club que de manera expresa señala que los preceptos aplicables en su sede, Bermudas, también lo serán en la Asociación homóloga en Asia y en Europa.

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.

3.3.1. Riesgos incluidos en la cobertura FD&D

Hemos señalado que los gastos que soportará el Club no serán únicamente los correspondientes a los abogados, sino que también abarcarán los honorarios devengados a favor de cualquier profesional o experto cuyos servicios resulten imprescindibles para defender los intereses del Miembro (peritos por ejemplo); ahora bien, ¿nos referimos a todo tipo de gasto de defensa jurídica, o solo a la defensa jurídica que tenga lugar como consecuencia de determinados supuestos de hecho?

Por la claridad de su exposición y por su detalle transcribimos a continuación el apartado 3.A. de la Parte III, titulada «Cobertura de riesgos de flete, sobreestadía y defensa», de The Shipowners' Mutual

Protection & Indemnity Association (*Luxembourg*)²⁰, que especifica los supuestos en los que la Asociación o Club cubrirá los gastos de las eventuales reclamaciones, desavenencias o procedimientos:

- «i. Derivados de todo contrato de **fletamento**, conocimiento de embarque, póliza de fletamento u otro contrato, incluidas, las desavenencias relativas a alquiler, extinción del **alquiler**, compensación, flete, (...) **sobreestadía** y/o daños por detención, despacho, velocidad, comportamiento y descripción de un buque, seguridad portuaria y órdenes impartidas a un buque asegurado.
- ii. Derivados de todo contrato de fletamento, conocimiento de embarque u otro contrato, el ejercicio o alegación de cualesquiera derechos de ellos resultantes o que le asistan con carácter general (...).
- iii. Respecto a la cancelación de un contrato de fletamento o de otro contrato.
- iv. Respecto a la **pérdida, daño o detención** de un buque asegurado.
 - v. Respecto al suministro de **combustible, materiales o equipo** u otros efectos de inferior calidad, insatisfactorios o inadecuados.
 - vi. Por la **reparación** o alteración negligente o inadecuada de un buque asegurado.
 - vii. Respecto a contribuciones o cargos a la avería gruesa y/o simple.
 - viii. Respecto a la inadecuada carga, alijo, estiba, equilibrio de calados o descarga del cargamento.
 - ix. Respecto y conexo a cargamentos, desembolsos, cuentas recibidas de agentes, estibadores, proveedores de efectos navales, corredores, autoridades aduaneras, portuarias o de otro tipo u otros relacionados con el funcionamiento, dirección y explotación de un buque asegurado.
 - x. Respecto **a importes adeudados por o a aseguradores** y cualquier otra persona física y/o jurídica que desempeñe actividades de seguro marítimo, excepto los importes adeudados a o por la Asociación.
 - xi. Respecto a servicios de **salvamento o remolque** prestados por un buque asegurado, excepto cuando este sea un remolcador de salvamento u otro buque, utilizado o destinado a ser utilizado, en operaciones de salvamento y la reclamación se produzca como consecuencia o durante operaciones de salvamento o tentativa de operaciones de salvamento.
 - xii. Por o contra **pasajeros** destinados a ser transportados, o que lo sean o hayan sido, en un buque asegurado o sus representantes o personas a cargo.
 - xiii. Por o contra **oficiales, tripulaciones, polizones y otras personas** que se encuentren en un buque asegurado o relacionados con este.
 - xiv. En relación con la **construcción, compra o venta** de un buque asegurado.»

²⁰ <http://www.shipownersclub.com/publications/latestpublications?lang=es>

Aunque por la minuciosidad de lo expuesto pudiera parecer que se trata de una enumeración *númerus clausus*, lo cierto es que también se suele acompañar de una **cláusula general** también denominada *Omnibus Clause*, como la Regla 18.16 del Britannia Club (o la Regla 18 del Swedish Club, Regla 4 de la Clase II del West of England Club), que posibilita que la cobertura de defensa jurídica pueda también extenderse, a discreción del Comité del Club, a todos aquellos procedimientos o controversias que aunque no estén especificados como tales, entren en el ámbito de cobertura permitido por la Asociación, aunque eso sí, solo hasta el límite que el propio Comité determine.

