

## LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE ARRAIGO DE NAVES DE 1999 FRENTE A LAS NORMAS DE ARRAIGO DE NAVES EN CHILE

CLAUDIO BARROILHET ACEVEDO<sup>1</sup>  
Universidad Católica de Valparaíso  
Universidad del Mar

### I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El proyecto de la Convención fue elaborado el 14 de abril de 1997 y su origen está íntimamente relacionado a la Convención de Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval de 1993, la cual se basó en un proyecto elaborado por el Grupo Intergubernamental Conjunto de Expertos en Privilegios Marítimos, Hipotecas y Asuntos Relacionados (The Joint Intergovernmental Group of Experts on Maritime Liens, en adelante, "JIGE"). El JIGE es un cuerpo generado por la UNCTAD e IMO con el propósito de revisar las convenciones sobre privilegios marítimos, hipotecas navales y aspectos relacionados, como el arraigo. A esta iniciativa contribuyó también el Comité Marítimo Internacional. Las subcomisiones así formadas generaron un borrador de convención sobre privilegios e hipotecas y otra sobre arraigo de buques, aprobadas en la Conferencia de Lisboa en 1985. Sobre la base de estos proyectos, el JIGE continuó trabajando hasta 1993, cuando fue aprobada como convención por la mencionada Conferencia Plenipotenciaria.

En 1989, el JIGE recomendó supeditar el desarrollo del Proyecto de Convención de Arraigo a la aprobación de la Convención sobre Privilegios Marítimos, lo que sólo ocurrió en 1993. El proyecto de 1997 es una propuesta respecto a los impactos y necesidades que la Convención de 1993 produjo en la Convención de Arraigo de 1952 y se estimó conveniente elaborar un proyecto de convención nueva en lugar de un protocolo de reforma a la existente. Esto, ya que se consideraba a la Convención de 1952 como incompleta y desfasada, lo que había generado problemas en su interpretación. Por otra parte, se hizo necesario verificar que los privilegios establecidos en la Convención de 1993 concedieran el derecho a arraigar la nave y regular el efecto de los privilegios y derechos establecidos por las legislaciones nacionales en relación con el arraigo, temática no solucionada en las Convenciones de 1926, 1967 y 1952.

---

<sup>1</sup> Este artículo corresponde al texto de la Conferencia pronunciada por el autor en el Simposio sobre el mismo tema, organizado por la Asociación Chilena de Derecho Marítimo el 25 de agosto de 1999 en la Universidad Católica de Valparaíso.

## II. COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA DE LA CONVENCIÓN Y EL CHILENO

### II.1 *Ámbito de aplicación*

La Convención se aplica en el territorio de los Estados Partes, tanto a sus naves nacionales como a las naves extranjeras, exceptuadas las naves de guerra, las de apoyo naval y las naves de propiedad u operación de un Estado, que esté siendo usada en funciones gubernamentales no comerciales (art. 8).

El Libro III se aplica en el territorio chileno a naves nacionales y extranjeras (art. 16 del CCCh.), exceptuadas las naves de guerra, sean nacionales o extranjeras (art. 823 del CCOMCh.), entendiendo por tales las definidas en el art.29 de la CONVEMAR<sup>2</sup>. Respecto a las naves públicas usadas en servicios oficiales es discutible y puede sostenerse que no se les aplica, haciendo uso del art. 1130 N°1 CCOMCh., *a pari*, y postular que esta norma, propia del salvamento, debe aplicarse en general y/o consagra puntualmente una norma general, de manera que si la nave pública está siendo utilizada exclusivamente en servicios oficiales, no comerciales, no están sometidas al Libro III. Por el contrario, puede postularse que el art. 1130 N°1 contiene una disposición que es excepcional para el salvamento y que la regla general es que se les aplica el Libro III y por ello serían siempre “arraigables”, salvo en los casos del salvamento, siendo ellas utilizadas para fines oficiales, no comerciales.

### II.2 *Normativa aplicable*

La Convención no excluye la aplicación de las normas de los Estados Partes concernientes a otras facultades para detener naves o prohibir su zarpe, esto es, otros “*remedies*” sobre la totalidad de los bienes del deudor (v.gr.: *mareva injunction*, *action in rem*, *attachment*, *saisie conservatoire*, medidas precautorias de retención de bienes, etc) (art. 8).

El procedimiento para arraigar/alzar el arraigo de una nave es la ley aplicable en el Estado en que éste se efectúe: *lex fori*. (art. 3). En realidad, y al igual que su predecesora, la Convención de Embargo Preventivo de Naves de 1952, ellas no crean un derecho internacional en materia de arraigo –ni sustantivo ni procesal-, más bien se limita a regular el conflicto de normas nacionales que convergen en una situación de arraigo. El procedimiento de arraigo y su alzamiento se establece en la legislación en que se efectúe el arraigo, y esto es un principio casi universal y de lógica : “el foro se rige por sus propias leyes”.

