

RÉGIMEN JURÍDICO Y SITUACIÓN EN CHILE DE LAS CARTAS DE GARANTÍA EMITIDAS POR LOS CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN

PAUL MAXWELL HUNTER*

RESUMEN

Las cartas de garantía o *lou*. (*Letters of Undertaking*) emitidas por los Clubes de Protección e Indemnización, tienen un papel fundamental en la actual dinámica del negocio marítimo internacional. En el presente trabajo se descubre su origen y su relación directa con los Clubes de Protección e Indemnización. Se indican los variados objetivos que se persiguen con su emisión, dentro de los que destaca el alzar o evitar el arraigo de una nave. Luego, después de señalar quiénes son los posibles emisores de estas garantías, se explican las características de su otorgamiento y las exigencias de quienes las emiten. Dentro de la realidad chilena, se desentraña su naturaleza jurídica y se analiza su reconocimiento en nuestra legislación. El autor da cuenta de los beneficios que reportan las *lou*., como su bajo costo, rapidez, existencia de una variedad de patrimonios, fácil posibilidad de modificación, evitar el arraigo infundado, etc. y también se refiere a las oportunidades de su otorgamiento. Respecto del contenido

ABSTRACT

Letters of Undertaking (*lou*.) issued by Protection and Indemnity Clubs have a major role in the present dynamics of the international shipping business. The present study discovers its origin and direct relationship with the P & I Clubs. It details the various objectives sought by their issuance, among which is highlighted the avoidance of the arrest of a vessel or her release. After detailing the possible issuers of these guarantees, it explains the particulars of their granting and the requirements by those who grant them. It explores their legal nature and their recognition within our legislation. The author goes on to mention the benefits offered by the *lou*. such as low cost, celerity, existence of a variety of patrimonies, ease of modification, avoidance of wrongful arrest, etc. and also mentions the opportunities of their granting. Regarding the standard forms of these guarantees that has been accepted in Chile, the study analyses the property and subjects over which it extends, amounts, interests, commitments between issuer and

* Abogado. Dirección postal: Av. Los Sargazos 255, depto. 504, Jardín del Mar, Viña del Mar. Correo electrónico: paul.maxwell.hunter@gmail.com

tipo de estas garantías que se ha aceptado en Chile, se analiza la propiedad y sujetos sobre los que se extiende, monto, intereses, compromisos entre emisor y beneficiario, y el tema de la jurisdicción y competencia. Finalmente, se concluye el presente trabajo con algunas referencias a la aceptación de las *lou.* en Chile, su devolución y cancelación, junto con algunos comentarios sobre el uso, confianza y prestigio que tienen estas garantías a nivel internacional.

PALABRAS CLAVE: *Letters of Undertaking* – Club(es) de P&I – Clubes de Protección e Indemnización – Garantía – Nave – Arraigo – Créditos – *Calls* – *Member* – Caución – Solidaridad – Corresponsales – Limitación de responsabilidad – Armador.

beneficiary, and the matter of jurisdiction and competence. Finally, the present study concludes with a number of references to the acceptance of the *lou.* in Chile, their devolution and cancellation, together with some comments regarding the use, trust and prestige held by these guarantees on an international level.

KEY WORDS: Letters of Undertaking - Protections & Indemnity Clubs – Guarantee – Vessel – Bond – Credits – Calls – Member – Surety – Solidarity – Agent – Limitation of liability – Shipbuilder.

I. LOS CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN

1. *Concepto.*

El objeto del presente trabajo no es analizar a los Clubes de Protección e Indemnización o “Clubes de P&I” (*Protection & Indemnity Clubs*), pero creemos que como requisito previo para abordar el tema de las cartas de garantía o *letters of undertaking* (en adelante: “*lou.*”), resulta necesario dar un concepto de dichas organizaciones.

Los “Clubes de P&I” son asociaciones mutuales sin fines de lucro, que reúnen a grupos de armadores de naves, con el objeto de proveerse un seguro de responsabilidad, principalmente por daños a terceros respecto de riesgos no cubiertos por otras pólizas, a cambio del pago de una suma de dinero denominada *call*¹ y sobre la base de reglas establecidas por cada Club en particular².

Entre otras razones, estas mutuales se distinguen de las compañías de seguros por ser instituciones que no persiguen fines de lucro, sus contribuciones se llaman *calls* y no primas, y los detalles de la cobertura están contenidos en libros de reglas y no en pólizas.

2. *Antecedentes históricos.*

No es fácil determinar cuándo empezaron a emitirse las *lou.*, probablemente porque el emitirla o no, constituye una facultad discrecional de los Clubes de P&I.

Las *lou.* empezaron a emitirse ya en 1897 cuando los “Clubes de P&I” otorgaban cartas de garantía a los contratistas ingleses por los accidentes que pudiesen

¹ Contribuciones mutuales equivalentes a las primas en los contratos de seguro.

² Aunque veremos después que se trata de un seguro “de indemnización” más que “de responsabilidad”.

sufrir sus trabajadores portuarios en el embarque y descarga de mercadería hacia o desde una nave ingresada con ese “Club de P&I”³.

3. *Acción directa contra los “Clubes de P&I” y las “letters of undertaking”*. Pay to be paid.

Aunque no son aceptadas en todas las jurisdicciones, se reconocen dos vías para que un reclamante –que goza de un privilegio marítimo que grava a una nave ingresada en un determinado “Club de P&I”– pueda hacer efectiva la responsabilidad de ese Club:

a) La acción directa: el reclamante puede ir directamente contra el “Club de P&I” sin que medie una garantía previa (a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el artículo 1201 inciso 1º del Código de Comercio chileno), sin importar el estado económico del *member*⁴ de ese Club, sin haber si quiera iniciado acciones de cobro en su contra y sin tener que obtener una sentencia previa contra este *member*. Esta acción directa es aceptada en ciertas jurisdicciones como en las de Luisiana (Estados Unidos de Norteamérica) y Puerto Rico.

b) Las *lou*. Estas cartas de garantía son otorgadas generalmente por los Clubes de P&I, con el objeto de garantizar el pago de los créditos privilegiados que se invocan, generalmente, para evitar que las naves ingresadas en el Club sean arraigadas, o para alzar un arraigo ya decretado, evitando el consiguiente daño comercial para el armador de la nave asegurada.

Podemos definir la *lou* como aquel documento emitido por los aseguradores de protección e indemnización, o por los aseguradores de casco y maquinaria, por el cual el asegurador de una nave se compromete con el titular de un crédito sobre la nave, a satisfacer la sentencia final en contra del *member* o acuerdo alcanzado entre las partes, y pagar hasta el límite estipulado en la respectiva carta de garantía.

En Inglaterra se discutió la posible aplicación en el derecho inglés de la acción directa del reclamante contra un “Club de P&I”, por la vía de una especie de subrogación en los derechos del *member*. La razón es que uno de los casos más comunes en que se quería optar por esta acción directa tenía lugar cuando el *member* generador del daño caía en insolvencia y, por lo tanto, el reclamante quería dirigirse contra el asegurador.

Para que el reclamante pudiera accionar contra el asegurador, era necesario primero haber accionado contra el *member*, pero, ¿qué pasaba con la regla del *pay to be paid*?

El término *pay to be paid* es conocido como aquella regla por medio de la cual los “Clubes de P&I” sólo indemnizarán al armador *member* del Club en la medida en que éste haya pagado el reclamo primero. Es por esto que se dice que

³ GRAFFAM, William A., Ponencia sobre “Conflictos en la acción directa como mecanismo de aseguramiento y pago de reclamaciones marítimas: la alternativa de las cartas de garantía de los clubes de P&I”, en el marco del V Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, Cartagena de Indias, Colombia, 19 al 24 de octubre de 1997.

⁴ Referido al armador que tiene a su nave o naves ingresadas en una mutual como lo es un “Club de P&I”, y al que llamaremos “*member*” para diferenciarlo del “*asegurado*” que es cliente de una compañía de seguros.

el seguro que otorga un “Club de P&I” es un “seguro de indemnización” y no un “seguro de responsabilidad”, ya que previo a que pague el “Club de P&I”, el *member* debe haber pagado el reclamo por el que es responsable⁵.

Y si el *member* era insolvente, ¿cómo poder aplicar la regla y cómo podrían los terceros reclamantes accionar en contra de un “Club de P&I”? Las sentencias de la Cámara de los Lores en 1991 en los juicios del “Fanti” y del “Padre Island” resolvieron este tema, concluyendo que en Inglaterra no es válida la acción directa en contra de los “Clubes de P&I” si en el libro de Reglas existe una cláusula de indemnización (*pay to be paid*).

No hay que confundir la posibilidad de accionar directamente contra un “Club de P&I” sin que previamente se haya emitido una *lou.*, con la posibilidad que tiene el reclamante en ciertas jurisdicciones de demandar directamente al asegurador cuando se ha emitido una garantía en su favor, cual es el caso contemplado por el artículo 1201 inciso 1° del Código de Comercio⁶. Esta no es la “acción directa” a la que nos referimos en el acápite I, 3 letra a). Analizaremos más adelante este tema a propósito de la naturaleza jurídica de las *lou.*

II. FINALIDADES DEL OTORGAMIENTO DE UNA “LETTER OF UNDERTAKING”

1. *Alzamiento del arraigo de una nave o su impedimento.*

Como ya lo anticipamos, la regla general es que una *lou.* se emita con el objeto de evitar que se arraigue una nave o para alzar un arraigo ya decretado.

El objeto del arraigo es garantizar el ejercicio del crédito privilegiado, o asegurar el cumplimiento de una decisión judicial que pueda implicar la realización de la nave afectada, mediante la prohibición de zarpe de ésta desde el puerto o lugar en que se encuentre.⁷

En Chile, el artículo 1231 inciso 1° del Código de Comercio da al titular de cualquiera de los créditos privilegiados que se mencionan en los artículos 844 a 846 del mismo texto legal, el derecho de arraigar la nave sobre la que recae el crédito con el objeto de garantizar el pago de ese crédito.

Siendo el arraigo la situación donde habitualmente encontramos las *lou.*, creemos conveniente reproducir la definición que Félix García Infante da del arraigo, entendiéndole como “aquella sustracción de la nave de la actividad navegatoria, como forma de afianzar, con hechos, el crédito privilegiado generado por la nave”⁸.

⁵ Steven J. HAZELWOOD, *P&I Clubs Law and Practice* (Lloyd’s of London Press, London, 1994), p. 323: “Unless the committee in its discretion otherwise decides it is a condition precedent of a member’s right to recover from the club in respect of any liabilities, costs and expenses that he shall first have discharged or paid same”.

⁶ Artículo 1201 inciso 1° del Código de Comercio: “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”.

⁷ GARCÍA INFANTE, Félix, *Derecho del transporte marítimo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1993), p. 424.

⁸ GARCÍA INFANTE, Félix, *ob. cit.* (n. 7), p.. 423.

Creemos que, para los reclamantes, la finalidad principal del arraigo será obtener una garantía, cuyo efecto es señalado por el artículo 1236 inciso final del Código de Comercio: “*La garantía que se otorgue subrogará a la nave como objeto exclusivo del privilegio marítimo*”. Otras veces podrá tener por finalidad radicar jurisdicción en Chile, evitando así que la nave –y el caso– salgan de aguas jurisdiccionales chilenas.

Al ser varios los créditos mencionados, sólo nos referiremos a aquellos créditos respecto de cuales con mayor frecuencia se otorga una *lou*:

a) El artículo 844 N° 4 en materia de salvamento, o como dice la norma “*Los gastos y remuneraciones por auxilios en el mar [...]*”, a propósito del cobro del asistente, tal como lo indica el artículo 1153 inciso 1° del Código de Comercio⁹.

En este sentido, existen varios casos en que los “Clubes de P&I” han otorgado una *lou* en Chile, a petición de los salvadores que lo solicitan, para responder por la potencial recompensa que recibirán los asistentes.

El derecho a cobro del asistente se debe entender en los términos del artículo 1136 del Código de Comercio, es decir, el derecho a cobrar una remuneración cuando se auxilie una nave u otros bienes en peligro, o cuando tengan por objeto prevenir, evitar o atenuar daños al medio ambiente.

En relación con el tema del medio ambiente, debemos hacer referencia al derecho que tiene el salvador de ver incrementada su remuneración tomando en consideración sus esfuerzos para evitar o reducir los daños al medio ambiente (artículo 1138 N° 2 del Código de Comercio) y el derecho para reclamar, al margen del resultado obtenido, el reembolso de sus gastos y aún una compensación especial, cuando ha prestado auxilios a una nave que por sí misma o por su carga, pueda causar o esté causando daños al medio ambiente (artículo 1140 del Código de Comercio).