Lo cierto es que de conformidad con la verosimilitud a la que hacíamos referencia en párrafos anteriores, de un modo u otro los riesgos cubiertos se incardinan en los apartados señalados, es más, en el caso del U.K. Mutual Steamship Club, sus normas solo recogen esa cláusula general, haciendo referencia a los costes legales o los gastos del propietario del buque, parcialmente asegurado, con los límites de los costes asumidos con el consentimiento de los Administradores, o hasta el límite que los *Directors*²¹ estimen que el Miembro debe recuperar de la Asociación.

Asimismo, todos los Clubs P&I se hacen eco de una serie de obligaciones de comunicación e información de los Miembros hacia la Asociación, cuyo incumplimiento puede tener el efecto inverso de privar de cobertura al afectado²².

3.3.2. Riesgos excluidos en la cobertura FD&D

A la vista de lo expuesto, pudiera parecer que los Clubs P&I ofrecen una cobertura de defensa jurídica prácticamente ilimitada a sus Miembros. Sin embargo, y a pesar de tratarse de entidades sin ánimo de lucro, lo cierto es que para proteger su propia supervivencia sí han sido excluidos determinados supuestos problemáticos, aunque en todo caso prevalecerá cualquier acuerdo expreso entre el Miembro y el Club, así como también la decisión discrecional del Comité en cualquier sentido.

En aras de proceder a una exposición organizada, mantendremos la clasificación de los riesgos excluidos realizada por Britannia y que se recoge en las Reglas 19 y siguientes de su *Rulebook* para la Clase 6 (FD&D):

²¹ La Regla 44 del cuerpo normativo del United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association (Bermuda) Limited, define a los Directores como: *The Board of Directors for the time being of the Association*. A lo largo de todas las Reglas se les dota de gran poder y discrecionalidad en la operativa del Club. En concreto, la propia Regla 34 hace referencia a sus «Regulaciones y Recomendaciones», pudiendo incluso fijar las condiciones de los contratos. Otros Clubs, por ejemplo Britannia, se refiere al *Comitee*.

²² Un ejemplo de esta previsión: Reglas 8 y 10 de la Parte IV de la normativa de Shipowners.

A. Riesgos específicamente excluidos:

- a) «*Bad debts* o deudas malas» son aquellas que no existe expectativa alguna de recuperación, bien sea por la baja prosperabilidad de la reclamación, como la inexistencia de activos para satisfacer una resolución estimatoria ²³.
- b) Deudas reconocidas, ya que se entiende que no existe ninguna justificación para que el Miembro se niegue a satisfacerlas.
- c) Reclamaciones contra la propia Asociación.
- d) Bajo el título de «Support» se engloban los supuestos en los que el Miembro ha actuado sin el beneplácito del Club o las directrices de los Administradores o el Comité, así como cuando ha incumplido cualquier tipo de regulación o acuerdo.
- e) Actos de tráfico.
- f) Submarinismo (salvo que este se desarrollase con carácter incidental para una reparación, inspección o mantenimiento).

B. Exclusión de ciertos riesgos específicos. Este epígrafe se refiere a reclamaciones en relación con gastos de embarcaciones específicas destinadas a actividades de salvamento, perforaciones, almacenamiento de petróleo, entretenimiento o submarinismo, entre otras.

C. Comercio imprudente: supuestos de contrabando, bloqueo o comercio ilegal.

D. Exclusión de riesgos nucleares.

E. Exclusión de riesgos cubiertos por pólizas de casco (*Hull Policies*).

F. Exclusión de riesgos bélicos.

G. Exclusión de riesgos cubiertos por pólizas de P&I.

H. Exclusión de riesgos cubiertos por otro tipo de seguros.

Efectivamente, la posibilidad real de recuperar los costes asumidos es una de las preocupaciones de los Clubs, porque aunque la reclamación principal se asegure o garantice, no ocurre lo mismo respecto de los referidos gastos.