En el Libro III, las normas del Párrafo 5 del Título VIII son complementadas con las normas del CPCCh. sobre medidas precautorias y prejudiciales (art. 1239 CCOMCh.), y si Chile accediera a esta Convención, seguirían siendo aplicables a los arraigos, por la misma razón antes mencionada.

---

<sup>2</sup> Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del año 1982.

## II. 3 Requisitos para arraigar una nave

Para arraigar una nave, la Convención exige:

- a) Un tribunal o corte que ordene el arraigo (art. 2);
- b) Un crédito marítimo (art. 2), entendiendo por tal sólo los que señala el art. 1 de la Convención;
- c) Una nave, bien sea la nave involucrada o una nave alternativa en los casos que la propia Convención señala (art. 3), y
- d) Una garantía por los eventuales perjuicios que el arraigo infundado y/o el exceso de garantía solicitada para alzar el arraigo irroguen al “solicitado”<sup>3</sup>.

Si Chile llegase a ser parte de esta Convención, este tercer requisito podría pugnar con la garantía del art. 19 N° 3 CPRCh., que consagra la igualdad en la protección de la ley en el ejercicio de los derechos, porque esta caución de eventuales perjuicios no se exige a un acreedor terrestre que solicita una medida precautoria. Si pensamos en los créditos laborales; o en los reclamos de una persona natural que es pasajero; o en el reembolso de gastos del capitán por cuenta del buque o sus dueños; o en el reclamo de un práctico; o en de los pequeños proveedores de naves, etc., es probable que estas personas no tengan la capacidad económica para acceder a estas garantías, por lo que imponerles esta exigencia de manera general podría constituir una condición o carga que impidan el libre ejercicio de su derecho y así contravenir lo establecido en el art. 19 N° 26 CPRCh. El Gobierno de Madagascar hizo, precisamente, esta observación y colocó como ejemplo la dificultad que se le colocaba a un tripulante impago al exigirle tal garantía.

Nuestra legislación también contempla la exigencia de esta caución de resultas para conceder un arraigo (art. 1231 CCOMCh.), pero el tribunal requerido puede exigirla sólo de manera excepcional, cuando no hay antecedentes suficientes para acreditar el derecho que se pretende garantizar. En este sentido, hay que entender que en el arraigo existe una suerte de conflicto de valores en juego que hay que balancear: de un lado, hay un acreedor que busca garantizar el pago de un crédito que el deudor no ha cancelado en forma oportuna y voluntaria, y al otro lado hay un empresario que ejerce una actividad con su nave, y a quien el arraigo le va a impedir que siga operando. Entonces, hay que ser muy equilibrado en determinar hasta dónde se le restringe al empresario su actividad para permitirle al acreedor el ejercicio de su derecho y, a la inversa, hasta dónde se limita el ejercicio del privilegio, para permitir que la actividad comercial continúe. Por eso, estimo que establecer esta exigencia de la caución de resultas como general, puede perjudicar a pequeños acreedores que no están en condiciones de financiarlas, lo que se va a traducir en entorpecer el ejercicio de su derecho. Sí me parece razonable exigirlos cuando no hay prueba suficiente del derecho que se busca garantizar, porque no hacerlo sería perjudicar mucho al empresario para asegurar un derecho que no está acreditado, ni aún *prima facie*, es decir, se desbalancea el sistema en perjuicio del empresario. Creo que la forma como el Libro III regula esta facultad es adecuada para mantener este balance y se entrega al buen criterio del juez requerido hacer uso de esta herramienta.

---

<sup>3</sup> Si bien la Convención habla de *defendant* (art. 6), preferimos referirnos al solicitado, ya que no necesariamente esta persona es el demandado en juicio, de hecho, es factible que a la fecha del arraigo aún no exista pleito.

Por su parte, el Libro III requiere:

- a) Un Tribunal competente (art. 1231);
- b) Un privilegio marítimo (arts. 842, 843, 1231 *et. al.*) que debe ser justificado por medio de antecedentes que lo hagan presumir o, en subsidio, una garantía por los eventuales perjuicios que un arraigo infundado pudiera producir;
- c) Una nave, que puede ser la nave objeto material del privilegio o una nave hermana (art. 1234), y
- d) Si el arraigo es prejudicial se exige, además, que el solicitante exprese la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos (art. 1236).

#### II.4 El legitimado activo

En la Convención, el legitimado activo es el titular o acreedor de un crédito marítimo. Ella distingue entre créditos marítimos y privilegios marítimos, clarificando que su propósito no es crear privilegios marítimos (art.9). La diferencia es que los créditos marítimos dan derecho a arraigar la nave, mientras que los privilegios marítimos dan derecho a realizarla y el art.1.2 de la Convención excluye expresamente la realización de la nave al definir el arraigo o arresto, señalando que no incluye el embargo de una nave para ejecutar una sentencia u otro instrumento ejecutable.

