

La acción directa en el seguro de Protección e Indemnización

**III Jornadas de Seguro Marítimo y Portuario
Cartagena de Indias, 11 y 12 de Octubre 2007**

**José Alfredo Sabatino Pizzolante
Sabatino Pizzolante Abogados Marítimos & Comerciales
Puerto Cabello-Venezuela**

1.- PRELIMINAR

La acción directa en el seguro de Protección e Indemnización ha generado numerosa literatura en el campo legal y asegurador, en el que apologistas y detractores parecen encontrar en la “regla del pago previo” y el carácter de seguro marítimo de responsabilidad que se le atribuye a aquél, la justificación de sus posturas, teniendo como sustento decisiones judiciales y desarrollos legislativos particulares.

El presente trabajo aborda los aspectos conceptuales básicos para la comprensión del tema, al tiempo que partiendo de la naturaleza jurídica del seguro de protección e indemnización, se hace una revisión de la acción directa a la luz del derecho comparado.

2.- ASPECTOS CONCEPTUALES

Conviene antes de entrar en el fondo del tema, referirnos a algunos aspectos conceptuales que resultan de especial interés en el marco del análisis a ser desarrollado, que ayudarán a la cabal comprensión de los elementos más resaltantes involucrados en la discusión.

2.1.- Seguro de Responsabilidad & Seguro de Indemnización

Aunque en principio el seguro persigue la indemnización del asegurado, aunque mediante distintos mecanismos, la primera distinción de interés para nuestra exposición, es aquella que distingue entre el Seguro de Responsabilidad y el Seguro de Indemnización.

Mientras que en el primer caso, el asegurador se obliga a indemnizar a la víctima tan pronto sea declarada o asumida la responsabilidad del asegurado; en el segundo caso, el asegurador se obliga únicamente a reparar el daño sufrido por el asegurado (reembolsar), como consecuencia de haber efectuado este último el pago de su obligación.

No Resulta difícil, en consecuencia, observar la diferencia entre ambos tipos de seguro, diferenciación ésta de la que derivan otras circunstancias a ser consideradas más

tarde, desencadenantes de la procedencia o no de la acción directa en el seguro que nos ocupa.

Clavero Ternero explica tal distinción, con bastante claridad: “En realidad, tanto la póliza de responsabilidad como la de indemnización que se están considerando son contratos de seguro de responsabilidad, pues ambas protegen el patrimonio del asegurado de las consecuencias de su responsabilidad. La contraposición entre ellas surge en el diverso mecanismo protector que utilizan una y otra. La póliza de responsabilidad facilita una protección previa al daño, es un seguro “preventivo o protector”, pues evita el daño en sí mismo. El asegurador se hace cargo de la responsabilidad del asegurado –siendo su obligación indemnizar al tercero perjudicado-, evitando *a priori* el daño al patrimonio del asegurado que queda incólume. Por otro lado, la póliza de indemnización protege al asegurado sólo mediante el mecanismo de la “reparación”, porque no evita que el daño se materialice en el patrimonio del asegurado, que debe hacer frente a su responsabilidad pagando al perjudicado. Por ello, la protección de esta póliza es *a posteriori* del daño sufrido, que resulta así requisito necesario para que nazca la obligación de indemnizar del asegurador”. (*Clubs de P & I*, pp. 387 y 388)

Los Clubes de P & I desde antaño han brindado seguros de indemnización, y no de responsabilidad.

2.2.- Seguro de Responsabilidad Voluntario & Obligatorio

Otro aspecto de interés es distinguir entre los Seguros Voluntarios y aquellos Obligatorios, ubicándose en los primeros los seguros contratados libremente por el interesado, en ausencia de una exigencia legislativa o convenio internacional, y en los segundos, aquellos exigidos al asegurado por la legislación interna de un país o por estatuto internacional.

Las legislaciones domésticas de un país pueden imponer la contratación de seguros de responsabilidad, tal es el caso del art. 78 de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante Española, la cual establece: “La Empresas navieras españolas estarán obligadas a tener asegurada la responsabilidad civil en la que puedan incurrir en el curso de la explotación de sus buques, en los términos que reglamentariamente se determinen por el Gobierno de acuerdo con las coberturas usuales de este ramo en el mercado internacional”.

Ejemplo de un seguro de responsabilidad impuesto por un convenio internacional, lo constituye el artículo VII (1) del Convenio Internacional de 1992 sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, el cual establece la obligación para el propietario de un buque que esté matriculado en un Estado contratante, y transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel como cargamento, de contratar un seguro u otra garantía financiera, como la garantía de un Banco, o un certificado expedido por un fondo internacional de indemnizaciones, por el monto correspondiente a los límites previstos en el convenio, para cubrir su responsabilidad por los daños causados por la contaminación, en los términos previstos en ese convenio.

El seguro de protección e indemnización en muchas legislaciones constituye un seguro voluntario.

2.3.- Seguro a Prima Fija & Seguro Mutual

El tercer concepto que interesa referir es el que distingue entre los Seguros a prima fija, es decir, aquellos en los que además de estar sujeto al pago de una prima fija, hay una ausencia de comunidad de intereses entre asegurador y asegurado y persiguen fines de lucro; lo anterior en oposición al seguro mutuo, esto es, sujeto al pago de una contribución, y en los que opera una comunidad de intereses comunes entre asegurador y asegurado, no persiguiendo fines de lucro.

La Profesora María Concepción Hill Prados agrega en extenso sobre el particular, lo siguiente: “El seguro a prima fija es la forma más extendida. Se basa en el cálculo de interés hecho por el que asume los riesgos previendo las pérdidas que puedan suponer accidentes probables, y disponiendo el pago de las primas en condiciones tales que dejen un beneficio a su favor. El asegurado sabe a lo que se obliga y con lo que puede contar en caso de que el temido siniestro se realice. Paga la prima, previamente estipulada, y tiene derecho a la indemnización. No subsiste, pues, ningún álea a su cargo, el riesgo pasa íntegramente al asegurador.

