
This is the **submitted version** of the journal article:

Sierra Noguero, Eliseo. «El Convenio arbitral y la Ley aplicable en los seguros marítimos y su eficacia frente a terceros en Derecho español e inglés». Revista de derecho mercantil, Núm. 256 (2005), p. 643-672.

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/265113>

under the terms of the  **CC BY-NC-ND** license

EL CONVENIO ARBITRAL Y DE LEY APLICABLE EN LOS SEGUROS MARÍTIMOS Y SU EFICACIA FRENTE A TERCEROS EN DERECHO ESPAÑOL E INGLÉS *.

ELISEO SIERRA NOGUERO

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia

Profesor Lector de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona.

SUMARIO: 1. EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS MARÍTIMOS. 2. EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE SEGURO MARÍTIMO: REFERENCIA AL SEGURO DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN CONTRATADO CON CLUBS P&I. 3. LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL DEL SEGURO MARÍTIMO FRENTE A UNA ACCIÓN DIRECTA EN LA STS DE 3 DE JULIO DE 2003. 4. LA LEY NACIONAL APLICABLE A LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE AL CLUB P&I. 5. CONDICIONES IMPUESTAS EN EL DERECHO INGLÉS PARA LA VIABILIDAD DE LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE A UN CLUB P&I. 6. LÍMITES DE ORDEN PÚBLICO A LA APLICACIÓN DE UN DERECHO EXTRANJERO. 7. CONCLUSIONES.

1. El arbitraje en los contratos marítimos.

Los litigios nacidos con ocasión de algunos contratos marítimos se solventan generalmente ante árbitros u organismos arbitrales especializados ¹. La sumisión de controversias a arbitraje obedece, primero de todo, a razones de seguridad jurídica y neutralidad ². De un lado, los contratos marítimos son, en un buen

* **Este artículo** recoge el contenido de la comunicación "El Convenio arbitral en los seguros marítimos y su eficacia frente a terceros" presentada por el autor en el Congreso hispano-luso sobre Derecho de los seguros, organizado por las secciones española y portuguesa de la Asociación Internacional de Derecho de los Seguros en Madrid los días 11 y 12 de noviembre de 2004. Las cuestiones de ley aplicable a la acción directa frente a los aseguradores marítimos se han añadido expresamente para esta publicación.

¹ La doctrina española ha analizado aspectos específicos del arbitraje marítimo, así, *vid.* MATILLA ALEGRE, R.: *Internacionalidad del Derecho marítimo y jurisdicción internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 127-151; ALCÁNTARA, J. M.: "Arbitraje marítimo. El juicio arbitral marítimo contado por un árbitro"; en *R.V.D.P.A.*, tomo V, cuad. 3, sept. 1993, pp. 287-295 y "La nueva ley inglesa de arbitraje de 1996 y el arbitraje marítimo", en *La Ley*, nº 4, 1997, pp. 1342-1345; MEANA GREEN, F.: "Particularidades que el convenio arbitral presenta en el arbitraje marítimo", en *R.V.D.P.A.*, número citado, p. 277-285; RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: "El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque", en *R.C.E.A.*, 1996, pp. 9-28; ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: "Arbitraje marítimo y criterio de selección del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Especial referencia al sector del transporte", en *R.C.E.A.*, 1997, pp. 55-87; SIERRA NOGUERO, E.: *El contrato de fletamento por viaje*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 79-92. *Vid.* en la doctrina extranjera, BERLINGIERI, F.: "Trasporto marittimo e arbitrato", en *Dir. Mar.*, 2, 2004, pp. 423-434; DELEBECQUE, P.: "L'arbitrage maritime contemporain: le point de vue française", misma revista y número anterior, pp. 435-443 y JARROSSON, C.: "La spécificité de l'arbitrage maritime international", misma revista y número citados, pp. 444-449.

² MATILLA ALEGRE, R.: *Internacionalidad...*, *op. cit.*, p. 127 y SIERRA NOGUERO, E.: *El contrato...*, *op. cit.*, p. 79.

número de ocasiones, relaciones jurídicas con uno o varios elementos de extranjería. Es habitual que estos elementos tengan naturaleza personal (como la nacionalidad o el domicilio de los contratantes), real (como la bandera del buque o el lugar de ubicación del mismo) o geográfica (como el lugar de conclusión del contrato, del abordaje, de carga o de descarga o de pago del flete). Estos elementos de extranjería plantean la cuestión de la competencia judicial internacional, ausente en principio en los contratos de relevancia y eficacia exclusivamente nacional. El convenio arbitral o de jurisdicción, en su caso, pretenden introducir seguridad jurídica y resolver anticipadamente este tema ³. De otro lado, ambos contratantes suelen estar interesados en evitar litigios ante jurisdicciones nacionales ajenas a su ámbito de establecimiento y actuación, especialmente si el procedimiento judicial es seguido ante los tribunales nacionales de su litigante. Esta necesidad de obtener seguridad jurídica y neutralidad se complementa con otras razones favorables a la sumisión a arbitraje. Así, la presumible rapidez del procedimiento arbitral respecto al que tiene lugar ante los tribunales ordinarios, la confidencialidad en su desarrollo y resultado o el conocimiento y resolución por expertos en Derecho marítimo son extremos de gran relevancia ⁴. Estas ventajas pueden compensar el alto coste que en algunos casos puede suponer el procedimiento arbitral ⁵ o el riesgo de mayor duración de la controversia por la eventual revisión del laudo ante los tribunales ordinarios ⁶.

La generalización del arbitraje en algunos contratos marítimos es tan común que el convenio arbitral es una cláusula de estilo de los formularios-tipo predispuestos para agilizar las negociaciones. Así ocurre, por ejemplo, en las pólizas-tipo de fletamentos de buques de

³ SIERRA NOGUERO, E.: *El contrato...*, *op. cit.*, p. 72.

⁴ SIERRA NOGUERO, E.: *El contrato...*, *op. cit.*, p. 80.

⁵ ALCÁNTARA, J. M.: "La nueva Ley...", *op. cit.*, p. 1345, señala que el principio de la autonomía de las partes ha dado lugar a ciertas iniciativas de ofertas arbitrales mucho más simplificadas como son las reglas llamadas FALCA (arbitraje marítimo a bajo coste) que han sido adoptadas por la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres. En cualquier caso, desde el punto de vista del litigante español en arbitraje en Londres, el coste será generalmente más costoso que los correspondientes a la primera instancia jurisdiccional española.

⁶ Un caso frecuente es la revisión del laudo dictado por la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres ante la "High Court" inglesa y, en su caso, la "Court of Appeal" y la "House of Lords". A modo de ejemplo de un caso notoriamente conocido en Derecho marítimo internacional, *vid.* "Firma C. Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association" (The Fanti) y "Socony Mobil Oil Co. Inc. v. West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (London Ltd.)" (The Padre Island), en *L.I.L.R.*, vol. 2, pp. 191 y ss.

carga, tanto por tiempo como por viaje ⁷, en los formularios de construcción ⁸ y compraventa naval ⁹ o en el de salvamento marítimo ¹⁰. Las cláusulas están mayoritariamente redactadas en inglés y suelen reconocer como primera opción la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres o la Sociedad de Árbitros Marítimos de Nueva York o, en menor medida, la Cámara Arbitral Marítima de París. Baste añadir que, aún siendo posible adecuar el clausulado de los formularios contractuales a los intereses de las partes y disponer que el eventual litigio sea resuelto mediante arbitraje español o de otro país, la mayoría de los litigios marítimos resueltos por arbitraje tienen lugar en Londres por árbitros individuales, a través de la Asociación de Árbitros Marítimos u otras asociaciones especializadas ¹¹. En contraste, los convenios arbitrales no son tan frecuentes ni en los billetes de pasaje del transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, ni en los conocimientos de embarque de las líneas regulares de transporte marítimo ¹². Estos contratos suelen estipularse bajo forma de condiciones generales y existe normativa internacional destinada a garantizar unos derechos mínimos a los

⁷ Algunas pólizas-tipo centran la elección del arbitraje en Londres o Nueva York (vid. AMWELSH 93, cl. 32, NORGRAIN 89 y ASBATANKVOY, cl. 24, entre otras) y algunas prevén expresamente que las partes puedan designar un lugar de arbitraje diverso (GENCON 94, cl. 19, FERTIVOY 88, cl. 37, OREVOY, cl. 23, BALTIME 39 –rev. 2001–, cl. 22 o NYPE 93, cl. 45). La mayoría de las pólizas-tipo son elaboradas por el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y organizaciones representativas de intereses sectoriales, como la Asociación de Corredores y Consignatarios de Nueva York (ASBA), la Asociación Internacional de Armadores Independientes de Buques de Carga Seca (INTERCARGO) o de Buques Cisterna (INTERTANKO) (ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: "Arbitraje marítimo...", *op. cit.*, pp. 68-71; RODRÍGUEZ GAYÁN, E. M.: "El arbitraje internacional...", *op. cit.*, pp. 14-15 y SIERRA NOGUERO, E.: *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 51-52).

⁸ ALCÁNTARA, J. M.: "La nueva...", *op. cit.*, p. 1345.

⁹ Vid. la póliza-tipo SALEFORM 93, cl. 16.

¹⁰ Vid. los formularios LOF 95, cl. 7 LOF 2000, cl. I.

¹¹ ALCÁNTARA, J. M.: "La nueva ley...", *op. cit.*, pp. 1342 y 1345, indica que el 70% de los arbitrajes marítimos y el 50% de los arbitrajes comerciales se hacen en Londres. Frente a un sistema inicialmente informal y rápido llevado en el ámbito de las organizaciones de mercado ("Baltic Exchange"), la situación se ha deteriorado hasta llegar a la situación de hoy, en que en muchos aspectos el arbitraje marítimo se parece mucho a un juicio ante la "High Court", ya que tiene formalidades evidentes a través de las alegaciones, la prueba documental, los emplazamientos, etc. En París, también la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional e incluso las Cámaras locales de Comercio resuelven casos de Derecho marítimo, si bien la Cámara Arbitral Marítima de París (CAMP) conoce de un mayor número de asuntos. DELEBECQUE, P.: "L'arbitrage...", *op. cit.*, p. 436 y ss. y JARROSSON, C.: "La spécificité...", *op. cit.*, pp. 445 y ss., comparan el funcionamiento de la CAMP y la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres.