La lista de créditos marítimos es extensa y amplia e incluye: pérdidas y daños causados por la operación del buque; muertes y daños personales; salvamento; gastos preventivos de contaminación marina; remoción de restos náufragos; contratos para el uso y arrendamiento de naves; contratos para el transporte de carga y pasajeros; avería gruesa; remolque; pilotaje; servicios y suministros a la nave; construcción y reparación de naves; tasas y derechos portuarios y de navegación; derechos laborales de la tripulación; gastos del capitán en beneficio de la expedición; primas de seguros; comisiones por agenciamiento de buques; disputas relativas a la venta, propiedad, copropiedad o posesión del buque e hipotecas navales o *mortgage* registradas. Es decir, se consideran como créditos marítimos prácticamente los créditos emanados de todas las instituciones del Derecho Marítimo.

La Convención no incluye sino una referencia a los privilegios marítimos, ya que el art. 1(e) establece que uno de los casos en los cuales es permitido el arraigo es cuando exista un privilegio marítimo surgido o concedido por la ley del Estado donde se solicita el arraigo en contra del dueño, fletador *demise*, operador o administrador de la nave. Por su parte, el proyecto de Convención de 1997 contenía una enumeración de los privilegios, que eran los mismos que establece la Convención de Privilegios Marítimos e Hipotecas de 1993, que, a su turno son muy similares a los del Proyecto de Lisboa de 1985, con algunas alteraciones en su enumeración y rango.

La Convención reglamenta los casos y requisitos para arraigar, pero no regula el derecho a realización de la nave y en este sentido es consecuente, porque la Convención permite arraigar aún sin un privilegio marítimo y esto ocurre en varias situaciones, por ejemplo, para obtener una garantía o seguridad respecto de créditos marítimos que, en virtud de cláusulas atributivas de legislación, jurisdicción, arbitrales o de otra forma, deban conocerse por una jurisdicción distinta a la que arraiga, o de acuerdo a una legislación distinta a la del Estado en que se arraiga, o bien, por la jurisdicción arbitral; o si el crédito se relaciona a la propiedad o posesión de la nave.

Aquí se produce una diferencia substancial con nuestra legislación, la que regula el arraigo como procedimiento para ejercer el derecho de persecución de una nave, y este derecho de persecución es una de las tres garantías o atributos de un privilegio marítimo, a saber: derecho a perseguir la nave, a realizarla judicialmente y a pagarse en el orden y rango del privilegio. Entonces, si bien la Convención es coherente intrasistémicamente, porque en ella se deja constancia expresa que no se pretende crear privilegios marítimos, su sistema no es compatible con el nuestro, porque en Chile el arraigo es un medio para asegurar el ejercicio de un privilegio, esto es, para preparar la posterior realización judicial de la nave y así pagar el privilegio, de manera que no se concibe un arraigo sin un privilegio marítimo, porque el acreedor que no tiene privilegio puede usar las herramientas de las medidas precautorias del CPCCh., pero es evidente que el legislador no le dotó con la facultad de arraigar, precisamente, porque su crédito no es un privilegio marítimo.

Así, hay créditos enumerados en la Convención que no gozan de privilegio a la luz de las normas del Libro III (v.gr.: remolque, honorarios de agentes e hipotecas navales, art. 1, j, r y u). Esos acreedores, en Chile, tienen a su disposición las medidas precautorias, pero no entra al “círculo” de los acreedores privilegiados.

La diferencia de fondo radica en que nuestro sistema se acerca más a las *action in rem*, que son la prolongación procesal de un privilegio marítimo o *maritime lien*, mientras que la Convención sólo regula una especie de medida precautoria.

La Cámara Naviera Internacional efectuó esta misma crítica y propuso limitar el arraigo a los créditos privilegiados o, al menos, a los “otros privilegios” establecidos en el art. 6 de la Convención Sobre Privilegios Marítimos de 1993, que son los privilegios concedidos por la legislación interna de un país o privilegios de segunda clase.

## II.5 Naves a arraigar

En la Convención se permite arraigar las naves que sean objeto del crédito y también ciertas naves alternativas.

Respecto a las naves objeto del crédito, los requisitos para arraigarlas son:

- a) Que el propietario/fletador *demise* del buque cuando surgió el crédito sea el deudor del crédito, y
- b) El dueño/fletador *demise* de la nave a arraigar al momento del arraigo, o
- c) Que se trate de naves respecto a las cuales exista un crédito hipotecario, o
- d) Que se trate de una nave respecto a la cual exista un crédito relativo a su propiedad, o
- e) Si existe un privilegio marítimo respecto al dueño, fletador *demise*, operador, o administrador de la nave, surgido o concedido de acuerdo a la ley del Estado donde se arraiga.

