

El seguro de *P & I* (protección e indemnización) como seguro de indemnización y la acción directa en contra del asegurador

LESLIE TOMASELLO WEITZ*

SUMARIO

1. Introducción
2. Clubes de *P & I* o clubes de protección e indemnización
3. Naturaleza jurídica de la cobertura ofrecida por los clubes de *P & I* o clubes de protección e indemnización
4. La acción directa: objeto y características
5. La acción directa en el derecho marítimo: situación en Chile y en algunas jurisdicciones extranjeras
 - 5.1. La situación en Chile
 - 5.2. La situación en el Reino Unido
 - 5.3. La situación en los Estados Unidos de Norteamérica
6. La acción directa y la limitación de responsabilidad en Chile
7. Algunas ideas a modo de conclusión

Fecha de recepción: 22 de agosto de 2006

* Abogado de la Universidad de Valparaíso. LL.M., University of Southampton. Profesor auxiliar de la cátedra de Derecho marítimo de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es doble. Por un lado, intentaremos entregar algunas nociones con respecto a lo que se ha denominado el seguro de *P & I* (protección e indemnización)¹ y, por otro, analizaremos la denominada acción directa² que en algunas ocasiones surge con ocasión del seguro de responsabilidad, en especial, del seguro de responsabilidad obligatorio.

El comercio marítimo y la navegación difícilmente podrían existir sin el seguro marítimo. Navieros (transportadores) ni cargadores aventurarían sus capitales en el mar si no tuvieran una protección adecuada. Tradicionalmente, se ha considerado como base del seguro marítimo los bienes expuestos a los peligros del mar, a saber, la nave, la carga y el flete³.

Sin embargo, a partir de mediados del siglo XIX, los navieros (transportadores) comenzaron a necesitar protección contra las consecuencias de los daños causados por

-
- 1 Sobre este tema véanse HAZELWOOD, STEPHEN J., *P & I Clubs: Law and Practice*, 3ª edición, Lloyd's of London Press, Londres, 2000 y HILL PRADOS, MARÍA CONCEPCIÓN, *Los clubes de protección e indemnización en el campo del seguro marítimo*, J.M. Bosh (ed.), Barcelona, 1992. En forma más general, BAEZA PINTO, SERGIO: *El seguro*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994; ACEITUNO ALDUNATE, JOSÉ MANUEL, *El seguro de transporte*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997; y SIMONE, OSVALDO BLAS, *Seguros marítimos*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2002.
 - 2 Sobre este tema véase Revista Chilena de Derecho de Seguros, n° 12, Santiago, Chile, 2004.
 - 3 CLAVERO TERNERO, MANUEL F., *Novedades recientes en el seguro de P & I*, IV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Librería Carmelo, Donostia - San Sebastián - 1997, pág. 158.

sus buques a terceros⁴. Anteriormente, la existencia —sin límites— del principio de la libertad contractual permitía a los navieros excluir su responsabilidad en casi todas las circunstancias, por lo que la cobertura de este riesgo —las consecuencias de los daños causados por sus buques a terceros— resultaba innecesaria⁵. Actualmente, no sólo parece aconsejable que un naviero cuente con una cobertura adecuada en materia de responsabilidad, sino que, en algunos casos, ésta es obligatoria. Ejemplo de lo anterior es el artículo VII (8) del Convenio Internacional de 1992 sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos⁶ y el artículo 146 de la Ley de Navegación chilena⁷.

Finalmente, antes de entrar en materia, quisiéramos dejar constancia que no analizaremos el tema del aseguramiento de la responsabilidad civil del naviero en el mercado asegurador chileno, debido a que esta cobertura normalmente se otorga a prima fija y no sobre la base de un sistema mutual, cual es el caso del seguro de P & I.

2. CLUBES DE P & I O CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN

A diferencia de lo que ha ocurrido en materia de seguro de casco y de carga, que normalmente se ha organizado sobre la base de sistemas de prima fija —en que el asegurador tras algún estudio estadístico del riesgo cubierto propone una tasa determinada para aceptar la cobertura, tasa que, posteriormente, constituirá la prima—, los seguros marítimos de responsabilidad, mayoritariamente, se han organizado sobre la base de un sistema mutual.

4 Código de Comercio, párr. 1º, tít. VII del libro III, artículo 1160 n° 4.

5 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 159.

6 En cuanto la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas de Mar por Hidrocarburos, de 1969, véase decreto ley 1.808 de 1977, promulgado por decreto supremo 475 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 12 de agosto de 1977. Por su parte, el decreto supremo 101, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 16 de abril de 2003, publicado en el *Diario Oficial* de 16 de julio de 2003, promulgó el "Protocolo de 1992" que enmendó la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas de Mar por Hidrocarburos, de 1969. El Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, de 1969, ha sido objeto de protocolos modificatorios de los años 1976, 1984 y 1992. La enmienda de 1976 fue esencialmente de forma, a saber, con el propósito de introducir los derechos especiales de giro en sustitución de los francos oro o francos Poincaré, al tiempo que el "Protocolo de 1984" no llegó a entrar en vigencia, precisamente, con motivo de los requerimientos que exigió al efecto. Ello dio lugar al "Protocolo de 1992", semejante al de 1984, y que sí entró en vigencia, internacionalmente hablando, el 30 de mayo de 1996.