¹² BERLINGIERI, F.: "L'arbitrato...", *op. cit.*, p. 423. El Convenio de Hamburgo sobre transporte marítimo de mercancías, en vigor desde el 1 de noviembre de 1992, admite expresamente la posibilidad de que las partes pacten por escrito el sometimiento a arbitraje (arts. 21 y 22). Al respecto, vid. RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: "El arbitraje internacional...", *op. cit.*, pp. 25-28 y ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: "Arbitraje marítimo...", *op. cit.*, pp. 77-78, entre otros.

usuarios. El arbitraje no está prohibido en estas normas, pero la naviera tiene más dificultad para imponer el convenio arbitral al cargador o pasajero y sustraer el conocimiento del litigio a los tribunales ordinarios ¹³.

2. El arbitraje en los contratos de seguro marítimo: referencia al seguro de protección e indemnización contratado con Clubs P&I.

En materia de seguros marítimos, los convenios arbitrales son realmente frecuentes en los contratos de seguro que contratan los navieros y otros sujetos interesados en la explotación del buque con los llamados Clubs de Protección e Indemnización (en adelante, Clubs P&I). Generalmente se trata de convenios de sumisión a arbitraje a favor de órganos especializados en Derecho marítimo, de nuevo la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres o la Sociedad de Árbitros Marítimos de Nueva York u otros órganos arbitrales nacionales ¹⁴.

El fundamento del convenio arbitral en los seguros marítimos en general y en el seguro P&I en particular es la autonomía de la voluntad de los contratantes. No hay tratados internacionales vigentes al respecto y las normas del Código de Comercio sancionan la libertad en la contratación de los seguros marítimos ¹⁵, que se extiende a la elección de la ley nacional aplicable a su

¹³ De hecho, el art. 17 del Convenio internacional relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, hecho en Atenas, el 13 de diciembre de 1974 (B.O.E., nº 108, de 6 de mayo de 1987), al regular la jurisdicción competente, no admite ni los convenios de sumisión, ni los de arbitraje, salvo que sean posteriores al suceso que pueda suponer responsabilidad (MATILLA ALEGRE, R.: *Internacionalidad...*, op. cit., p. 145 y ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: "Arbitraje...", op. cit., pp. 80-81).

¹⁴ Por ejemplo, la regla 43.2 de la edición 2003-2004 de las reglas del Club LONDON STEAMSHIP OWNERS MUTUAL INSURANCE ASSOCIATION LIMITED (en adelante, "THE LONDON") prevé que cualquier disputa relativa a derechos y obligaciones de las partes del Club o del miembro se someterá a arbitraje en Londres por un único árbitro conforme a la legislación inglesa, con la excepción del pago de cuotas pendientes, para cuyo cobro las reglas disponen que conocerá la jurisdicción ordinaria inglesa o cualquier otra que decida el Club. La regla 46 de JAPAN SHIP OWNERS MUTUAL PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION, ed. 2003 (en adelante "THE JAPAN"), remite en materia de litigios entre las partes al arbitraje en Japón por la "Japan Shipping Exchange Inc.", salvo que haya un acuerdo para someterse a la "London Maritime Arbitrator's Association". La regla 47 de ASSURANCEFORENINGEN SKULD GJENSIDIG (en adelante, "SKULD"), edición de 2003, establece la sumisión, salvo que las partes acuerden otra cosa, a un arbitraje en Oslo, eligiendo cada parte un árbitro y éstos al presidente del tribunal arbitral. En caso de desacuerdo sobre la persona a designar, el presidente será elegido por el "Chief Justice of the Oslo City Court".

¹⁵ Art. 738 C. com.

contrato de seguro ¹⁶. La razón de esta política liberal es su encuadramiento entre los "seguros de grandes riesgos", en los cuales se presume la innecesidad de proteger al tomador de este tipo de seguros, pues tratándose de navieros en principio tienen capacidad de negociación con la aseguradora.

En el ámbito comunitario, la libertad en la elección del foro de los seguros marítimos fue reconocida expresamente a través de una reforma del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En 1978, Gran Bretaña impuso como condición para ratificar el Convenio de Bruselas el reconocimiento expreso de la libertad contractual de los contratantes de seguros marítimos para elegir el foro competente. Deseaba preservar su posición de dominio en la resolución de conflictos marítimos. Esta propuesta fue admitida y, tras la ratificación de Gran Bretaña y otros países en 1978, el Convenio de Bruselas incorporó un nuevo art. 12 bis, que también se ha trasladado al art. 14 del Reglamento CE/44/2001. Como resultado de esta enmienda, en los seguros marítimos, incluido el seguro "de responsabilidad resultante de la utilización o la explotación de buques", prevalecen los convenios atributivos de competencia que estipulen los contratantes sobre los foros de protección del asegurado que dispone la normativa comunitaria.

En la práctica, las cláusulas de arbitraje y de ley aplicable de los seguros P&I no suelen ser objeto de negociación específica. Generalmente son cláusulas favorables al Club P&I predisponente de los términos del contrato, sea porque pueden litigar en su domicilio o en el lugar donde tiene sus intereses principales o porque la legislación nacional elegida prácticamente veta la acción

¹⁶ La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CE, de 22 de junio, sobre libertad de servicios en seguros distintos de vida y de actualización de la legislación en seguros distintos de vida, introdujo el Título IV, sobre normas de Derecho internacional privado en la LCS. En su Exposición de Motivos, la Ley 21/1990 indicaba que el criterio de distinción de los seguros ordinarios y los así llamados "seguros de grandes riesgos", entre los que incluye los principales seguros marítimos y particularmente el seguro de responsabilidad civil derivado de explotación de buques, era, textualmente, "la innecesidad de dotar al tomador de estos seguros de grandes riesgos de una tutela especial por la Ley o por las autoridades administrativas". La mayor manifestación de esta política abstencionista es el reconocimiento legal del derecho de las partes a elegir la ley nacional aplicable a su seguro de grandes riesgos (art. 107.2.1 LCS). Asimismo, la Ley 21/1990 introdujo también un nuevo tenor al art. 44.2 LCS. Su finalidad es situar la autonomía de la voluntad de las partes en un lugar preeminente, también cuando el contrato de seguro de grandes riesgos se rija por el Derecho español. En concreto, el mandato de imperatividad de sus preceptos que reconoce el art. 2 LCS queda derogado cuando la LCS se aplique a seguros de grandes riesgos.

directa de terceros perjudicados (como el Derecho inglés¹⁷ o la Ley estatal de Nueva York¹⁸).

Los principales Clubs P&I están domiciliados en lugares como Bermudas o Islas Turcos y Caicos, por razones fiscales¹⁹ y de evitación de riesgos de devaluación de moneda²⁰, si bien Gran Bretaña, Estados Unidos, Japón, Suecia y Noruega mantienen Clubs P&I nacionales de amplio reconocimiento en el tráfico marítimo. Algunas sociedades aseguradoras nacionales compiten ofreciendo una cobertura similar, aunque la mayoría de navieros asegura la explotación de sus buques mercantes en Clubs P&I²¹.

Los Clubs P&I surgen durante el siglo XIX en países de tradición marítima como Gran Bretaña, Noruega o Suecia²². Se

¹⁷ Salvo el caso en que el asegurado esté incurso en un procedimiento concursal. Al respecto, vid. SIERRA NOGUERO, E.: "La cesión del derecho de crédito sobre la indemnización del seguro en el Derecho inglés", en *R.E.S.*, de próxima publicación.

¹⁸ Por ejemplo, la regla 15 de Club AMERICAN LONDON STEAMSHIP OWNERS MUTUAL INSURANCE ASSOCIATION INC., edición 2003-2004 (en adelante, "THE AMERICAN") prevé que la resolución de disputas tendrá lugar ante los tribunales del Estado de Nueva York, conforme a su legislación específica. Frente a Estados como Lousiana, que disponen de una legislación que reconoce la acción directa del tercero frente a la aseguradora de responsabilidad civil ("Lousiana Direct Action Statute 1918"), que los tribunales han extendido a los Clubs P&I, la legislación del Estado de Nueva York se caracteriza por vetar este tipo de acciones frente a los Clubs P&I. Esto se explica, de acuerdo con la doctrina, por el interés de promover el Estado de Nueva York como lugar de establecimiento de los Clubs P&I o, al menos, como foro más conveniente para protegerlos de reclamaciones de terceros perjudicados por el naviero (FOSTER, N. R.: "Marine Insurance: direct action statutes and related issues", en *University of San Francisco Law Journal*, vol. II, 1998-1999, p. 286).

¹⁹ HILL, C., ROBERTSON, B. y HAZELWOOD, S. J.: *Introduction to P&I, LLP*, Londres-Nueva York-Hong Kong, 1996, p. 27, citan el caso de Bermudas, que concede un estatuto de exención, que supone que las inversiones y la revalorización del capital de los Clubs P&I que se domicilien aquí quedan libres de imposición.

²⁰ Cuando la mayor parte de los Clubs P&I estaban domiciliados en Gran Bretaña, sus fondos debían ser libras esterlinas, de modo que cuando la libra perdía valor frente a otras monedas, los Clubs podían perder millones de libras. Tras domiciliarse en estos paraísos fiscales, además, los Clubs P&I deciden la moneda de sus fondos y de sus transacciones (HILL, C., ROBERTSON, B. y HAZELWOOD, S. J.: *Introduction...*, op. cit., p. 27).