Siguiendo la línea de la Convención de 1993 y sus antecesoras, se establece que la nave puede ser gravada con privilegios por el dueño, el fletador *demise*, el administrador o el operador.

Respecto al requisito de ser dueño o fletador *demise* al momento en que el arraigo se efectúa, hubiera sido preferible establecerlo al momento en que el arraigo se solicita, tanto por motivos de certeza, cuanto porque así se impide que una transferencia de la propiedad a última hora extinga el privilegio marítimo o haga inaplicable la medida por falta de este requisito.

En relación a las naves alternativas. Se permite arraigarlas cuando:

- a) El propietario del buque cuando surgió el crédito es el deudor del crédito, y
- b) Es el dueño de la nave involucrada u objeto del crédito marítimo, o
- c) Es el dueño, fletador *demise*/tiempo/viaje de tal nave, o
- d) Aunque el dueño del buque no sea él personalmente responsable del crédito marítimo, el arraigo se permite si, de acuerdo a la ley del Estado donde se arraiga, se puede realizar judicialmente la nave en virtud de ese crédito marítimo (art.3,3).

Respecto a las naves alternativas, esta norma es idéntica a la establecida en el Proyecto de Lisboa de 1985, y más amplia que la establecida en la Convención de 1952. Se puede sostener que se ha plasmado la evolución que la figura del arraigo de naves hermanas ha tenido desde 1952 a la fecha.

La novedad de la Convención está en el párrafo (3) del mismo artículo, que también se refiere al arraigo de naves hermanas y que abre la posibilidad a las legislaciones nacionales para que éstas determinen la amplitud o restricción con que regular la gama de naves hermanas y/o alternativas a arraigar. La única limitación que debe observarse es que, para que el arraigo sea procedente sobre una nave que no sea considerada como hermana en el Proyecto, la legislación que lo permite debe conceder también el derecho a realizarla judicialmente. En el caso chileno, este derecho existe, motivo por el cual, si Chile llegase a ser parte de la Convención, no existiría contradicción alguna entre sus normas y la legislación doméstica.

Por su parte, en el Libro III puede arraigarse la nave que es objeto material del privilegio y las naves que pertenezcan a la misma propiedad, administración u operación que ésta.

Finalmente, en la Convención no se establece la posibilidad de arraigar o retener naves en construcción o artefactos navales, lo que sí procede en la legislación chilena.

## *II.6 Antecedentes a presentar y requisitos para arraigar*

En la Convención no se regula esta materia, ya que el procedimiento se deja entregado a la ley del foro. Sólo se establece la facultad del Tribunal de exigir una *security* o caución del que pretende arraigar.

El Libro III regula distinguiendo si es arraigo prejudicial o judicial. Hay que acompañar los antecedentes que hagan presumir el derecho que se reclama. A diferencia de la exigencia análoga que se establece en el art. 298 del CPCCh. para las medidas precautorias, no se trata de una presunción grave.

Si el arraigo se solicita prejudicialmente, además, hay que indicar la acción a deducir y expresar someramente sus fundamentos.

Como se dijo, la caución por eventuales perjuicios se exige excepcionalmente, cuando faltan los antecedentes que acrediten el privilegio en un arraigo prejudicial.

## *II.7 Procedimiento de concesión y cumplimiento del arraigo*

En la Convención esto se deja a la regulación de la ley del foro.

En el Libro III, el juez debe concederlo sin más trámite, bastando que se cumplan los requisitos legales. Decretado, se notifica a la Autoridad Marítima del lugar en que la nave se encuentra o al Director General del Territorio Marítimo y Marina Mercante si la nave no se encuentra dentro de la jurisdicción del tribunal.

Si el arraigo es prejudicial hay que notificar a la persona contra la cual se solicita, y esta es una carga cuya omisión acarrea la caducidad del arraigo.

### *II.8 Efectos jurídicos del arraigo*

Esto no se regula en la Convención.

En Chile, se establece responsabilidad para el Capitán que se haga a la mar sin obtener el despacho de la Autoridad Marítima. Es decir, el arraigo produce la inmovilización material de la nave arraigada.

Jurídicamente, es sostenible que también produce su indisponibilidad jurídica, si entendemos que la prohibición de zarpe es una medida precautoria especial de retención y adherimos a la doctrina que sostiene que la expresión “embargo” del art.1464 N°3 del CCCh., que reviste de objeto ilícito la enajenación de una cosa embargada, está tomada en un sentido amplio, y por ello incluye a las medidas precautorias destinadas a asegurar el resultado del juicio y una posterior ejecución. Ello llevaría a concluir que la enajenación de una nave arraigada adolece de objeto ilícito y por ello sancionable con la nulidad absoluta.