7 Decreto ley 2.222 de 21 de mayo de 1978, publicado en el *Diario Oficial* de 31 de mayo de 1978.

En este sistema, se forma una asociación constituida por individuos cuyos bienes, intereses o personas se encuentran sometidos a riesgos análogos. Por consiguiente, esta asociación proveerá a la reparación o indemnización del daño o al pago de la suma asegurada, mediante la contribución de todos los asociados⁸. La principal diferencia que se observa entre los seguros a prima fija y los seguros mutuales, es que en los segundos no hay una disimilitud de intereses entre asegurador y asegurado, ni la búsqueda de lucro por parte del asegurador, sino simplemente los sujetos del riesgo se han agrupado en una colectividad y contribuyen, de esa forma, con sus aportes a afrontar los infortunios que ellos pudieren sufrir⁹.

Comúnmente, se cita como el origen histórico de los clubes de *P & I*¹⁰, la circunstancia que la cobertura adicional de la responsabilidad civil en casos de abordaje en la póliza de casco y maquinaria en buques, se limitaba a las tres cuartas partes de dicha responsabilidad. Esto habría impuesto la necesidad de originar mecanismos de cobertura del cuarto remanente, lo que a su vez habría dado origen a los clubes de *P & I* o clubes de protección e indemnización¹¹. El primer Club de *P & I* surgió en el año 1855¹². Actualmente, es posible contratar seguro de *P & I* en el Reino Unido, Norteamérica, Japón y en los países escandinavos (Suecia y Noruega). Sin embargo, el mercado más importante para cubrir las responsabilidades del naviero es el de Londres. Hoy en día el Grupo Internacional de Clubes de *P & I* tiene asegurado aproximadamente el 90% de la flota naviera mundial.

Entre los principales riesgos cubiertos por los clubes de *P & I* se cuentan la responsabilidad frente a personas que no sean tripulantes respecto de gastos de hospitalización, médicos y funerarios; la responsabilidad por lesiones y muerte de tripulantes; la responsabilidad por enfermedad de tripulantes; la repatriación y gastos de sustitución del tripulante fallecido, enfermo o lesionado; la indemnización por desempleo, por naufragio o pérdida total del buque; gastos causados por desviación; las responsabilidades que puedan surgir por polizones y refugiados; la responsabilidad por salvamento de vidas; la responsabilidad por abordajes, en la medida que no se halle amparada por el seguro de casco y maquinaria; la pérdida de o daños a bienes en tierra o en el agua; los riesgos por contaminación; la responsabilidad bajo contrato de remolque; la responsabilidad que surja a raíz de ciertas indemnizaciones y contratos; la responsabilidad por naufragio; las responsabilidades relativas a la carga; las contribuciones no recuperables en avería gruesa; la contribución del buque en avería gruesa, cuando la cobertura de casco y maquinaria resulte insuficiente; los gastos de salvamento

8 RADOVICH, JORGE, *Curso de seguros en el comercio exterior*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 319.

9 CLAVERO, *op. cit.*, n° 3, pág. 190.

10 HILL, *op. cit.* n° 1, págs. 33 a 80.

11 RADOVICH, *op. cit.* n° 8, pág. 321.

12 Fue conocido como *Shipowners Mutual Protection Society* y administrado por JOHN RILEY y PETER TINDALL. Entró en vigencia el 1° de mayo de 1855.

(compensación especial); las multas; los gastos incidentales a la explotación del buque (cláusula ómnibus); etc.¹³.

Entre los servicios brindados por los clubes de P & I a sus asegurados o *members*, se cuenta el otorgar cartas de garantía o *Letters of Undertaking*, las cuales tienen su origen en la circunstancia que, en general, resulta muy sencillo obtener el arraigo, retención o prohibición de zarpe de una nave, ya sea con el objeto de garantizar el ejercicio de un crédito privilegiado o de asegurar el cumplimiento de una decisión judicial que pueda implicar la realización de la nave afectada¹⁴.

En Chile esta facilidad alcanza niveles aún mayores, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1234 del libro III del Código de Comercio de la República de Chile (CCCH), según el cual no sólo es posible arraigar una nave cuando ella es el objeto material sobre el cual recae el privilegio, sino además, cuando el acreedor es titular de un privilegio sobre otra nave que pertenece al mismo dueño, o está sujeta a la misma administración, o incluso es operada por esa misma persona.

Esta prerrogativa tiende a proteger al acreedor, pero, a su vez, el ejercicio abusivo de esta medida puede ocasionar elevados perjuicios a los navieros. La forma de obtener el alzamiento de un arraigo, retención o prohibición de zarpar será a través de un depósito en efectivo, una garantía bancaria o, más frecuentemente, a través de la emisión de una Carta de Garantía (*Letter of Undertaking*) por parte del Club de P & I, que consiste en el compromiso del respectivo club de pagar lo que por acuerdo de las partes o sentencia ejecutoriada se determine¹⁵. Tradicionalmente, se exigirá que el armador se encuentre al día con el aporte de sus primas o *calls* y sólo se emitirá cuando el arraigo se basa en un riesgo cubierto por el respectivo club¹⁶.