En el seguro mutuo no existe, por lo general, una prima fija. La puesta en común de los riesgos no suprime el álea. Cada uno de los participantes sigue asociado al riesgo y su contribución acusará el golpe de los daños efectivamente sufridos. En las mutuas puras el socio paga una cotización inicial provisional, que puede verse aumentada por una posterior al cierre del ejercicio, cuando el pago de las indemnizaciones por los siniestros verificados supere a las contribuciones recaudadas por la asociación.

La remuneración o forma de contribución es, pues, variable. Ésta es una de las diferencias alegadas entre estas dos formas de seguro. Efectivamente, la variabilidad es la esencia del seguro mutuo. No solo la variabilidad de las primas, sino también la variabilidad en las indemnizaciones de los siniestros.

Asimismo se distingue el seguro a prima por la ausencia de reembolsos y la atribución del beneficio a la sociedad como individualidad jurídica, y no necesariamente la fijez de la prima. En efecto, no está la nota más característica, ya que existen también mutuas a prima fija.

Otra de las notas alegadas para diferenciar ambos tipos de seguro es, en efecto, la obtención de beneficios. El seguro a prima tiene como fin la obtención de ganancias, para repartir entre los asociados, con el producto de las primas recaudadas. Fundadas en cálculos de probabilidades se confía en que el valor de las primas exceda a los daños y gastos sociales. El asegurado es ajeno al lucro de la empresa, satisface su prima y tiene derecho a la indemnización, sin participar en las pérdidas y ganancias de la sociedad. No participa tampoco en la gestión de la misma.

La mutua, en cambio, no busca otro lucro que el de «hacer menos sensible el riesgo». La finalidad de la mutua no es la obtención de ganancias para los asociados. Por otra parte, el miembro o asociado es a la vez asegurado y asegurador, participando por tanto en las pérdidas -con lo que ve aumentadas sus cotizaciones -y en las ganancias- pudiendo darse el caso de reembolso a los socios cuando las cotizaciones recaudadas han sido superiores a los siniestros indemnizados”. (*Los Clubes de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo*, pp. 28 y 29)

En el pasado el seguro de protección e indemnización era tradicionalmente ofrecido por empresas mutuales, aunque este no es el caso en la actualidad debido al surgimiento de los seguros de P & I a prima fija.

2.4.- Seguro de Responsabilidad Civil

Aquél por el cual el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado de cuanto deba a un tercero, como consecuencia de su responsabilidad materializada en un daño, se denomina comúnmente seguro de responsabilidad civil.

Toda persona responde civilmente por el daño que pueda ocasionar a un tercero, como consecuencia de su negligencia, imprudencia o impericia o la de aquellos quienes se encuentren bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve o que tiene bajo su cuidado. De manera tal que se trata de un significativo número de responsabilidades las que puede afrontar una persona en función de las actividades específicas que desarrolla, y una de las formas que tiene a su alcance para afrontarlas es mediante la contratación de un seguro de responsabilidad civil o RC, mediante la cual el asegurador se obliga a responder frente a terceros de las indemnizaciones que estos reclamen al asegurado por los actos dañosos previstos o descritos en el contrato póliza.

En algunas legislaciones este tipo de seguro está expresamente regulado, por ejemplo Argentina y España, en el caso de esta último la Ley del Contrato de Seguro (Artículos 76 al 79) encontramos las disposiciones relativas a aquél. En contraste, otras legislaciones guardan silencio al respecto, ejemplo de ello la venezolana, cuya Ley del Contrato de Seguros omite regulación al respecto.

2.5.- Regla del Pago Previo (Paid to be paid)

También denominada regla del pago efectivo, se trata de una regla fundamental para el seguro de protección e indemnización, y de acuerdo a la cual el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado, una vez que este último ha satisfecho su obligación frente a la víctima. Es decir, debe haber operado la indemnización efectiva a la víctima. La regla general en los Clubes de P & I es que el naviero deberá siempre pagar la reclamación del tercero en primer lugar, y posteriormente solicitar del club su reembolso.

Sin embargo, no debemos llamarnos a engaño, pues la práctica demuestra que esta regla en ciertas circunstancias es relajada por los Clubes de P & I, sin perder de vista, claro está, que siempre será un acto discrecional de los directores del Club. Clavero Ternero al respecto apunta:

“Son varias las circunstancias en las que, por la propia dinámica de los hechos, el club renuncia a imponer –o se encuentra privado de la posibilidad de hacerlo- el requisito de que el miembro satisfaga previamente su responsabilidad a la víctima. De entre tales situaciones merecen destacarse las siguientes:

- 1) En primer lugar, cuando el departamento de reclamaciones del club considera un buen arreglo transigir con la víctima en vez de pleitear ante tribunales o árbitros. En esta

coyuntura, el club, de acuerdo con sus facultades de control de reclamaciones, puede exigir al miembro que admita su responsabilidad a cambio de hacerse cargo directamente del pago de la reclamación. Esta renuncia por parte del club a exigir el cumplimiento de la regla se suele hacer si se considera que pleitear puede ser perjudicial para el miembro y, no obstante, éste, convencido de su inocencia o disconforme con la suma exigida, prefiere ser demandado antes que asumir responsabilidad y pagar.

2) Una segunda excepción a la regla general se da al ofrecer el club un aval al perjudicado por la cantidad reclamada para que no embargue preventivamente el buque. Como estas fianzas no se suelen aceptar si no es con responsabilidad directa, o al menos solidaria, del club, su presentación supone una renuncia implícita al pago previo por parte del miembro. No obstante, el otorgamiento de fianzas no supone siempre una renuncia al estricto cumplimiento de la regla.

3) También es frecuente la renuncia del club cuando se hace cargo directamente de la reclamación desde su comienzo, sin que ello implique que, necesariamente, en todos los casos se desista del cumplimiento estricto de la regla.

