

# HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE GARANTÍA FINANCIERA EN LOS SUPUESTOS DE MARINOS ABANDONADOS EN PUERTOS EXTRANJEROS.

## **1.- Introducción.**

El abandono de marinos en puertos extranjeros puede calificarse, en la actualidad, como uno de los fenómenos más frecuentes y visibles del impacto que sobre las condiciones de vida y de trabajo tiene el proceso de “desreglamentación” de los transportes marítimos, cuya manifestación principal es el recurso al subterfugio de los pabellones de conveniencia u otras fórmulas registrales similares a las anteriores, creadas por los países desarrollados con el fin de competir en una industria donde la concurrencia de los operadores que intervienen en ella son enormes. Esta realidad tiene consecuencias relevantes para el conjunto de trabajadores -tanto comunitarios como extracomunitarios- embarcados en buques matriculados en estos registros, ya que el recurso a este tipo de manifestaciones origina problemas de distinta índole<sup>1</sup>. De entre todas las cuestiones que pudieren abordarse, nuestro objetivo se reduce a la determinación de los mecanismos jurídicos nacionales, comunitarios e internacionales -vigentes y proyectados- dirigidos al establecimiento de medidas adecuadas para la protección de los derechos laborales de los marinos -y particularmente salariales- ante situaciones de abandono en puertos extranjeros. En este sentido, las dificultades que suelen plantearse en los casos de abandono (o de reclamación de indemnizaciones por lesiones o muerte) de la gente de mar obedecen (-de acuerdo a la problemática que presentan los registros abiertos-) a que, con frecuencia, el buque pertenece a nacionales de un país determinado, está registrado o abanderado en un país distinto y lleva una tripulación conformada por marinos procedentes de terceros países.

Para afrontar las situaciones de abandono de marinos en puertos extranjeros, ha venido configurándose un conjunto normativo de origen internacional, dictado en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y en el marco de la Organización Marítima Internacional, así como de la mano de la cooperación de ambas organizaciones. En este último caso, se ha de tomar en consideración las labores efectuadas por el Grupo Mixto especial de expertos OMI/OIT sobre responsabilidad e indemnización respecto de las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono de la gente de mar, a cuya consecuencia se han dictado dos resoluciones en la OMI relativas, respectivamente a la “provisión de garantía financiera para los casos de abandono de la gente de mar” y directrices sobre “las responsabilidades de los propietarios de buques con respecto a las reclamaciones contractuales por lesión corporal o muerte de la gente de mar”, de las cuales nos va a interesar en este momento la primera de aquéllas. De este modo, y de todo el elenco de cuestiones a tratar en este ámbito, nuestro objetivo se centrará en el análisis de la repercusión que la primera de las resoluciones mencionadas ha tenido en la configuración de las disposiciones de Convenio refundido sobre trabajo marítimo de la OIT del año 2006 relativas a los salarios y la repatriación, así como en los trabajos

---

<sup>1</sup> Sobre el impacto de las condiciones de vida y de trabajo sobre la determinación de la ley aplicable al contrato de embarque, véase FOTINOPOULOU BASURKO, O (con prólogo del Prof. CHAUMETTE): *El contrato de trabajo de la gente de mar (Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos)*, Editorial Comares, 2007, en prensa.

efectuados por las instituciones comunitarias dirigidas al establecimiento de garantías financieras de los propietarios de buques. Particularmente, me estoy refiriendo a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques, en cuyo artículo 6, se establece la necesidad de que los Estados miembros aseguren la accesibilidad del sistema de garantía financiera en caso de abandono de la gente de mar<sup>2</sup>. Lo anterior no será óbice para que en el transcurso de este trabajo se haya de hacer referencia a otros instrumentos normativos que tienen especial incidencia en la materia que tratamos, como es el caso del Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993, el Convenio internacional sobre embargo preventivo de buques de 1999, así como la normativa dictada por las instituciones comunitarias relativas a la insolvencia empresarial, así como –lógicamente- a las disposiciones de derecho español que entendamos mejoren la situación precedente.