13 RADOVICH, *op. cit.* n° 8, págs. 323 a 328. Según este autor, la llamada cláusula ómnibus permite a los directores del club conceder cobertura para riesgos no contemplados en las reglas o en el certificado de inscripción del *member* (asegurado).

14 Código de Comercio, párr. 5°, tít. VIII del libro III, artículo 1231.

15 *"In consideration of and upon condition that you release and/or refrain from arresting or otherwise detaining the above vessel or any other vessel or property in the same or associated Ownership or Management in connection with the above incident and that you refrain from commencing and/or prosecuting legal or arbitration proceedings (otherwise than before the Court or Tribunal referred to below) against the Owners of the m/v <vessel>, their servants or agents, in connection with such incident, the underwriter on whose behalf this L.O.U. is issued hereby undertakes to pay you on demand any sum together with interest thereon and costs inclusive not exceeding US\$ <numbers> (<words> U.S. Dollars), which may either be agreed between the parties hereto to be due in respect of the above incident or which may be adjudged to be due in respect thereof from the Owners of the above vessel by final judgment in Arbitration Proceedings to be carried out in the city of <city >".*

16 RADOVICH, *op. cit.* n° 8, pág. 331.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COBERTURA OFRECIDA POR LOS CLUBES DE P & I O CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN

Al abordar este tema, normalmente se habla de seguro marítimo de responsabilidad. Por ejemplo, así lo refiere BAEZA¹⁷ y el párrafo 4° del título VII del libro III del CCCH, artículos 1200 a 1202. Sin embargo, el seguro de P & I constituye una especie de seguro de responsabilidad, que otorga su cobertura como seguro de indemnización.

La diferencia entre el seguro de responsabilidad propiamente tal y el seguro de indemnización, radica en que el asegurador de responsabilidad se obliga a indemnizar a la víctima tan pronto sea declarada o asumida la responsabilidad del asegurado, mientras que un asegurador de indemnización únicamente se obliga a reparar el daño sufrido por el asegurado como consecuencia de haber pagado su deuda de responsabilidad.

En consecuencia, tratándose de un seguro de indemnización, será necesario el pago del asegurado a la víctima para que nazca la obligación del asegurador, no siendo menester este pago en el caso de un seguro de responsabilidad propiamente tal. Tanto el seguro de responsabilidad como el de indemnización, protegen el patrimonio del asegurado de las consecuencias de sus actos culpables. La diferencia surge del diverso mecanismo protector que utilizan. La póliza de responsabilidad facilita la protección previa al daño, evitándolo, pues el asegurador asume la responsabilidad del asegurado, resarciendo a la víctima y evitando *a priori* el daño en el patrimonio del asegurado, que queda incólume. En cambio, la póliza de indemnización protege al asegurado, únicamente, mediante el mecanismo de la reparación, porque no evita la lesión en su patrimonio, al tener éste que indemnizar o pagar a la víctima antes de dirigirse contra el asegurador. Se convierte así en una cobertura *a posteriori* al daño sufrido¹⁸.

El seguro de responsabilidad también puede separarse entre seguro voluntario y obligatorio. El seguro obligatorio es aquel que se exige de una forma coactiva por los poderes públicos para poder desarrollar una actividad determinada¹⁹. Por ejemplo, el seguro obligatorio de accidentes de tránsito²⁰, el seguro obligatorio a favor de los pasajeros

17 BAEZA, *op. cit.* n° 1, pág. 138.

18 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 190.

19 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 193.

20 Ley 18.490, publicada en el *Diario Oficial* de 4 de enero de 1986. Posteriormente, el artículo 77 de la Ley 18.899 publicada en el *Diario Oficial* de 30 de diciembre de 1989, modificó el artículo 43 de la Ley 18.490.

de la locomoción colectiva²¹, el seguro obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales²², el seguro obligatorio a que se refieren el artículo VII del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos²³ de 1992 y el artículo 146 de la Ley de Navegación Chilena²⁴.

Contrario sensu, el seguro de responsabilidad será voluntario cuando no medie una exigencia coactiva que requiera su existencia para poder desarrollar una actividad determinada. En general, el seguro marítimo sigue siendo un contrato voluntario, en cuanto a que las autoridades no impiden la navegación por el hecho que una nave carezca de seguro²⁵, salvo en materia de contaminación, según artículo 146 de la Ley de Navegación Chilena, y de restos náufragos, según artículo 137 del mismo cuerpo legal.

La gran diferencia entre el seguro de responsabilidad voluntario y el obligatorio, radica en la posición del tercero tratándose de seguro obligatorio, en cuyo caso el seguro de responsabilidad se concibe como una garantía de indemnización en favor de la víctima, más que como un beneficio a favor del asegurado. El seguro adquiere, de esta forma, una función social que lo lleva a no limitarse a la tutela del asegurado, sino a ampliar el ámbito de su protección y tratar de proteger también los intereses del perjudicado por la acción del responsable. Esta situación se conoce como la "función socializadora"²⁶ del seguro como superación de su "etapa egoísta"²⁷.