²¹ La bibliografía sobre los Clubs P&I, su naturaleza jurídica y la cobertura aseguradora que ofrecen a los navieros, ha sido ampliamente tratada por la doctrina española. Además de los manuales de Derecho marítimo y de la navegación al uso, se remite especialmente a RUIZ SOROA, J. M., ARRANZ DE DIEGO, A. y ZABALETA SARASÚA, S.: *Manual de derecho del seguro marítimo*, Escuela de Administración Marítima del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1993, pp. 315-334; HILL, M. C.: *Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del seguro marítimo*, Bosch, Barcelona, 1992 y "El seguro P&I en España. Especial referencia a las nuevas coberturas de fletadores y flete, demoras y defensa", en *A.D.M.*, vol. I, 1981, pp. 247-280 y CLAVERO TERNERO, M. F.: *Clubs de P&I*, IEEM, Madrid, 1992 y "Novedades recientes en el seguro P&I", en *IV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, coord. por J. M. De Eizaguirre, Donostia, 155-209 y RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L.: *Derecho de la navegación. Los seguros marítimos y aéreos*, en la colección "Tratado de Derecho Mercantil", vol. 5, coord. G. Jiménez Sánchez, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2003, pp. 463-499.

²² Las guerras napoleónicas supusieron importantes cambios en materia de seguros marítimos para los países escandinavos, principalmente para Noruega y Dinamarca que, al situarse al lado de la causa de Napoleón, sufrieron el bloqueo británico y durante varios años quedaron

trata de mútuas de navieros creadas para evitar las altas primas exigidas por los aseguradores y para obtener cobertura de aquellos riesgos que no quedaban cubiertos por el seguro de buques, que sólo ofrece una limitada cobertura de riesgos a terceros ²³ y opera así como una póliza mixta de cosas y de responsabilidad civil ²⁴. La voluntad de obtener un seguro que cubriese un mayor abanico de riesgos patrimoniales, la dificultad de hallar un asegurador con la suficiente capacidad económica para asumir riesgos marítimos, y ciertas especialidades del Derecho británico, como el monopolio legal de la actividad aseguradora por parte de varias compañías, facilitó la formación de las primeras mutuas de navieros ²⁵. En la actualidad, los Clubs P&I son un instrumento esencial del tráfico marítimo, pues proporcionan seguridad en el ejercicio empresarial a los navieros y sin ellos muchos no hubieran acometido empresas que han beneficiado a todos ²⁶.

Cada Club P&I redacta unilateralmente los términos de las coberturas que ofrece en el documento conocido como las reglas del Club ("rules") ²⁷. Los Clubs P&I suelen entregar un "certificate of entry" ²⁸ del buque en el registro del Club para acreditar documentalmente la existencia del seguro P&I sobre el singular buque ("entered vessel") ²⁹. Como regla general, los términos de las coberturas contratadas se corresponden con los descritos en las reglas del Club, aunque si las partes acuerdan variar los términos del contrato de seguro, el Club P&I puede entregar un

desvinculados de los países continentales. Esto creó una oferta nacional de seguros marítimos (DOVER, V.: *A Handbook to marine insurance*, Witherby & Co. Ltd., Londres, 1975, reimp. 1982, p. 27). En la actualidad, Noruega y Suecia mantienen importantes Clubs P&I.

²³ HILL, M. C.: *Los clubs...*, *op. cit.*, p. 56. El seguro de cascos suele ofrecer cobertura de tres cuartas partes de la indemnización por abordaje (cl. 8 del "Institute Time Clause Hulls", de 1/10/1983 y cl. 6 de la nueva edición de 1/11/2002), precio del salvamento y contribución en avería común del propio buque (cl. 11 y cl. 8, respectivamente, de los formularios citados).

²⁴ RUIZ SOROA, J. M., ARRANZ DE DIEGO, A. y ZABALETA SARASÚA, S.: *Manual de derecho...*, *op. cit.*, p. 60 y LINAZA LA CALLE, J.: "La acción directa en el seguro de protección e indemnización", en *La Ley*, núm. 5890, 11 nov. 2003, p. 5.

²⁵ HAZELWOOD, S. J.: *P&I Clubs. Law and Practice*, 3ª ed., Lloyd's of London Press, Londres-Hong Kong, 2000, pp. 1-8.

²⁶ SIERRA NOGUERO, E.: "Consideraciones...", *op. cit.*, p. 404.

²⁷ Los estatutos tienen un diferente nombre según el país del que proceda el Club P&I: "memorandum" y "articles", "bye laws" o "statutes" (SIERRA NOGUERO, E.: "Consideraciones sobre la acción directa frente al Club de Protección e Indemnización en España", en *A.D.M.*, vol. XXI, 2004, p. 397, nota 89). Su función es regir la organización interna de la persona jurídica (objeto social, asambleas, administración y resolución de litigios), mientras que las reglas ("rules") contienen los términos del contrato de seguro P&I que ofrecen a sus miembros.

²⁸ HILL, M. C.: *Los Clubs...*, *op. cit.*, p. 117, CLAVERO TERNERO, M. F.: *Clubs P&I*, *op. cit.*, p. 478 y RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L.: *Derecho de la navegación...*, *op. cit.*, p. 478.

²⁹ *Vid.* la regla 6 de "THE LONDON"; la regla 1 de "THE JAPAN"; la regla 1 de "SKULD" y la regla 5 de "THE AMERICAN".

"endorsement slip" donde se detallen las modificaciones y la fecha desde la cual es efectiva ³⁰. Si bien no existe un formulario único, en la práctica, los términos de las coberturas son bastantes similares en cuanto a su estructura de presentación y contenido. En este sentido, la cooperación de la mayoría de Clubs P&I en el seno del "International Group" puede haber favorecido esta uniformidad de condiciones generales de seguro.

En términos generales, todos los Clubs P&I se obligan a cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados durante la explotación del buque asegurado a un tercero (dotación, cargadores de mercancías, a pasajeros, a buques abordados, autoridades portuarias, remolcadores, perjudicados por contaminación, buques salvadores, etc.). Por tanto, el seguro P&I funciona principalmente como un seguro general de responsabilidad civil del naviero ³¹. Además, el seguro incluye el reembolso de ciertos gastos en que haya incurrido el naviero durante la explotación del buque asegurado (conectados con polizones, desvíos, gastos de repatriación de marineros, remoción de pecios, contribución en avería gruesa que no se hayan recuperado de los cargadores, gastos de salvamento, gastos de defensa jurídica y otros gastos administrativos, etc.). Como riesgos excluidos, aparecen claramente identificados los daños al propio buque y el lucro cesante ³².

Como especialidad, todas las reglas de los Clubs P&I disponen que el naviero ha de acreditar haber pagado al tercero a fin de reembolsar el importe del Club P&I ³³. El pago previo es

³⁰ Expresamente, "THE LONDON", regla 6 y "THE AMERICAN", regla 5.

³¹ La STS 3-10-1997 (R.A.J. 7612) indicó que es un "seguro de responsabilidad civil frente a terceros" y el Club P&I, una "mutua de protección indemnizatoria para con los miembros y frente a terceros". Asimismo, la STS 30-10-1992 (R.A.J. 10566) condenó solidariamente a la naviera y a su Club P&I, como su asegurador de responsabilidad civil, a indemnizar los perjuicios causados a la aseguradora de mercancías subrogada en la posición del tenedor del conocimiento de embarque. En este punto, es clarificadora la *Marine Insurance Act* 1906 inglesa, a la cual suelen remitir las reglas de los Clubs P&I de filiación inglesa. Esta Ley reconoce varios tipos de intereses asegurados contra riesgos marítimos, que se contraen básicamente a los buques, a las mercancías, al flete y beneficios esperados y a la responsabilidad civil de los que asumen riesgos marítimos, como es, principalmente, el naviero (art. 3.1.c.). Por tanto, el seguro P&I no tiene una regulación específica en el Derecho inglés, ni tampoco se presenta, siquiera de forma enunciativa, como un seguro distinto y separado al de responsabilidad civil naviera.

³² Vid. "THE LONDON", regla 13.1; "THE JAPAN", regla 36.1; "SKULD", reglas 30.1 y 2 y "THE AMERICAN", regla 3.1.

³³ No existe una fórmula única en las diferentes Reglas de los Clubs P&I. Cada uno elabora su listado de reglas, encontrándose siempre bajo diferentes rúbricas la cláusula del pago previo. Por ejemplo, la regla 3 ("right to recover") de "THE LONDON", las reglas 42 y 43 ("claim of insurance money" y "payment of insurance money") de "THE JAPAN"; la regla 28.5 ("pay to be

condición previa para el nacimiento de la obligación del asegurador de abonar la indemnización ³⁴.

Adicionalmente a las coberturas básicas, los Clubs P&I puede ofrecer cobertura de defensa jurídica para la reclamación de ciertos créditos del naviero (cobertura "Freight, Demurrage and Defence"). Los Clubs se reservan igualmente la facultad de actuar a modo de asegurador de caución, pudiendo emitir un aval ("letter of undertaking" o depositar una fianza judicial con objeto de liberar el buque asegurado de una confiscación o evitar un embargo preventivo ³⁵. Precisamente, los Tribunales españoles han utilizado el aval para fundamentar la condena al Club P&I a pagar la indemnización al perjudicado ³⁶.

Cuando el Club P&I no ha prestado fianza o presentado aval, la jurisprudencia española no es uniforme respecto a la viabilidad de la acción directa. Judicialmente existen dudas sobre la extensión del art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante, LCS) a los seguros marítimos. Con todo, intentar la acción directa frente al Club P&I es en ocasiones la única posibilidad de resarcimiento, sobre todo cuando se trata navieros de un solo buque, insolventes o de difícil localización de su patrimonio. Existen algunas sentencias del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales que condenan al naviero y a su Club P&I a pagar la indemnización, pero no lo justifican en la aplicación de la acción directa del art. 76 LCS, sino en la solidaridad entre ambos frente al

paid") del Club "SKULD", la regla 20 ("payment first by the member") de los Clubs NORTH OF ENGLAND P&I ASSOCIATION Y NEWCASTLE P&I ASSOCIATION o la regla 15 del Club "THE AMERICAN" (Vid. más ampliamente, SIERRA NOGUERO, E.: "Consideraciones...", *op. cit.*, p. 390).