4) Se puede citar, asimismo, el supuesto de grandes reclamaciones que por su extraordinaria cuantía pudieran llevar a la quiebra al miembro de exigírsele hacer frente a su responsabilidad como condición previa a la indemnización. A este respecto ha de destacarse que –si bien en el *Common Law* el seguro de indemnización es estrictamente respetado según sus propios términos –bajo los principios de la equidad el asegurado podría reclamar al club sin el cumplimiento del pago previo en algunas ocasiones, especialmente cuando tal pago puede conducirle a la insolvencia y a la quiebra. No obstante, el Tribunal de Apelaciones británico ha fallado recientemente –con respecto a la regla que se analiza- que los principios de la equidad no pueden anular la cláusula expresa de un contrato de indemnización cuando es clara y contundente exigiendo el desembolso de la obligación del asegurado con carácter previo a la indemnización del asegurador.

5) Finalmente, tampoco se hace necesaria la indemnización previa a la víctima para que se despliegue la cobertura del seguro P. & I. en los supuestos de seguros obligatorio para determinados riesgos. No se está aquí ante una renuncia voluntaria del club al cumplimiento exacto de una condición contractual, sino ante la regulación imperativa de determinada clase de seguros, que impone una acción directa del perjudicado contra el asegurador independiente de cualquier cláusula contractual. Esta clase de seguros se examinan con mayor detenimiento más adelante, al estudiar la situación del tercero perjudicado”. (*Op. cit.*, pp. 390 y 391)

La regla del pago previo la encontraremos, entonces, invariablemente en las reglas de los seguros de protección e indemnización, tal y como puede advertirse de los extractos que transcribimos a continuación, tomados de las reglas de las mutuales *Standard y Skuld*:

*** “Member to pay claim first**

16.7 Unless the Board shall in its discretion otherwise determine, it is a condition precedent of a Member`s right to recover from the funds of the Club in respect of any

liabilities, costs or expenses that he shall first have paid the same out of funds belonging to him unconditionally and not by way of loan or otherwise.

16.7.2. Where the Club has paid a claim to or on behalf of a member, the whole of any recovery from a third party in respect of that claim shall be credited and paid to the Club up to an amount corresponding with the sum paid by the Club, including any interest and legal costs and expenses". (The Standard Steamship Owners' Protection and Indemnity Association (Bermuda) Limited, 2007/08 P&I and Defence Class Rules and Correspondents, p. 34)

*** "28.5 Pay to be paid**

Unless the Association shall in its absolute discretion otherwise determine, it shall be a condition precedent of the member's right to claim against the Association that the liabilities, losses, expenses or costs (which are the subject of the claim) have actually been paid or discharged by the member, joint member or co-assured and that, in the event of a liability, the liability has been discharged pursuant to:

- a) a court order or judgment, other than a default judgment,
- b) an award, other than a default award, of an arbitration tribunal appointed with the consent of the Association or in accordance with an arbitration agreement entered into before the event giving rise to the claim arose, or
- c) a settlement approved by the Association". (SKULD, Statutes and rules list of correspondents, 2007, p.59)

2.6.- La Carta de Garantía (LOU)

Instrumento por medio de la cual el Club se compromete con el reclamante a abonarle, en caso de que el demandado no lo haga, la suma demandada tan pronto un tribunal o árbitro declare su derecho frente al asegurado o miembro del Club, o por solución amigable, la Carta de Garantía o LOU es un mecanismo ampliamente conocido por los abogados maritimistas y aseguradores.

Así, es práctica común en el comercio marítimo internacional que en aquellos casos donde existe una amenaza de embargo contra un buque, cuando éste es efectivamente embargado o cuando existe algún tipo de reclamo legítimo contra esa embarcación, el Club de P & I del cual es miembro el buque en cuestión, proceda a dar garantía para hacer frente a la demanda, esto en la forma de una carta de garantía (Letter of Undertaking). El reclamante en aceptación de esta carta libera al buque o se compromete a no embargarlo en el futuro.

Tales cartas de garantía en algunos casos son emitidas directamente por el Club; no obstante, al margen de ello, existe la práctica por parte de compañías corresponsales de Clubes de P & I de emitir cartas de garantía provisionales, las cuales posteriormente son canjeadas por cartas de garantía definitivas, siendo estas últimas emitidas efectivamente por el Club involucrado. A pesar de que los términos de estas cartas varían según las circunstancias, podría ser dicho que su finalidad no es otra que la de asegurar que el club pagará directamente al beneficiario lo que se ha convenido es debido por el miembro, o lo que ha sido juzgado por un tribunal competente, como lo

adeudado. Sin embargo, parece necesario apuntar que el otorgamiento de tales cartas queda a la total discreción del Club, de hecho los libros de reglas que regulan su funcionamiento, nada señalan al respecto. No en balde tales fianzas han sido descritas en el Reino Unido como un mero "acto de amistad", lo que denota que en cuando a garantías se refiere los Clubes tienen total discreción para su otorgamiento.

De cualquier manera, la importancia de estas cartas de garantía es que a través de ese simple mecanismo para obtener seguridad, un tercero reclamante puede sortear la regla del pago previo esto porque una vez que el Club ha garantizado la demanda, el Club se obliga frente al tercero, y no puede rehusar el pago de esa demanda sobre las bases de la regla antes mencionada.

3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL SEGURO DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN

A estas alturas la pregunta que necesariamente surge es: ¿Es el seguro de Protección e Indemnización un seguro de responsabilidad civil? La interrogante es fundamental, más aún la respuesta, si se tiene presente los elementos arriba explanados.

Mientras hay quienes afirman que la aplicación de la regla del pago previo, necesariamente implica el reconocimiento de seguro de indemnización que corresponde a la cobertura de P & I, otros afirman que esto en nada desnaturaliza lo que en esencia parece ser su naturaleza, esto es, un seguro de responsabilidad. Al respecto Javier Linaza La Calle en su trabajo *La Acción Directa en el Seguro de Protección e Indemnización: En torno a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003*), señala: “El seguro de P & I tiene esencialmente las características de un seguro de responsabilidad civil pues su fin es cubrir el perjuicio económico que supone para el asegurado la producción de un hecho dañoso del que deba responder indemnizando a terceros. La existencia de la regla «*pay to be paid*» (pagar antes de ser pagado), en virtud de la cual el asegurado sólo cobra la indemnización una vez que haya probado el pago al perjudicado de los daños consecuencia del siniestro, no desnaturaliza, a nuestro modo de entender, su naturaleza de seguro de responsabilidad civil a efectos de terceros. Una posible explicación podría ser que el previo desembolso constituye una condición necesaria para que el P&I satisfaga la indemnización procedente, pero no es un requisito *sine qua non*, para el cumplimiento y ejercicio por parte del Club, de las demás obligaciones y derechos contractuales que surgen tras el siniestro”.