²³ A este respecto, The American Club ha adoptado la decisión de requerir a sus Miembros como requisito para la cobertura de defensa jurídica en supuestos de incumplimiento de contrato haber investigado (previamente a asumir cualquier obligación contractual) la situación financiera y la solvencia de la contraparte. Como posible solución en el caso de que esta investigación no fuese satisfactoria, es posible que el Miembro garantice dicha reclamación. [Circular núm. 28/09 de 16 de noviembre de 2009].

En atención a que la mayoría de las disputas consideradas por las pólizas FD&D se destinan al arbitraje de Londres, el punto de partida habrá de ser la *Arbitration Act* de 1996, que solo se refiere a la obligación del demandante de proporcionar algún tipo de seguro o garantía para estos costes. ¿Qué ocurre entonces con el demandado reconvencional? ¿Cómo se garantiza que, en el supuesto de una resolución estimatoria de las pretensiones del demandante, aquel tenga activos suficientes para satisfacer no solo el principal de la reclamación, sino también los gastos del procedimiento?

Si a priori la posición del demandante es más perjudicial a estos efectos, ¿deberían los Clubs recomendar a sus Miembros esperar hasta que sus oponentes ejerciten la acción? ²⁴

Esta inquietud ha sido acogida por los Tribunales en numerosas resoluciones ²⁵, en las que se ha hecho prevalecer el equilibrio entre ambas partes y la exigencia de que ambas se proporcionen garantías recíprocas, es más, se han producido cambios en los *London Maritime Arbitrators Association Terms*, que implican que los árbitros han reconocido la necesidad de asegurar sus propios costes legales.

Las leyes inglesas intentan asegurar que ni acudiendo a la jurisdicción, ni al arbitraje, se produzca la situación de un demandante (o demandado reconvencional) sin medios económicos, que a la postre frustre el fin del propio procedimiento y suponga un derroche de recursos humanos y económicos.

3.3.3. Límites cuantitativos: el límite máximo y los «deducibles»

Además de las exclusiones por razón de la materia recogidas en el apartado 3.3.2, y que en esencia suponen la descripción de supuestos de hecho concretos –eso sí, sin olvidar que en todo caso prevalece la posibilidad de acuerdo entre las partes o la decisión discrecional del Comité–, las distintas normas reguladoras de este tipo de seguro hacen referencia a 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 entre los 5 y 10 millones de dólares americanos. Expresamente prevén en sus reglas que no se asumirán más de 5 millones de dólares de gastos de defensa jurídica en el caso de los siguientes Clubs: Shipowners, Swedish, Skuld y West of England.

London Steam-Ship Club prevé una cuantía intermedia que asciende a 7 millones y medio de dólares americanos por disputa.

²⁴ TEJPAL DHESI: *What fate awaits the impecunious defendant?*, The Swedish Club Letter 2-2005.

²⁵ The Silver Fir (1980) 1 LLR 371, que ya hace 25 años establecía lo siguiente al hilo de la equidad inter partes: «in considering what is fair and reasonable, both parties carry on business outside the jurisdiction, both are claiming against the other party for damages and where it was mere chance that one party started the arbitration before the other could get in a claim then both should be treated alike. If one gets an order for security for costs then the other should too...». En el mismo sentido: *Petromin v Secnav Marine Ltd.* (1995) 1 LLR 603.

Los Clubs de P&I que ofrecen mayor cobertura asegurativa en este sentido son: Steamship, Gard y Britannia, todos ellos llegando a los 10 millones de dólares por incidente.

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 solo cobrará virtualidad práctica en lo que exceda de ese importe ²⁶.

Cierto es que prácticamente todos los Clubs establecen un porcentaje del 25 por 100, es decir, 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 ellos establecen con carácter adicional unos importes mínimos y máximos, lo que supone que la cobertura asegurativa FD&D no entrará en juego para reclamaciones de escasa implicación económica.