³⁴ La "House of Lords" ha admitido su especialidad como "seguro de indemnización efectiva" en los casos "The Fanti & The Padre Island nº 2" (1991) 2 A.C., pp. 1 y ss., cuando otorgó validez a las cláusulas de "pago previo". Esta opinión se enmarca en la regla tradicional del "common law" que señalaba que el seguro de responsabilidad civil se incluía en la categoría de contratos de "indemnity", lo que suponía que la aseguradora no estaba obligada a pagar la indemnización al asegurado hasta haber pagado previamente a la víctima. Sólo la prueba del pago realizado legitimaba al asegurado a exigir el reembolso a la aseguradora. El principio de la "indemnity" ha sido superado para el resto de seguros por la jurisprudencia más moderna, que indica que la obligación de la aseguradora surge con la declaración de responsabilidad del asegurado ["Post Office v. Norwich Union Fire Insurance Co." (1967) 2 Q.B., p. 363 y "Bradley v. Eagle Star Insurance" (1989) A.C., p. 957]. Como indican LEGH-JONES, N., BIRDS, J. y OWEN, D.: *MacGillivray on Insurance Law relating to all risks other than marine*, 10ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 821, la "House of Lords restablece la regla tradicional del "common law" en los seguros P&I. En este sentido, también la STS 3-7-2003 (RAJ 4324) indica que el seguro P&I no es un seguro clásico de responsabilidad civil, sino de "indemnización efectiva".

³⁵ Vid. "The SKULD", regla 38; "THE JAPAN", regla 41.3; "THE LONDON", regla 20 y "THE AMERICAN", regla 1.23.

³⁶ STS 3-10-1997 (R.A.J. 7612/1997) y SAP Tarragona 24-2-1999 (A.C. 4528/1999).

tercero en virtud del contrato de seguro ³⁷. En contraste, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003 ³⁸ considera, muy discutiblemente, por las razones que vamos a examinar, que el convenio arbitral de los seguros P&I vincula a los terceros que interponen una acción directa frente al Club P&I.

3. La eficacia del convenio arbitral del seguro marítimo frente a una acción directa en la STS de 3 de julio de 2003.

Mediante sentencia de 3 de julio de 2003 ³⁹, el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse ampliamente sobre el seguro P&I y, en especial, sobre el mencionado convenio arbitral. El asunto se refería al fletamento del buque hondureño “Seabank” que transportaba una partida de atún congelado procedente de varios pesqueros españoles que faenaban en la zona de las Islas Seychelles. Los armadores fletaron el citado buque con objeto de transportar el cargamento desde el puerto de Victoria hasta Puebla de Caramiñal en La Coruña a través del canal de Suez. Sin embargo, el buque “Seabank” no culminó el transporte, pues quedó retenido en el puerto de Yemen cuando Irak invadió Kuwait. Los fletadores contrataron a su costa el buque sustituto “Praslin Reefer”, que finalmente transportó el cargamento a destino. Los fletadores cobraron la indemnización de sus aseguradoras españolas que, subrogándose en sus derechos, demandaron al propietario, al naviero del buque “Seabank”, a otras sociedades relacionadas con su explotación y fletamento, así como el Club P&I en que el buque estaba inscrito.

En primera instancia, el Juzgado de Ribeira condenó a las codemandadas a satisfacer la indemnización a las aseguradoras españolas. La sentencia fue dictada en rebeldía procesal. El citado

³⁷ STS 30-10-1992 (R.A.J. 10566/1992), SSAP Castellón 12-1-2000 (A.C. 31/2000) y Sevilla 18-11-2002 (JUR 147225/2003). BAILLO Y MORALES-ARCE, J.: *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, pp. 21 y ss., analiza la naturaleza jurídica de la acción directa, cuya consulta se recomienda por su claridad expositiva y rigor interpretativo.

³⁸ STS 3-7-2003 (R.A.J. 4324/2003).

³⁹ *Vid.* los comentarios doctrinales de LINAZA LA CALLE, J.: “La acción directa en el seguro de protección e indemnización”, en *Diario La Ley*, núm. 5890, de 11 de noviembre de 2003, pp. 1-13; ALBORS MÉNDEZ, E. y PORTALES RODRÍGUEZ, J.: “La acción directa en el seguro de protección e indemnización (P&I). comentario a la sentencia del tribunal supremo de 3 de julio de 2003”, en *Diario La Ley*, núm. 5850, de 16 de septiembre de 2003, pp. 1-21 y, en una versión más reducida del último autor, en *Tribuna Profesional ANAVE*, diciembre 2003, nº 421, pp. 1-4, así como SIERRA NOGUERO, E.: “Consideraciones...”, *op. cit.*, pp. 395-397.

Club P&I se personó en el procedimiento y presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de La Coruña, que tampoco aceptó sus argumentos y confirmó la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo conoció sólo del recurso de casación planteado por el Club P&I frente a la sentencia condenatoria dictada en segunda instancia. Ni su naviero asegurado, ni las otras condenadas se personaron ante los Tribunales españoles para presentar recursos. El fallo del Tribunal Supremo mantiene la condena del naviero rebelde, aunque declara que su responsabilidad en el supuesto de hecho es más que discutible, pero resulta obligado por la firmeza de la resolución judicial previa. Respecto a la acción directa formulada por las aseguradoras frente al Club P&I del buque "Seabank", el Tribunal Supremo declara la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la acción directa entablada por las demandantes y remite a las partes a arbitraje. Estos pronunciamientos pueden resultar controvertidos, como ahora analizaremos, pero en todo caso son los únicos que integran el fallo. La aplicación de la norma de conflicto sobre obligaciones contractuales (art. 10.5 C. C.)⁴⁰, la hipótesis que plantea respecto a la relación entre la LCS y los seguros marítimos, la interpretación del Derecho inglés sobre la acción directa no son parte del fallo ("obiter dicta") y, correlativamente, no forman jurisprudencia.

El Alto Tribunal fundamenta la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la acción directa frente al Club P&I en dos tipos de convenios arbitrales. Por un lado, en la cláusula de arbitraje contenida en la póliza de fletamento que contrataron los fletadores en cuyos derechos se subrogan las dos aseguradoras que interponen la acción directa. De esta manera, el Tribunal Supremo confirma su doctrina conforme las aseguradoras de los fletadores quedan vinculadas por la cláusula de arbitraje en Londres que sus asegurados acordaron con el naviero. La justificación de esta doctrina es la siguiente: si el asegurador pudiera ejercer los derechos que corresponden a su asegurado, pero no viniese obligado por las cargas y obligaciones que condicionan el ejercicio de su derecho, se produciría la consecuencia injusta de poder invocar la aseguradora subrogada lo beneficioso con inmunidad en cambio frente a lo perjudicial⁴¹. Esta

⁴⁰ En este sentido, *vid.* también SSAP Madrid 5-3-2002 (*JUR* 40891/2002) y Castellón 12-1-2000 (*A.C.* 31/2000).

⁴¹ *Vid.* SSTS 13-10-1993 (*R.A.J.* 7514/2003) y 6-2-2003 (*R.A.J.* 850/2003). Sobre ésta última, PILOÑETA ALONSO, L. M.: "Subrogación de la aseguradora marítima en los derechos y

cláusula es, en nuestra opinión, el mayor inconveniente que ha de encontrar el fletador o su aseguradora subrogada para reclamar en España ante el Club P&I. Sin embargo, en el presente caso, al menos, a la vista de las circunstancias que resultan de los antecedentes de hecho, debe discutirse la operatividad de esta cláusula de la póliza de fletamento. Fundamentalmente, porque conduce a un resultado que no es coherente: no se aplica al naviero que la pactó con el fletador, que es condenado en rebeldía en España, pero sí beneficia a su Club P&I, que no es parte de este convenio atributivo de competencia. Quizá por estas dificultades, el Tribunal Supremo fundamenta también su falta de jurisdicción en la regla de arbitraje del seguro P&I: ("además de estar contenida en el contrato de fletamento la cláusula arbitral, lo está en el contrato de seguro marítimo").

El intérprete echa en falta una mayor explicación del Tribunal Supremo de la razón por la cual considera que el convenio arbitral del seguro P&I pactado entre el naviero y su Club P&I también es oponible a un tercero que ni ha sido parte del mismo, ni se subroga en la posición de las partes originarias. El Alto Tribunal quizá considera que si los términos del contrato de seguro contienen un convenio arbitral, cualquier persona que pretenda la indemnización de seguro debe aceptar también esta condición. Sin embargo, el convenio arbitral tiene unos requisitos de validez fijados en la legislación que, en este caso, no cumple el tercero que ejercita una acción directa frente al Club P&I.

En primer lugar, mientras el acceso a los jueces y tribunales es un derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE, el recurso al arbitraje es consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad ⁴², lo que lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico ⁴³. De manera que por cuanto puede

acciones del asegurado sometido a arbitraje internacional: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil) de 6 de febrero de 2003", en *R.E.S.*, nº 115, julio-sept. 2003, p. 428, sugiere la posibilidad de incluir en la póliza alternativas a la subrogación legal que permitan evitar un procedimiento arbitral estipulado por el asegurado.

⁴² CABALLOL ANGELATS, L.: *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 44-45.

⁴³ Sentencias del Tribunal Constitucional 259/93, de 20 de julio, y 176/1996, de 11 de noviembre, reseñadas por BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos*, Tirant lo Blanc Alternativa, 1999, p. 210. GASPAS LEIRA, S.: *Aproximación inicial a la institución del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 57, indica que el arbitraje constituye una manifestación del implícito derecho fundamental de escoger la vía de resolución posible de las controversias. VERDERA Y TUELLS, E.: "Consideraciones en torno al arbitraje comercial", en *Estudios en Homenaje al Prof. A. Menéndez*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996, p. 452, añade que el principio que preside el convenio arbitral se extiende también al procedimiento arbitral y el principio de la autonomía de la voluntad inspira las normas sobre arbitraje. CABALLOL ANGELATS, L.: *El*

interpretarse como una excepción a la general sumisión a la jurisdicción estatal ⁴⁴, es imprescindible que quede acreditada la voluntad de las partes en someterse a arbitraje ⁴⁵. Aunque la moderna normativa tiende a ser más tolerante en las formalidades exigidas al convenio arbitral ⁴⁶, el sometimiento de las controversias pasadas, presentes o futuras a arbitraje requiere el consentimiento de las partes. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, si la sumisión a arbitraje no nace de la voluntad de las partes, es forzoso e inconstitucional ⁴⁷.