## **2.- Los trabajos del Grupo Mixto especial de expertos OMI/OIT sobre responsabilidad e indemnización respecto de las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono de la gente de mar.**

### **2.1.- Antecedentes<sup>3</sup>.**

Como es sabido, la Comisión Paritaria Marítima, adoptó -en la 26.<sup>a</sup> reunión celebrada en octubre de 1991<sup>4</sup>- una resolución sobre la protección de los salarios de los marinos abandonados. En dicha resolución se reconocía el problema de los marinos abandonados, expuestos a una penosa situación, y se instó al Consejo de Administración de la OIT a que pidiera al Director General que recomendara a los Estados Miembros la adopción de leyes y la aplicación de medidas prácticas que protejan los salarios y otros derechos de la gente de mar cuando el armador o administrador quede insolvente, especialmente en los casos en que los marinos sean abandonados en un puerto. La Comisión Paritaria Marítima observó que, no obstante las disposiciones pertinentes del Convenio sobre la repatriación de la gente de mar, 1926 (núm. 23), del Convenio sobre la repatriación de la gente de mar (revisado), 1987 (núm. 166) y de la Recomendación sobre la repatriación de la gente de mar, 1987 (núm. 174), persistían los casos de marinos abandonados sin recursos para costear su repatriación tras el abandono de sus barcos por los armadores debido a dificultades financieras o por otras razones, de modo que venían a depender de los recursos, ya hartos exigidos, de las instituciones benéficas y caritativas. La Comisión reconoció el problema de los marinos abandonados que podían verse expuestos a una situación muy difícil en caso de bancarrota del armador y que, en esas circunstancias probablemente no se contaría con la ayuda oportuna de los Estados de abanderamiento o de los Estados rectores de los puertos, debido a demoras burocráticas o a que los convenios de la OIT correspondientes no habían sido ratificados o no habían entrado en vigor.

En su 77.º período de sesiones (abril de 1998), el Comité Jurídico de la OMI acordó garantizar, a través de la aplicación de los instrumentos internacionales apropiados, los derechos de la gente de mar respecto de las indemnizaciones por muerte, lesiones

---

<sup>2</sup> Documento COM (2005) 593 final. Informe del Parlamento Europeo de 6 de marzo de 2007 [Documento A6-0055/2007]

<sup>3</sup> Siguiendo el iter descrito en la Memoria del Director General sobre la evolución del sector marítimo Conferencia Internacional del Trabajo, 94.a reunión (marítima), 2006

<sup>4</sup> OIT: Consejo de Administración, documento GB.252/3/2.

corporales y abandono<sup>5</sup>. El Comité reconoció el papel complementario desempeñado por la OMI y la OIT respecto de esas cuestiones, e indicó que apoyaba la creación de un Grupo mixto especial de expertos OMI/OIT a fin de coordinar las consultas entre ambas organizaciones. Tras la respuesta positiva del Consejo de la OMI y del Consejo de Administración de la OIT, en la 273.<sup>a</sup> reunión de la CIT (noviembre de 1998), se creó el Grupo mixto especial de expertos OMI/OIT sobre la responsabilidad y la indemnización respecto de las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono de la gente de mar en el marco de las disposiciones pertinentes del acuerdo de cooperación entre ambas organizaciones. En la misma reunión, el Consejo de Administración de la OIT también designó a cuatro representantes de los armadores y cuatro representantes de la gente de mar para integrar el Comité. En su 79.º período de sesiones (abril de 1999) el Comité Jurídico de la OMI aprobó la designación de ocho representantes de la OMI procedentes de Chipre, la República de Corea, Estados Unidos, Filipinas, Francia, Ghana, Grecia y Reino Unido. También se acordó que el Grupo mixto especial de expertos quedaría abierto a la participación de todos los Estados Miembros en calidad de observadores<sup>6</sup>.

En el mandato inicial del Grupo Mixto se estableció que debería examinar y evaluar el alcance de los problemas potenciales relacionados con la responsabilidad y la indemnización respecto de las reclamaciones de la tripulación por muerte, lesiones corporales y abandono, así como la pertinencia y eficacia de los instrumentos internacionales aplicables. Asimismo, debería formular recomendaciones, según procediera, tanto al Comité Jurídico de la OMI como al Consejo de Administración de la OIT. Desde su creación, el Grupo Mixto se ha venido reuniendo periódicamente; siendo su última reunión –que tengamos constancia- la que tuvo lugar en septiembre de 2005.