Ahora bien, el seguro de responsabilidad obligatorio garantiza la efectiva indemnización de la víctima por intermedio de la denominada acción directa del perjudicado en contra del asegurador, que la ley impone en esta clase de seguros. Por ejemplo, artículo 146 inciso 3° de la Ley de Navegación dispone que,

"podrá interponerse cualquier acción para el resarcimiento de daños, o por gastos y sacrificios razonables para prevenirlos o disminuirlos, contra el asegurador o contra cualquiera que hubiere otorgado la garantía financiera...".

21 Ley 16.426, publicada en el *Diario Oficial* de 4 de febrero de 1966. Por decreto 1.582 de 30 de junio de 1966 del Ministerio de Hacienda, se aprobó el reglamento a que se refiere el artículo 19 de esta ley, que autorizó el presidente de la república para dictar el reglamento del seguro de vida y accidentes personales de los pasajeros de la locomoción colectiva del país. Posteriormente, el artículo 39 de la Ley 18.490 modificó el artículo 19 de la Ley 16.426, instituyendo el seguro obligatorio de accidentes de la locomoción colectiva y taxis colectivos del país.

22 Ley 16.744, publicada en el *Diario Oficial* del 1° de febrero de 1968.

23 Decreto ley 1.808 de 1977, promulgado por decreto supremo 475 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 12 de agosto de 1977.

24 Decreto ley 2.222 de 21 de mayo de 1978.

25 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 193.

26 Véase DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, Cívitas, S.L., Madrid, 1999, págs. 189 y sigs.

27 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 194.

Así las cosas, el seguro de *P & I* no sólo es un seguro de indemnización, sino que, mayoritariamente, es de naturaleza voluntaria. La mayoría de las coberturas otorgadas por los clubes de *P & I* (con la gran excepción de la responsabilidad por contaminación por hidrocarburos y de rescate, extracción o eliminación de restos náuticos) son voluntarias y nada tienen que ver con los principios expuestos precedentemente para los seguros obligatorios.

4. LA ACCIÓN DIRECTA: OBJETO Y CARACTERÍSTICAS

Según SATELER²⁸ por acción directa entendemos el derecho propio que se reconoce a la víctima del daño (o sus derechohabientes) para exigir directamente al asegurador el pago de la indemnización (de que el asegurado es deudor). De acuerdo al mismo autor, la así llamada acción directa ha sido fundamentalmente concebida como un derecho propio de la víctima, más que un medio de simplificación procesal de las reclamaciones de responsabilidad civil. Dicho de otro modo, si bien el efecto de la acción directa es un encauzamiento directo de la víctima en contra del asegurador, el principal propósito de ella ha sido el deseo de proteger a la víctima y garantizar la indemnización de los daños que ha sufrido²⁹. En este sentido, se señala que un efecto buscado por la acción directa es “afectar” o “bloquear” la indemnización que paga el asegurador en beneficio de la víctima, la cual podría verse perjudicada si esa indemnización entrase en el patrimonio de un deudor insolvente.

Según TOMASELLO³⁰, la acción directa es la transferencia, por disposición legal, al tercero o víctima del daño, de la acción del asegurado contra el asegurador. Agrega que la acción directa tiene fisonomía propia y que lo dominante es el propósito de asegurar a ciertos acreedores la satisfacción de sus créditos, mediante el crédito que el deudor tiene en relación a un tercero. En suma, la acción directa sería el resultado de la posibilidad o peligro de que el producto del crédito en poder de un tercero, vaya a ser desviado de su destino lógico y natural. La acción directa se fundaría en el fin natural y lógico de la indemnización, impuesta por el fin económico social del seguro y por el objeto buscado por los contratantes del seguro, fin que queda sujeto a inminente peligro de frustrarse en caso de existir otros acreedores del responsable (ajenos al crédito resarcitorio), insolvencia o mala fe del deudor.

En cuanto a los titulares de la acción directa, ésta puede ser ejercida por la víctima directa. Este es el caso más obvio. Sin embargo, además de la víctima directa, existen

28 SATELER, RICARDO, “Sobre la acción directa y la inconveniencia de su incorporación al derecho chileno”, artículo publicado en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, n° 12, junio de 2004, pág. 5 y sigs.

29 SATELER, *op. cit.* n° 28, pág 8.

30 TOMASELLO HART, LESLIE, “Aseguramiento de los créditos indemnizatorios”, artículo publicado en *Estudios de derecho privado*, Edeval, Valparaíso, 1994, pág. 73 y sigs.

otras personas que podrán sufrir daño por repercusión, como es el caso de los familiares de quien fallece o sufre una lesión corporal. Estas personas son titulares de la acción de reclamación de perjuicios, por el daño moral consecuencial al daño sufrido por la víctima directa. Asimismo, la acción directa podrá también ser incoada por los herederos tanto de la víctima directa como de quienes sufren daño por repercusión. Por último, ella podrá ser invocada por quienes se subroguen en los derechos de las víctimas directas, de las víctimas por repercusión y de los herederos de unos y otros.

5. LA ACCIÓN DIRECTA EN EL DERECHO MARÍTIMO: SITUACIÓN EN CHILE Y EN ALGUNAS JURISDICCIONES EXTRANJERAS

5.1. La situación en Chile

Como consecuencia del 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 & I³¹. Esta idea se materializa en la “regla del pago previo”, que consagra el artículo 1200 del CCCH³².