En segundo lugar, los contratantes del convenio arbitral no pueden imponer el arbitraje a los terceros que no hayan dado su consentimiento en obligarse ⁴⁸, pues para los terceros el convenio

tratamiento..., *op. cit.*, p. 47, indica que existe una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva si el arbitraje tiene lugar si se impone contra la voluntad de una persona. ARTUCH IRIBERRI, E.: *El convenio arbitral en el arbitraje internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 200, entiende que la base consensual del arbitraje requiere una interpretación estricta respecto a la posibilidad de extender el convenio arbitral a terceros.

⁴⁴ La doctrina coincide en citar los dos efectos principales del convenio arbitral: uno positivo y otro negativo. El primero consiste en atribuir al o a los árbitros el poder de conocer y decidir la controversia surgida entre los litigantes. El segundo supone privar a los tribunales estatales de conocer de la controversia. Así, CUCARELLA GALIANA, L.-A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, pp. 119 y ss.; CALVO CARAVACA, L. A. y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA; L.: *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, 1989, p. 87; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 175-180 y REGLERO CAMPOS, L. F.: *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 133.

⁴⁵ AGUILAR GRIEDER, H.: *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago, 2001, p. 94, señala que la tendencia antiformalista "en modo alguno afecta a la exigencia del requisito de la voluntad indiscutible de las partes, sino a la forma en que dicha voluntad se puede manifestar".

⁴⁶ CALVO CARAVACA, L. A. y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA; L.: *El arbitraje...*, *op. cit.*, p. 64. Se trata del "antiformalismo" que anuncia la Exposición de Motivos de la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (CUCARELLA GALIANA, L.-A.: *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 121).

⁴⁷ STC 175/1995, a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del art. 38.1 de la Ley de ordenación de los transportes terrestres. También GONZALO QUIROGA, M.: *Arbitrabilidad de la controversia internacional (en Derecho de la competencia y condiciones generales de la contratación: arbitraje internacional de consumo, seguros y trabajo)*, Ed. Alhulia, Granada, 2003, p. 213 y CABALLOL ANGELATS, L.: *El tratamiento...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

⁴⁸ REGLERO CAMPOS, L. F.: *El arbitraje...*, *op. cit.* p. 133; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 70; PILOÑETA ALONSO, L. M.: "Subrogación de la aseguradora marítima en los derechos y acciones del asegurado sometido a arbitraje internacional: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil) de 6 de febrero de 2003", en *R.D.S.*, nº 115, julio-sept. 2003, p. 426; LORCA NAVARRETE, A. M.: *Comentarios a la nueva Ley 60/2003, de arbitraje, de 23 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, p. 158. DE ANGULO RODRÍGUEZ, L.: "El arbitraje en las vigentes leyes del contrato de seguro y la ordenación y supervisión de los seguros privados", en *R.E.S.*, nº 93, enero-marzo, 1998, p. 22, indica que la única posible vinculación de los terceros con un convenio arbitral con la aseguradora sólo puede tener lugar después de que se produzca el hecho del que pudiera resultar la responsabilidad civil, pues

arbitral es un asunto hecho entre otros (*res inter alios acta*) que no les vincula ⁴⁹.

En tercer lugar, ni el perjudicado ni su aseguradora se subrogan en la posición del naviero frente al Club P&I, por lo que tampoco les resultaría oponible el convenio arbitral del seguro P&I por vía subrogatoria ⁵⁰.

En cuarto lugar, también puede plantearse la aplicación del mandato de inmunidad del artículo 76 LCS a las excepciones personales que el Club P&I tenga con el naviero y que no son oponibles al tercero que reclama ⁵¹.

En quinto lugar, en el ámbito comunitario, el Convenio de Bruselas de 1968, tras la ratificación de Gran Bretaña y otros países en 1978, incorporó un nuevo precepto, precisamente en materia de convenios atributivos de competencia en los seguros marítimos, entre ellos en los de "responsabilidad resultante de la utilización o la explotación de buques" ⁵². Fundamentalmente, la reforma refuerza la validez del convenio atributivo de competencia en los seguros marítimos. Sin embargo, la posición jurídica de los terceros no queda afectada por el pacto sumisorio celebrado entre el Club de P&I y el naviero ⁵³. Cuando un naviero desea contratar una cobertura de seguro P&I, se adhiere a las reglas que dispone el Club P&I para sus contratos de seguro; entre ellas, como hemos visto, de forma predispuesta en las condiciones generales figura la de sumisión a tribunales judiciales o arbitrales del lugar donde el

contra esta acción directa no cabría aducir la cláusula de arbitraje que tuviere el asegurador contra el asegurado.

También en las siguientes sentencias se expresa la eficacia inter-partes del convenio arbitral: SSTS 26-6-1995 (RJ 1995/5118) y 28-5-1990 (RJ 1990/4084); SAP Palma de Mallorca 15-10-1991, en *R.V.D.P.A.*, nº 2, 1993, p. 227 y AAP Asturias 11-4-1995, en *R.V.D.P.A.*, nº 1, 1997, p. 136; SAP Barcelona 1-2-2003 (JUR 2004/14182) y SAP Jaén 21-1-1998 (AC 1998/6761).

⁴⁹ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996.

⁵⁰ ; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 96, indican que el acuerdo expreso de sumisión alcanza también a aquellos que se hubiesen subrogado en la posición de cualquiera de las partes. Sobre la vinculación del tercero cesionario del crédito o del contrato al convenio arbitral estipulado por el cedente, *vid.* DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 420-421; ARTUCH IRIBERRI, E.: *El convenio ...*, *op. cit.*, pp. 197-198; GOUTAL, J.-L.: "L'arbitrage et le tiers. Le droit des contrats", en *Rev.Arb.*, jul.-sep., 3, 1988, p. 444 y DELEBECQUE, P.: "La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. Civ. 1, 6 nov. 1990)", en *Rev.Arb.*, ene.-mar., 1, 1990, p. 25.

⁵¹ SIERRA NOGUERO, E.: "Consideraciones...", *op. cit.*, p. 399.

⁵² Arts. 12 Bis Convenio de Bruselas y 14 Regl. 44/2001.

⁵³ También BLANCO-MORALES LIMONES, P.: "Comentario al art. 12 bis", en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, coord. A. L. Calvo Caravaca, Universidad Carlos III-B.O.E., Madrid, 1995, p. 264.

Club tiene sus intereses principales ⁵⁴. Pero se trata de un convenio atributivo de competencia de eficacia limitada al asegurado y al asegurador. La reforma introducida en 1978 no ha supuesto más que el reconocimiento de la validez *inter partes* del pacto sumisorio. No puede entenderse tan extensivamente que derogue el principio general de acumulación de acciones frente al asegurado y su asegurador de responsabilidad civil en el mismo foro ⁵⁵ o a extender el alcance subjetivo de la cláusula arbitral ⁵⁶.

4. La ley nacional aplicable a la acción directa frente al Club P&I.

La ley nacional que rige el contrato de seguro P&I ⁵⁷ no es necesariamente coincidente con la ley con la cual se ha de tramitar y resolver la acción directa entablada por el tercero perjudicado frente al Club P&I ⁵⁸. Como regla general, la ley del contrato de seguro es una legislación favorable a los intereses del Club P&I. Así, la Ley inglesa, **tal y como ha sido interpretada por la Cámara de los Lores en la citada sentencia sobre el asunto "The Fanti" y "Padre Island nº 2"** o la Ley estatal de Nueva York, las cuales niegan de forma tajante la existencia de una obligación del Club P&I frente al tercero en materia de pago de la indemnización del seguro. Ambas consagran sin matices el principio

⁵⁴ Vid. epígrafe 2.

⁵⁵ El art. 10 del Convenio de Bruselas de 1968 y el art. 11 del Reglamento CE/44/2001 disponen que "el asegurador de responsabilidad civil podrá ser demandado ante el Tribunal que conociere de la acción de la persona perjudicada contra el asegurado, cuando la ley de este tribunal lo permitiere". En efecto, estas normas de competencia judicial internacional no reconocen la acción directa; es una decisión de cada Estado reconocer o no al perjudicado esta clase de acción, pero cuando disponga legalmente de legitimación activa, el tribunal competente es el que conoce de la acción frente al asegurado.

⁵⁶ JIMÉNEZ BLANCO, P.: *El contrato internacional a favor de tercero*, Universidade de Santiago de Compostela-De Conflictu Legum, Santiago, 2002, p. 158; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho...*, op. cit., p. 96 y SIERRA NOGUERO, E.: "Consideraciones...", op. cit., p. 399.

⁵⁷ Entre las partes del contrato de seguro P&I puede resultar de aplicación la Ley española o la ley extranjera que hayan libremente elegido. En general, las partes del contrato de seguro de grandes riesgos tienen plena libertad en la elección de la ley nacional aplicable (art. 107.2 LCS), aunque cualquiera que ésta sea, serán aplicables sin perjuicio de las normas de orden público contenidas en la Ley española si es competente un tribunal español (art. 107.6 LCS). De acuerdo con las normas de conflicto en materia de seguros contenidas en la LCS, cuando el naviero español contrate un seguro de protección e indemnización en cumplimiento de su obligación de asegurarse ex art. 78 LPEMM será de aplicación la Ley española (art. 107.1 LCS).

⁵⁸ Sobre la cuestión, vid. más ampliamente nuestro trabajo "Consideraciones...", op. cit., pp. 400 y ss., así como la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

de relatividad de los contratos de seguro P&I. En cambio, la ley nacional que rige la acción directa resulta en general ⁵⁹ de la aplicación del cuerpo de normas de conflicto del Tribunal que conozca del asunto ⁶⁰ y puede, en definitiva, resultar más favorable a la reclamación del tercero.