El Dr. Radovich, por su parte, afirma que la cobertura de P & I constituye un caso específico de seguro de daños, en donde el asegurador restituye al asegurado al estado patrimonial preexistente a la ocurrencia del perjuicio, que necesariamente debe haber acaecido previamente. Por ello, concluye este autor, que el previo pago por parte del asegurado resulta esencial en esta modalidad por constituir el empobrecimiento a reparar. De allí la legitimidad y justificación de la regla *pay to be paid*. (*Curso de Seguros en el Comercio Exterior*, pp. 346 y 347)

Otros autores, en cambio, lo identifican como un seguro marítimo de responsabilidad e, incluso, hablan del seguro de P & I como una especie de seguro de

responsabilidad, que otorga su cobertura como seguro de indemnización. (Tomasello Weiyz, *El Seguro de P & I (Protección e Indemnización) como Seguro de Indemnización y la Acción Directa en contra del Asegurador*)

Linaza La Calle concluye, por el contrario, en que el seguro de P & I no es en esencia un seguro distinto al de responsabilidad civil, sino que contiene una cláusula contractual (pago previo) que responde a una concepción de seguro de responsabilidad primitiva, y que sin embargo no por ello puede dejar de obviar la aplicación de la actual concepción de esta modalidad de seguro.

4.- LA ACCIÓN DIRECTA

Se entiende por Acción Directa el derecho que corresponde a la víctima del daño para exigir directamente al asegurador el pago de la indemnización al que está obligado el asegurado o agente de ese daño.

Se trata de un mecanismo que está íntimamente ligado al concepto del seguro de responsabilidad obligatorio, pues siendo el principal objetivo de aquélla la protección efectiva de la víctima, tal acción directa le permite obtener la indemnización por los daños sufridos, independientemente de la solvencia del asegurado. En todo caso el titular de la acción es la víctima, y por extensión la acción corresponde también a sus herederos.

Esta acción directa puede estar reconocida en las legislaciones nacionales, y en otros casos la localizamos en convenios internacionales. Así, el Artículo VII (8) del Convenio Internacional de 1992 sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, establece que podrá interponerse cualquier acción para el resarcimiento de daños por contaminación directamente contra el asegurador, o contra toda persona que provea la garantía financiera para cubrir la responsabilidad del propietario respecto de daños por contaminación. En tal caso el demandado podrá, aun cuando el propietario no tenga el derecho a limitar su responsabilidad, de conformidad con el Artículo V, párrafo 2, valerse de los límites de responsabilidad que prescribe la convención.

Sobre el tema del seguro de responsabilidad obligatorio y la acción directa el Dr. Tomasello Hart, escribe: “Por lo menos en materia de responsabilidad civil por contaminación marina, el legislador suele no contentarse con establecer, entre otras medidas tendientes a asegurar el resarcimiento de los créditos indemnizatorios, el seguro forzoso de responsabilidad (lo mismo ocurre a propósito de la extracción de restos náufragos, según se infiere del artículo 137 de la Ley de Navegación), sino que dota a la víctima de acción directa contra el asegurador, rompiendo el principio del efecto relativo del contrato, puesto que la eventual víctima no ha sido parte en el contrato de seguro, ni ha revestido éste el carácter de una estipulación a favor de otro, según se dirá. Simplemente es la alteración de las soluciones habituales con el propósito de asegurar el resarcimiento de los créditos indemnizatorios, normalmente en aquellos casos en que el legislador ha objetivado y tarifado la responsabilidad”. (*La Acción Directa en el Régimen Jurídico de la Contaminación Marina*, p.1)

¿Existe algún conflicto entre esta acción directa y la cobertura de protección e indemnización? Conviene recordar, sin embargo, que la regla del pago previo es la defensa por excelencia de los Clubes de P & I, frente a acciones ejercidas por miembros y terceros. La misma requiere como condición para obtener la indemnización, tal y como lo hemos manifestado anteriormente, que el miembro haya pagado previamente al tercero reclamante o víctima la cuantía de su responsabilidad. Sin embargo, la emisión de la carta de garantía (LOU), deja sin efecto la regla del pago previo. Así, un tercero reclamante puede sortear la regla del pago previo de mediar un LOU, esto porque una vez que el Club ha garantizado la demanda o el reclamo, aquél se obliga frente al tercero, y no puede rehusar el pago de esa demanda o reclamo sobre la base de la regla antes mencionada, abriéndose para la víctima la posibilidad de ejercer la acción directa.

5.- ACCIÓN DIRECTA & DERECHO COMPARADO

5.1.- Acción Directa contra el Seguro de P&I en Reino Unido

Las decisiones judiciales en el foro Inglés han zanjado la discusión sobre la procedencia de la acción directa en el seguro de Protección e Indemnización.

Así, durante largo tiempo se discutió acerca de la validez de la regla del pago previo, particularmente a la luz del Third Parties (Right against Insurers) Act de 1930, de acuerdo al cual se protege a terceras partes dotándolas de una acción contra el asegurador, en aquellos casos donde el asegurado es insolvente. Dos decisiones resolvieron la discusión: "The Fanti" y "Padre Island" (No. 2).