En tal sentido, es importante dejar en claro que son los “Clubes de P&I” los llamados a pagar las cantidades reclamadas por los salvadores por concepto de reembolso de gastos y compensación especial.

Las normas anteriores debemos relacionarlas con la creación y aplicación de la cláusula SCOPIC (*Special Compensation P&I Clause*)¹⁰, que consiste en una cláusula optativa que puede ser invocada en cualquier momento por el salvador en la medida en que haya sido incorporada a cualquier formulario LOF 1990, 1995 y 2000, por medio de la cual se calcula la compensación especial sobre la base de tarifas previamente acordadas para el uso de remolcadores, personal y otros equipos.

Tal como señala Felipe Peuriot Canterini, “una vez invocada la cláusula SCOPIC, el armador de la nave asistida deberá constituir a favor del asistente una garantía por la suma de USD 3.000.000, incluyendo intereses y costas, para lo cual tiene un plazo de dos días hábiles contados desde la recepción de la noticia

⁹ Artículo 1153 inciso 1° del Código de Comercio: “*En tanto no se constituya garantía suficiente para responder al cobro del asistente, los bienes salvados no podrán ser trasladados del primer puerto o lugar a que hayan llegado al término de las operaciones de asistencia*”.

¹⁰ Respecto de la cláusula SCOPIC, recomendamos la lectura de PEURIOT CANTERINI, Luis Felipe, *El salvamento marítimo* (Santiago, Ed. Librotecnia, 2004), pp. 298-310.

escrita mediante la cual se invocó la aplicación de la SCOPIC. Esta boleta puede ser una boleta bancaria o una garantía emitida por el “Club de P&I”.¹¹

b) El artículo 844 N° 5 dice: “[...] *indemnizaciones por daños, pérdidas o averías causadas a otras naves, a las obras de los puertos, muelles o vías navegables o a la carga o equipajes, como consecuencia de abordajes u otros accidentes de navegación, cuando la acción respectiva no sea susceptible de fundarse en un contrato, y los perjuicios por lesiones corporales a los pasajeros y dotación de esas otras naves*”. Aquí también hay variados ejemplos¹².

A propósito de los daños por abordaje o colisión, nos referiremos más adelante a la situación del otorgamiento de una *lou*. por parte de los aseguradores de casco y maquinaria.

c) El artículo 846 N° 3 expresa: “[...] *créditos originados por contratos de pasaje, fletamento o transporte de mercancías, incluyendo las indemnizaciones por daños, mermas y faltantes en cargamentos y equipajes [...]*”. Aquí los ejemplos son variados, ya que lo más común es que una *lou*. se emita en virtud de un daño a la carga.¹³

La misma norma se refiere también a “[...] *los créditos derivados de perjuicios por contaminación o derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas*”. Es decir, esta norma se refiere a los “perjuicios”. Cosa distinta es el crédito que se indica en el artículo 844 N° 4 cuando dispone “[...] *Del mismo privilegio goza el reembolso de gastos y sacrificios en que hubiere incurrido la autoridad o terceros, para prevenir o minimizar los daños por contaminación o de derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas al medio ambiente o bienes de terceros, cuando no se hubiere constituido el fondo de limitación de responsabilidad que se establece en el Título IX de la Ley de Navegación*”. En este caso se está refiriendo a los “gastos y sacrificios” y no a los perjuicios propiamente tales.

d) El artículo 846 N° 2 “[...] *créditos por suministros de productos o materiales, indispensables para la explotación o conservación de la nave*”. Son créditos que existen normalmente cuando se reclaman los servicios de atención a la nave en un puerto¹⁴ y que permanecen impagos; en estos casos suelen citarse además los créditos del artículo 846 N° 4 en lo relativo a “[...] *créditos [...]* para la explotación de la nave, incluyendo los servicios de agencias”, por ser generalmente las agencias de naves en los puertos las que prestan atención a las naves, fuera del suministro de productos o materiales.

2. *Casos distintos al arraigo en que se puede emitir una “letter of undertaking”.*

¹¹ PEURIOT CANTERINI, Luis Felipe, *El salvamento*, cit. (n. 10), p. 302.

¹² Motonave “Ámsterdam”, en Valparaíso 15.4.2005, daño a bita del muelle; motonave “Acacia” N, en Lirquén, 14.11.2004, daño a pilotes del muelle; motonave “Daio Discovery”, en Calbuco, 07.04.2002, colisión entre nave y remolcador; motonave “Nayadic”, daño al muelle, en Punta Arenas, 11.8.1995.

¹³ Motonave CSAV “Shenzhen”, en alta mar 19.6.2004, caída de contenedores al mar y daños a la carga.

¹⁴ Motonave “Santa Giulietta”, en Valparaíso 14.07.2003, servicios de atención a nave en Long Beach que quedaron impagos.

a) El artículo 1201 inciso 2° del Código de Comercio señala una excepción a la acción directa de que goza el reclamante (consagrada en el inciso 1° del mismo artículo) en los casos en que el asegurado (*member*) tenga derecho a limitar su responsabilidad y el asegurador de ella hubiere constituido el respectivo fondo de limitación.

El tema de la limitación de responsabilidad es materia de estudio separado; sin embargo, diremos al respecto que el artículo 888 del Código de Comercio señala que: “*El armador podrá contractualmente limitar su responsabilidad, excepto cuando la ley se lo prohíba*”. También podrá limitar su responsabilidad en los casos señalados en el artículo 889 del Código de Comercio. El procedimiento para la constitución y distribución del fondo de limitación de responsabilidad se encuentra tratado en los artículos 1210 a 1230 del Código de Comercio.

Este beneficio de la limitación de responsabilidad puede ser invocado constituyendo un fondo de limitación de responsabilidad, y justamente a éste se refiere el artículo 1201 inciso 2° del Código de Comercio.

Existe además la posibilidad de limitar la responsabilidad de acuerdo a lo que señala el artículo 145 de la Ley de Navegación a propósito de la contaminación, que en su N° 1 se refiere específicamente a que el fondo podrá constituirse consignando la suma o depositando una garantía bancaria o de otra clase, considerada suficiente por el tribunal.

Debemos hacer presente que la Ley de Navegación en sus artículos 144 inciso 1°, 145 inciso 2° y 153 letra c), hace aplicable el *Civil Liability Convention* de 1969¹⁵ (en adelante “CLC 69”) que entró en vigencia en nuestro país el 8 de octubre de 1978. La Ley de Navegación se inspira en estas normas para regir las indemnizaciones de los perjuicios que ocasionare el derrame de cualquier clase de materias o desechos que ocurra dentro de las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, sea cual fuere la actividad que estuviere realizando la nave o artefacto naval que lo produjo. En este caso, debemos decir que el CLC 69, con las normas complementarias de la Ley de Navegación, se aplica a la contaminación por hidrocarburos no transportados a granel como carga u otros contaminantes.

En los casos de contaminación por hidrocarburos transportados a granel como carga, debe aplicarse el *Civil Liability Convention* de 1992¹⁶ (en adelante “CLC 92”), que ha venido a enmendar el CLC 69 y que ha entrado en vigencia en Chile a partir del 16 de julio de 2003. Es justamente el artículo V de ambos CLC el que otorga el derecho a limitar la responsabilidad, aunque el CLC 92 modificó en parte lo dicho por el CLC 69¹⁷.

i) Artículo V N° 3 CLC 69: “*Para poder beneficiarse de la limitación prevista en el párrafo I de este artículo, el propietario tendrá que constituir ante el Tribunal u otra autoridad competente de cualquiera de los Estados contratantes en los que se interponga la acción en virtud del artículo IX, un fondo cuya cuantía ascienda al límite de su responsabilidad. El fondo podrá constituirse consignando la suma o depo-*

¹⁵ *The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage 1969.*

¹⁶ *IMO Protocol Of 1992 to Amend The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage 1969, IMO 1992.*

¹⁷ Ver artículo 145 de la Ley de Navegación en relación con el artículo V del CLC 69.

sitando una garantía bancaria o de otra clase reconocida por la legislación del Estado contratante en el que se constituya el fondo y considerada suficiente por el Tribunal u otra autoridad competente”.

ii) Artículo V N° 3 CLC 92: *“Para poder beneficiarse de la limitación estipulada en el párrafo I del presente artículo, el propietario tendrá que constituir un fondo, cuya suma total sea equivalente al límite de su responsabilidad, ante el tribunal u otra autoridad competente de cualquiera de los Estados Contratantes en que se interponga la acción en virtud del artículo IX o, si no se interpone ninguna acción, ante cualquier tribunal u otra autoridad competente de cualquiera de los Estados Contratantes en que pueda interponerse la acción en virtud del artículo IX. El fondo podrá constituirse depositando la suma o aportando una garantía bancaria o de otra clase que resulte aceptable con arreglo a la legislación del Estado contratante en que aquél sea constituido y que el tribunal u otra autoridad competente considere suficiente”.*

Desde el punto de vista de quién puede otorgar la garantía necesaria para constituir el fondo, y específicamente relativo a los aseguradores, el mismo artículo V del CLC 69 y 92 en su N° 11 señalan:

i) Artículo V N° 11 CLC 69: *“El asegurador u otra persona que provea la garantía financiera podrá constituir un fondo con arreglo a este artículo en las mismas condiciones y con los mismos efectos que si lo constituyera el propietario. Puede constituirse ese fondo incluso si hubo falta concreta o culpa del propietario, pero dicha constitución no limitará los derechos de resarcimiento de cualquier acreedor frente al propietario”.*

ii) Artículo V N° 11 CLC 92: *“El asegurador u otra persona que provea la garantía financiera podrá constituir un fondo con arreglo a este artículo en las mismas condiciones y con los mismos efectos que si lo constituyera el propietario. Podrá constituirse tal fondo incluso si, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2, el propietario no tiene derecho a limitar su responsabilidad, pero en tal caso esa constitución no irá en perjuicio de los derechos de ningún reclamante contra el propietario”.*

Resulta importante mencionar lo que establece el artículo 1230 del Código de Comercio, en el sentido que el procedimiento para la constitución y distribución del fondo de limitación de responsabilidad¹⁸ es aplicable también a los casos en que se puede limitar la responsabilidad por los daños derivados del derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas¹⁹.

Tanto en el caso del fondo de limitación de responsabilidad por las hipótesis comprendidas en los artículos 888 y 889 del Código de Comercio, como en el fondo que se pueda constituir a consecuencia de limitar la responsabilidad en materia de contaminación, según el CLC 92 y el CLC 69, complementado por las normas de la Ley de Navegación, nada impide que dichos fondos sean enterados por vía de una *lou*, emitida para tal efecto. De hecho –fuera de las normas sobre contaminación que ya citamos–, hay varias disposiciones que se refieren al fondo constituido por la vía de una garantía:

El artículo 1213 N° 3 del Código de Comercio dispone que la petición sobre apertura del procedimiento deberá indicar la forma cómo se constituirá el

¹⁸ Ver artículos 1210 y 1230 del Código de Comercio.

¹⁹ Ver párrafo 2°, título IX de la Ley de Navegación.

fondo, sea en dinero o mediante garantía, siendo el tribunal el que calificará la suficiencia de ella. Incluso, como señala Christian Fox Igualt: “La limitación de responsabilidad puede ser invocada constituyendo o no un fondo de limitación de responsabilidad”²⁰.

El artículo 1215 del Código de Comercio también hace referencia a la posibilidad que el fondo se pueda constituir con una *lou.*, cuando se refiere a las “[...] modalidades ofrecidas para la constitución del fondo [...]”.

El artículo 1216 del Código de Comercio se refiere a la posibilidad que la garantía devengue intereses cuando señala: “[...] Si el fondo ha sido *constituido mediante una garantía*, su importe devengará los intereses corrientes en el lugar del asiento del tribunal, de lo que se dejará constancia en el documento constitutivo de la garantía”.

El artículo 1217 inciso 1º del Código de Comercio establece que “*Constituido el fondo o aceptada la garantía sobre su constitución, el tribunal lo declarará así, y desde la fecha de esta resolución, se suspenderá toda ejecución individual o medida precautoria contra el requirente, respecto de los créditos a los cuales puede oponerse la limitación de responsabilidad [...]*”.