Sin perjuicio de otros argumentos que pueden esgrimirse en abono de lo anterior, me parece que ella es una conclusión irredargüible, ya que por aplicación del art.855 N°3 CCOMCh., la enajenación voluntaria de la nave extingue el privilegio y sostener que esta enajenación es lícita, permitiría que el dueño de una nave arraigada la enajenara, extinguiera el privilegio y luego solicitara el alzamiento del arraigo por falta de privilegio, burlando los derechos del acreedor.

### *II.9 Oposición del solicitado al arraigo*

No se regula en la Convención.

En el Libro III, si el solicitado (el deudor del crédito privilegiado) y/o el dueño y/o armador de la nave se oponen al arraigo y/o al monto de la garantía solicitada, tales oposiciones se tramitan como incidente que no suspende la resolución impugnada.

Tanto en la Convención como en el Libro III, las gestiones de oposición al arraigo no implican reconocer responsabilidad ni renuncia o *waiver* del derecho a limitar la responsabilidad

### *II.10 Alzamiento del arraigo por otorgamiento de una garantía*

En la Convención, si se otorga una garantía suficiente debe alzarse el arraigo (art.4), a menos que se trate de un crédito relativo a la propiedad, posesión o copropiedad de la nave, casos en los cuales, el tribunal puede permitir que el poseedor de la nave la continúe operando, si otorga una garantía suficiente. El juez puede reglamentar la operación de la nave durante el arraigo.

La determinación de la suficiencia de la garantía corresponde a las partes (art.4.2) o, a falta de acuerdo, es el juez quien determina su naturaleza y monto, pero sin que éste exceda al valor de la nave, que es una norma que también existe en Chile y que tiene su explicación en que la nave es objeto del privilegio y, por tanto, si ella se realiza, el acreedor privilegiado podrá pagar su acreencia en el producto de la realización, entonces parece ilógico que si una garantía sustituye a la nave, esta subrogación real mejore el derecho del acreedor; ese exceso no estaría respaldado por un privilegio, por lo que se estaría perjudicando al solicitado o quien coloque la garantía sin un derecho del solicitante que resguardar. Pero en la Convención esto no se

explica de la misma manera, porque el arraigo no tiene por objeto preparar una eventual realización de la nave, sino asegurar el ejercicio de un derecho, que no necesariamente es un privilegio sobre la nave, por lo que desaparece el soporte lógico en el que se apoya esta figura.

En el art.4.4 y 4.5 se regulan dos situaciones relacionadas a las garantías en casos en que hay más de un Estado involucrado en el arraigo, que son situaciones propias de conflictos de normas o de autoridad y que como tal corresponde regular a la Convención.

En nuestro Libro III, es obligación del tribunal que decretó el arraigo alzarlo, sin más trámite, tan pronto como se hubiere proporcionado la garantía. Si las partes no acuerdan su naturaleza y monto, lo hace el juez, de plano o dándole tramitación incidental, pero sin exceder el valor de la nave y, como ya se apuntó, la *ratio legis* de esta norma es que la garantía subroga a la nave como objeto material del privilegio.

En ambos sistemas no hay cosa juzgada formal ni material respecto a la determinación de la garantía, esto es, ella puede modificarse, alzarse o reducirse su monto.

## II.11 Lugar del arraigo

No se regula en la Convención.

En el Libro III, el arraigo se lleva a efecto:

- a) En el territorio jurisdiccional del tribunal que lo decreta, si la nave se encuentra ahí, o
- b) En el puerto o lugar donde se espera que la nave arribe, o
- c) En cualquier otro puerto o lugar al que la nave arribe, si el tribunal es competente para conocer de la acción referida al privilegio marítimo, esto es, si tiene competencia para conocer el fondo del asunto o *jurisdiction on the merits*.

## II.12 Responsabilidad por arraigo infundado

Se regula *in extenso* en la Convención. El art. 6.1, establece la facultad de tribunal requerido de condicionar la concesión y/o mantenimiento del arraigo al otorgamiento de una caución para asegurar la indemnización de las pérdidas que sufra el solicitante (*defendant*), debido a -pero no restringidamente a causa de- arraigos injustificados o maliciosos, o al otorgamiento de una caución excesiva.

Asimismo, se establece que los tribunales del Estado donde se haya efectuado el arraigo son competentes para determinar la extensión de la responsabilidad, que pueda tener el solicitante en caso de pérdidas o daños causados por el arraigo al buque, entre otros, por arraigo injustificado o malicioso, o el otorgamiento de una caución excesiva. Esta eventual responsabilidad se regula por la ley del Estado donde el arraigo se efectuó y el proceso destinado a establecer esta responsabilidad puede suspenderse en espera de la decisión acerca de la procedencia del crédito marítimo, si ella se lleva a efecto en otra jurisdicción o en sede arbitral (art. 6.2, 6.3 y 6.4).