La Cámara de los Lores (House of Lords), el más alto Tribunal británico, encontró que la regla de indemnización efectiva tenía que ser estrictamente cumplida por el asegurado, para adquirir derechos bajo el contrato de seguro que pudieran ser transmitidos a la víctima, es decir, a un tercero. Ambos casos involucraron hechos similares: los propietarios de la carga ejercieron acciones contra los armadores, debido a daños o pérdidas de la misma. No obstante, mientras en el "The Fanti" el Tribunal de Comercio decidió que los derechos de los miembros del club habían sido transferidos a los demandantes (propietarios de la carga) y, por consiguiente, estos últimos tenían una acción directa contra el club; en el segundo caso, esto es en el "Padre Island", fue decidido que el club tenía un derecho de defensa sobre la base de que bajo el Third Parties (Rights against Insurers) Act 1930, los derechos transferidos a un tercero no eran otros que aquéllos correspondientes al miembro asegurado, y puesto que tales miembros no tenían derecho a traer acciones legales contra el Club hasta tanto no obtuvieran una decisión arbitral, conforme a las reglas del Club, entonces ese tercero no podía encontrarse en una mejor posición. Esto significa en la práctica que un tercero víctima no puede reclamar directamente al Club, esto porque la cobertura P & I está configurada como un "seguro de indemnización", opuesto al "seguro de responsabilidad".

En conclusión bajo la ley inglesa no hay duda que con respecto a los no miembros del Club o terceros, estos deberán buscar remedio directamente de los miembros o asegurados, excepto en donde el Club ha garantizado el reclamo o la demanda por medio de una carta de garantía. No miembros o terceros ejerciendo demandas directamente contra un Club, sin que exista una de tales cartas, encontrarán a este último oponiendo la regla del pago previo.

5.2.- Acción Directa contra el Seguro de P&I en los Estados Unidos

En algunos Estados, por ejemplo Luisiana, se han promulgado leyes que permiten la acción directa contra el Club, aunque creándose cierta confusión en relación al ejercicio de la acción directa en contra del asegurador, y su habilidad para invocar el derecho de limitación de responsabilidad.

El Dr. William Graffam al referirse a los estatutos de acción directa en los Estados Unidos, señala: “Aunque no son las únicas jurisdicciones de los Estados Unidos que cuentan con un recurso de acción directa, Luisiana y Puerto Rico tienen a su disposición un derecho incondicional de acción directa contra el asegurador. En ambas jurisdicciones el damnificado puede recurrir en acción directa contra el asegurador sin importar el estado económico del asegurado. El damnificado también puede demandar al asegurador directamente sin tener que obtener previa sentencia contra el asegurado que causó el daño. El estatuto de Luisiana ha sido interpretado de una manera muy liberal y amplia. Bajo el estatuto la póliza no tiene que ser escrita ni entregada dentro de la jurisdicción territorial del estado. Las compañías de seguros foráneas están expuestas a demandas en Luisiana si el accidente ocurre en el estado o la póliza es escrita o entregada en el estado aunque no estén debidamente autorizadas para hacer negocios en Luisiana y no tengan oficiales ni agentes presentes en el estado. Lo mismo se puede decir del estatuto de acción directa de Puerto Rico. Cabe mencionar que el estatuto de acción directa de Puerto Rico es una copia de la versión original de Luisiana. Por consiguiente, los tribunales de Puerto Rico siguen la jurisprudencia de las cortes de Luisiana. El estatuto de Puerto Rico, literalmente se lee como sigue:

2001. Responsabilidad absoluta del asegurador.

El asegurador que expediere una póliza asegurando a una persona contra daños o perjuicios, por causa de responsabilidad legal por lesiones corporales, muerte o daños a la propiedad de una tercera persona, será absolutamente responsable cuando ocurriere una pérdida cubierta por dicha póliza, y el pago de dicha pérdida por el asegurador hasta el gradote su responsabilidad por la misma, con arreglo a la póliza, no dependerá del pago que efectúe el asegurado en virtud de sentencia firme dictada contra el con motivo del suceso, ni dependerá de dicha sentencia.

2003. Litigios contra asegurado, asegurador.

- (1) La persona que sufriese los daños y perjuicios, tendrá, a su opción, una acción directa contra el asegurador conforme a los términos y limitaciones la póliza, acción que podrá ejercitar contra el asegurador solamente o contra este y el asegurado conjuntamente. La acción directa contra el asegurador se podrá ejercer solamente en Puerto Rico. La responsabilidad del asegurador no se excederá de aquellas dispuestas en la póliza, y el tribunal*

deberá determinar no solamente la responsabilidad del asegurado, si no que también la cuantía de la pérdida. Cualquier acción incoada conforme a esta sección estará sujeta a las condiciones de la póliza o contrato y a las defensas que pudieran legarse por el asegurador en acción directa instada por el asegurado.

- (2) *Si el perjudicado entablara demanda control el asegurado solamente, no se estimará por ello que se le prive, subrogándose en los derechos del asegurado con arreglo a la póliza, del derecho de sostener acción contra el asegurador y cobrarle luego de obtener sentencia firme contra el asegurado.*

Bajo ambos estatutos, los aseguradores tienen una responsabilidad absoluta hacia el damnificado. De acuerdo con el estatuto de acción directa de Puerto Rico, la responsabilidad del asegurador no dependerá del pago que efectúe el asegurado en virtud de sentencia firme dictada contra él con motivo del suceso, ni dependerá de dicha sentencia. Más aún las pólizas de seguros están sujetas a estatutos de acción directa aunque no incluyan o se refieran a dicho estatutos. Por lo tanto, generalmente los estatutos de acción directa transforman las pólizas de indemnización en pólizas de responsabilidad, a menos que el lenguaje del estatuto limite su aplicación a pólizas de responsabilidad. Debido a que el lenguaje de los estatutos de acción directa se convierte en parte orgánica de las pólizas de seguros, tanto en Luisiana y Puerto Rico como en otras jurisdicciones, las pólizas de indemnización tienen el mismo efecto que las pólizas de responsabilidad pública. En otras palabras, los estatutos de acción directa neutralizan aquellas cláusulas contrarias al objetivo del estatuto de acción directa. De no ser así, los estatutos no serían efectivos al permitir un pretexto legal para no cumplir con el objetivo principal de proteger a los terceros damnificados”. (“La Historia y Desarrollo de los Seguros de P&I: Particularidades de las Garantías de los P&Is como Mecanismo de Aseguramiento y Pago de Reclamaciones Marítimas”, en *Retos al Afrontar el Nuevo Milenio, Temas de Derecho Marítimo – Portuario*, pp. 203-206)