En la experiencia chilena, aún no se ha constituido un fondo de limitación de responsabilidad con una *lou.* respecto de los casos previstos en los artículos 888 y 889 del Código de Comercio y según lo permite el artículo 1213 N° 3 del mismo cuerpo legal. En efecto, los únicos dos fondos de limitación de responsabilidad que se han constituido en estas materias, en un caso fue por la vía de un depósito en efectivo (motonave “Nayadic”)²¹ y en el otro caso a través de una boleta bancaria de garantía (motonave “Aconcagua”).²²

Sin embargo, existen sólo dos casos de fondos de limitación de responsabilidad constituidos con una *lou.* en materia de contaminación, a saber, el caso de la motonave “Eider”²³ y el del b/t “Jose Fuchs”²⁴. Al respecto, Tomasello Hart señala a propósito de uno de estos casos que “Una vez interpuesta la demanda por parte del Estado chileno (la primera en la historia de nuestro país en que se pretendía resarcimiento por daño al medio ambiente acuático), los armadores del b/n “Jose Fuchs” y sus aseguradores de responsabilidad²⁵ constituyeron el

²⁰ FOX IGUALT, Christian, *Limitación de responsabilidad del armador y principio de reparación integral de los acreedores* (Santiago, Ed. Librotecnia, 2004), p. 89.

²¹ Expediente motonave “Nayadic”, 2º Juzgado de Letras de Punta Arenas, Rol Voluntario N° 5.210, posteriormente ingresado en el Rol Contencioso N° 39.098, daño a muelle, Punta Arenas, 11.08.1995, Caratulado “Compañía de Seguros Generales Cruz del Sur S.A. y Magallánica Industrial y Comercial S.A. con Seatrade (Armadores de la motonave “Nayadic”)”.

²² Expediente motonave “Aconcagua”, Rol N° 1385-1999, Caratulado “Cruz, Jorge con Compañía Sudamericana de Vapores S.A.”, 6º Juzgado de Letras de Valparaíso, incendio y daño a carga, a la cuadra de Guayaquil, 30.12.1998.

²³ Expediente motonave “Eider”, Rol N° 219-2005, Caratulado “Fondo de Limitación de Responsabilidad. Peticionario: Pretty Bright Shipping S.A.”, Ministra Corte de Apelaciones de Antofagasta, derrame, Antofagasta, 30.10.2005.

²⁴ Expediente motonave “Jose Fuchs”, Rol N° 896-01, Caratulado “Fisco de Chile con Antares Naviera S.A.”, Corte de Apelaciones de Valparaíso, derrame, Canal Moraleda, 25.05.2001.

²⁵ The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited.

correspondiente fondo que, dicho sea de paso, es el primero que se constituye con una garantía, y no en efectivo, garantía que fue otorgada por el asegurador de protección e indemnización²⁶.

b) Ya sabemos que el titular de un crédito que goce de algún privilegio sobre una nave puede solicitar el arraigo de ésta. Sin embargo, cabe preguntarse qué pasa cuando no se trata de un crédito privilegiado, es decir, nos referimos a los créditos comunes o valistas.

Claramente, no podrán solicitar el arraigo de la nave, pero sí podrán hacer uso de otras medidas que contempla la ley. Así, el título V del libro II del Código de Procedimiento Civil referido a las Medidas Precautorias, en su artículo 290, señala que para asegurar el resultado de la acción, el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, puede pedir una o más de las medidas indicadas, y entre ellas señala la retención de bienes determinados.

El artículo 295 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil se refiere específicamente a la retención, señalando que: *“La retención de dinero o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por ley”*.

Por lo anterior, podemos concluir que una *lou* podrá también emitirse con el objeto de sustituir una retención decretada judicialmente sobre una nave, con el objeto de garantizar el pago de los créditos no privilegiados que han servido de base a la petición de la medida.

Al respecto, debemos tener presente el artículo 1240 del Código de Comercio el que aludiendo a las disposiciones relativas a la retención o arraigo de una nave, señala que éstas no excluyen el ejercicio de otras medidas cautelares propias del derecho común que un acreedor pueda solicitar con el objeto de asegurar el resultado de su acción, o bien, como señala la parte final de la norma, *“para los casos en que no se tratara de un crédito que goce de privilegio sobre una nave”*.

Finalmente, diremos que el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil permite que dicha medida y demás señaladas en el Título V, sean solicitadas como medidas prejudiciales cuando existan motivos graves y calificados, siempre que se determine el monto de los bienes sobre los que deben recaer las medidas precautorias y que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.

3. La hipótesis del artículo 146 de la Ley de Navegación.

a) El seguro forzoso del artículo 146 inciso 1º. Al respecto, el artículo 146 de la Ley de Navegación señala que *“Toda nave o artefacto naval que mida más de tres mil toneladas, según las bases de medición dispuestas en el artículo precedente, deberá suscribir un seguro u otra garantía financiera otorgada por un banco o un*

²⁶ TOMASELLO HART, Leslie, *Régimen jurídico de la contaminación marina* (Santiago, Ed. Librotecnia, 2004), p. 232.

fondo internacional de indemnizaciones por el importe al que asciendan los límites de responsabilidad establecidos en dicho artículo [...]”.

Esta norma se refiere a la obligación que tiene toda nave o artefacto naval que mida más de tres mil toneladas de arqueo semi-bruto²⁷ de contar a bordo con un seguro u otra garantía financiera, otorgada por un banco o fondo internacional de indemnizaciones para cubrir los daños derivados de los derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas, incluyendo los daños incurridos en minimizar o prevenir dichos daños por contaminación.

Al respecto, podemos comentar que esta norma lo que exige es la contratación del seguro, pero no indica con quién debe contratarlo el armador o dueño del artefacto naval ni en qué términos. En este sentido, podemos indicar que lo que el “Club de P&I” provee es un “seguro” y no una garantía en los términos de una *lou*.

La Ley de Navegación (artículo 146), inspirada en el CLC 69 (Artículo VII), exige un seguro forzoso, por lo que hay que entender la exigencia aplicable a la posible contaminación por hidrocarburos no transportados a granel como carga u otros contaminantes, donde la exigencia del seguro forzoso se cumple por la vía del Certificado de Ingreso (*Certificate of Entry*) con que cuenta toda nave ingresada en un “Club de P&I” –sea o no petrolera– y que acredita que la nave o el artefacto naval cuenta con una cobertura de responsabilidad civil por daños causados por contaminación.

En este sentido, el Ordinario/ Permanente Directiva 0-71/017 de 23 de noviembre de 2000 con vigencia a partir de 01 de enero de 2001 emitido por el entonces Director General del Territorio Marítimo y Marina Mercante, estableció la forma de dar cumplimiento a las disposiciones legales mencionadas en el artículo 146 de la Ley de Navegación, específicamente relativo a la obligación de toda nave, chilena o extranjera, de acreditar que cuenta con un certificado de responsabilidad civil por daños por contaminación causados por hidrocarburos. Para estos efectos, se aceptan como válidas para cumplir esta obligación, las certificaciones emitidas por un asegurador de responsabilidad debidamente registrado, incluyendo el “Certificado de Ingreso” otorgado por un Club de Protección e Indemnización²⁸.

Respecto de las naves petroleras, la misma Directiva dispone que toda nave, chilena o extranjera, que transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel (por lo tanto bajo el régimen del CLC 92), deberá tener un seguro u otra garantía financiera vigente, expedido por un banco o por un fondo internacional de indemnizaciones, por un importe no inferior al límite de responsabilidad establecido en el artículo 145 de la Ley de Navegación o en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil, según el caso, por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos.

²⁷ Seguimos la explicación dada por TOMASELLO HART, Leslie, *Régimen jurídico*, cit. (n. 26), p. 174, relación con el artículo 145 N° 6 de la Ley de Navegación.

²⁸ Tomasello Hart, Leslie, expediente motonave “Berge Nice”, Rol N° 572-04, Caratulado “Consejo de Defensa del Estado con Naviera Berge Nice”, 3^{er} Juzgado de Letras de Punta Arenas.

Se conoce como *Blue Card*, y más bien constituye un certificado de cobertura que le garantiza a quien lo exija, que esa nave se encuentra cubierta por su “Club de P&I” u otro asegurador de responsabilidad para responder por los perjuicios resultantes de la contaminación de que sea encontrada responsable. La *Blue Card* es una certificación que hace el “Club de P&I” u otro asegurador de responsabilidad, acreditando que esa nave petrolera se encuentra cubierta por una póliza de seguro u otra garantía financiera que satisfaga los requisitos de la CLC 92 (Artículo VII) al exigir un seguro forzoso para los casos de contaminación por hidrocarburos, que en Chile es válido para los hidrocarburos transportados a granel como carga.

Estos aseguradores podrán emitir cualquier otra certificación válida al efecto, siempre que la misma acredite de manera satisfactoria para la Autoridad Marítima, la existencia del seguro exigido²⁹.

El Club de Protección e Indemnización u otro asegurador de responsabilidad que emita la *Blue Card* deberá estar registrado ante la Dirección General como entidad reconocida para los efectos de la Directiva citada anteriormente, acreditando así que la nave está cubierta por una póliza de seguro u otra garantía financiera que satisfaga los requisitos establecidos en el Convenio antes citado.

b) La acción directa. No podemos dejar de mencionar la acción directa para el resarcimiento de daños que se puede dirigir contra el asegurador (“Club de P&I”), o contra el que hubiere otorgado la garantía financiera—según lo indica el artículo 146 inciso 3º— lo que constituye una clara excepción al principio del efecto relativo de los contratos que emana del artículo 1545 del Código Civil³⁰, y que no rige por regla general en materia de seguros de responsabilidad, ya que quien alegue los daños amparados por la respectiva cobertura, no tiene acción directa contra el asegurador, salvo en los casos en que este último haya emitido una *lou*. (artículo 1201 inciso 1 del Código de Comercio).

“El efecto relativo del contrato consiste, pues, en que él afecta únicamente a las partes contratantes y no a aquellos que no han intervenido en su celebración”, es decir, “en cuanto al otorgamiento de los derechos y obligaciones que genera el contrato, sólo afecta, por regla general, a las partes y no a terceros”³¹. Sin embargo, en materia de contaminación, el citado artículo 146 de la Ley de Navegación autoriza la acción directa del afectado que alega los daños en contra del asegurador, siendo que ese tercero perjudicado no es parte del contrato de seguro. Ya veremos que el asegurador no sólo es tal, sino que además es garante.

Finalmente, diremos que si se solicita la constitución de una garantía para cubrir los daños derivados de los derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas, la petición debiera ser declarada improcedente, ya que al existir el seguro forzoso al que se refiere el artículo 146 de la Ley de Navegación, no cabría además decretar el otorgamiento de una nueva garantía (como sería una *lou*.), puesto que al ya existir el seguro forzoso, habría una especie de “doble protección”. Esta fue

²⁹ TOMASELLO HART, Leslie, motonave “Jose Fuchs”, exp. cit (n. 24).

³⁰ Artículo 1545 del Código Civil: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

³¹ Abeliuk Manasevich, René, Las obligaciones (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 106.

la opinión del tribunal³² que conoció de la solicitud de arraigo presentada por el Estado de Chile en el caso del derrame de la motonave “Berge Nice” ocurrido el 12 de mayo de 2004 (cuyo juicio se encuentra en tramitación), en que después que el Estado solicitó que se decretara en contra de los armadores de la nave la medida prejudicial precautoria innominada de constituir una boleta de garantía bancaria (aunque los armadores solicitaron en subsidio que se admitiera la constitución de una *lou.*), el tribunal rechazó la solicitud para evitar que se generara una especie de “doble garantía” (la del seguro forzoso del artículo 146 de la Ley de Navegación y otra garantía adicional, como aquella solicitada por el Estado), lo que no se ajustaba a los criterios de justicia y equidad.

4. “Letter of undertaking” cuando está comprometido el seguro de casco y maquinaria.

Ya nos referimos al crédito contemplado en el artículo 844 N° 5 del Código de Comercio a propósito de los daños, pérdidas o averías causadas a otras naves como consecuencia de abordajes u otros accidentes de navegación. Relacionado con esto, diremos que los “Clubes de P&I” también pueden emitir *lou.* con el objeto de cubrir la parte de su proporción de responsabilidad en materias de abordaje que, como es sabido, en estas materias le corresponden en una proporción de un cuarto frente a los tres cuartos de los aseguradores de casco y maquinaria (*Hull & Machinery Underwriters*). El motivo nuevamente puede ser evitar o alzar un arraigo. Así, basta con revisar el artículo 1201 inciso 3° del Código de Comercio que señala: “*El seguro de responsabilidad de un armador por abordaje o por colisión con cualquier objeto fijo o flotante, que tiene como fin la reparación de daños causados a terceros, no produce obligación de indemnizar sino en caso de insuficiencia de la suma asegurada en la póliza del casco*”.