Gard, Skuld y U.K Mutual prevén que el importe mínimo a satisfacer por el socio será de 5.000 dólares americanos, mientras que NEPIA y el West of England Club añaden a este límite inferior otro superior de 50.000 dólares americanos, que será el máximo que en todo caso tendrá que sufragar el Miembro.

El Britannia Club recoge en la Regla 32 (4) (A) que será el Comité el que decidirá, como siempre discrecionalmente, si se reembolsa todo o solo una parte al socio; aunque sin duda, el método de cuantificación más elaborado es el de Shipowners, cuyo apartado 8.A de la Parte III de su normativa, 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 por la necesidad. Tal y como describe el Informe Anual de Britannia ²⁷ correspondiente a FD&D, el Club se ha visto obli-

²⁶ 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.

²⁷ «Class 6- Freight, Demurrage and Defence»; Annual Report and Financial Statements 2010 publicado por The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited, págs. 16 a 18 (<http://www.britanniapandi.com/en/info/search-results.cfm>).

gado a aprobar derramas adicionales, pues si en los años 2000/2001 el número de reclamaciones superiores a 50.000 dólares americanos era solo de 8, en el 2008/2009 esta cifra ascendió a 46, con el consiguiente coste que eso supone y el efecto perjudicial sobre la situación financiera del mismo.

3.3.4. Conflictos y resoluciones relevantes al hilo de este seguro

Uno de los eventos más importantes en el marco de la cobertura FD&D en el 2009 fue la desaparición del conocido como *Rule B attachment*, es decir, el embargo bajo las previsiones de las *Supplemental Rules for Admiralty or Maritime Claims (Rule B)*.

En los Estados Unidos, existe un remedio preliminar marítimo mediante el cual el demandante puede obtener garantías para su reclamación mediante el embargo de activos pertenecientes al demandado, siempre y cuando este no tenga un agente, representante o centro de negocios en la jurisdicción estadounidense, y ello con independencia de la jurisdicción que posteriormente enjuicie esa controversia²⁸. Este remedio se hizo muy popular respecto de los EFT's, cuyas siglas significan transferencias electrónicas de fondos, y consistía en el embargo del dinero que con carácter transitorio estaba depositado en las entidades bancarias norteamericanas, hasta que se hacía efectiva la transferencia.

El pasado año, la Corte del Distrito Sur de Nueva York (*Southern District of New York «SDNY» Court*)²⁹, en el asunto *SCI versus JALDHI*, resolvió que no cabía esa posibilidad, y ello supuso que un medio relativamente barato y muy efectivo para garantizar reclamaciones contra un demandado con liquidez visible desaparecía, dificultando a partir de ese momento estas reclamaciones, con las repercusiones que ello presenta para los asegurados por la cobertura FD&D, que como ya hemos señalado se ve muy influida por las garantías y expectativas de cobro del procedimiento.

A partir de este momento, se han desarrollado múltiples teorías por las Compañías neoyorquinas, sobre todo sobre los embargos que habían sido trabados con anterioridad; el U.K. Defence Club mantiene que en última instancia depende de la discrecionalidad del juez.

Otra decisión que ha sido muy criticada es la emitida por la Corte inglesa (English Court) en el asunto *ZENOVIA*, en la que se resolvió que a menos que exista una notificación clara a la contraparte, los anuncios de devolución pueden retirarse voluntariamente por el fletador, sin indemnización de ningún tipo para el propietario.

PARAGON es el nombre de una disputa sobre el reenvío tardío en contrato de fletamento por tiempo. El contrato preveía una cláusula denominada «de último viaje» en la que se preveía que ante un retraso en la devolución, se incrementaría el precio del flete correspondiente a los últimos 30 días. El juzgado entendió que esto suponía una cláusula punitiva y que bajo la legislación inglesa no era ejecutable.

²⁸ NEIL A. QUARTARO, *Requirements for Attachment of Assets under Rule B*, www.avvo.com.