En puridad, la Convención sólo regula aspectos procesales y de jurisdicción respecto a este punto, pero no regula substancialmente los elementos de esta eventual responsabilidad: ella se gobierna por la ley del Estado donde se efectuó el arraigo.

En Chile, tampoco se regula específicamente esta responsabilidad. Si bien, se faculta al tribunal a exigir caución para asegurar la responsabilidad que pudiera

producirse por arraigo infundado, no se regula esta responsabilidad. El art. 280 CPCCh. establece que el que solicitó y obtuvo una medida prejudicial y no cumplió con la carga de demandar dentro de los 10 días posteriores es responsable por los perjuicios causados y se considera doloso su procedimiento.

A mi juicio no es necesario que se regule especialmente esta responsabilidad, ya que se trataría de una responsabilidad civil extracontractual que se enmarca dentro de las reglas generales del CCCh.

### *II.13 Competencia para conocer del crédito marítimo o Jurisdiction on the Merits. Art. 7*

El art.7 de la Convención establece que los tribunales del Estado donde el arraigo se ha efectuado o se ha otorgado una garantía para alzarlo son competentes para conocer del fondo del asunto, esto es, del crédito marítimo que se trata de asegurar por medio del arraigo. Esto, a menos que las partes acuerden de una manera válida someter la controversia a otro tribunal o al arbitraje.

Pero estos tribunales pueden repudiar esta competencia si se les permite en la ley y algún tribunal de otro Estado la acepta. Ello no podría ocurrir en Chile, por aplicación del principio de la inexcusabilidad del art. 10 del COTCh.

Si el tribunal que concedió el arraigo o ante el cual se proporcionó la garantía para alzarlo no es competente o rechaza la competencia para conocer del fondo del asunto, deberá establecer un plazo para que el solicitante ejerza la acción ante el tribunal competente. Si ello no ocurre en ese plazo, el arraigo debe alzarse o la garantía devolverse.

Si se deduce la acción, la resolución dictada en este proceso sobre el fondo del asunto debe ser reconocida y ejecutada en el procedimiento de arraigo, si el demandado ha sido debidamente informado de dicha acción; se le ha dado una oportunidad razonable de defensa y tal reconocimiento no es contrario al orden público. Es decir, la sentencia en este juicio produce acción de cosa juzgada en el procedimiento de arraigo.

La Convención establece como general la norma del *forum arresti*, que en nuestra legislación sólo se establece en determinados casos, v.gr: art.1156 N°3 CCOMCh. en materia de salvamento; art.1033 CCOMCh. en materia de transporte de mercancías por mar; art. 1211 N°2 CCOMCh. en materia de procedimiento para constituir y repartir el fondo de limitación de responsabilidad y el art.1119 CCOMCh. en materia de abordaje. Pero, en Chile, ella no es una regla general., y tampoco es necesario que lo sea, ya que el arraigo no tiene por objeto atribuir jurisdicción.

El efecto del *forum arresti* también es propio de la *action in rem* y del *attachment*.

El problema a que puede llevar el establecimiento de este principio como general, es convertirse en un aliciente para la práctica del *forum shopping*, o sea, que el solicitante de arraigo elija el foro cuya legislación convenga a sus intereses coyunturales y ancle ahí la discusión judicial por medio del arraigo.

### *II.14 Re-arraigo y arraigo múltiple*

Una novedad de la Convención es que regular dos figuras que no se concebían en sus predecesoras: el re-arraigo y la multiplicidad de arraigos.

Se permite re-arraigar una nave que ya ha sido arraigada y su arresto alzado o respecto a la cual se ha otorgado una garantía para alzarlo, por el mismo crédito que

originó el primer arraigo, si el tipo o monto de la garantía no es suficiente (con el límite que el monto acumulado de garantías no exceda el valor del buque), o si la persona que ha proporcionado la garantía no es o pueda llegar a no ser capaz de cumplir todo o parte de sus obligaciones, o si el arresto fue alzado o la garantía proporcionada con el consentimiento del solicitante por una causa razonable o si éste estuvo impedido de prevenir el alzamiento.

Asimismo, se permite arraigar otros buques por el mismo crédito si el tipo o monto de la garantía es inadecuado, o en los casos en que se permite el re-arresto.

Estas figuras no se regulan en Chile, pero es sostenible que proceden a la luz de nuestra legislación chilena.

Primero, el re-arraigo va a proceder siempre que haya un crédito que goce de un privilegio y que esté vigente. Si la garantía constituida para alzar el arraigo disminuye o se hace ineficiente para asegurar su pago, podrá pedirse su alzamiento (art.1237 CCOMCh.) y si ello no ocurre, y por tanto no hay seguridad de que el privilegio vaya a ser pagado, no existe una norma que permita al tribunal denegar el arraigo solicitado, siempre que se acredite que la caución o garantía proporcionada es insuficiente.