Señalamos que al introducir Luisiana el estatuto de acción directa, se creó cierta confusión en cuanto a la posibilidad para el asegurador de invocar la limitación de responsabilidad que en principio correspondería al asegurado, situación ésta que sería más tarde aclarada por vía jurisprudencial; el problema radicó en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos arribó a la conclusión de que el beneficio de la limitación de responsabilidad era una “defensa personal” del naviero, y de la cual no podía beneficiarse su asegurador. Esto, desde luego, inducía a una extraña situación en la que si el asegurador y el asegurado eran demandados conjuntamente, el naviero tendría derecho a limitar responsabilidad, pero el asegurador respondería ilimitadamente o en los términos máximos previstos en la póliza. Sin embargo, este criterio sería más tarde modificado en el caso *Crown Zellerbach Corporation v. Ingram Industries, Inc.*, en el que la Corte de Apelaciones para el Quinto Circuito abrió las puertas para que un asegurador de P & I, demandado bajo acción directa, pudiera oponer a la demandante la limitación de responsabilidad, si bajo los términos de la póliza el asegurador responde por la responsabilidad del asegurado. En el citado caso la Corte declaró que la limitación de responsabilidad contenida en la póliza no era una “defensa personal” sino

una “defensa de la póliza” y como tal una defensa contractual que el seguro de P & I puede invocar en el evento de acción directa por un tercero.

5.3.- Acción Directa contra el Seguro de P&I en Argentina

Sólo se reconoce acción directa contra los Clubes de P&I en Argentina, en casos de insolvencia o quiebra del Miembro -que obviamente impide que actúe normalmente el principio “pay to be paid” y cuando el Club ha emitido una carta de garantía.

Los tribunales Argentinos han sido propensos a reconocer el carácter de seguros de indemnización (que no de responsabilidad) que brindan los Clubes de P&I, y sobre esa base reconocen la plena aplicación de la regla del pago previo.

El Dr. Jorge Radovich nos ofrece detalles de la evolución jurisprudencial que sobre el tema tuvo lugar en ese país del Sur, que bien vale la pena transcribir en extenso: “... las tres salas de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal estaban contestes en que el seguro de P&I no constituye propiamente una cobertura de responsabilidad civil. En la última, el siniestro se configura -conforme las distintas posiciones doctrinarias- o bien cuando se produce un daño cubierto por responsabilidad del asegurado, de modo que puede iniciarse una acción por parte de la víctima. En el seguro de responsabilidad civil, la aseguradora se obliga explícitamente a mantener indemne al asegurado, y ello implica evitarle cualquier detrimento patrimonial y adelantarle los fondos necesarios para cumplimentar sus obligaciones (arts. 109 y 116 de la Ley de Seguros). Si el asegurado tuviera que afrontar el pago con su propio peculio, se estaría produciendo un detrimento patrimonial del mismo, con lo que no se lo mantendría indemne. Es como si el asegurador asumiera el compromiso de constituirse en principal pagador solidario de ciertas obligaciones eventuales del asegurado, lo que a su vez explica que se conceda una acción directa no autónoma al damnificado contra el mismo, denominada en nuestro sistema “citación en garantía”(art.118 de la L.S)...().... las Salas I y II entendieron que, en casos de insolvencia del armador ingresado en la mutua, se justificaba tratar el caso como si se tratara de una cobertura de responsabilidad civil, con base en las siguientes razones principales:

- a) El armador hoy insolvente ha cargado el costo de las primas (sic) del seguro de P&I en los fletes, con lo que las mutuales se enriquecerían en forma injustificada. Ello haría además aplicable, la regulación civilista de la estipulación a favor de un tercero.
- b) Si no se concediera la acción directa al damnificado se primaría a los seguros de P&I de proyección económica.
- c) Resulta social y jurídicamente más valioso amparar al damnificado concediéndole la acción directa, que exonerar de responsabilidad al asegurador de P&I.

Aunque el criterio sostenido por las Salas I y II fuera contradicho en algún momento por la Sala III (la cual se opuso al reconocimiento de acción directa al damnificado en la cobertura de P&I), más tarde las Salas unificaron criterio en un Fallo Plenario de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial, a partir de la cual resulta factible

citar en garantía al asegurador de P&I en caso de insolvencia del miembro cubierto por la mutual”. (*Curso de Seguros en el Comercio Exterior* pp.346 y 347)

5.4.- Acción Directa contra el Seguro de P&I en Chile

Dado el carácter voluntario de la cobertura de P & I y con excepción de la responsabilidad civil por contaminación y de rescate, extracción o eliminación de restos náufragos, en Chile no existe acción directa de la víctima o tercero en contra de un Club de P&I.

Sin embargo, el artículo 1201 del Código de Comercio, establece una excepción: “sólo en los casos en que un asegurador de responsabilidad otorgue una garantía para cubrir la responsabilidad del asegurado, podrá ser demandado directamente por el tercero a cuyo favor se ha emitido dicha garantía”. El asegurador de responsabilidad se transforma entonces en un verdadero fiador solidario respecto de la obligación del asegurado.

Al recalcar el autor Leslie Tomasello Weitz, que como consecuencia del carácter voluntario de la cobertura de P & I y con las excepciones arriba indicadas, en Chile no existe acción directa de la víctima o tercero en contra de un Club de P & I, también afirma que esta idea se materializa en la “regla del pago previo”, que consagra el artículo 1200 del Código de Comercio Chileno, y conforme a la cual el asegurado en un seguro de responsabilidad, sólo tendrá derecho al reembolso de la indemnización y gastos en que incurriere, cuando ya ha pagado la indemnización por perjuicios al tercero (*El Seguro de P & I (Protección e Indemnización) como Seguro de Indemnización y la Acción Directa en contra del Asegurador*, pp. 4 y 5) Una disposición similar a la anterior fue copiada por la Ley de Comercio Marítimo de Venezuela (Art. 431), y que sugiere ante la ausencia de desarrollo jurisprudencial a la fecha, la improcedencia de la acción directa en contra de los aseguradores de protección e indemnización en nuestro país.