El problema que plantea la acción directa es la ruptura del principio de la relatividad de los contratos, en virtud del cual sólo podrán reclamar bajo una póliza las partes que han intervenido en el contrato. La víctima perjudicada por el asegurado queda, en consecuencia, sin remedio directo contra el asegurador; por tanto, no puede reclamar más que al asegurado como responsable civil, mientras que sólo este último es el titular del derecho de reembolso de parte del asegurador, respecto de la indemnización o prestación pagada al tercero³³.

El seguro de P & I, en tanto seguro voluntario de indemnización, no protege al tercero —que no es parte en el contrato— sino que tiende a proteger el patrimonio del asegurado respecto de lo que deba pagar a terceros como consecuencia de los daños causados a éstos por sus naves³⁴.

31 Regla 5 (A) del UK P & I Club: *“Unless the Directors in their discretion otherwise decide, it is a condition precedent of an Owner’s right to recover from the funds of the Association in respect of any liabilities, costs or expenses that he shall first have discharged or paid the same”*.

32 El inciso 1° del artículo 1200 del CCCH dispone: *“El asegurado en un seguro de responsabilidad, sólo tendrá derecho al reembolso de la indemnización y gastos en que incurriere, cuando ya hubiere pagado la indemnización por perjuicios a tercero”*.

33 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 191.

34 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 191.

La excepción³⁵ la encontramos en el artículo 1201 del CCCH, en virtud del cual:

“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”.

En este caso, el asegurador de responsabilidad se transforma en un verdadero fiador solidario respecto de la obligación del asegurado³⁶.

5.2. La situación en el Reino Unido

En el Reino Unido³⁷ la discusión relativa a la acción directa en contra del asegurador de *P & I*, surgió a propósito de la *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* de 1930³⁸. Esta

35 TOMASELLO, *op.cit.* n° 30, pág. 73 y 74. Señala: “Pero el legislador no se contenta con establecer una responsabilidad objetiva u “objetivada”, muchas veces solidaria y, podríamos decir, “garantizada” por la existencia de seguros forzosos de responsabilidad, sino que, además, suele dotar a la víctima de acción directa contra el asegurado, rompiendo con ello 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 en su favor. Simplemente es la alteración de las soluciones habituales con el propósito de asegurar el resarcimiento de los créditos indemnizatorios, normalmente en todos aquellos casos en que el legislador ha “objetivado” y tarifado la responsabilidad, a la vez que ha establecido la existencia del seguro de responsabilidad como contrato forzoso. Por su parte, en materia contractual, cuando el legislador adopta idénticas medidas en virtud del dirigismo contractual tendiente a hacerse cargo de la existencia de contratos de adhesión, no suele obligar a contratar seguros de responsabilidad y, por lo mismo, las partes víctimas del incumplimiento contractual no están dotadas de acción directa en contra del eventual asegurador de su deudor, salvo que éste hubiera asumido la obligación de resarcir, otorgando lo que se suele denominar una carta de garantía. Con todo, lo dicho son reglas o tendencias que creemos se advierten y no pueden ser tomadas en forma absoluta”.

36 Se señala que el asegurador de responsabilidad se transformaría en un fiador solidario de la obligación del asegurado debido a que entre fiador (el Club de *P&I*) y deudor o deudores, el primero renunciaría —al haber otorgado garantía para cubrir la responsabilidad del asegurado— al beneficio de excusión. NAVARRO ALVIÑA, RENÉ DAVID, *Teoría general del contrato y contratos en particular*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2005, págs. 268 y 269. Asimismo, véase TOMASELLO HART, LESLIE, “Responsabilidad del transportador marítimo. La responsabilidad tras la vigencia del tratado de las reglas de Hamburgo”, artículo publicado en *Estudios de Derecho Privado*, Edeval, Valparaíso, 1994, pág. 351.

37 Sobre este punto, véase CLIFFORD CHANCE, “*The Third Parties Act - The last word (the “Fanti”/“Padre Island”)*”, artículo publicado en *Maritime Review*, n° 4, junio de 1990, pág. 1 y sigs. Asimismo, véase SIMONE, *op. cit.* n° 1, pág. 178 y sigs.

38 Esta ley dispuso: a) Si el asegurado de responsabilidad incurre en alguno de los supuestos contemplados —en general casos de insolvencia— sus derechos derivados del seguro se transfieren a las víctimas; b) La nulidad de las cláusulas del contrato, o de

ley se promulgó con la intención de constituir una excepción a la regla del *privity of contract* para autorizar la acción directa del tercero perjudicado en contra del asegurador de riesgos en los casos en que el asegurado sea declarado insolvente³⁹.

Lo que intentó esta ley fue colocar a la víctima en la posición del asegurado en el contrato de seguro, en el evento de insolvencia del último. En consecuencia, la víctima no dispone de un derecho propio en contra el asegurador, sino un derecho ajeno que le es traspasado —por el ministerio de la ley— y que puede ejercer dentro de los mismos límites en que los hubiere podido ejercitar su titular original⁴⁰.