Relacionado con lo anterior, dijimos –y lo dice el mismo título del presente trabajo– que si bien son los “Clubes de P&I” las entidades que generalmente emiten las *lou.*, también es posible que existan otros terceros que estén dispuestos a garantizar las obligaciones de otro, como es el caso de los aseguradores de casco y maquinaria, quienes emiten una *lou.*³³ con el objeto de cubrir su proporción de responsabilidad en materias de abordaje por los daños causados al casco y/o maquinaria aseguradas o sus implementos, que como es sabido en estas materias, le corresponden en una proporción de tres cuartos frente al cuarto de los Clubes de P&I.

Por lo anterior, en todo este artículo, cada vez que hablemos de las características de una *lou.* a propósito de su otorgamiento efectuado por un “Club de P&I”, debemos tener presente que dicha carta de garantía también puede ser emitida por un asegurador de casco y maquinaria.

Normalmente las pólizas de casco y maquinaria restringen la cobertura de tres cuartos de la responsabilidad por colisión a los tres cuartos del valor asegurado de la nave. La responsabilidad en exceso (un cuarto) estará cubierta por los “Clubes de P&I”.

³² Motonave “Berge Nice”, exp. cit. (n. 28).

³³ Motonave “Daio Discovery”, en Calbuco, 07.04.2002, colisión entre la nave y el remolcador “Julietta S”.

Para fines prácticos, y con el objeto de evitar la demora en obtener la *lou.* de parte de los aseguradores de casco y maquinaria –que normalmente son varios en una póliza y que sí tienen fines de lucro, por lo que buscarán contra-garantizar la *lou.* con su cliente antes de emitirla– los “Clubes de P&I” emiten su garantía por los cuatro cuartos de responsabilidad por los daños, entendiéndose luego directamente, vía contra-garantía entre aseguradores, con el asegurador de casco y maquinaria, facilitando así el manejo del caso.

Cabe mencionar que existe experiencia en Chile de haber emitido una *lou.* en estas materias tanto por cuenta de los aseguradores de casco y maquinaria, como por cuenta de los Clubes de P&I. Específicamente referido al caso de la motonave “Arctic Point”, en Quintero 21.08.2003, en que los aseguradores de casco y maquinaria garantizaron en la *lou.* el pago de un monto correspondiente a la posible recompensa del salvador y el “Club de P&I” garantizó, en la misma *lou.*, otro monto correspondiente a la cobertura propia de salvamento, que incluía reembolso de gastos y compensación especial (*special compensation*).

III. CARACTERÍSTICAS DEL OTORGAMIENTO DE UNA “LETTER OF UNDERTAKING”

1. La “letter of undertaking” responde a una facultad discrecional del “Club de P&I”.

El otorgamiento de una *lou.* no es automático y no está exento de condiciones. Para evitar que se cometan abusos o irregularidades, los “Clubes de P&I” se preocupan mucho de la redacción de la carta, generalmente sobre la base de formatos estándares. En este mismo sentido, las *lou.* sólo se otorgan en casos justificados.

Es importante precisar que otorgar o no una *lou.*, o cualquier otra forma de garantía que permita la liberación de una nave arraigada, es una decisión absolutamente discrecional del “Club de P&I” en que está ingresada dicha nave. Incluso se habla de un *act of friendship* o “acto de amistad”, lo que explica el por qué los “Clubes de P&I” siempre han sido reticentes a incluir dentro de su cobertura la obligación de emitir una *lou.*, a requerimiento de su *member*. En todo caso, la decisión final de otorgar una *lou.* es privativa del “Club de P&I” y no de sus representantes o corresponsales, quienes pueden estar lidiando con un caso en particular. En este sentido, podríamos decir que es un acto jurídico unilateral, sin embargo, por su redacción tradicional aparece un grado de bilateralidad atendido que el beneficiario de la carta de garantía, por su parte, se compromete a alzar el arraigo, si ya se hubiese decretado, o de abstenerse de solicitarlo en el caso contrario. Veremos este punto más adelante a propósito de la naturaleza jurídica de las *lou.*

La razón detrás de esta discrecionalidad es que los “Clubes de P&I” no están dispuestos a correr el riesgo de que se les quiera hacer responsables por la posible demora y sobreestadía de la nave, o por el posible lucro cesante que se genere con motivo de la lentitud del “Club de P&I” en emitir la *lou.* Las razones que puede tener un “Club de P&I” para demorarse en otorgar una *lou.* pueden ser varias, como revisar la cobertura, revisar que las *calls* se hayan pagado, la diferencia horaria entre el lugar donde los clubes tienen sus oficinas principales y el lugar donde se

encuentra el beneficiario de la *lou.*, obtener contra-garantías, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, hay ocasiones excepcionales en que sí está cubierto el lucro cesante generado como consecuencia de la demora en otorgar una *lou.* para garantizar un reclamo o multa; esto sucede en aquellos casos en que la demora es consecuencia de las gestiones realizadas por el *member* o su “Club de P&I” tendientes a reducir el monto del reclamo o multa que debía garantizarse³⁴.

2. La nave debe estar ingresada en el “Club de P&I”.

La nave que el interesado quiera garantizar con una *lou.* debe estar ingresada en el “Club de P&I” al momento en que ocurre el siniestro que motiva la solicitud de garantía, o bien puede ser una nave de la misma propiedad, asociación o administración³⁵ de la nave responsable, siempre que esta última también haya estado ingresada con el Club al momento del siniestro.

Normalmente, los “Clubes de P&I” sólo otorgan una *lou.* a aquellos *members* que sean armadores o dueños de la nave involucrada y no a los fletadores. Cuando una nave fletada es arraigada, el procedimiento es que el “Club de P&I” del fletador, en conjunto con su *member*, solicitan al “Club de P&I” del armador o dueño de la nave que emita la respectiva garantía, siempre que esto no afecte los términos acordados en la respectiva póliza de fletamento (*Charterparty*)³⁶.

3. El reclamo por el que se pide su emisión debe estar cubierto por el “Club de P&I”.

El reclamo que motiva el arraigo de la nave debe ser una materia cubierta por el “Club de P&I”. Hay veces en que no es fácil determinar si un reclamo está cubierto o no, por ejemplo, respecto de un reclamo de carga en que el *member* puede haber salido a la mar a sabiendas de que la nave no se encontraba en condiciones óptimas de navegabilidad.

Los riesgos normalmente cubiertos por un “Club de P&I” son: daños físicos y mentales, muerte o enfermedad de personas, incluyendo gastos hospitalarios, médicos o fúnebres respecto de pasajeros, tripulación y terceros que sufran lo anterior en relación con la nave; gastos relacionados con polizones y refugiados; daños a la propiedad relacionados con abordajes; daños relacionados con la carga; contribución en avería gruesa; pago de salvamento; multas y penas administrativas, entre otras; gastos legales y costas incurridos por el armador para defenderse y protegerse de reclamaciones cubiertas bajo las Reglas; cualquiera otra responsabilidad ante terceros que los directores del Club decidan cubrir; contaminación, etc.

En las ocasiones en que existan dudas respecto de si está cubierto o no un reclamo, normalmente el “Club de P&I” emitirá la *lou.* previa recepción de una contra-garantía otorgada por su *member*, para el evento que finalmente se determine que el reclamo no estaba cubierto.

³⁴ HAZELWOOD, Steven J., cit. (n. 5), p. 258.

³⁵ Con todo, el artículo 1234 del Código de Comercio se refiere a una nave que pertenece al mismo dueño, o está sujeta a la misma administración, o es operada por esa misma persona como objeto susceptible de ser arraigado.

³⁶ HAZELWOOD, Steven J., cit. (n. 5), p. 259.

Un motivo común por el cual un “Club de P&I” puede negarse a otorgar una *lou.*, es que el *member* haya entregado la carga sin haber exigido, a su vez, la entrega del conocimiento de embarque original, lo que en la práctica puede ocurrir, por ejemplo, en los casos en que la nave llega a destino final antes que el conocimiento de embarque original llegue a manos del consignatario.

Sin embargo, como una manera de paliar esta negación de cobertura, el *International Group of P&I Clubs* preparó algunas cartas estándares para sus *members* con el objeto de que fueran usadas en casos como la entrega de carga sin exigir la presentación del conocimiento de embarque original. Lo que busca en definitiva este tipo de carta es que el recibidor que retira la carga libere, al que se la entrega, de toda responsabilidad ulterior en relación con esa carga.

Junto con tratarse de un reclamo cubierto por el “Club de P&I”, el crédito que ha dado motivo al arraigo, o a la amenaza de tal, debe generar una responsabilidad eventual del *member*. Los “Clubes de P&I” nunca emitirán una *lou.* preventiva sin que la responsabilidad del *member* haya sido, al menos, debidamente verificada. Para esto es vital la asesoría que ofrecen los corresponsales de los “Clubes de P&I” en las distintas partes del mundo, que entre otras cosas, pueden confirmar la verdadera exposición del *member* sobre la base de la legislación local.

4. El “Club de P&I” puede solicitar contra-garantía.

Tal como lo adelantáramos, en materia de abordaje, una póliza de casco y maquinaria de una nave de cierto tonelaje generalmente tendrá la firma de varios aseguradores que se cubren conjuntamente la responsabilidad correspondiente a la proporción de tres cuartos. Por lo tanto, obtener la firma de varios de ellos en una *lou.*, que se requiriese en forma urgente, se haría impracticable y engorroso. Además, se perdería aún más tiempo considerando que cada uno tendría que obtener una contra-garantía de sus clientes.

Por lo anterior, es que los “Clubes de P&I” aceptan emitir una *lou.* por los cuatro cuartos y no sólo por el cuarto que les corresponde, obteniendo contra-garantías de cada uno de los aseguradores de casco y maquinaria firmantes de la respectiva póliza de casco, simplificado y agilizando así la emisión de la *lou.*

Otro caso en que el “Club de P&I” podrá solicitar una contra-garantía—esta vez del *member*— ocurre cuando el deducible del *member* es muy alto. Algunos “Clubes de P&I” insisten en que la contra-garantía de los *members* esté respaldada por un banco. Los términos de dichas contra-garantías son bastante estandarizadas. La idea principal que debe aparecer mencionada es que, en consideración a la garantía que otorga el Club, el *member* se obliga a indemnizar de inmediato al Club por cualquier responsabilidad en que haya incurrido este último, como consecuencia de la emisión de la *lou.*, y además se obliga a tomar todas las medidas necesarias para que el Club no sea encontrado responsable, debiendo indemnizarlo por cualquier pérdida que sea consecuencia de haber otorgado la garantía³⁷.

Finalmente, también es necesario indicar que la contra-garantía es generalmente requerida por los aseguradores a prima fija (*Fixed premium insurers*) cuando

³⁷ HAZELWOOD, Steven J., cit. (n. 5), p. 261.

se solicita el otorgamiento de una *lou*. Estos aseguradores a prima fija tienen la forma de compañía de seguros, con fines de lucro, pero ofrecen cobertura de P&I con algunas limitaciones.

5. *Su emisión no es reconocimiento del “Club de P&I” de que indemnizará el reclamo al member.*

El hecho que un “Club de P&I” otorgue una *lou*. por la supuesta responsabilidad del *member*, no significa que reconozca la obligación de cubrir el reclamo que motiva su emisión.

La mejor manera de entender esta característica, es ponerse en el caso de un *member* que puede sufrir o ya está sufriendo un importante daño comercial por estar la nave arraigada. El Club hará una evaluación inicial, antes del otorgamiento de la *lou*., con el fin de determinar si el riesgo y, por ende, el reclamo que motiva el arraigo, están cubiertos. Sin perjuicio de esto, una vez que se emite la *lou*. –y el arraigo es alzado, quedando la nave liberada– existe suficiente tiempo para estudiar los antecedentes en detalle. De este estudio y análisis pueden surgir elementos que hagan concluir que el reclamo no se encuentra cubierto.

Lo anterior dará lugar a negociaciones entre “Club de P&I” y *member*, generalmente a cambio de una contra-garantía del *member* al Club, respaldada por un banco. Por lo tanto, la solución no pasa –para tranquilidad de los reclamantes– por desconocer una *lou*. válidamente emitida, pues ya sabemos que la *lou*. es un acuerdo privado entre el “Club de P&I” y el beneficiario en virtud del cual el Club está obligado y debe responder independientemente de la cobertura. Como ya hemos dicho, el *International Group of P&I Clubs* jamás ha dejado de honrar una *lou*.