Sin embargo, cuando el intérprete o juez español recurre al cuadro de normas de conflicto de nuestro **ordenamiento jurídico**, **no** encuentra una especial en materia de acción directa, ni frente al asegurador de responsabilidad civil, ni específicamente frente al Club P&I. Resulta así necesario "calificar" la acción directa para después subsumirla en una de las normas de conflicto previstas. Resumidamente, la acción directa puede considerarse como una acción de naturaleza contractual o extracontractual y, por aplicación de la respectiva norma de conflicto (Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 o, en su caso, art. 10.5 C. C. v. 10.9 C. C. ⁶¹ o Convenios especiales por razón de la materia), conducir a la aplicación de la Ley española o de una ley extranjera. La cuestión es controvertida y la jurisprudencia española tampoco es uniforme, aunque parece decantarse por la norma de conflicto de las obligaciones contractuales ⁶².

En estos casos, es común que las partes aporten prueba documental emitida por juristas británicos para demostrar la viabilidad o no de la acción directa del perjudicado frente al **club de**

⁵⁹ Una vía alternativa defiende superar esta dicotomía contractual/extracontractual en aras de la efectiva reparación del perjudicado, permitiendo la utilización de las normas de conflicto procedentes de ambos sectores, la que más convenga en cada caso hasta confluir en el ordenamiento jurídico nacional que sea más favorable a la satisfacción del daño, así, JIMÉNEZ BLANCO, P.: *El contrato...*, op. cit., p. 58.

⁶⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho internacional privado*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 298, analizan el impacto de la idea de la localización de la sede de la relación jurídica de F.K. von Savigny, frente a las doctrinas que partían de la ley del foro para determinar su ámbito de aplicación en el espacio.

⁶¹ El régimen previsto en el Código Civil no se ha derogado expresamente, pero las normas de conflicto de más frecuente aplicación se hallan en el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificado por España mediante instrumento de 7 de mayo de 1993 y en vigor para nuestro país desde el 1 de septiembre de 1993 (B.O.E., nº 171, de 19 de junio de 1993). El Convenio tiene carácter universal, pues la Ley designada por las partes será aplicable a la relación contractual incluso si tal ley es la de un Estado no contratante (art. 2).

⁶² Como en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003, que atribuye una naturaleza contractual a la acción directa al considerar que *si fuese competente* aplicaría la norma de conflicto de las obligaciones contractuales (art. 10.5 C. C.). Esta interpretación es común en la jurisprudencia menor que ha conocido de una acción directa frente a un Club P&I. Así, varias Audiencias Provinciales, en sentencias recientes, atribuyeron una naturaleza contractual a la acción directa frente al Club P&I, aplicando así la norma de conflicto sobre obligaciones contractuales. Así, vid. SSAP Málaga 8-7-2003 (*JUR* 225920/2003), Madrid 5-3-2002 (*cit.*) y Castellón 12-1-2000 (*cit.*).

protección e indemnización. Por la importancia que la cuestión tiene **a la vista de las citadas sentencias**, procedemos a analizar brevemente ⁶³ el contenido del Derecho inglés en materia de acción directa frente al asegurador de responsabilidad civil.

5. Condiciones impuestas en el Derecho inglés para la viabilidad de la acción directa frente a un Club P&I.

La norma principal de aplicación es la Ley británica de derechos de los terceros frente a los aseguradores de 1930 (en adelante, Ley de 1930). El Gobierno aceptó en 2002 un borrador de anteproyecto de nueva ley, pero la conveniencia de su aprobación como proyecto de ley para su discusión en el Parlamento está todavía en período de consultas. Como indica su breve preámbulo, la Ley de 1930 se aprueba "para otorgar derechos a los terceros frente a los aseguradores de riesgos a terceros cuando el asegurado sea *insolvente y en algunos otros casos*".

La sección 1 de la Ley de 1930 enumera concretamente una serie de hipótesis que pueden afectar al asegurado y que coinciden en su mayoría con los procedimientos concursales descritos en la Ley inglesa de insolvencia de 1986 ⁶⁴. De ahí que **la doctrina más autorizada** considere que la Ley de derechos de los terceros contra los aseguradores, además de su obvia vinculación al Derecho del seguro, forma también parte del Derecho concursal británico ⁶⁵. En otro caso, rige el principio de relatividad de los contratos y el tercero perjudicado carece de derecho y acción contra el asegurador. El legislador pretendía corregir una injusticia observada en la jurisprudencia sobre daños causados a peatones en siniestros automovilísticos. Hubo en efecto varias sentencias judiciales ⁶⁶ que

⁶³ Sobre esta cuestión, de forma más amplia, *vid.* SIERRA NOGUERO, E.: "La cesión del derecho de crédito sobre la indemnización de seguro al perjudicado en Derecho británico", en *R.E.S.*, nº 119, de próxima publicación, y la doctrina nacional y británica y jurisprudencia allí citadas.

⁶⁴ Tras la aprobación de las leyes inglesas de insolvencia de 1985 y 1986 y la Ley escocesa de quiebras de 1985, la sec. 1 de la Ley de 1930 fue enmendada para adecuarse a las reformas introducidas. Como novedad, se aplica en los casos en que un juez emite una orden de administración y cuando se alcanza un convenio voluntario del deudor con los acreedores, así como en ciertos casos de fallecimiento del asegurado sin previa designación de administrador. La sec. 4 de la Ley ofrece las especialidades terminológicas y procesales de su aplicación en Escocia.

⁶⁵ BIRDS, J. y HIRD, N.: *Birds' Modern Insurance Law*, 5ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2001, p. 341 y LEGH-JONES, N., BIRDS, J. y OWEN, D.: *MacGillivray....*, *op. cit.*, p. 826.

⁶⁶ El caso "Re Harrington Motor Co." (1928) *Ch.*, p. 105 es al que comúnmente se atribuye la condición de inspirador de la Ley de 1930. Trató de un atropello por parte de un vehículo de

reconocieron que la compañía aseguradora cumplía sus obligaciones entregando la indemnización al administrador concursal del asegurado insolvente, pues la víctima era un tercero al contrato y carecía de derecho alguno al respecto ⁶⁷. El administrador concursal **del asegurado insolvente** distribuía proporcionalmente la indemnización y el resto de bienes y derechos patrimoniales del quebrado entre los acreedores. La víctima del siniestro era sólo un acreedor ordinario y, como tal, participaba en la distribución en régimen de paridad al resto de acreedores y, por lo general, se resarcía sólo parcialmente del daño sufrido. Para evitar esta situación, la Ley de 1930 vino a reconocer a la víctima "derechos" sobre la indemnización de seguro ⁶⁸. En términos generales, la legítima para exigir extrajudicial o judicialmente a la compañía aseguradora el importe íntegro de la indemnización por el siniestro, sin necesidad de que en el contrato figure estipulación alguna a su favor o así lo disponga *ad hoc* el asegurado, pues este derecho está sancionado directamente en la Ley.

La doctrina y los tribunales británicos interpretan que la Ley de 1930 dispone un "statutory assignment/transfer of the insured's rights in respect of the particular claim" a favor de la víctima ⁶⁹. El adjetivo "statutory" proviene de "statute" que corresponde a nuestro término "ley", por lo que puede traducirse por "legal" o "por ministerio de ley". La expresión "assignment/transfer of rights" significa literalmente cesión o transferencia de derechos. Por consiguiente, puede traducirse que el tercero es cesionario de derechos por ministerio de ley. Más específicamente, la eficacia de la Ley de 1930 se vincula con el derecho de crédito sobre la indemnización de seguro resultante de un siniestro y que corresponde, en puridad, al asegurado. Sin embargo, la Ley de 1930 excepciona el principio de relatividad de los contratos y dispone que el tercero es cesionario de este crédito contractual

empresa, resultando herido el Sr. Harrington. Planteada la demanda de reclamación por el viandante, la empresa quebró. No obstante, la empresa había contratado un seguro de responsabilidad civil con una aseguradora, que aceptó pagar la indemnización, si bien la realizó a los liquidadores, que tras integrarla en el patrimonio de la quebrada, la distribuyeron entre todos los acreedores. Otro caso con un resultado similar es "Hood's Trustees v. Southern Union General Insurance Co. of Australasia" (1928) 1 Ch., p. 793.

⁶⁷ LEGH JONES, N., BIRDS, J. y OWEN, D.: *MacGillivray...*, op. cit., p. 825.

⁶⁸ En la reciente sentencia "First National Tricity Finance Ltd. v. OT Computers Ltd. (in administration)", de 25 de mayo de 2004, 2003/2369, párrafo 10, la "Court of Appeal" recuerda que el régimen dispuesto en la Ley de 1930 a favor del tercero reproducía el entonces vigente de indemnización de riesgos laborales.

⁶⁹ "Post Office v. Norwich Union Fire Insurance Co." (1967) 2 Q.B., p. 376; "Murray v. Legal and General Assurance Society Ltd." (1970) 2 Q.B., p. 503 y The Fanti y The Padre Island, st. cit.

cuando se cumplan ciertos requisitos. Podrá reclamar en su propio nombre la indemnización de seguro al asegurador ⁷⁰. Si no existe acuerdo con la aseguradora, el tercero tiene derecho a ejercer personalmente una acción directa para exigir el cumplimiento de la obligación ⁷¹.

En primer lugar, la calificación jurídica de la cesión de créditos por ministerio de Ley supone que el tercero no tiene ningún derecho frente a la aseguradora hasta que lo tenga realmente el asegurado. La jurisprudencia británica ya no interpreta que sea necesario que el asegurado pague primero al tercero para que nazca la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora, pero sí exige que el asegurado sea declarado responsable por sentencia, laudo o reconozca su responsabilidad. A partir de este momento, la aseguradora debe cumplir su promesa contractual y abonar la indemnización bien directamente al tercero, bien al asegurado para que la satisfaga al tercero. Si no paga voluntariamente, incurre en incumplimiento de contrato ⁷² y el asegurado podrá en virtud de sus términos y condiciones exigir la indemnización judicial o extrajudicialmente. La Ley de 1930 interviene para disponer la cesión de este crédito a la víctima cuando el asegurado es insolvente, evitando el riesgo de que retenga la indemnización, la destine a una finalidad distinta o se reparta proporcionalmente entre todos los acreedores. Sin embargo, antes de la declaración de responsabilidad del asegurado, el tercero no tiene derecho ni acción frente a la aseguradora, porque tampoco la tendría el asegurado. Por ello, el tercero debe primero obtener la declaración de responsabilidad del asegurado para poder reclamar a la aseguradora. Hasta entonces, parece que no es posible, al menos en Inglaterra, intentar la acción contra el asegurador, pues sería

⁷⁰ LEGH-JONES, N., BIRDS, J. y OWEN, D.: *MacGillivray...*, *op. cit.*, p. 826, indican que es dudoso que el término "statutory subrogation" resulte más adecuado, pues las acciones al amparo de la Ley de 1930 las plantea el demandante en su propio nombre, no en el del asegurado cedente.