La *House of Lords* o Cámara de los Lores estableció la doctrina definitiva en dos casos conocidos como *The Fanti y Padre Island*⁴¹. En ambos casos, se trató la posibilidad de la acción directa de la víctima en contra un asegurador de *P & I*, resolviendo si a determinados cargadores, víctimas de los actos de los asegurados, se les habían traspasado o no derechos del asegurado, como miembros de determinados clubes de *P & I*, en circunstancias que estos miembros eran navieros declarados responsables y en situación de insolvencia.

En definitiva, la *House of Lords* rechazó los tres argumentos esgrimidos por los cargadores para permitir la acción directa, según pasamos a referir.

En primer lugar, los cargadores argumentaron que bajo las *rules of equity* el asegurado tendría derecho a una indemnización tan pronto como la responsabilidad y su cuantía fueren determinadas, sin tener que resarcir previamente a la víctima. Sobre este punto, la *House of Lords* resolvió que este principio de equidad no podía pasar por alto y anular una cláusula contractual expresa como la “regla del pago previo”.

En segundo lugar, se alegó que la “regla del pago previo” era contraria a la sección 1 (3) de la *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* de 1930, por cuanto modificaba o anulaba el contrato de seguro en caso de insolvencia del asegurado. Sobre este aspecto, los lores señalaron que la “regla de pago previo” se aplica durante toda la vida del contrato y no sólo en el evento de liquidación o insolvencia del asegurado y, en tal sentido, debían rechazar la alegación en cuanto a que esta regla sería contraria a la sección antes indicada.

los pactos posteriores a él, que pretendan modificar los derechos de las partes en caso de insolvencia del asegurado; c) Identidad de las obligaciones del asegurador tanto frente al asegurado como frente a la víctima; y d) Un amplio deber de información a terceros perjudicados con la finalidad de facilitarles la acción.

39 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 195.

40 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 196.

41 Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association (*The “Fanti”*); and Soconao Mobil Oil Co. Inc. and Others v. West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (London) Ltd. (*“The Padre Island”*) (n° 2) (1990) 2 LL. Rep. 191 (H.L.).

Por último, se argumentó que la regla de indemnización efectiva se convertía en una condición de imposible cumplimiento para la víctima, porque nadie puede pagarse a sí mismo. En este aspecto los lores expresaron que la *Third Parties Act* de 1930 no intentó posicionar al tercero en una situación mejor que la del asegurado. Por consiguiente, cuando el asegurador tenga una defensa válida frente a la acción del asegurado antes de producirse el traspaso legal de derechos a la víctima, el asegurador seguirá disponiendo de la misma defensa frente a una acción dirigida en su contra por un tercero a quien se han traspasado dichas acciones. Por consiguiente, en el caso concreto se dijo que no cabía duda que tal como el Club de *P & I* hubiere podido oponerse a cualquier reclamación del asegurado antes de su liquidación, argumentando que para obtener la indemnización del seguro era necesario el pago previo de su deuda de responsabilidad, lo que no se había cumplido, de la misma manera, el Club de *P & I* tenía la misma defensa frente a una reclamación de terceros, después de que el asegurado fuera liquidado⁴².

En la práctica, estas decisiones de la Cámara de los Lores significaron poner punto final a la posibilidad de que la víctima pueda reclamar directamente en contra de un asegurador de *P & I*, al configurarse la cobertura de *P & I* como un seguro de indemnización estricto, opuesto al seguro de responsabilidad. Como se ha expresado⁴³:

“la existencia de esta cláusula suena a toque de difuntos para cualquier procedimiento de acción directa”.

5.3. La situación en los Estados Unidos de Norteamérica

En rigor, bajo este subtítulo sólo nos referiremos al caso del estado federado de Louisiana, atendida la circunstancia de tratarse de un lugar donde la situación se ha planteado en forma diametralmente opuesta al Reino Unido⁴⁴.

En Louisiana se han promulgado leyes que permiten la acción directa⁴⁵. El problema que generó esta ley se produjo en relación con la acción directa en contra del asegurador y la limitación de responsabilidad del naviero asegurado⁴⁶.

42 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 200.

43 DOUGHERTY, D.J., “*The impact of a member’s insolvency or bankruptcy on a protection & indemnity club*”, *Tulane Law Review*, vol. 59 (1985), pág. 1475.

44 Sin embargo, dejamos constancia que en otros estados federados también se ha permitido la acción directa. Por ejemplo, Puerto Rico, 26 L.P.R.A. § 2003; Rhode Island, R.I. Gen. Laws. §§ 27-7-1; Wisconsin, Wis.Stat. Ann. 632.24; y Guam, Guam Gov’g Code §43354.

45 La “*Direct Action Statute*”. Rev.Stat. 22:655. Sobre este tema véase HOOPER, CHESTER D., “*Limitation of Liability and the Direct Action Statue: A Troubled Marriage*”, 55 La. L. Rev. 843 (1995).

46 En efecto, según la Rev. Stat. 22:655 B.1: “*The injured person or his or her survivors or heirs mentioned in Subsection A, at their option, shall have a right of direct action*”.

Esta ley produjo abundante jurisprudencia⁴⁷. Sin embargo, en un caso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica concluyó⁴⁸ que el beneficio de la limitación de responsabilidad era una "defensa personal"⁴⁹ del naviero de la que no podía beneficiarse su asegurador. Por consiguiente, si ambos eran demandados conjuntamente, el naviero tendría derecho a limitar responsabilidad, pero el asegurador respondería ilimitadamente, o más precisamente, hasta la suma asegurada, si es que ésta existía en la póliza.