6. *El member debe tener al día el pago de las calls.*

Por razones obvias, para que un “Club de P&I” otorgue una *lou*., es necesario que el *member* tenga al día el pago de sus *calls*. Normalmente son las propias Reglas del “Club de P&I” las que establecen que éste no estará obligado a indemnizar al *member* mientras las *calls* no estén pagadas íntegramente.

Resulta necesario explicar en este punto que las *calls*, en el contexto de los Clubes de P&I, no son lo mismo que las primas (*premiums*) que se deben pagar a las compañías de seguros tradicionales. En el caso de estas últimas, las primas son el precio por el cual un asegurador compromete su responsabilidad. En el caso de las *calls* que deben pagarse a los Clubes de P&I, el precio responde a una consideración distinta a la del pago efectivo; es más bien un acuerdo entre el “Club de P&I” y el *member* en que este último se hace responsable de contribuir a las pérdidas de los demás *members* del mismo Club, por tratarse de una mutual. El “precio” que paga el *member* no es la *call* o el monto efectivamente desembolsado, sino su compromiso de pagar dichas *calls* según lo exigen las Reglas del Club, para solventar tanto sus propias pérdidas, como también las de los demás *members* del Club y los gastos de administración, inversiones y reaseguros en que incurre el Club.

La determinación del monto de la *call* se hará sobre la base de diversos factores, por ejemplo, características físicas de la nave, tráfico a realizar, número y nacionalidad de la tripulación, costos de reaseguro, el nivel de siniestralidad del *member*, etc.

7. *El member debe pagar el deducible al “Club de P&I”.*

En ciertos casos, poco comunes según nuestra experiencia práctica en el tema, es posible que el “Club de P&I” exija al *member*, previa emisión de la *lou.*, que éste le pague o garantice el pago del deducible correspondiente al reclamo que motiva el arraigo.

Lo anterior se explica porque el deducible es el monto del reclamo que no está cubierto por el “Club de P&I” y cuyo pago deberá ser soportado íntegramente por el *member*.

IV. LA “LETTER OF UNDERTAKING” EN LA LEY
CHILENA Y SU NATURALEZA JURÍDICA

1. *Reconocimiento en la legislación chilena.*

Sin perjuicio del tratamiento que el Libro II, Título VIII del Código de Comercio da al contrato de seguro en los artículos 512 a 601, la referencia a los “Seguros de Responsabilidad” está contemplada en el párrafo 4º, título VII, artículos 1200 a 1202 del Código de Comercio. Esta responsabilidad hay que entenderla—como bien señala García Infante— como responsabilidad contractual, extracontractual, causada por contaminación, abordaje, contratos de embarco, etc.³⁸.

En lo relativo específicamente a la existencia de las garantías, algunas de las normas más relevantes son:

a) El artículo 1201 del Código de Comercio, que señala: “*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./ Lo anterior no rige en caso que el asegurado tenga derecho a limitar su responsabilidad y el asegurador de ella hubiere constituido el fondo respectivo de limitación./ El seguro de responsabilidad de un armador por abordaje o por colisión con cualquier objeto fijo o flotante, que tiene como fin la reparación de daños causados a terceros, no produce obligación de indemnizar sino en caso de insuficiencia de la suma asegurada en la póliza del casco*”.

c) Ya nos referimos en el acápite II, 2 a los artículos ubicados en el Párrafo 4º, Título VIII del Código de Comercio relativo al procedimiento para la constitución y distribución del fondo de limitación de responsabilidad (artículos 1210 a 1219).

d) Luego, a propósito del Procedimiento sobre arraigo o retención de naves y su Alzamiento ubicado en el párrafo 5º, título VIII, artículos 1231 a 1240 del Código de Comercio, tenemos tres artículos pertinentes. El artículo 1236 dispone: “*Cuando se tratare de una gestión prejudicial precautoria, el solicitante deberá expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos. Si la acción no se refiere a la tenencia o posesión de la nave sino al cobro de alguna prestación pecuniaria, el actor deberá señalar el monto y forma de garantía que estima suficiente para asegurar el resultado de la acción. Si la petición se formula simultáneamente con la demanda o en el curso del pleito, el actor indicará en ella su pretensión sobre el monto de la garantía y su forma de constitución./ Tan pronto como se hubiere proporcionado la garantía solicitada, el tribunal alzarará el arraigo sin más trámites. Procederá*

³⁸ GARCÍA INFANTE, Félix, cit. (n. 7), p. 406.

en igual forma si las partes estuvieren de acuerdo sobre dichos respectos. El tribunal podrá también calificar la suficiencia de la garantía que ofrezca el demandado, o dar tramitación incidental a esta materia. En todo caso, el monto de la garantía no podrá exceder el valor de la nave arraigada. La garantía que se otorgue subrogará a la nave como objeto exclusivo del privilegio respectivo.”

Por su parte, el artículo 1237 expresa: *“La persona que ha constituido la garantía o a quien ella afecte, podrá solicitar en forma fundada y en cualquier momento, que se la modifique, reduzca o alce. Las gestiones para alzar un arraigo no perjudican el derecho del peticionario para alegar u oponer posteriormente las excepciones o defensas que crea le competen. Tampoco se considerarán como renuncia al derecho de limitar responsabilidad conforme a los artículos 889 y siguientes”*.

El artículo 1238m, en fin, señala: *“La solicitud de oposición a una retención o arraigo, así como la de objeción al monto o forma de constitución de la garantía, se tramitarán como incidente y sin que su interposición suspenda los efectos de la resolución impugnada. La petición sobre modificación, reducción o alzamiento de una garantía substitutiva de un arraigo, se tramitará también como incidente”*³⁹.

Como ya mencionáramos en el acápite II a propósito de las razones por las que se pueden emitir las garantías, también es posible considerar que hay referencias a las *lou*. cuando la ley habla de garantías en materia de salvamento y contaminación. Además, como ya vimos, también se pueden otorgar a propósito de la contribución en el abordaje.

2. Naturaleza jurídica.

En nuestra opinión, las *lou*. constituyen una caución de carácter personal, ya que el acreedor va a tener el derecho de prenda general establecido por el artículo 2465 del Código Civil, no sólo sobre el patrimonio del deudor, sino también sobre el patrimonio del codeudor solidario en que se convierte el “Club de P&I”. Como dice Manuel Somarriva: “En las cauciones personales no se toman en cuenta bienes determinados que posea el que garantiza la obligación, sino que su solvencia, y, en cierto aspecto, muy importante, un factor subjetivo: la confianza que merezca al acreedor la persona del fiador o codeudor. Bien puede que éstos, al contraer la obligación, carezcan de bienes; pero, llegado el momento de responder por el deudor, para hacer fe a su palabra sabrán arbitrar los medios necesarios”⁴⁰.

En cuanto al tipo de caución personal, pensamos que la *lou*. constituye un caso de solidaridad pasiva, donde el “Club de P&I” se convierte en garante solidario del *member* al emitir la *lou*. Resulta claro que no se trata de una fianza, entre otras razones porque el “Club de P&I” no goza del beneficio de excusión contemplado en el artículo 2357 del Código Civil⁴¹ ni del beneficio de división contemplado

³⁹ En el acápite VI, 2 analizaremos más detalladamente los artículos 1236, 1237 y 1238 del Código de Comercio.

⁴⁰ SOMARRIVA, Manuel, Tratado de las cauciones (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1943), p. 9.

⁴¹ Artículo 2357 del Código Civil: “El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda”.

en el artículo 2367 inciso 1º del mismo cuerpo legal⁴².

Si concluimos que la *lou.* es una caución personal de solidaridad pasiva, dentro del contexto que estamos estudiando, debemos referirnos a los efectos que esto conlleva, a saber, que el acreedor (reclamante) estará facultado para demandar de cualquiera de los deudores (*member* y “Club de P&I”) el total de la obligación, lo que se justifica porque en esta clase de obligaciones existe unidad de la prestación. Por lo mismo, la demanda dirigida por el acreedor contra uno de los deudores, no extingue la acción contra los otros sino en la parte que hubiere sido satisfecho por el demandado. Siguiendo esta misma idea, la sentencia dictada contra uno de los codeudores solidarios produce el efecto de cosa juzgada con respecto a los otros, ya que existiría identidad legal de persona en ambos juicios⁴³.

El caso más claro en que aparece el carácter de garantía que tiene la solidaridad lo encontramos en el artículo 1522 inciso 2º del Código Civil⁴⁴, ya que distingue los casos en que la solidaridad interesa a todos los codeudores o solamente a alguno de ellos. Por lo tanto, puede suceder que una persona (el “Club de P&I”) se haya obligado con otra (el reclamante a través de la *lou.*) sólo para garantizar el cumplimiento del verdadero deudor (el *member*), de quien se reclama el pago del crédito privilegiado.

La expresión más clara en nuestra legislación de que la garantía (*lou.*) emitida por un asegurador de responsabilidad (“Club de P&I”) constituye un caso de solidaridad pasiva es el artículo 1201 inciso 1º del Código de Comercio que señala: “*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.*”

Creemos que –dependiendo del domicilio del “Club de P&I”– esa acción directa tendría lugar en el extranjero y no a través de los corresponsales de los Clubes, que son solamente eso: “corresponsales” (comerciales o legales), y no son sus representantes legales en los distintos puertos del mundo como para ser válidamente notificados de alguna acción dirigida en contra del asegurador.

Si la ley permite una acción directa contra el emisor de la *lou.* es porque está reconociendo que con la emisión de dicha garantía, el “Club de P&I” está garantizando el pago de una obligación propia del *member*, pero esto no significa que con la existencia de la *lou.* el *member* deje de estar obligado frente al reclamante titular de un crédito marítimo, es decir, tanto asegurador como *member* están obligados frente al reclamante.

La excepción a lo anterior viene dada por el inciso 2º del mismo artículo 1201 del Código de Comercio, cuando expresa: “*Lo anterior no rige en caso que el*

⁴² Artículo 2367 inciso 1º del Código Civil: “*Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa.*”

⁴³ SOMARRIVA, Manuel, cit., (n. 40), p. 56.

⁴⁴ Artículo 1522 inciso 2º del Código Civil: “*Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.*”

asegurado tenga derecho a limitar su responsabilidad y el asegurador de ella hubiere constituido el fondo respectivo de limitación”.

Esta norma hay que relacionarla con:

a) El derecho que tiene el asegurador de gozar del beneficio de limitación de responsabilidad que puede tener el asegurado (*member*) y en su misma medida, según lo establece el artículo 901 del Código de Comercio señalando que: “*Todo asegurador de la responsabilidad por reclamaciones que estén sujetas a limitación de conformidad con las reglas precedentes, tendrá derecho a gozar de este beneficio en la misma medida que el asegurado*”.

b) El derecho que tiene el asegurador de constituir un fondo de limitación de responsabilidad en los términos del artículo 1210 del Código de Comercio que dispone “*Cualquiera de las personas mencionadas en el Párrafo 1º del Título IV y en el Párrafo 3º del Título V de este Libro, que se considere con derecho a limitar responsabilidad, o el asegurador en su caso, podrá ocurrir ante alguno de los tribunales que se indican en el artículo siguiente, y solicitar que se inicie un procedimiento con el objeto de constituir el fondo, verificar y liquidar los créditos, y para efectuar su repartimiento de acuerdo con las normas de prelación que disponga la ley*”.

Respecto a si una *lou*. puede constituir un título ejecutivo por sí solo que le permita al reclamante perseguir al “Club de P&I” en un juicio ejecutivo en virtud del artículo 1201 inciso 1º del Código de Comercio, creemos que la respuesta es no, ya que no está mencionado como tal en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, esto no impide que con la *lou*. se inicie una gestión preparatoria para la vía ejecutiva, tal como lo permite el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, a saber, por la vía de reconocer firma o confesar deuda.

No obstante lo anterior, y a propósito de hacer efectiva una *lou*. que ha sido emitida para producir sus efectos en Chile, si ya se cuenta con el título ejecutivo y existe una sentencia o acuerdo que permiten hacerla efectiva, creemos que en teoría existen dos maneras de proceder:

i) La primera sería tratar de hacer cumplir la *lou*. en Chile en la medida que la jurisdicción indicada en la *lou*. fuera la chilena, y para efectos del emplazamiento, sería necesario además que el “Club de P&I” emisor de la *lou*. tuviera representante legal en Chile. Esto último en la práctica no ocurre, ya que ningún “Club de P&I” tiene representante legal en Chile. Por lo tanto, para efectos de notificación, habría que hacerlo por la vía del exhorto internacional.

ii) La segunda manera –suponiendo que la jurisdicción indicada en la *lou*. fuera la del lugar donde esté constituido el “Club de P&I” emisor– sería tratar de obtener el cumplimiento forzado de la garantía en ese lugar, tema que veremos a propósito de las referencias a jurisdicción y competencia que se incluyen en el texto de las *lou*.