⁷¹ CLARKE, M. A., BURLING, J. M. y PURVES, R. L.: *The Law of Insurance Contracts*, 4ª ed., Lloyd's of London Press, Londres-Hong Kong, 2002, p. 211, señalan que el tercero tiene "direct action" contra la aseguradora, como se reconoce en los casos "Greenlees v. Port of Manchester" (1933) S.C., p. 383 y "Michel" (1987) L.M.C.L.Q., p. 230.

⁷² BIRDS, J. y HIRD, N.: *Birds' Modern...*, *op. cit.*, p. 262, confirman que la jurisprudencia y doctrina británicas son unánimes en considerar que la reclamación de la indemnización de seguro tiene la naturaleza jurídica de reclamación de daños por incumplimiento de contrato ("damages for breach of contract"). Al respecto, *vid.* "Jabbour v. Custodian of Israeli Absentee Property" (1954) 1 W.L.R., p. 143; "Edmunds v. Lloyds Italico & L'Ancora Compagnia di Assicurazioni & Riassicurazione S.p.A." (1986) 1 Lloyd's Rep., p. 327 y "The Fanti and The Padre Island nº 2", *st. cit.*

prematura ⁷³. En cambio, en Escocia se admite en regla de principio demandar a ambos conjuntamente, solicitando la condena de la aseguradora para el caso de que el tribunal decida responsabilizar al asegurado y el siniestro esté incluido en la cobertura aseguradora ⁷⁴.

En segundo lugar, la jurisprudencia tradicional ha negado que exista un deber del asegurado de suministrar información sobre la póliza de seguros al tercero perjudicado. La solicitud se considera irrazonable o irrelevante para resolver la reclamación contractual o extracontractual presentada por el tercero frente al asegurado ⁷⁵. Tampoco la aseguradora tiene deber alguno de atender la solicitud de información, pues el tercero no tiene derecho alguno frente a la aseguradora hasta obtener la declaración de responsabilidad del asegurado ⁷⁶.

En tercer lugar, la jurisprudencia y doctrina británicas interpretan que la Ley de 1930 "no otorga mejores derechos al tercero que los que tenía el propio asegurado" ⁷⁷. Por consiguiente, este ordenamiento jurídico no reconoce una protección adicional del tercero al modo de la inmunidad de excepciones del art. 76 de la **Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro**. El tercero es cesionario de un crédito, pero su realización queda condicionada a todas las cláusulas y términos del contrato de seguro. Esta interpretación ha supuesto restringir los casos en que el tercero cobra realmente la indemnización de seguro. Así, la jurisprudencia reconoce la oponibilidad al tercero de cualquier excepción que el asegurador hubiera opuesto al asegurado, como la falta de declaración del riesgo, de comunicación del siniestro, de cooperación del asegurado, de pago previo (*pay to be paid*) o la sumisión a arbitraje ⁷⁸, por citar algunos ejemplos resueltos por los

⁷³ "Post Office...", *st. cit.*, p. 363.

⁷⁴ *Vid.* "Bell v. Lothiansure Ltd.", de 19 enero de 1990, "Landcatch Ltd. v. Gilkes" (1990) S.L.T., p. 688 y "McDyer v. Celtic Football and Athletic Co. Ltd." (1997) G.W.D. 30-1536, citadas en el informe de las Comisiones de Derecho de 1998, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁵ "Nigel Upchurch Associates v. Aldridge Estates Investments Co. Ltd." (1993) 1 Lloyd's Rep. 535 y ss. y "Cox v. Bankside Members Agency Ltd." (1995) 2 Lloyd's Rep. 437.

⁷⁶ "Woolwich Building Society v. Taylor" (1995) 1 B.L.L.C., p. 132.

⁷⁷ "Post Office...", *st. cit.*, 349-353 y "The Fanti and Padre Island", *st. cit.*, 198. En la doctrina, CLARKE, M., BURLING, J. M. y PURVES, R. L.: *The Law...*, *op. cit.*, p. 203, indican que a pesar de que el tercero demande a la aseguradora en su propio nombre, los derechos sobre los que fundamenta su pretensión son los mismos que tenía el asegurado, por lo que le son oponibles todas las excepciones que la aseguradora tendría frente al asegurado.

⁷⁸ "Freshwater v. Western Australian Assurance Co." (1933) 1 K.B. 515; "Smith v. Pearl Assurance Co." (1939) 1 All E.R. 95 o "The Fanti & Padre Island nº 2" (1989) 1 Lloyd's Rep. 250 y 258. BIRDS, J. y HIRD, N.: *Birds' Modern...*, *op. cit.*, p. 344, señala que si bien estos casos se referían a seguros de automóviles que probablemente han sido dejados sin efecto

tribunales británicos y que han frustrado la pretensión del perjudicado de cobrar la indemnización. Esta interpretación judicial tan severa es, por otra parte, tan restrictiva como lo son los propios términos de la Ley de 1930. No pretende más que evitar que la indemnización de seguro en caso de concurso del asegurado se distribuya entre los acreedores, en detrimento del perjudicado. Salvo en materia de seguros obligatorios, como de responsabilidad por el uso de automóvil y de riesgos laborales o de transporte marítimo de hidrocarburos, donde la víctima dispone de un régimen legal tuitivo, los perjudicados por asegurados bajo otro tipo de cobertura únicamente disponen de los términos de la Ley de 1930. Como su propia fecha indica, esta Ley es ajena a todo el proceso de expansión de los seguros de responsabilidad civil durante el siglo XX y de las doctrinas tendentes a reconocer la preeminencia de la reparación de la víctima.

Finalmente, en el supuesto de que el borrador de anteproyecto de ley de 2001 fuese aprobado por el Parlamento británico, en sustitución de la Ley de 1930, podrían corregirse algunas situaciones judiciales ciertamente injustas para el tercero perjudicado. Sin embargo, la cesión del derecho de crédito sobre la indemnización de seguro y la correlativa acción directa frente a la aseguradora, sigue limitada a la insolvencia del asegurado y, además, se convalidaría legalmente la general oponibilidad de excepciones frente al tercero.

6. Límites de orden público a la aplicación de un Derecho extranjero.

El Derecho internacional privado no concluye todavía su función cuando "localiza" la ley nacional aplicable a la pretensión. El

con la aprobación de la "Road Traffic Act 1988", el principio es válido para el resto de seguros. La cláusula de arbitraje es también conocida como "Scott v. Avery clause", por razón del precedente que reconoció su validez frente al asegurado (1856) 5 *H.L.C.*, p. 810, 10 *E.R.*, p. 1121, la "House of Lords" indicó que las cláusulas de arbitraje son válidas siempre y cuando no supongan anular la jurisdicción última de los tribunales de justicia. Así las partes contratantes pueden estipular que no habrá acción judicial hasta obtener un laudo arbitral y que su contenido sea reconocido. En la actualidad, el informe de las Comisiones de Derecho de 1998 (*op. cit.*, p. 39, notas 43 y 44) dispone que esta cláusula podría ser contraria a la Ley sobre condiciones abusivas en los contratos celebrados con consumidores de 1999, que incorpora a Gran Bretaña la Directiva 93/13/CE. Asimismo, el Código de autoregulación "Statement of General Insurance Practice" de 1986 recomienda que las aseguradoras recurran a los tribunales si el asegurado así lo prefiere, salvo en los casos de reaseguro, de seguro marítimo y, en algunos casos, de seguro aéreo.

tribunal debe valorar si el ordenamiento extranjero llamado a resolver el asunto contradice las normas de orden público del Derecho español, pues si es así, las normas sustantivas extranjeras serían inaplicables. En efecto, la aplicación de la norma de conflicto tiene un riesgo evidente: que resulten aplicables normas extranjeras que contradigan los principios y valores que informan el ordenamiento jurídico del Tribunal que conozca del asunto. De ahí que el sistema de normas de conflicto se complete con soluciones correctivas para imponer la aplicación de la ley española cuando, si se aplica el sistema general, el juez debería aplicar normas extranjeras incompatibles con los principios de nuestro ordenamiento jurídico. Este correctivo está reconocido expresamente en el art. 12.3 C. C. que dice "en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público". O el más estricto art. 16 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, según el cual: "no podrá excluirse la aplicación de una disposición designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro".

No basta con señalar que la acción directa no es disponible para las partes, hay que entender que forma parte de nuestro orden público, de modo que ninguna ley extranjera puede ser aplicada por un Juez español en su perjuicio. La cuestión es: **¿es contraria la regla de pago previo, tal y como la interpreta la Cámara de los Lores inglesa al Derecho de los seguros marítimos en España? En nuestra opinión, sí, porque la regla del pago previo anula la acción directa ex art. 76 LCS del tercero perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil. Pero, ¿es la acción directa un principio fundamental, básico e irrenunciable del ordenamiento jurídico español? ¿es un eje central de la reglamentación del Derecho de los seguro? ¿Supone una contradicción manifiesta la importación de la Cámara de los Lores con los principios del orden público español?** ⁷⁹.

El concepto de "orden público" es un concepto jurídico indeterminado ⁸⁰, que debe ser delimitado en cada caso por el órgano jurisdiccional. El Tribunal Supremo **no se ha pronunciado todavía sobre la validez de la aplicación de la doctrina de la Cámara de los Lores sobre la regla del pago previo, aunque la**

⁷⁹ Sobre la acotación del orden público internacional, *vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho...*, *op. cit.*, p. 235.