Sin embargo, posteriormente esta situación fue modificada por otro caso que resulta relevante para el tema que nos ocupa, a saber, *Crown Zellerbach Corporation v. Ingram Industries, Inc.*⁵⁰. En él la Corte de Apelaciones para el Quinto Circuito precisó el alcance de lo sostenido en el caso *Nebel Towing*, permitiendo a un asegurador de P & I, demandado bajo acción directa, oponer a la demanda el beneficio de la limitación de responsabilidad, cuando la póliza de seguro respectiva establece que el asegurador responderá sólo por la responsabilidad que corresponda al asegurado, determinada ésta por la ley, incluyendo cualquier norma que faculte al asegurado para limitar su responsabilidad. En *Crown Zellerbach*, la Corte declaró que la limitación de responsabilidad contenida en la póliza no es una *statutory defense*, aludiendo a la "defensa personal" a que se refiere el caso *Nebel Towing*, sino por el contrario, es una *policy defense*, esto es, una defensa contractual basada en los términos de la póliza de seguro, que el P & I puede invocar en el evento de

against the insurer within the terms and limits of the policy; and, such action may be brought against the insurer alone, or against the insured and the insurer jointly and in solido, in the parish in which the accident or injury occurred or in the parish in which an action could be brought against either the insured or the insurer under the general rules of venue prescribed by Code of Civil Procedure Art. 42 only. However, such action may be brought against the insurer alone only when: a) The insured has been adjudged a bankrupt by a court of competent jurisdiction or when proceedings to adjudge an insured a bankrupt have been commenced before a court of competent jurisdiction; b) The insured is insolvent; c) Service of citation or other process cannot be made on the insured; d) When the cause of action is for damages as a result of an offense or quasi-offense between children and their parents or between married persons; or e) When the insurer is an uninsured motorist carrier. f) The insured is deceased".

47 Por ejemplo: *Maryland Casualty Co. v. Cushing*, Supreme Court of the United States, 1954, 347 U.S. 409, 74 S.Ct. 608, 98 L. Ed. 806; *Grubbs v. Gulf Intern. Marine, Inc.*, Supreme Court of Louisiana, 1993, 625 So.2d 495, 1994 AMC 244 y *Rogers v. Texaco, Inc.*, Court of Appeal of Louisiana for the Fourth Circuit, 1994, 638 So.2d 347, 1994 AMC 2148.

48 *Olympic Towing Corp. V. Nebel Towing Corp.* 419 F.2d 23, 1969 AMC 1571.

49 "Personal" debido a que la *Limitation Act* de 1851 señala expresamente quiénes son las únicas personas que pueden limitar responsabilidad, sin incluir al asegurador de responsabilidad.

50 *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*, 1986, 738 F.2d 1296, 1986 AMC 1471.

acción directa por un tercero, a fin de no responder por más que los montos limitados de responsabilidad del asegurado.

En consecuencia, a fin de sortear esta dificultad, los clubes de *P & I* introdujeron una limitación global a la indemnización por referencia al derecho de limitación de responsabilidad del naviero⁵¹.

Por ejemplo, la regla 5 (B) i del *UK P & I Club* expresa:

“Subject to these Rules and to any special terms and conditions upon which a ship may be entered, the Association insures the liability of the Owner in respect of an entered ship as this liability may be determined and fixed by law including any laws pertaining to limitation of liability. The Association shall in no circumstances be liable for any sum in excess of such legal liability. If less than the full tonnage of a ship is entered in the Association, the Owner shall, unless the entry of the ship has been accepted on special terms which otherwise provide, be entitled only to recover such proportion of his claim as the entered tonnage bears to the full tonnage. Such proportion shall, if the Owner’s claim is subject to any other limits under these Rules, be applied after the application of such limits”.

De esta forma, indirectamente, se estipula una suma asegurada en el contrato de seguro de forma que, aun cuando el club no podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad del naviero por ser ésta una “defensa personal”, existirá, sin embargo, una defensa contractual que el asegurador de *P & I* podrá invocar en el evento de ser demandado, tanto por el asegurado como por un tercero. De esta forma, los tribunales norteamericanos han debido reconocer que, al establecerse indirectamente en la póliza una suma asegurada, el Club de *P & I* está oponiendo una excepción contractual, no personal, que puede ser invocada frente a cualquier demandante.

6. LA ACCIÓN DIRECTA Y LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CHILE

Por último, la circunstancia que la víctima o tercero tenga acción directa en contra del Club de *P & I*, ya sea porque éste otorgó una garantía en los términos del artículo 1201 del CCCH o porque nos encontramos en el caso de responsabilidad por contaminación o de rescate, extracción o eliminación de restos náufragos, no significa que el asegurador de responsabilidad esté impedido de invocar el derecho a limitar responsabilidad de igual forma que el asegurado⁵². En efecto, la idea que personas distintas al naviero puedan

51 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 178.