5.5.- Acción Directa contra el Seguro de P&I en Panamá

Un reciente fallo en Casación de la Corte Suprema de Justicia (31-08-07), en el caso de *Máximo Padilla vs. Commodore Cruise Lines Ltd.*, et al, ratificó la decisión del Primer Tribunal Marítimo de Panamá ratificada más tarde en apelación, la cual acordó INTEGRAR en calidad de litis consorte necesario al Club de P&I y, en consecuencia, notificarlo del libelo de demanda para su oportuna contestación.

El caso está referido a un accidente de trabajo sufrido por un tripulante a bordo de un buque de cruceros, acción ésta en la que se ven involucrados tanto el propietario del buque como su arrendador a casco desnudo. En el curso del proceso el abogado demandante solicita la integración como litisconsorte necesario del Club de P & I del buque, toda vez que el asegurador mutualista tiene la obligación en caso de que el riesgo esté cubierto bajo las reglas de aquélla de indemnizar a su asegurado, solicitud ésta a la que accede el Primer Tribunal Marítimo de Panamá.

Durante la apelación los abogados defensores del Club envuelto, arguyeron que el Club de P & I como asegurador mutualista tiene la obligación, en caso de que el riesgo esté cubierto bajo las Reglas de la Asociación Mutualista, de indemnizar al miembro demandado por las sumas que esta tenga que pagar al tripulante demandante. Así, bajo las reglas de la Asociación Mutualista, ni el Club, ni ninguna otra aseguradora mutualista tiene obligación alguna ante la persona que él reclama a su asegurado. A todo evento negaron la condición de litisconsorte necesario atribuido por el demandante al Club.

Este argumento fue desestimado en la citada apelación, oportunidad en la que la Sala advirtió primeramente que se estaba frente a un litisconsorcio pasivo, o sea, aquel en donde existe pluralidad de sujetos demandados, así como ser un litisconsorcio necesario (también denominado obligatorio), toda vez que la ley o la naturaleza de la relación jurídica impone la necesidad ineludible de que la demanda sea presentada por todos o contra todos los que tengan derecho a demandar o estén obligados a responder, a riesgo de que, si todos ellos no son notificados o emplazados como parte del juicio para integrar el contradictorio, la sentencia que se dicte podría ser ineficaz.

“Se habla, entonces, de litisconsorcio necesario (reza la sentencia) sobre todo porque la sentencia que se profiera para que tenga efectividad debe pronunciarse con la citación en el proceso de todos los sujetos de la relación sustancial. Así, en el presente caso se observa con claridad la sociedad..., como asegurador mutualista, tiene la obligación, en caso de que el riesgo esté cubierto bajo las Reglas de Asociación Mutualista de indemnizar a NEW COMMODORE por las sumas que esta tenga que pagar a PADILLA”.

En la formalización de la casación, los representantes de la compañía aseguradora invocaron una declinatoria de competencia, sobre la base de que las Reglas del Club, contenía una cláusula de arbitraje en Londres, y la aplicación de la Ley Inglesa, siendo el criterio de la Sala al ratificar la sentencia del Primer Tribunal Marítimo, que el Club había sido integrada al proceso, en consonancia con la figura civil del “llamamiento en garantía” para asegurar las resultas del proceso, en el evento de que la demandada deba responder, siendo que las reglas de la asociación mutualista aplican sólo entre Club y el miembro demandado, y no el tercero demandante.

5.6.- Acción Directa contra el Seguro de P&I en España

En España las cortes han afirmado que el seguro de protección e indemnización no está regulado por la Ley de Contrato de Seguros sino por el Código de Comercio, la cual trata todo lo relativo al seguro marítimo y dentro de la cual aquélla caería.

En efecto, la sentencia de la Sala 1ra del Tribunal Supremo, del 2 de junio de 2003 (Caso Seabank), señaló: “En ningún caso cabría la acción directa, que prevé el art. 76 de la Ley del contrato de seguro, ya que esta ley no se aplica al seguro marítimo... ni se contempla en el seguro de P&I, ni existe en la legislación extranjera aplicable”.

Esta sentencia originó un significativo número de trabajos en el foro jurídico Español. Javier Linaza La Calle en su análisis sobre dicha sentencia, afirma que “el Código de Comercio recoge una categoría determinada de seguro marítimo sin que se

regule con carácter general la responsabilidad civil consecuencia de la actividad marítima. Por ello, cabría preguntarse si al seguro marítimo de responsabilidad civil le es aplicable directamente la Ley de Contrato de Seguro en cuanto es el texto legal vigente regulador del seguro de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico”.

Las decisiones jurisprudenciales en ese país han venido señalando que el seguro marítimo no se rige principalmente por la Ley de Contrato de Seguro de 1980, sino por las disposiciones especiales del Código de Comercio; sin embargo, tal y como lo manifiesta Linaza La Calle “el Código de Comercio no regula específicamente este seguro de responsabilidad civil pues tan sólo hace referencias concretas a riesgos muy concretos de responsabilidad civil específicamente marítimos, como es el caso de los daños causados a terceros por abordaje (que no por colisión) o los que sean consecuencia de avería gruesa. Por tanto, no existe una regulación específica en nuestro Código de Comercio del Seguro de RC, que sin embargo sí está regulado específicamente en la Ley de Contrato de Seguro de 1980; ley que, tal y como afirma el propio TS en la comentada sentencia y en las citadas por la misma, se aplica de forma complementaria a los contratos de seguro marítimo”.