V. BENEFICIOS QUE REPORTA LA “LETTER OF UNDERTAKING” PARA LAS PARTES QUE INTERVIENEN

1. La carta de garantía bancaria frente a la “letter of undertaking”.

En ciertas jurisdicciones en que los reclamantes no están acostumbrados a hacer sus negocios sobre la base de la expresión “Nuestra Palabra es Nuestra Garantía”,

o simplemente por desconocimiento de las herramientas que entrega el negocio naviero, es posible que dichos reclamantes, e incluso los jueces, no acepten una *lou.* como garantía suficiente a cambio del alzamiento del arraigo, en cuyo caso los “Clubes de P&I” generalmente estarán preparados para negociar el otorgamiento de una garantía bancaria.

Si se trata sólo de una amenaza extrajudicial de arraigo y finalmente éste no se decreta, normalmente se habrá evitado a través del otorgamiento de una garantía, que podría ser bancaria o en dinero, pero que generalmente es por la vía de una *lou.* acordada entre el “Club de P&I” y el reclamante.

Sin embargo, cuando el arraigo ya se encuentra decretado judicialmente, lo común es que en las solicitudes especiales de retención o arraigo de naves se pida el arraigo propiamente tal y que se mantenga el mismo mientras no se constituya una garantía bancaria (que normalmente se pide que sea constituida por un banco chileno) o boleta de depósito en la cuenta corriente del tribunal u otra garantía suficiente que incluya el monto adeudado, más reajustes, intereses y costas.

Aún en la circunstancia de que se encuentre decretado el arraigo y se esté pidiendo garantía o boleta bancaria, lo primero será tratar de liberar la nave ofreciendo otorgar una *lou.* En este sentido, cuando se acepta la *lou.* como garantía suficiente para alzar el arraigo, lo más común es que el reclamante arraigador pida al arraigado que emita una declaración liberándolo de toda eventual acción de perjuicios derivada del arraigo, como sería una acción por arraigo infundado (*wrongful arrest*), ya que la *lou.* busca un alzamiento convencional que no responde a la constitución de una garantía bancaria o similar, tal como ha sido solicitada en el escrito de arraigo y posteriormente ordenada por el tribunal.

Son muy pocos los casos en que este ofrecimiento no prospera y el reclamante insiste en mantener su requerimiento de garantía bancaria.

No nos corresponde abocarnos en detalle a explicar la forma en que se emiten las garantías bancarias, pero sí diremos que la experiencia práctica al respecto—siempre en comparación con el procedimiento de emisión propio de las *lou.*—muestra que el procedimiento más tradicional es que un banco (generalmente extranjero, porque la mayoría de las naves que han sido arraigadas pertenecen a armadores extranjeros) ordena a su banco corresponsal en Chile emitir una boleta bancaria de garantía, en favor del tribunal, como consecuencia de la medida especial de retención o arraigo, para responder por el capital, reajustes, intereses y costas del reclamo.

El mecanismo más usado para estos efectos es la carta de garantía *stand-by* (*stand by letter of credit*). La experiencia también ha señalado que cuando se trata de emitir una carta de garantía *stand-by*, no existe un formato rígido, sino que más bien queda entregado a ciertos elementos esenciales que deben estar contenidos en la instrucción del banco ordenante al banco corresponsal, a saber, la individualización del beneficiario, determinación de los requisitos que se deben cumplir para que el beneficiario tenga derecho al pago y la indicación del monto y fecha de vencimiento. Deberá emitirse a nombre del tribunal que conoce del arraigo y tendrá una duración máxima de un año, ya que los bancos—los chilenos al menos—no otorgan garantías por más de un año, por lo que normalmente deberá emitirse una nueva garantía antes del vencimiento de la anterior, gene-

rándose el problema práctico de que coexistirán ambas garantías bancarias por un breve periodo.

Es claro que en toda esta operación bancaria son varios los trámites que hay que cumplir, tales como autorizaciones de firmas, aprobación de montos, envío y aceptación de instrucciones, etc., y esto genera una demora. Normalmente, desde que se inician las conversaciones con un banco hasta que se otorga la garantía en el puerto chileno respectivo y se pueda alzar el arraigo, pueden pasar por lo menos 3 días hábiles bancarios. Por otra parte, los bancos formulan un cobro por concepto de emitir estas cartas de garantías.

Las situaciones de demora y onerosidad no tienen lugar cuando se otorga una *lou.*, tal como mencionaremos en detalle en el acápite V, 3.

2. Acuerdo directo y privado entre perjudicado y asegurador.

Para acordar los términos de una *lou.*, si bien se trabaja sobre la base de formatos tipo, éstos admiten – previa discusión entre las partes – ciertos cambios o adecuaciones específicas según sea el caso.

El hecho de que se otorgue una *lou.* antes de que se formalice el arraigo, permite que las partes tengan aún más libertad a la hora de redactar los términos de la garantía, ya que el tribunal que podría haber estado involucrado al momento de decretar el arraigo y posteriormente ordenar su alzamiento, no intervendrá en el otorgamiento extrajudicial de esta *lou.* para calificar su suficiencia, darle tramitación incidental, etc.⁴⁵. En otras palabras, si las partes están de acuerdo respecto del monto y naturaleza de la garantía, el tribunal debe proceder a alzar el arraigo de inmediato y sin ningún tipo de calificación.

Por otra parte, el crédito del reclamante ya no dependerá sólo de la existencia de la nave o de la solvencia del armador-*member*, sino que de la seriedad y solvencia del “Club de P&I” que emitió la *lou.*

3. Bajo costo y rapidez.

En comparación con las demás garantías que podrían otorgarse para obtener el alzamiento del arraigo, sin lugar a dudas, la *lou.* es el medio más rápido y barato para lograr este efecto.

Salvo excepciones, los “Clubes de P&I” no cobran un costo adicional a su *member* por el hecho de otorgar una *lou.* que le permita alzar el arraigo decretado sobre su nave. Solamente el nivel de siniestralidad (*loss record*) del *member* podría verse afectado si el reclamo se hace efectivo y el “Club de P&I” termina pagando algo por concepto de ese reclamo, lo que probablemente se verá reflejado en los valores de las *calls* que se negociarán en la renovación del año siguiente, pero que a primera vista aparece como un costo menor que el enfrentar el arraigo de una nave.

Otro factor a tomar en cuenta y que no admite competencia, es la rapidez de su emisión. Una vez que los reclamantes solicitan el otorgamiento de una *lou.* para garantizar el pago del crédito privilegiado, que dicen tener sobre la nave,

⁴⁵ Artículo 1236 inciso 2º del Código de Comercio.

habiendo motivo fundado y previo análisis caso a caso, el “Club de P&I” otorgará la *lou.* sin más trámite.

Normalmente, serán los corresponsales del “Club de P&I” involucrado los que informen al Club y a los armadores⁴⁶ del arraigo o de la solicitud extrajudicial de una *lou.*, y entonces, con el consentimiento de este último y previo acuerdo de los armadores, la *lou.* será emitida en beneficio del reclamante. En este sentido, la *lou.* normalmente será emitida por el “Club de P&I” y luego enviada al puerto donde se la requiere, o bien lo que ocurre con menos frecuencia, pero constituye la regla general en Chile, serán sus corresponsales los que emitan la *lou.* “por cuenta del Club” (“*on behalf of*”). A los corresponsales les puede tomar alrededor de 24 horas emitir válidamente una *lou.*, lo que difiere bastante de la demora en constituir otras garantías, como una bancaria o un depósito en efectivo en la cuenta corriente del tribunal.

4. *El titular no se ve afectado por los créditos de terceros.*

El titular de una *lou.* cuenta con una garantía personal de alta calidad, independiente de otros créditos sobre la nave. El titular no quedará expuesto a que su crédito sea desplazado por otros créditos marítimos de mejor nivel, como sería uno de mayor preferencia, porque reemplaza a una nave arraigada. Estos terceros con créditos distintos del garantizado (incluso más preferentes) no pueden invocar la *lou.* ya emitida para satisfacer sus reclamaciones, sino que tendrán que buscar sus propios medios para asegurar sus créditos. De alguna manera, el titular de una *lou.* contará con un resguardo adicional y superior a aquel con que cuentan los titulares de otros créditos sobre la nave que no estén garantizados, resguardo con el que también cuentan los subrogatarios legales, como la compañía de seguros del beneficiario.

Al respecto, la nave no puede ser arraigada otra vez en virtud del mismo crédito ya garantizado, aunque sí podrá ser arraigada en virtud de otros créditos; sin embargo, la *lou.* será válida únicamente para el reclamante del crédito que fue sustituido por la garantía.

5. *El beneficiario de la “letter of undertaking” cuenta con más patrimonios para hacer efectivo su crédito.*

Ya dijimos en el acápite IV, 2 que la *lou.* es un caso de solidaridad pasiva en que el “Club de P&I” pasa a ser un codeudor solidario o garante solidario de la obligación principal que pesa sobre su *member.*

En este sentido, el beneficiario de la *lou.* contará con el patrimonio del deudor principal (*member*) y con el del codeudor solidario (“Club de P&I”) para hacer efectivo su crédito, situación que es avalada por lo que dispone el artículo 1201 inciso 1º del Código de Comercio ya citado⁴⁷ y que posibilita la acción directa contra el asegurador cuando éste ha emitido una *lou.*

⁴⁶ Quienes generalmente también son informados por sus agentes en Chile, o por los fletadores en su caso, etc.

⁴⁷ Artículo 1201 inciso 1º del Código de Comercio: “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”.

6. *Si se otorga antes del arraigo, el reclamante evita el riesgo del arraigo infundado.*

Ya mencionamos en el acápite V, 1 la exigencia que normalmente hará un reclamante arraigador al que se otorga una *lou.* de pedir al arraigado que emita una declaración liberándolo de toda eventual acción de perjuicios derivada del arraigo. La razón es que ese arraigador estará recibiendo una garantía (*lou.*) distinta a la que ha pedido en la solicitud de arraigo y a la que ha sido ordenada por el tribunal (garantía bancaria).

Pensamos que el perjuicio más grave que podría derivar de un arraigo para el reclamante es que dicho arraigo sea declarado infundado (*wrongful arrest*) y se reclamen en su contra todos los perjuicios económicos, financieros y comerciales que esto ha significado al armador de la nave que haya estado arraigada.

La ventaja, entonces, de aceptar una *lou.* antes de arraigar, es que el reclamante se evita el riesgo de incurrir en un arraigo infundado –ya que evidentemente no hay arraigo– y además las partes se evitan los costos legales y otros propios del arraigo y su alzamiento.

7. *Posibilidad de modificar su monto con posterioridad a su emisión.*

El artículo 1237 inciso 1° del Código de Comercio señala: “*La persona que ha constituido la garantía o a quien ella afecte, podrá solicitar en forma fundada y en cualquier momento, que se la modifique, reduzca o alce*”.

De aquí se desprende la flexibilidad que tiene una *lou.* después de emitida. Esta flexibilidad no es tal a la hora de requerir su emisión, sobre todo cuando ya se ha decretado el arraigo, ya que evidentemente existe una gran presión por parte de los armadores de obtener un pronto alzamiento del arraigo y, por su parte, los reclamantes ya han hecho una petición formal al tribunal dándole un valor predeterminado al crédito que invocan.

En los casos que se pide una *lou.* antes de arraigar la nave, la situación no difiere mucho del caso en que se ha decretado el arraigo, ya que los reclamantes también han predeterminado el valor de su crédito, y además saben que posteriormente el monto podrá variar.

En la práctica, lo habitual es que los reclamantes no tengan problemas en aceptar rebajar los montos de las *lou.* emitidas cuando ya ha transcurrido un plazo razonable y suficiente como para que las partes puedan determinar con mayor certeza el valor del crédito invocado.

8. *Permite que la nave pueda seguir cumpliendo sus compromisos comerciales.*

Ya mencionamos lo importante que resulta obtener un pronto alzamiento del arraigo o retención judicial, y desde este punto de vista, la razón que hay detrás es que las naves hoy por hoy tienen un apretado itinerario que las obliga a estar el menor tiempo posible en los puertos, para así poder cumplir con los compromisos comerciales en el puerto siguiente.