⁸⁰ ATS 24-10-1979.

sentencia de 3 de julio de 2003 hace mención a la inexistencia de acción directa en el Derecho que resulta aplicable, sin entrar en mayores consideraciones. Hasta este momento, tenemos constancia de una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que no vio mayor inconveniente en aplicar el Derecho inglés al fondo del asunto y absolver al Club P&I de la acción directa formulada por el asegurador de mercancías. Se pronunció expresamente para considerar exagerada la invocación del orden público para evitar la aplicación del Derecho inglés ⁸¹. En cambio, de acuerdo con la **doctrina española más autorizada**, la protección de los terceros es una norma de orden público español, que no pueden derogar los contratantes en perjuicio de un tercero, ni siquiera en el ámbito de los seguros de grandes riesgos ⁸². Nos adherimos a esta opinión por las siguientes razones. Primera, porque no hay ninguna justificación para sustraer al perjudicado por un riesgo marítimo de derechos que la LCS y antes la jurisprudencia han reconocido para todos; o dicho de otro modo, a reconocer privilegios a los aseguradores marítimos más allá de los términos de la Ley. En este momento, la especialidad de los seguros marítimos que encajan en la categoría de grandes riesgos, como es el seguro de protección e indemnización, no consiste en perjudicar el crédito del tercero por un acto u omisión relativa a la

⁸¹ La SAP Madrid 5-3-2002 (*cit.*) trataba de una controversia derivada de un contrato de transporte marítimo de troncos de madera tropicales bajo conocimiento de embarque desde Camerún hasta Vigo. A la llegada a destino, se observaron faltas en el cargamento, que fueron indemnizadas al propietario por la compañía aseguradora que, al amparo del art. 780 C. com., se subrogó en sus derechos e interpuso demanda de reclamación contra la naviera española y su Club P&I, que fue el único que se personó en el proceso. El Juzgado de Primera Instancia, siguiendo el criterio de la actora e interpretando que el contrato de seguro de protección e indemnización viene a cubrir la obligación de contratación de un seguro de responsabilidad civil impuesta en el art. 78 LPEMM, y por aplicación de las normas de Derecho internacional privado contenidas en el art. 107.1 LCS y del principio de orden público, debía ser la Ley española la que regulase la pretensión, por lo que la condena al Club P&I se justificó en aplicación del art. 76 LCS. La Audiencia Provincial admitió el recurso presentado por el Club P&I, por entender que el seguro de protección e indemnización es un contrato de seguro de grandes riesgos en el cual las partes tienen plena libertad en la elección de la ley aplicable (art. 107.2 LCS) y en la determinación de su contenido, sin otro límite que las normas de orden público contenidas en la ley española (art. 107.6 LCS). La Audiencia consideró que la regla de pago previo era oponible al tercero demandante y en aplicación de la interpretación que de la misma hace la Cámara de los Lores, que rechazó que vulnerase el orden público español, desestimó la pretensión frente al Club P&I.

⁸² OLIVENCIA, M.: "El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles", en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil en la gran empresa*, dir. F. Sánchez Calero, Musini, 1994, p. 202; SÁNCHEZ CALERO, F.: "Comentarios al art. 76 LCS", en *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1220 y CLAVERO TERNERO, M. F.: "Novedades recientes en el seguro P&I", en *IV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, coord. por J. M. De Eizaguirre, Donostia, 1997, p. 206.

explotación del buque, sino en situar la autonomía de la voluntad de los *contratantes* en un lugar preponderante, pero no disponen de los derechos de terceros. Al enmendarse la LCS para introducir el concepto de grandes riesgos, el legislador nada hizo para privar a los terceros perjudicados de la acción directa que expresamente sanciona el art. 76 LCS. Y es una derogación de derechos que, a nuestro juicio, en ningún caso puede presumirse. Sería necesario que fuese de nuevo el legislador quien derogase expresamente la acción directa en los grandes riesgos, lo que indudablemente no ha hecho con la reforma de entrada en la CEE.

La segunda razón reside en considerar que la acción directa es uno de los fundamentos y logros del Derecho del seguro privado español, que lo distingue y caracteriza frente a otros ordenamientos, como el Derecho inglés, cuyos principios inspiradores son distintos. El Derecho inglés no reconoce mayores ni mejores derechos al tercero, que al ejercer el mismo derecho que tenía el mutualista, necesariamente le debe ser oponible **la regla de pago previo** y cualquier otra subjetiva u objetiva contenida en la póliza. Sin embargo, el Derecho español reconoce al tercero perjudicado una posición de privilegio derivada de la inmunidad de excepciones inspirada en la indispensable satisfacción del crédito. **La doctrina interpretativa de la Cámara de los Lores puede entenderse en Inglaterra, que es la potencia aseguradora mundial, pero no en nuestro orden público económico, que protege principalmente al perjudicado y donde la reparación de su perjuicio es esencial. Por esto, aplicar la doctrina de la Cámara de los Lores en esta materia no sólo restringe las posibilidades de reparación del daño del singular perjudicado, sino que elimina una extensión de garantía hasta el asegurador que informa esencialmente nuestro ordenamiento jurídico.** Por tanto, la protección del crédito del perjudicado y la atribución de la acción directa **son** principios de orden público español, reconocidos inicialmente por la jurisprudencia y ahora consagrados expresamente el art. 76 LCS.

En tercer lugar, aunque generalmente, los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico están en primer término contenidos en la Constitución ⁸³, como señala la doctrina más autorizada ⁸⁴, hoy cobra relieve la noción de "orden público económico", que se traduce en un mecanismo de defensa de las

⁸³ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho...*, op. cit., p. 234.

⁸⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso...*, op. cit., p. 381.

condiciones de mercado nacional y de la economía nacional en su conjunto (Derecho de la competencia, protección del consumidor, etc.). El ejemplo más claro de este perjuicio es la negación del derecho de recobro de las aseguradoras de mercancías españolas frente a un Club P&I que, a su vez, ha cobrado las primas de seguro del naviero español ⁸⁵.

7. Conclusiones.

Primera: El arbitraje es un medio de resolución de conflictos ampliamente difundido en ciertos contratos marítimos internacionales en que las partes lo prefieren por su rapidez y especialización a los tribunales ordinarios. El convenio arbitral es frecuente en los propios formularios-tipo al uso con los que se empiezan las negociaciones del contrato. Generalmente, se trata de contratos celebrados entre empresarios, no siendo tan común en los contratos de transporte de pasajeros o de mercancías de las líneas regulares.

En los seguros marítimos internacionales, el convenio arbitral es habitual en los seguros P&I que los navieros contratan con los denominados Clubs P&I o mutuas de navieros y que tienen por objeto recuperar las indemnizaciones pagadas a terceros en concepto de responsabilidad civil, así como ciertos gastos que detallan las reglas de cada Club P&I. Una de las cláusulas comunmente incluidas en estas reglas es el convenio arbitral para la resolución de controversias entre las partes a favor de árbitros del domicilio del Club u órganos especializados, como la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres o la Sociedad de Árbitros Marítimos de Nueva York. Para la ratificación del Convenio de Bruselas de 1968 por parte de Gran Bretaña se enmendó su texto para incluir expresamente que en los contratos de seguro marítimos, incluido el relativo a "la responsabilidad resultante de utilización o explotación de buques", prevalecen los convenios atributivos de competencia que estipulen los contratantes sobre los foros de protección del asegurado dispuestos en esta norma. El Reglamento CE/44/2001 mantiene también esta disposición.

La jurisprudencia española no es uniforme en cuanto al reconocimiento o no de legitimación activa al tercero perjudicado para exigir la indemnización de seguro directamente al Club P&I. La

⁸⁵ SAP Madrid 5-3-2002 (*cit.*)

sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003 introduce una visión novedosa, al considerar que el tercero que ejercita la acción directa queda vinculado por el convenio arbitral del seguro P&I y remite al demandante a arbitraje en Londres. Debe aclararse que el convenio arbitral también estaba incluido en la póliza de fletamento estipulado por el fletador en cuyos derechos se subrogaba la aseguradora demandante y que parece haber sido el pacto determinante en la decisión del Tribunal Supremo. En cualquier caso, resulta discutible extender el convenio arbitral a un tercero pues no se dan los requisitos de validez dispuestos en la normativa sobre arbitraje: el tercero no ha sido parte del mismo, ni ha prestado su consentimiento a adherirse, ni se subroga en la posición de las partes originarias. Si el Tribunal Supremo considera que de ningún modo cabe la acción directa en este tipo de seguros, basta con desestimar la pretensión, sin extender la eficacia del convenio arbitral.

Distinta cuestión es la competencia de los tribunales españoles para conocer de la acción directa contra el Club P&I. De acuerdo con los criterios de acumulación y conexidad, si lo son para conocer de la acción contra el naviero presuntamente responsable, como en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo, también lo han de ser para resolver de la acción directa contra su Club P&I. En otro caso, en principio, no tendrán jurisdicción.

Segunda: Cuando los tribunales españoles se declaran competentes para resolver una acción directa frente a un Club P&I, en algunos casos desestiman la pretensión por considerar de aplicación el Derecho inglés, seleccionado también en las reglas del Club como derecho rector del contrato de seguro. En efecto, el Derecho inglés sólo admite la acción directa cuando el asegurado esté incurso en un procedimiento concursal. En el resto de casos, el perjudicado carece de legitimación para reclamar la indemnización al asegurador de responsabilidad civil del responsable. La “House of Lords” ha sido especialmente estricta en no admitir la acción directa frente a un Club P&I.

La doctrina española considera que la importación de esta normativa extranjera es derogatoria de los derechos de los terceros y no procede por contrariar el orden público español. Entretanto se aprueban reformas legislativas que introduzcan seguridad jurídica, es conveniente que el tercero perjudicado o su aseguradora de mercancías obtengan un compromiso personal y directo del Club

P&I de indemnización. En algunos casos, en efecto, el Club P&I emite y entrega una carta de garantía personal (“letter of undertaking”) al perjudicado sustitutiva del embargo preventivo del buque inscrito. Los Tribunales españoles fundamentan su condena al pago de la indemnización en la emisión de este tipo de compromisos personales frente al perjudicado.