²⁹ Es muy significativo que se trate de este tribunal, donde esta Regla era particularmente efectiva, y ello debido a que el sur de Nueva York comprende Manhattan, y en esta área tienen sus oficinas las entidades bancarias más importantes.

El asunto *AIC Limited versus Marine Pilot Limited (The ARCHIMIDIS)*, resuelto por la Corte de Apelación inglesa, puso fin a la ambigüedad relativa a la *safe port warranty* hecha constar expresamente en el contrato de fletamento interpartes, y si podía liberar o no al fletador de su responsabilidad sobre la seguridad de ese puerto concreto. Mientras los fletadores argumentaban que dicha cláusula constituía un acuerdo de ambas partes y que el hecho de no haber descargado en el mismo todo el tonelaje de gasoil previsto no podía serle únicamente imputado a ellos, los Tribunales dieron la razón a los armadores y reconoció que estos tenían derecho a confiar en la garantía de seguridad del puerto señalado en el contrato.

Como se aprecia, la mayoría de la jurisprudencia comentada sobre la cláusula FD&D se refiere a controversias sobre el fondo del asunto. Esto viene justificado por el hecho de que son los propios Clubs P&I los primeros interesados en configurar los supuestos de hecho en los que existen posibilidades reales de obtener una resolución estimatoria de sus pretensiones.

3.4. Análisis comparativo del seguro de defensa jurídica en el marco del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, y la cobertura Freight, Demurrage and Defence (FD&D) proporcionada por los Clubs de Protección e Indemnización

Como último punto y dado que la idea central del presente trabajo es el seguro de defensa jurídica, restaría analizar si finalmente los Clubs P&I proporcionan en el ámbito del seguro marítimo, y por ende de los riesgos derivados de la navegación, una auténtica cobertura de defensa jurídica o no. Lo cierto es que se aprecian innumerables similitudes, aunque como no podía ser de otro modo, las especialidades que como hemos visto presenta el seguro marítimo y, en concreto, el carácter mutuo de los Clubs condiciona algunos de esos rasgos, sobre todo y como veremos, la determinación y el estatus jurídico de la relación asegurador-asegurado.

Sin embargo, por exceder del objeto del presente trabajo, no podremos detenernos a analizar cada uno de estos rasgos en toda su profundidad, aunque sí realizaremos una aproximación a cada uno de ellos, de manera que se pueda percibir el carácter reglado del SDJ en el ordenamiento español y europeo (si bien existen matices diferenciales según cada país) frente a la clara autonomía del Club P&I.

3.4.1. Similitudes: objeto de cobertura³⁰, deberes de comunicación e información, ciertas exclusiones relacionadas con la actitud del asegurado y sometimiento a arbitraje de las posibles diferencias con el asegurador

En primer lugar, señalaremos aquellos aspectos en que coincide la regulación prevista en la legislación española y las normas de los Clubs P&I. En ambos casos, la satisfacción del riesgo cubierto no se materializa con la entrega de una suma de dinero, sino con la ejecución de determinados actos; el hecho de que esos actos puedan tener un coste, de cuyo importe el asegurador libera al asegurado,

³⁰ OLMOS PILDÁIN, A.: *El Seguro de Defensa Jurídica*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 427.

no transforma el tipo de necesidad. No debe confundirse, por tanto, la necesidad cubierta por el seguro con los efectos últimos que puedan derivarse de su satisfacción. La liberación de tales efectos no es aquí la causa del contrato, sino –en todo caso– un simple motivo que conduce a su conclusión.

El patrimonio tan solo constituye el objeto del interés en la cobertura accesoria de condena en costas; no en la cobertura principal, en la que la protección del patrimonio tan solo se obtiene por derivación cuando el asegurador actúa. En esta cobertura se contempla al asegurado como sujeto de Derecho, no como titular de un patrimonio. La relación directamente protegida es la que mantiene el asegurado con los derechos e intereses que integran su esfera jurídica. De hecho, es la alteración de alguno de esos derechos e intereses –ante la aparición de determinadas situaciones o conflictos– lo que hace surgir la necesidad cubierta por el seguro de defensa jurídica. Se trata, por tanto, de un seguro de daños que cubre un daño extrapatrimonial a través de un sistema de reparación específica.