Resulta evidente que cualquier demora no programada en un puerto, como aquélla que genera el arraigo, produce consecuencias comerciales negativas para los armadores de la nave y para las demás partes que tengan intereses sobre ella. Lo que se busca con la *lou.*, es evitar dichas consecuencias negativas a través de

un alzamiento rápido y efectivo. No mencionaremos nuevamente las ventajas que tiene para todas las partes involucradas el que se otorgue y acepte una *lou.* por sobre una garantía bancaria, pero sí diremos que la experiencia demuestra que no existe un instrumento más práctico, simple, rápido y económico a la hora de optar por una garantía que permita alzar un arraigo.

VI. OPORTUNIDADES PARA EL OTORGAMIENTO DE UNA "LETTER OF UNDERTAKING"

Al contar el reclamante con un crédito privilegiado en los términos de los artículos 844 a 846 del Código de Comercio, y asumiendo que ha decidido optar por aceptar una *lou.* por sobre cualquier otro tipo de garantía, son dos los momentos en que puede solicitar que ésta se emita:

1. *Por la vía extrajudicial antes del arraigo.*

Puede solicitarle al "Club de P&I" de la nave o a sus corresponsales (regla general) o a los armadores de la nave o a sus agentes, que se emita una *lou.* en su favor que cubra suficientemente el capital, reajustes, intereses y costas de su crédito.

Las ventajas que tiene para el reclamante el solicitar la *lou.* en este momento, a saber, sin que se haya decretado el arraigo o retención, son, entre otras, el que se obtendrá una garantía con gran rapidez, en los términos que acordó privadamente con el "Club de P&I", sin haber incurrido en costos procesales y sin correr el riesgo de que el arraigo pueda ser calificado de infundado, con el consiguiente perjuicio patrimonial.

2. *Por la vía judicial después de arraigada o retenida la nave.*

La otra alternativa es que se persiga la obtención de una *lou.* después de arraigada la nave o retenida judicialmente, es decir, dentro de un contexto judicial, según las normas del Código de Comercio o del Código de Procedimiento Civil.

Nos referiremos a los aspectos más importantes de la *lou.* otorgada dentro del contexto del arraigo decretado judicialmente.

Así, el artículo 1236 del Código de Comercio señala que cuando la acción no se refiera a la tenencia o posesión de la nave sino al cobro de alguna prestación pecuniaria, el actor deberá señalar el monto y forma de garantía que estima suficiente para asegurar el resultado de la acción y si la petición se formula simultáneamente con la demanda o en el curso del pleito, el actor indicará en ella su pretensión sobre el monto de la garantía y su forma de constitución.

Como se advierte, el reclamante debe indicar en la solicitud de arraigo el monto de la garantía y su forma de constitución. Normalmente los reclamantes requerirán una garantía bancaria o boleta de depósito en la cuenta corriente del tribunal, que incluya el monto adeudado (capital) más reajustes, intereses y costas. Otra cosa es que después estén dispuestos a aceptar una *lou.*, situación en que ya vimos que al aceptarla los reclamantes, por lo general requerirán que el arraigado emita una declaración liberándolos de toda eventual acción de perjui-

cios derivada del arraigo, porque finalmente se recibe una garantía distinta a la decretada judicialmente.

El mismo artículo señala que tan pronto como se hubiere proporcionado la garantía solicitada (en este caso, la *lou.*) y si las partes estuvieren de acuerdo sobre dichos respectos, el tribunal alzará el arraigo sin más trámites.

Agrega la norma —y esta es una gran diferencia respecto de una *lou.* otorgada previamente a que el arraigo se decrete— que el tribunal podrá también calificar la suficiencia de la garantía que ofrezca el demandado, o dar tramitación incidental a esta materia. Cuando la *lou.* se otorga extrajudicialmente, ya vimos que responde a un acuerdo alcanzado entre el reclamante y el “Club de P&I”, sin que un tercero (como el tribunal) entre a calificarlo de suficiente o no.

Finalmente, se señala que el monto de la garantía no podrá exceder el valor de la nave arraigada (lo cual constituye un límite —aunque muy alto— a las pretensiones de los reclamantes) y señala que la garantía que se otorgue subrogará a la nave como objeto exclusivo del privilegio respectivo, lo cual ya hemos indicado.

Lo relativo a la modificación, reducción o alzamiento indicados en el artículo 1237 inciso 1° del Código de Comercio ya lo analizamos en el acápite V, 7. Sin embargo, resulta importante referirse a lo que señala el inciso 2° del mismo artículo, en el sentido que las gestiones para alzar un arraigo (como lo es el otorgar una garantía en la forma de una *lou.*) no perjudican el derecho del peticionario para alegar u oponer posteriormente las excepciones o defensas, o para limitar su responsabilidad, de acuerdo al artículo 889 y siguientes del Código de Comercio.

Por lo tanto, debemos entender que el hecho que un armador —a través de su “Club de P&I”— otorgue una *lou.* para alzar un arraigo decretado sobre su nave, no significa que esté reconociendo alguna responsabilidad en los hechos que motivan la existencia del crédito. La norma confirma esto, permitiéndole conservar las excepciones o defensas que crea le competen y, además, no se entiende que renuncia al derecho de limitar su responsabilidad.

En este último sentido, el mismo hecho de invocar la limitación la responsabilidad tampoco importa un reconocimiento de la misma⁴⁸.

El artículo 1238 inciso 1° del Código de Comercio señala que la solicitud de oposición a una retención o arraigo, así como la objeción al monto o forma de constitución de la garantía, se tramitarán como incidente y sin que su interposición suspenda los efectos de la resolución impugnada.

Por lo tanto, debemos entender que no obstante las alegaciones en el sentido que un arraigo pueda ser considerado infundado, o que la retención se considere improcedente, o que el monto de la garantía no sea el adecuado, o bien que se deba aceptar una forma de garantía determinada por sobre otra, etc., lo cierto es que la resolución que ordena la retención o arraigo de una nave produce todos sus efectos legales, y cualquier alegación posterior se tramita como incidente.

El inciso 2° del mismo artículo 1238 agrega que la petición sobre modificación, reducción o alzamiento de una garantía sustitutiva de un arraigo, se tramitará también como incidente, es decir, mantiene el espíritu del inciso anterior al darle

⁴⁸ Ver artículo 892 del Código de Comercio.

tramitación incidental a las peticiones que pretenden cambiar el contenido de la resolución que aceptó la garantía sustitutiva del arraigo, al solicitar la modificación, reducción o alzamiento de dicha garantía.

Finalmente, el artículo 1239 del Código de Comercio señala: “*En lo no dispuesto en este párrafo o a falta de acuerdo de las partes, regirán para las medidas especiales de que aquí se trata, las normas sobre medidas prejudiciales y precautorias de los títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil*”.

Ya vimos en el acápite II, 2 letra b), que en estas normas del Código de Procedimiento Civil encontraremos medidas distintas al arraigo para asegurar el resultado de la acción fundada en un crédito no privilegiado, común o valista.

VII. ANÁLISIS DE LOS CONTENIDOS TÍPICOS USUALMENTE ACEPTADOS EN CHILE

Lo primero que debemos hacer antes de analizar el contenido de las *lou*, que tienen validez y aceptación en Chile, es identificar el formato estándar que al menos el *International Group of P&I Clubs* acepta y usa al efecto. Este formato, normalmente en idioma inglés, podrá variar en alguna medida según los especiales requerimientos del caso (como ocurrió con los dos casos ya comentados en que constituyeron fondos de limitación de responsabilidad por contaminación con una *lou*.) y/o a requerimiento de los reclamantes, pero por lo general el contenido será el siguiente: “*In consideration of and upon condition that you release and/or refrain from arresting or rearresting 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 ... their servants or agents, in connection with such incident, the underwriters on whose behalf this letter is issued hereby undertakes to pay you on demand any sum inclusive of interest thereon and costs not exceeding ... in numbers (... in words), which may either be agreed with our consent 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 award of the Courts of...*”⁴⁹

⁴⁹ “*En consideración y a condición de que ustedes liberen y/o se abstengan de arraigar o arraigar nuevamente o de otra manera retener la nave indicada en la referencia, o cualquiera otra nave o bienes de los mismos propietarios o de propietarios asociados o que se encuentren bajo una misma administración, en conexión con el incidente de la referencia, y de que ustedes se abstengan de iniciar y/o proseguir cualquier arbitraje o procedimiento legal (distinto de aquél que se pueda iniciar ante el tribunal señalado más abajo) en contra de los propietarios de la motonave... sus dependientes o agentes, en conexión con tal incidente, los aseguradores por quienes se emite esta garantía se comprometen, por este acto, a pagarles, a su requerimiento, cualquiera suma, incluidos intereses y costas, que no exceda de... en números (... en letras), que podrá ser acordada por las partes con nuestro consentimiento en conexión con el incidente de la referencia o bien determinada por resolución final de los tribunales de...*”

1. *Propiedad a la que se extiende.*

Sin perjuicio de los casos descritos en el acápite II, 2, en la práctica el objetivo principal que se persigue al emitir una *lou*, es evitar el arraigo u obtener el alzamiento del mismo; por lo tanto, vamos a referirnos ahora a la propiedad o bienes sobre los que se extiende. Tal como se advierte del texto, la *lou*, se refiere a “[...] *vessel or any other vessel or property in the same or associated Ownership or Management in connection with the above incident* [...]”, es decir, se busca evitar el arraigo o bien se persigue alzar el arraigo ya decretado sobre una nave determinada o sobre alguna otra nave, o bien de la misma propiedad o que estén bajo la misma administración que la de la nave relacionada con el incidente o, dicho de otra manera, la nave que genera el crédito privilegiado.

Debemos concordar esta primera parte con lo establecido en el artículo 1234 del Código de Comercio que dispone: “Una nave podrá ser objeto de la medida precautoria especial de que trata este párrafo, en los siguientes casos: / a) Cuando la nave es el objeto material sobre el cual se ejerce el privilegio, o/ b) Cuando el acreedor es titular de un privilegio sobre otra nave que pertenece al mismo dueño, o está sujeta a la misma administración, o es operada por esa misma persona.”

Por lo tanto, veremos que la garantía se extiende no sólo al objeto material que genera el crédito, sino también a otra nave que pertenezca al mismo dueño, o está sujeta a la misma administración, o que sea operada por esa misma persona. Se advertirá que no hay referencia en el formato estándar de la *lou*, al operador.

Respecto de una *lou*, otorgada por un “Club de P&I” para alzar o impedir el arraigo de una nave bajo una misma propiedad, administración u operación que otra respecto de la cual se generó el crédito privilegiado –que no ha sido arraigada–, habrá que distinguir acaso ambas naves están o no ingresadas en un mismo “Club de P&I”:

i) Si las naves bajo una misma propiedad, administración u operación están ingresadas en un mismo Club, entonces no habrá inconvenientes para que un Club otorgue una *lou*. Eso sí, aparte de las exigencias descritas en el acápite III de este trabajo, la nave que generó el crédito y que no ha sido arraigada, debe haber estado ingresada en ese Club a la fecha del incidente que generó el crédito.

ii) Si las naves bajo una misma propiedad, administración u operación no están ingresadas en un mismo Club, podemos comentar que la regla general es que el Club no otorgue la *lou*., porque estaría garantizando un crédito generado por una nave por la que no es responsable.

Cabe preguntarse si en este último caso podría el “Club de P&I” de la nave no generadora del crédito, otorgar una *lou*, habiendo obtenido previamente una contra-garantía del “Club de P&I” de la nave que sí generó el crédito. Pensamos que sí, en la medida en que claramente se detallan las condiciones sobre las cuales se está otorgando la *lou*.

2. *Sujetos sobre los que se extiende.*

La *lou*, no sólo buscará que ciertas naves y bienes no sean arraigadas, o bien que se alce el arraigo decretado a su respecto, sino que además se busca evitar cualquier acción –ya sea ante la justicia ordinaria o ante un juez árbitro– en contra de los armadores de la nave, sus dependientes o agentes, cuando señala

“[...] *against the Owners of the m/v* [...], *their servants or agents, in connection with such incident* [...]”.

3. *Monto.*

El monto de la *lou*. será aquel que haya solicitado el reclamante tras haber calculado el valor del crédito privilegiado que alega tener, lo que constituye el capital, y normalmente se agregará a este valor los intereses y costas, para así solicitar un valor tal que no sea necesario incrementar después y que se indica como máximo, pues se señala que no excederá de ese valor (“[...] *any sum inclusive of interest thereon and costs not exceeding* [...]”).

Desde ya, el reclamante tiene un límite en cuanto al monto máximo que puede tener la garantía, al que aludimos en el acápite VI, 2, cuando citamos el artículo 1236 inciso 2° parte final del Código de Comercio que señala: “*En todo caso, el monto de la garantía no podrá exceder al valor de la nave arraigada*”.