52 Véanse artículos 145 N° 7 de la Ley de Navegación (decreto ley 2.222 de 21 de mayo de 1078) y 1201 del CCCH.

beneficiarse de la limitación de responsabilidad, no es novedosa. Para concluir lo anterior, basta con revisar los artículos 24 del Convenio de Bruselas de 1924⁵³, 6.2 del Convenio de 1957⁵⁴, 1 del Convenio sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos de 1976⁵⁵ y 1201 del CCCH. La misma idea se encuentra en 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, en relación con el artículo V (1) del mismo cuerpo legal⁵⁶.

En definitiva, aun cuando la cobertura ofrecida por un Club de P & I generalmente⁵⁷ será ilimitada en su cuantía, se excluirá toda indemnización a terceros o reembolso al asegurado que pudiere exceder la responsabilidad legal⁵⁸, según se determine teniendo en cuenta las leyes sobre limitación de responsabilidad⁵⁹. Y en aquellos países que no han suscrito ninguno de los convenios antes referidos⁶⁰, las reglas de los clubes de P & I homologarán a esa persona —por ejemplo, en caso de una nave inscrita a nombre de

53 Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques (Bruselas, 24 de agosto de 1924).

54 Convenio internacional sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar (Bruselas, 10 de octubre de 1957).

55 Convenio internacional sobre la limitación de responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo (Londres, 19 de noviembre de 1976).

56 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 dispone: *"Any claim for compensation for pollution damage may be brought directly against the insurer or other person providing financial security for the owner's liability for pollution damage. In such case the defendant may, even if the owner is not entitled to limit his liability according to Article V, paragraph 2, avail himself of the limits of liability prescribed in Article V, paragraph 1. He may further avail himself of the defences (other than the bankruptcy or winding up of the owner) which the owner himself would have been entitled to invoke. Furthermore, the defendant may avail himself of the defence that the pollution damage resulted from the wilful misconduct of the owner himself, but the defendant shall not avail himself of any other defence which he might have been entitled to invoke in proceedings brought by the owner against him. The defendant shall in any event have the right to require the owner to be joined in the proceedings"*.

57 Decimos generalmente, pues la cobertura por contaminación está limitada a un máximo de us\$ 1 000 000 000.

58 Regla 5 (B) i. del UK P&I Club.

59 CLAVERO, *op. cit.* n° 3, pág. 173.

60 Principalmente los Estados Unidos de Norteamérica. Sobre este punto, véanse GILMORE and BLACK, *The Law of Admiralty*, 2ª edición, The Foundation Press, New York, 1975, págs. 840 a 843, en cuanto a que la interpretación dada a las *palabras mans, victuals and navigate* de la Limitation Act de 1851, sólo incluiría al naviero y al fletador a casco desnudo, dejando sin derecho a limitar responsabilidad a las demás personas que puedan intervenir en la explotación comercial de una nave, como un fletador por tiempo.

un fletador por tiempo— a un naviero o fletador a casco desnudo, a fin de determinar el monto limitado de su responsabilidad⁶¹.

7. ALGUNAS IDEAS A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El seguro de *P & I* constituye una especie de seguro de responsabilidad, que otorga su cobertura como “seguro de indemnización”. La diferencia entre el seguro de responsabilidad propiamente tal y el seguro de indemnización, radica en que el asegurador de responsabilidad se obliga a indemnizar a la víctima tan pronto sea declarada o asumida la responsabilidad del asegurado, mientras que un asegurador de indemnización únicamente se obliga a reparar el daño sufrido por el asegurado como consecuencia de haber pagado su deuda de responsabilidad.
2. Con excepción del seguro obligatorio a que se refiere el artículo VII del Convenio Internacional de 1992 sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (artículo 146 de la Ley de Navegación) y el artículo 137 de la Ley de Navegación, el seguro de *P & I* es un seguro voluntario.
3. Salvo aquellos casos en que el seguro de *P & I* tiene carácter obligatorio y con excepción de lo dispuesto en el artículo 1201 del CCCH, el seguro de *P & I*, en tanto seguro voluntario de indemnización, no está concebido para proteger al tercero, sino que tiende a proteger el patrimonio del asegurado respecto de lo que deba pagar a terceros como consecuencia de los daños causados a éstos por las naves de aquéllos. En consecuencia, el seguro de *P & I* no da acción directa de la víctima o tercero en contra del Club de *P & I*.
4. Por último, en Chile la circunstancia que la víctima o tercero excepcionalmente tenga acción directa en contra del Club de *P & I*, ya sea porque otorgó una garantía en los términos del artículo 1201 del CCCH o porque nos encontramos en el caso de responsabilidad por contaminación por derrame de hidrocarburos o de rescate, extracción o eliminación de restos náufragos, no significa que el asegurador de responsabilidad estará impedido de invocar el derecho a limitar responsabilidad, de igual forma que el asegurado.

61 Regla 5 (B) ii. del *UK P&I Club*: “Where the entry of a ship in the Association is in the name of or on behalf of a charterer other than a charterer by demise or bareboat charterer then, unless otherwise agreed in writing between such charterer and the Managers, the liability of the Association in respect of any claim brought by such charterer relating to the entry of that ship in the Association shall be limited to the amount to which such charterer could have limited his liability if he had been the registered owner of that ship and had sought and not been denied the right to limit”.