En este tipo de seguros, al que pertenece el de defensa jurídica, el *quantum* máximo que asumirá el asegurador en el cumplimiento de su prestación no viene referido ni al valor del interés ni a su posible lesión, sino al coste de los medios a desplegar para satisfacer la necesidad del asegurado cuando surja alguna de las situaciones previstas en la póliza. De ahí que si por suma asegurada hay que entender el importe máximo del interés asegurado cubierto por el asegurador, habrá que admitir que en estos seguros resulta más correcto emplear el concepto de **alcance de cobertura** ³¹.

El primer deber del asegurado en ambos casos es el de comunicárselo al asegurador. Esto se completará con toda la información, documentación y medios de prueba de interés que puedan obrar en su poder, ya que de lo contrario no solo se dificultaría la materialización de la defensa jurídica, sino que en última instancia se estaría comprometiendo la viabilidad y el éxito en la controversia. Esta es la idea que subyace en el seguro de defensa jurídica ordinario y en la cobertura FD&D, si bien, y como ya anunciábamos, la autonomía de los Clubs les permite ser mucho más flexibles en los plazos de comunicación del siniestro, ya que mientras el artículo 16 de la LCS establece un plazo máximo de siete días (salvo que la póliza fije uno más amplio) ³², los Clubs recurren a expresiones genéricas como «tan pronto como sea posible». Es más, la Regla 30 (4) de Britannia establece un plazo límite de doce meses. Por su parte y también a título ejemplificativo, Shipowners se refiere a «informar diligentemente (...) en el plazo de un mes» [Reglas 8 y 11 de la Parte IV], aunque se prevén situaciones de notificación escrita a los Administradores en el plazo de tres años para el reembolso de costes [Regla 11.2 de la Parte IV]; NEPIA establece un plazo de tres meses para la notificación del siniestro y de un año para la recuperación de cualquier coste asumido [Reglas 25.4 y 25.5].

³¹ OLMOS PILDÁIN, A.: *El Seguro de Defensa Jurídica*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 267.

³² La mayoría de las pólizas señalan el mismo plazo de siete días que señala el referido precepto, si bien algunas lo amplían hasta 10 días. Este plazo tan breve ha originado que el *dies a quo* se convierta en un elemento esencial, y con ello la determinación del momento del siniestro. No existe conformidad entre los autores a la hora de delimitar el riesgo cubierto por este seguro, pero es que, además, cualquiera que sea la tesis que se acoja, son varios los hechos a los que puede calificarse como siniestro, hechos que por lo demás no suelen presentarse de manera simultánea. Pensemos, por ejemplo, en un accidente que ocurre en una determinada fecha que a priori se soluciona y que meses después el asegurado recibe la notificación de una demanda: ¿podría considerarse expirado el plazo desde el accidente? ¿o empezaría a contarse desde la notificación de la demanda?

En opinión de la doctora OLMOS PILDÁIN, se considera que «el acontecimiento que en el SDJ provocan los efectos propios del siniestro es aquel que hace objetivamente necesario el recurso a la ayuda de un abogado y/o el acceso a la justicia».

Estos plazos más amplios son coherentes con la propia naturaleza de los riesgos de la navegación, pero en todo caso muy superiores y beneficiosos para los asegurados.

Otra similitud llena de contradicciones es el *sometimiento a arbitraje de las posibles diferencias entre el asegurador y el asegurado*, tal y como ya recoge el artículo 76 e) de la LCS y reconocen asimismo los distintos Clubs, aunque estos antes de recurrir al arbitraje, y solo si subsistiese la divergencia de opiniones, prevén que se someta al criterio del Consejo (Regla 38 NEPIA Rules, Regla 64 de Shipowners, Regla 40 U.K. Mutual...). Ahora bien, no podemos dejar de mencionar los inconvenientes que esto supone, pues en todo caso supondrá un incremento sobre los costes ya existentes y sobre el tiempo que ha de transcurrir hasta que se obtenga el correspondiente laudo arbitral, retrasando, por tanto, los tiempos inicialmente previstos.