Sin perjuicio que normalmente el monto de una *lou*. se expresa en dólares norteamericanos, hay casos en que se ha expresado en unidades distintas. Tal es el caso de las dos *lou*. emitidas con el objeto de constituir fondos de limitación de responsabilidad por derrames de hidrocarburos, a saber, en el caso de la motonave “Jose Fuchs”, en que la *lou*. se emitió en pesos chilenos, y en caso de la motonave “Eider”, en que el monto de la garantía fue expresado en francos oro.

A diferencia de lo que ocurre con la determinación del monto del fondo de limitación de responsabilidad de que trata el párrafo IV del capítulo VIII del libro III del Código de Comercio, no existe a propósito del cálculo del monto del crédito indicado en la solicitud de arraigo, una exigencia en cuanto a acompañar documentos que justifiquen dicho cálculo, tal como lo hace la parte final del artículo 1214 del Código de Comercio⁵⁰ a propósito del monto máximo que puede tener dicho fondo de limitación de responsabilidad.

Esta especie de falta de precisión en el monto solicitado —y que se verá reflejado en la *lou*. que deberá ser concedida generalmente por montos que excederán al verdadero valor del crédito, con sus intereses y costas— se ve compensada por la posibilidad con que cuenta el que ha otorgado una *lou*. de solicitar fundamentalmente su modificación, reducción o alzamiento⁵¹, a la que ya nos referimos en el acápite V, 7.

Generalmente, no resulta práctico para el “Club de P&I” ni para su *member*, el discutir en una primera instancia —a saber cuando la nave ha sido arraigada— lo elevado que puedan ser los montos requeridos por el reclamante, justamente por la necesidad de alzar rápida y eficazmente la nave, según ya lo hemos comentado

4. *Intereses.*

El texto estándar de *lou*. incluye en el monto a los intereses del crédito que se devenguen desde la emisión de la garantía, por lo que no procede que, al querer hacerla efectiva, el beneficiario reclame que se le deben adicionar intereses al crédito garantizado con la *lou*.

⁵⁰ Artículo 1214 del Código de Comercio: “*También se acompañarán los documentos que justifiquen el cálculo del monto máximo del fondo que hubiere señalado el proponente*”.

⁵¹ Ver artículo 1237 inciso 1° del Código de Comercio.

Esto es aplicable a las *lou.* que generalmente se emiten con ocasión del alzamiento de un arraigo, que —como ya hemos dicho— constituye la regla general.

Sin embargo, a propósito de las *lou.* que se pueden emitir para constituir un fondo de limitación de responsabilidad, lo cierto es que aquí las normas del Código de Comercio contemplan expresamente una situación distinta.

Así, el artículo 1216 expresa: “*Cuando para la constitución del fondo se entregue dinero, el tribunal lo depositará en un banco, con conocimiento del síndico y de los interesados. Los reajustes e intereses que se obtengan incrementarán el fondo en beneficio de los acreedores. Si el fondo ha sido constituido mediante una garantía, su importe devengará los intereses corrientes en el lugar de asiento del tribunal, de lo que se dejará constancia en el documento constitutivo de la garantía*”. Es decir, en este caso la *lou.* deberá indicar expresamente cómo se calcularán los intereses, como ocurrió en los únicos dos casos en Chile de *lou.* emitidas para constituir un fondo de limitación de responsabilidad⁵². En estos casos, existió un compromiso de aumentar el monto de la *lou.* de acuerdo con la tasa de interés corriente para operaciones no reajustables en moneda nacional.

Por su parte, respecto de la suspensión del curso de dichos intereses, el artículo 1219 dice: “*Desde la fecha de dictación de la resolución indicada en el artículo 1217, se suspenderá el curso de los intereses que ganen los créditos contra el requirente*.” La resolución del artículo 1217 es aquella que declara constituido el fondo o aceptada la garantía sobre su constitución.

5. *Compromisos de emisor y beneficiario.*

Siguiendo con el análisis del formato estándar de las *lou.*, podemos decir que el emisor de la *lou.*, a saber, el “Club de P&I” —directamente⁵³ o por la vía de los corresponsales que actúan por su cuenta— se obliga a pagar al beneficiario de la garantía el monto previamente acordado, tan pronto como sea requerido para tal efecto (“[...] *hereby undertakes to pay you on demand* [...]”), ya sea por un acuerdo entre las partes o a través de una sentencia judicial⁵⁴.

El compromiso adquirido a través de una *lou.* tiene una duración indefinida, ya que no caduca por el paso del tiempo.

Por su parte, el beneficiario de la *lou.* se compromete:

a) A liberar y a no arraigar o arraigar otra vez o a detener la nave o naves u otra propiedad de los sujetos mencionados en acápite VII, 2 (“[...] *release and/or refrain from arresting or rearresting or otherwise detaining the above vessel or any other vessel or property* [...]).

b) A no iniciar y/o continuar acciones legales ante la justicia ordinaria o arbitral que no sea la corte o tribunal que se mencionan más abajo en el texto de la *lou.* (“[...] *and that you refrain from commencing and/or prosecuting legal or arbitration proceedings (otherwise than before the Court or Tribunal referred to below* [...]).

⁵² Motonave “Jose Fuchs”, exp. cit. (n. 24); Motonave “Eider”, exp. cit. (n. 23).

⁵³ Motonave “Jose Fuchs”, exp. cit. (n. 24); Motonave “Eider”, exp. cit. (n. 23), etc.

⁵⁴ A nuestro entendimiento, debe tratarse de una sentencia ejecutoriada.

6. *Jurisdicción y competencia.*

La parte relevante que se refiere a jurisdicción y competencia es la siguiente: “[...] *by final award of the Courts of [...]*”

Por lo general, los reclamantes chilenos sólo estarán dispuestos a aceptar una *lou.* en la medida que la potencial sentencia dictada en juicio ordinario o arbitral, que determine si procede el pago del crédito, sea dictada por los tribunales chilenos aplicando ley chilena. Generalmente se acordará entre las partes que los tribunales (ordinarios o arbitrales) llamados a conocer del juicio sean los de Valparaíso. Por lo tanto, es muy difícil que se dé la hipótesis de obtener el cumplimiento de una *lou.* en el lugar donde esté constituido el “Club de P&I” que emitió o por cuenta de quien se emitió la *lou.*

Los “Clubes de P&I” en ciertos casos han tratado que una *lou.* se someta al derecho inglés en la determinación de la procedencia del pago; sin embargo, debemos decir que la experiencia práctica es que los reclamantes insisten en el derecho chileno y tribunales chilenos.

En el caso que un “Club de P&I” se negara a pagar voluntariamente—cosa que jamás ha ocurrido en Chile ni en el extranjero respecto del *International Group of P&I Clubs*—tan pronto sea requerido para ello por el reclamante⁵⁵, después de que exista acuerdo o sentencia que así lo exija, para hacer efectiva una *lou.*, cobra fuerza lo relativo a darle carácter de título ejecutivo a las *lou.* luego de que han tenido lugar la confesión de deuda o el reconocimiento de firma del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil como gestiones preparatorias para la vía ejecutiva, obviamente con el objeto de iniciar acciones en Chile para lograr su cumplimiento forzado.

Ya sabemos que la acción dirigida contra un “Club de P&I” se enmarca dentro de lo señalado en el artículo 1201 inciso 1° del Código de Comercio, a propósito de la acción directa que puede ejercer el beneficiario de una *lou.* contra el “Club de P&I”.

En este aspecto, se estaría tratando de hacer efectiva una garantía otorgada por una persona jurídica extranjera (directamente o a través de sus corresponsales), y en tal sentido diremos que se deben iniciar acciones en Chile en la medida que la jurisdicción indicada en la *lou.* fuera la chilena, o bien, suponiendo que la jurisdicción indicada en la *lou.* fuera la del lugar donde esté constituido el “Club de P&I” emisor, obtener el cumplimiento forzado de la garantía en ese lugar.

Como ya dijimos, los corresponsales de los “Clubes de P&I” no son sus representantes legales en los distintos puertos del mundo. De hecho, las *lou.* que emiten los corresponsales por cuenta de un “Club de P&I” u otro asegurador, señalan literalmente al final de las mismas que lo hacen en su calidad de tales (*as correspondents only*) y por cuenta de un “Club de P&I” o asegurador de casco y maquinaria en particular (*issued on behalf of ...*).

Por esto es tan importante el prestigio y seriedad que tienen los Clubes de P&I, ya que en las ocasiones que se ha hecho necesario hacer efectiva una *lou.*

⁵⁵ “[...] *the underwriters on whose behalf this letter is issued hereby undertakes to pay you on demand [...]*”.

(todos casos ocurridos fuera de Chile), los “Clubes de P&I” miembros del *International Group of P&I Clubs* han honrado siempre su compromiso de pagar contra acuerdo o sentencia, sin necesidad de que se hayan tenido que iniciar acciones en su contra.

VIII. OTROS ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE LA “LETTER OF UNDERTAKING”

1. *Aceptación de las “letters of undertaking” en el medio marítimo nacional.*

Dentro del medio marítimo nacional, y con esto nos referimos a los navieros, agentes, abogados, jueces (ordinarios y arbitrales), compañías de seguros, Autoridad Marítima, corresponsales de Clubes de P&I, etc., las *lou.* tienen un lugar de reconocimiento y confianza donde no se discute la aceptación de las mismas. Son casos muy aislados aquellos en que los reclamantes y/o sus abogados y/o algún juez no acepten el otorgamiento de una *lou.* como garantía suficiente. Generalmente, las razones responden a un desconocimiento del derecho marítimo y del negocio marítimo en general, lo que normalmente viene asociado a reclamantes, abogados y jueces que están geográficamente ubicados en zonas de Chile que están más alejadas del centro neurálgico del derecho marítimo nacional, a saber, la zona central en general y el puerto de Valparaíso en particular.

2. *Cancelación y devolución.*

Una vez que es pagado el crédito que motiva la existencia de la *lou.*, según haya sido determinado por acuerdo de las partes o sentencia ejecutoriada, o bien que se haya acordado o resuelto que no procedía pago alguno, la *lou.* deberá ser devuelta por los reclamantes a los emisores para su posterior cancelación.

El procedimiento de devolución y cancelación es válido:

a) Respecto de los reclamantes que hubiesen conservado una *lou.* en su poder, sea que hayan resuelto el asunto extrajudicialmente (como es la situación descrita en el acápite VI, 1), o bien judicialmente, ya que el hecho de que exista una sentencia de un tribunal ordinario o arbitral declarando la procedencia del cobro del crédito, no significa que ese tribunal tiene la *lou.* en su poder.

Así, podemos citar el caso de un arraigo decretado por un tribunal en forma evidentemente “judicial”, pero que es alzado en virtud de un acuerdo “extrajudicial” entre reclamante y asegurador, con el otorgamiento de la correspondiente *lou.*

El alzamiento se produce en forma unilateral por parte del reclamante a través de una presentación ante el tribunal que lo decretó, ya que el armador nunca se hizo parte del juicio. En estos casos, la *lou.* se encuentra en poder del reclamante y una vez resuelto el juicio ordinario o arbitral, o alcanzado el acuerdo, éste deberá devolver la *lou.* al asegurador (o a sus corresponsales) para su cancelación.

b) Respecto del tribunal ordinario que conoció del arraigo y que luego lo alzó por haberse constituido la *lou.*

Este tribunal podrá ser posteriormente el que conoce de la demanda, en los términos exigidos por el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, al disponer que si se obtuvo el arraigo como medida prejudicial, existe la obligación de demandar. Dice tal norma: “*Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo*

anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados. Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento”.

No debemos olvidar que dicha demanda, según lo establece el artículo 1203 del Código de Comercio, podrá también presentarse ante un tribunal arbitral, cuando dispone en su inciso 1º: “El conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación, incluidos los seguros marítimos de cualquier clase, será sometido a arbitraje”.

3. Uso, confianza y aceptación internacional.

Las cartas de garantía o *lou*, emitidas por los “Clubes de P&I” son ampliamente aceptadas por las jurisdicciones “marítimas” del mundo, ya que si bien son cartas privadas emitidas por entes corporativos, cuentan con el respaldo y solvencia de los Clubes de P&I, entidades de conocida seriedad y prestigio internacional. Tanto es así, que desde que se empezaron a emitir estas cartas de garantías, el *International Group of P&I Clubs* jamás ha dejado de honrar una *lou*. Por otra parte, en Chile jamás se han tenido que hacer efectivas.

[Recibido el 3 y aprobado el 20 de mayo de 2006].