En cuanto al arraigo múltiple, el art.1234 CCOMCh. establece que el objeto material sobre el cual puede recaer la medida precautoria especial de arraigo es la nave y señala una pluralidad de naves susceptibles de ser arraigadas, pero no explicita cuál es el orden de prelación de las distintas naves, en cuanto objeto del arraigo, es decir, el legislador no se encargó de señalar contra cuál de todas las naves enumeradas puede dirigirse en primer lugar la medida de arraigo y contra cuáles puede dirigirse en subsidio o complemento. Tampoco se pronuncia el precepto acerca de la posibilidad de arraigar la nave objeto del privilegio y, a la vez, una o más naves alternativas.

No existe ninguna norma en el CCOMCh que impida o establezca exigencias o condicionantes para arraigar una nave alternativa antes o en lugar de la nave objeto material del privilegio y es frecuente que el acreedor tenga a su alcance material una nave alternativa antes que, o con menos dificultad que la nave objeto del privilegio y no tendría sentido ni justificación legal ni doctrinal privarlo de la facultad de hacer efectiva la seguridad que su crédito privilegiado le confiere.

En apoyo de ello puede decirse que el Proyecto de Lisboa de 1985 establecía que podía efectuarse la retención de toda nave o de todas las naves que, al momento en que ella se practica, es o son de propiedad de... Nuestro artículo 1234 letra b) CCOMCh tuvo sus orígenes en el proyecto del cual forma parte la citada norma, por lo cual, de acuerdo al inciso 2º del artículo 19 del CCCh, podemos concluir que nuestra afirmación se ampara en la historia fidedigna de la ley.

Además, aquí se aplica el principio del resarcimiento pleno, propio de la responsabilidad civil contractual y aquiliana, expresamente consagrado respecto de esta última en el artículo 2329 del CCCh. Este principio establece que todo daño o perjuicio que emane de un incumplimiento contractual o de un delito o cuasidelito civil, debe ser íntegro y completamente indemnizado, de manera tal que el acreedor -en el caso de la responsabilidad civil contractual- o la víctima -en el caso de la responsabilidad civil aquiliana- quede en idéntica situación a la que, respectivamente, existiría de mediar un cumplimiento íntegro y oportuno del vínculo obligacional o en la situación existente antes del delito o cuasidelito civil. Si aplicamos este principio general al punto en cuestión debemos concluir que el acreedor privilegia-

do, para asegurar el pago íntegro de su crédito tiene el derecho a arraigar todas las naves que sean necesarias hasta enterar el monto de su acreencia, es decir, que la sumatoria del valor subasta de ellas ascienda hasta el monto de lo adeudado.

En suma, de acuerdo a los argumentos expuestos, es sostenible que el único límite para arraigar una o más naves, es el monto del crédito privilegiado, cuyo ejercicio se pretende asegurar o, eventualmente y en principio, y sólo si se cumple con las normas substantivas y procedimentales del Libro III, el monto hasta el cual el deudor personal de crédito privilegiado tenga derecho a limitar su responsabilidad.

### *II.15 Arraigo para obtener una garantía*

El art.2.3 de la Convención permite que no obstante, por aplicación de una cláusula atributiva de legislación o jurisdicción, el crédito marítimo deba ser conocido por un tribunal arbitral o el tribunal de otro Estado distinto al Estado donde se solicite el arraigo, éste puede concederse para efectos de obtener garantía. Esto significa que la excepción de incompetencia se debilita, al menos, no impide que el arraigo se decrete para obtener una garantía.

Esta norma es consecuente con el sistema de la Convención, ya que se permite arraigar para asegurar el pago de un crédito aunque éste no sea un privilegio marítimo.

Me parece que en Chile también se puede arraigar para asegurar el pago de un privilegio marítimo, aunque haya una cláusula de jurisdicción o arbitral que otorgue competencia a otro tribunal. Argumentos:

Primero, porque el arraigo es una medida precautoria, destinada a asegurar el ejercicio de un crédito privilegiado, pero la existencia de éste debe discutirse en un juicio de fondo, que es el juicio que el CPCCh ordena iniciar en el plazo que establece en su art.280. Es un juicio declarativo, regulado por el procedimiento ordinario o el procedimiento arbitral, reglamentados en el Libro II y en el Título VIII del Libro III, respectivamente, del CPCChi, procedimientos a través de los cuales se establece la existencia del crédito privilegiado garantizado con el arraigo. Por definición, el asunto principal no se discute en una medida precautoria: en ésta sólo se asegura el resultado de la acción deducida o por deducir.

Segundo, porque existiendo la posibilidad de que, por aplicación de la cláusula atributiva de jurisdicción o arbitral, la existencia del crédito privilegiado deba ser determinada por otro tribunal en otro Estado o por un tribunal arbitral, procede asegurarle al acreedor la viabilidad de una eventual realización de ese crédito.