3.4.2. *Diferencias esenciales: marco normativo, límite máximo de cobertura y libre elección de profesionales*

La primera diferencia con efectos transcendentales entre la cobertura proporcionada por las entidades aseguradoras y los Clubs de Protección e Indemnización es el sometimiento de toda aseguradora a los requisitos que para ejercer esa actividad establece 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, y la ya referida Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Por el contrario, y derivado del carácter mutuo de los Clubs, estos se regulan por sus propios estatutos y normas internas, que si bien no difieren demasiado entre unos y otros, sí gozan de mucha mayor autonomía y autogobierno que las entidades aseguradoras, lo que también tiene su repercusión en la práctica, como hemos señalado en la amplia discrecionalidad de los propios órganos del gobierno del Club.

En segundo lugar, en España, los **límites cuantitativos** del SDJ oscilan, según las compañías y modalidades, entre 3.000 y 30.000 euros para cada siniestro, siendo también habitual considerar como un siniestro único y, por tanto, con sujeción conjunta a la cifra máxima contratada, todos aquellos hechos que tengan la misma causa y se hayan producido en un mismo tiempo³³. Es evidente que esta cantidad solo puede atender a pequeños litigios, por lo que se hace del todo necesario elevar los límites cuantitativos de las pólizas y la consecuente elevación de las primas.

Por el contrario, en las pólizas FD&D de los Clubs, ya hemos visto que los límites oscilan entre los 5 y los 10 millones de dólares, algo que claramente responde a la mayor entidad de los intereses asegurados.

Lo que viene a la mente cuando se menciona el seguro de defensa jurídica son los honorarios de los abogados, y es que precisamente estos son solo una parte de los costes a los que este tipo de cobertura asegurativa pretende hacer frente. El artículo 76 d) de la LCS a este respecto señala:

³³ OLMOS PILDÁIN, A.: *El Seguro de Defensa Jurídica*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 271.

«**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.**»

Como ya adelantábamos, es otro planteamiento completamente diferente el que se produce respecto de la defensa jurídica amparada en la póliza FD&D de los Clubs. Pensemos en que de manera totalmente contraria a lo dispuesto en el transcrito artículo 76 d) de la LCS, los Directores (o Administradores, según los estatutos de la Asociación) de los distintos Clubs son los auténticos «artífices» de esa defensa jurídica, en el sentido más amplio del término, pensemos, por ejemplo, que la Regla 26.3 de NEPIA se refiere expresamente a su «control ilimitado», y es que la previsión de que «los letrados, peritos, y demás personas designadas por los Administradores por cuenta de un Miembro, o con el consentimiento previo de los Administradores» [Regla 12.2 de Shipowners o 36 U.K. Mutual entre otras], implica un papel activo y decisor del Club en todo momento, en clara consonancia con la discrecionalidad y autonomía ya señalados y que de nuevo traemos a colación, llegando por supuesto el asegurador a dar instrucciones y recibir información en todo momento.

Las diferencias señaladas dejan entrever un espíritu contrapuesto entre el asegurado en la ley española y los asegurados en los Clubs P&I, aunque en uno y otro caso lo que se pretende es en esencia lo mismo: hacer frente a los gastos jurídicos que se deriven de un siniestro.

4. CONCLUSIONES

Comenzábamos esta exposición con varios interrogantes: «si el seguro marítimo se define como un seguro esencialmente de daños, ¿qué ocurre en concreto con la cobertura de defensa jurídica en este ámbito?; si la Ley reguladora del Contrato de Seguro excluye de la Sección 9.^a sobre el seguro de defensa jurídica los litigios o riesgos «que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas», ¿cómo se proporciona cobertura legal a este tipo de cuestiones?».