No en balde Linaza La Calle, afirma, “La negación por los tribunales del derecho del perjudicado al ejercicio de la acción directa, a nuestro modo de entender, estaría poniendo en peligro uno de los pilares básicos del actual sistema de responsabilidad civil en España, poco a poco introducido en nuestro sistema legal y que finalmente se había consagrado en nuestra legislación, concretamente por medio de la Ley de Contrato de Seguro”. “Podrían darse situaciones tan injustas como la de que una pequeña embarcación arrollada por un buque junto a la costa española no pudiese reclamar directamente contra la aseguradora del responsable al considerarse que el seguro de RC vigente es de los denominados de P&I, que incluye la cláusula «*pay to be paid*», que impide el ejercicio de la citada acción”

Más recientemente, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en sentencia de fecha 5 de abril de 2005, rechazó nuevamente la posibilidad de acción directa del tercero frente al Club de P&I. Brevemente, el asunto se refiere al hundimiento de accesorio de navegación durante la ejecución de un contrato de remolque, alegándose básicamente que, habiendo existido mal tiempo, el patrón del remolcador había actuado negligentemente al haber continuado el viaje. La demanda se interpuso frente al armador del remolcador y la compañía de seguros española con quien el armador tenía suscrita póliza que cubría los riesgos de Protección e Indemnización bajo las cláusulas y condiciones de un Club de P & I inglés.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, reportado por el *Boletín de Derecho Marítimo* de Garrigues Abogados y Asesores Tributarios, al considerar la acción directa de un tercero frente al Club de P & I, señaló que el contrato de seguro suscrito es del tipo llamado de “Protección e Indemnización”, de base mutualista y carente de regulación en Derecho Español. La sentencia adicionalmente afirma que no se estaba ante el clásico seguro de responsabilidad civil, sino ante el seguro de indemnización efectiva, que cubre al asegurado el quebranto patrimonial sufrido por haber indemnizado al tercero. Añadiendo que en ningún caso cabría la acción directa que prevé el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, ya que el seguro marítimo no se rige por la Ley de Contrato de Seguro de 1980 sino por las disposiciones especiales del Código de Comercio de las que aquélla sería solamente

complementaria. Aún así, también entendemos que existe una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya que resuelve en sentido contrario estimando que sí cabe la acción directa del tercero frente al Club de P & I, aunque desconocemos la decisión del Tribunal Supremo al respecto.

Resulta interesante señalar que en España actualmente se trabaja en el Proyecto de Ley General de la Navegación que pretende sustituir al Libro III del Código de Comercio y modernizar todo el derecho marítimo. En él, nos informa la Profesora Hill, se contempla por primera vez el seguro de Responsabilidad Civil y hace mención al tema de la acción directa:

Artículo 494. Obligación del asegurador y acción directa.

La obligación del asegurador de indemnizar en esta clase de seguros, incluidos los seguros de protección e indemnización, existe desde que surge la responsabilidad de su asegurado ante el tercero perjudicado. Este último tendrá acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de su obligación. Será inválido cualquier pacto contractual que altere lo dispuesto en este artículo.

Artículo 493. Ámbito de las normas.

Las normas reguladoras de los seguros de responsabilidad se aplicarán no solamente a los de esta clase, sino también a las coberturas del riesgo de nacimiento de determinadas obligaciones de indemnizar a terceros incluidas en seguros marítimos de otra clase.

6.- COMENTARIOS FINALES

La procedencia o no de la acción directa en el seguro de Protección e Indemnización, encuentra apologistas y detractores desde el ángulo en que se mire.

Según se invoque la regla del pago previo, la naturaleza de seguro de indemnización que históricamente se le atribuye a la cobertura Pandi, el principio de la relatividad de los contratos (vinculante entre el asegurado y el asegurador), el carácter de seguro marítimo de responsabilidad civil que también se le asigna a la cobertura que nos ocupa, o el derecho que corresponde a la víctima para el ejercicio de la acción directa, las respuestas siempre serán encontradas.

Pareciera, sin embargo, que en algunas jurisdicciones una tendencia al reconocimiento de la acción directa en el seguro de protección e indemnización está en progreso, por lo que conviene poner atención al tema, quizás introduciendo mecanismos legislativos apropiados, que garanticen en todo caso que las defensas del asegurado (Ej. limitación de responsabilidad) puedan ser disfrutadas por el asegurador, sin perjuicio de que se invoque la regla del pago previo como primera línea de defensa.

REFERENCIAS:

- CLAVERO TERNERO, Manuel. *CLUBS DE P&I*, IEEM, Madrid, 1992, 501pp.
- GARRIGUES Abogados y Asesores Tributarios. *Boletín de Derecho Marítimo*, 1-2005, Septiembre 2005, 18pp.
- HAZELWOOD, Steven J. *P&I CLUBS: LAW AND PRACTICE*, Segunda Edición, Lloyd's of London Press Ltd., Londres, 1994, 377pp.
- HEALY, Nicholas J. y SHARPE, David J. *CASES AND MATERIALS ON ADMIRALTY*, Third Edition, American Casebooks Series, West Group, St. Paul, MINN, 1999, 929pp.
- HILL PRADOS, María Concepción. *LOS CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN EN EL CAMPO DEL SEGURO MARÍTIMO*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, 378pp.
- LINAZA LA CALLE, Javier. *LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN: EN TORNO A LA SENTENCIA DE LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE JULIO DE 2003*, en LA LEY: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, No. 5, 2003, pp. 1787-1793)
- POLAND, Simon y ROTH, Tony. *GARD HANDBOOK ON P&I INSURANCE*, Publicado GARD, 1996. 729pp.
- RADOVICH, Jorge. *CURSO DE SEGUROS EN EL COMERCIO EXTERIOR*, Ad. Hoc., Buenos Aires, 1999, 768pp.
- TOMASELLO HART, Leslie. *LA ACCIÓN DIRECTA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTAMINACIÓN MARINA*, documento consultable en www.aidachile.cl/revistas/revista13/acciondirecregim.doc
- TOMASELLO Weiyz, Leslie. *EL SEGURO DE P & I (PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN) COMO SEGURO DE INDEMNIZACIÓN Y LA ACCIÓN DIRECTA EN CONTRA DEL ASEGURADOR*, documento consultable en www.aidachile.cl/revistas/revista%2016/elsegurodepi.doc
- Varios Autores, *RETOS AL AFRONTAR EL NUEVO MILENIO* (Temas de Derecho Marítimo – Portuario), Costa Rica, 1999, 308pp.

*Comentarios y Observaciones al autor, escribir al
E-mail: jose.sabatino@sabatinop.com*