Y tercero, porque el acreedor victorioso en el foro foráneo tiene el derecho a hacer ejecutar su sentencia en Chile, en los casos y formas establecidos en el Párrafo 2, del Título XIX, del Libro I del CPCCh. En este caso, el arraigo garantizará la eventual ejecución y realización judicial de la nave arraigada en Chile.

### *II.16 Arraigo de naves hermanas y alternativas*

En esta materia, la Convención mantuvo la redacción del Proyecto de Lisboa de 1985 que, respecto a la Convención de 1952 representa un avance, puesto que en la Convención de 1952 se permitía arraigar buques de propiedad de un fletador *by demise* de la nave objeto del privilegio o de otra persona que la esté utilizando. Esto significa que para establecer las naves alternativas a arraigarse había que mirar a la

relación entre el deudor del crédito y el dueño de la nave y tenía que tratarse de un fletamento *by demise* o de otra situación que llevara al deudor a usar la nave.

En la Convención de 1999 este criterio cambia, ya que se mira al vínculo que el deudor tiene con la nave misma y se separa el binomio de relación entre el deudor y el dueño. Esto significa que la noción de administrador de la nave, esto es, de quien la usa y explota comercialmente se está incorporando en la Convención, aunque circunscrita a las figuras de los fletamentos *by demise*, por tiempo y por viaje.

Por otra parte, las nociones de operador y administrador, este último en general y sin circunscribirlo a determinados fletamentos, ya están definitivamente integradas en la Convención (art.3.1).

Si bien la Convención recoge la evolución que ha tenido a la fecha la figura del arraigo de naves alternativas, la regulación de ella dista de la chilena que es más avanzada o vanguardista, ya que el Chile hay un completo desligámen de la propiedad de la nave alternativa a arraigar, de la responsabilidad personal en el crédito privilegiado y de la circunscripción de la noción de administrador a determinados tipos de fletamento.

En todo caso, por aplicación del art.3.3 de la Convención, si Chile llega a ser parte de ella, nuestro arraigo de naves hermanas se permitiría.

### III. COMENTARIOS GENERALES Y CONCLUSIONES

Si bien la Convención presenta avances novedosos en materias tales como el arraigo de naves alternativas; el re-arraigo y multiplicidad de arraigos; en la posibilidad de arraigar sólo para obtener garantías; en la regla del *forum arresti*; en las normas respecto a la competencia para conocer de la responsabilidad por arraigo infundado o malicioso y en otros aspectos de conflictos internacionales relativos a este tema, me parece que ella no contiene materias que no estén reguladas en nuestra legislación, que justifiquen que Chile acceda a ella.

Una de las críticas que algunos Estados (como Sudán y Kenya) y organizaciones (Organización Internacional de Puertos) han hecho a esta Convención es que no se regulan facultades de las autoridades portuarias respecto a las naves arraigadas, por ejemplo, para conservar el tráfico marítimo, para preservar el medio ambiente y la seguridad en la navegación, así como tampoco se regulan los costos de estas operaciones.

No existe en la Convención una referencia al Armador o Naviero; tampoco no se clarifica si se incluye o no tal concepto en el *manager* o gestor al que se refiere el art.1 (e). Esto es clásico en instrumentos internacionales y la razón sería que la figura del Armador o Naviero no existe en los países del *Common Law*, razón por la que sería recomendable hacer una referencia a este personaje.

Un punto controvertible de la Convención es que establece la caución de resultas como una exigencia general. Como se anotó, esto puede llevar a condicionar el ejercicio de un crédito a las facultades económicas del acreedor.

Otro aspecto que sería problemático si Chile se hiciera parte de esta Convención estriba en que ella permite arraigar por créditos marítimos a los que no se les concede el carácter de privilegio en Chile, ¿para qué, si estos acreedores no privilegiados tienen las herramientas de las medidas precautorias del CPCChi?, o sea, que se está

creando un tercer sistema: un híbrido entre las medidas precautorias generales y el arraigo del Libro III. El punto es que la Convención no establece un procedimiento especial, por lo que forzosamente tendríamos que aplicar el del CPCCh, entonces, ¿cuál sería el sentido de adoptar la Convención?

En suma, creo que sería poco conveniente hacerlo, ya que hay aspectos de ella que no la hacen compatible con nuestro sistema de privilegios y arraigo, lo que nos llevaría o a la incómoda coexistencia de tres regímenes: arraigo del Libro III, arraigo de la Convención y medidas precautorias del CPCCh; o a la titánica tarea de entrar a determinar qué parte de la legislación chilena sobreviviría su adopción y cuál parte sería tácitamente derogada por la Convención y es evidente que esto no aporta a la certeza del derecho.