Para ello ha resultado imprescindible recorrer los elementos configuradores del seguro marítimo y del seguro de defensa jurídica por separado y la normativa vigente al respecto, para terminar descubriendo una póliza concreta, una cobertura determinada en el marco de una Mutualidad Internacional, como son los Clubs de Protección e Indemnización, que responde a las inquietudes de los asegurados en este ámbito.

De este modo surge la *Freight, Demurrage and Defence Insurance*, unos términos que en español significan cobertura de riesgos de flete, sobreestadía y defensa, y que precisamente es el marco en el que armadores y navieros van a obtener una cobertura de defensa jurídica en el ámbito marítimo. Ciertamente es que lo primero que nos viene a la mente cuando pensamos en un seguro de defensa jurídica es el abono de los gastos de abogados y procuradores en una reclamación judicial, sin embargo, el mundo asegurativo de la navegación tiene ciertas especialidades, entre las que destacan los grandes capitales que están en juego (a excepción claro de pequeños pesqueros y embarcaciones de recreo que quedarían fuera de nuestra exposición porque no recurren a los Clubs para cumplir con el seguro obligatorio). Esta circunstancia supone un elevado coste, tanto del objeto asegurado como de la prima, y dado que los Clubs se financian exclusivamente con los pagos que realizan sus miembros, es imprescindible que hagan una buena gestión de los mismos para mantener su solvencia y liquidez.

Llama la atención que se trata de un régimen gobernado por la autonomía de la voluntad, algo que ya preveía el Código de Comercio, aunque en este caso, la autonomía de la voluntad se traduce en la libre entrada en el Club, porque a partir de ahí, y tal y como hemos ido detallando en los lugares correspondientes, los órganos de gobierno del mismo serán los que tendrán una amplia discrecionalidad para decidir cómo y cuándo se proporciona esta cobertura. Para ello disponen de un elevado número de profesionales, disponibles 24 horas (en las propias Reglas de cada uno de ellos consta la sección denominada *After hours telephone numbers*), que gestionan desde el mismo momento en que se tiene conocimiento de una eventual reclamación todos los aspectos del procedimiento y de los expertos.

Últimamente y al igual que en todos los aspectos de la economía mundial, la crisis ha tenido sus efectos perjudiciales en este sentido. Cada vez se exigen más garantías a los asegurados, y ello para evitar arriesgar unos costes más que elevados si al final no va a existir ningún tipo de activo de la contraparte para hacer efectiva una condena.

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

BATALLER GRAU, J./LATORRE CHINER, N. /OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *Derecho de los Seguros Privados*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2007.

GABALDÓN GARCÍA, J.L./RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2006.

GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.: *Riesgos e Intereses del Naviero y Cobertura Asegurativa*, Edit. Thompson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2009.

OLMOS PILDÁIN, A.: *El Seguro de Defensa Jurídica*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997.

TEJPAL DHESI, *The Freight Demurrage & Defence Concept*, The Swedish Club Letter 3-2001.

— *What fate awaits the impecunious defendant?*, The Swedish Club Letter 2-2005.

NEIL A. QUARTARO, *Requirements for Attachment of Assets under Rule B*, www.avvo.com.

«*Class 6- Freight, Demurrage and Defence*»; Annual Report and Financial Statements 2010, publicado por The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited: <http://www.britanniapandi.com/en/info/search-results.cfm>

Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica.

Directiva 2009/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho Marítimo.

Directiva 73/239/CEE, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio, conocida como Primera Directiva Daños.

Web oficial del Grupo Internacional de Clubs de Protección e Indemnización: <http://www.igpandi.org/Home>

Páginas web oficiales de los 13 principales Clubs de P&I en el ámbito internacional:

American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc.

Assuranceforeningen Skuld.

Gard P&I (Bermuda) Ltd.

The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited.

The Japan Ship Owners' Mutual Protection & Indemnity Association.

The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited.

The North of England Protecting & Indemnity Association Limited.

The Shipowners' Mutual Protection & Indemnity Association (Luxembourg).