En su primera reunión<sup>7</sup> el Grupo Mixto consideró que había una aceptación general de que el abandono de la gente de mar constituía un problema serio, que exigía medidas urgentes para solucionarlo. Según el Grupo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 se establecía que los Estados de abanderamiento tenían la obligación general de ejercer un control efectivo sobre los buques que enarbolaban sus pabellones, incluidos los aspectos laborales y sociales, reconociendo de esta manera la importancia del elemento humano. Se reconocía asimismo que entre los problemas planteados por el abandono debían incluirse la repatriación, el apoyo a los miembros de la tripulación durante el período de abandono, la situación en cuanto a la inmigración y la cuestión del pago de las remuneraciones pendientes. Tras determinar cuáles eran los convenios pertinentes de la OIT y de la OMI así como otros instrumentos internacionales relacionados con el tema, el Grupo Mixto llegó a la conclusión de que si bien un número elevado de esos instrumentos se referían a ciertos aspectos del problema examinado, ninguno de ellos abordaba el problema adecuadamente de manera global. En cuanto a la cuestión de la responsabilidad y la indemnización respecto de las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono, el Grupo Mixto concluyó que si bien existía un problema, era necesario realizar nuevos estudios a fin de examinar todos los aspectos de la cuestión. Por su parte, se ha de señalar que también llegó a un acuerdo sobre una lista de los instrumentos internacionales pertinentes, pero dejó constancia de que los instrumentos

---

<sup>5</sup> OIT: Consejo de Administración, documento GB.273/STM/5.

<sup>6</sup> OIT: Consejo de Administración, documento GB.277/STM/4, párrafo 1.2.

<sup>7</sup> *Ibid.*, anexo 5, párrafo 1.

existentes no trataban adecuadamente el problema. El Grupo Mixto consideró que los Estados Miembros y las instituciones pertinentes debían transmitirle más información acerca de los mecanismos existentes, y que debería volver a reunirse a fin de evaluar el material y examinar disposiciones a largo plazo, como la creación de un fondo internacional o la aplicación de medidas nacionales de eficacia comparable.

Tras la aprobación de sus recomendaciones en su siguiente reunión por el Consejo de Administración de la OIT y el Comité Jurídico de la OMI, el Grupo Mixto analizó, en su segunda reunión<sup>8</sup>, las legislaciones y las prácticas nacionales con respecto a la problemática del abandono y las lesiones corporales y muerte de la gente de mar. A esos efectos, la Oficina preparó un informe<sup>9</sup> en el cual se reflejaba la complejidad de las cuestiones y los problemas que debían abordarse. En base a ese análisis, el Grupo mixto de trabajo planteó la posibilidad de responder a esas cuestiones en dos etapas. La primera etapa, o solución a corto plazo, sería la elaboración de una o más resoluciones conjuntas OMI/OIT a las que se anexarían códigos o directrices sobre la provisión de garantía financiera en caso de muerte, lesión corporal o abandono. La segunda etapa, o solución a largo plazo, podría incluir la elaboración de uno o varios instrumentos obligatorios que adoptarían ambas organizaciones. El Grupo preparó dos proyectos de resolución para su examen en una tercera reunión propuesta. El primero de esos proyectos se refería a una serie de directrices sobre la provisión de garantía financiera en los casos de abandono de la gente de mar; el segundo se refería a directrices sobre las responsabilidades de los propietarios de buques con respecto a las reclamaciones contractuales por lesión corporal o muerte de la gente de mar.

El Grupo Mixto solicitó a las secretarías de la OIT y de la OMI que se asegurasen de la concordancia de los textos de los proyectos de resolución con las prácticas de ambas organizaciones, que estudiaran la posibilidad de combinar los dos proyectos de resolución en un proyecto único, a condición de que en la siguiente reunión se tomara una decisión al respecto, y que reuniesen más información proveniente de los Estados que aún no habían respondido al cuestionario sobre legislación y práctica y sobre la garantía financiera respecto a las reclamaciones por lesiones corporales o muerte de los trabajadores en otros sectores económicos. Las consideraciones del Grupo Mixto fueron aprobadas por el Consejo de Administración en su 280.<sup>a</sup> reunión (marzo de 2001) y, asimismo, compartidas por la Comisión Paritaria Marítima en su 29.<sup>a</sup> reunión.

Sobre la base de los proyectos que había elaborado en su segunda reunión, el Grupo Mixto finalizó, en su tercera reunión, dos proyectos de resolución. Uno se refería a las directrices sobre la provisión de garantía financiera para los casos de abandono de la gente de mar, y el otro a directrices sobre las responsabilidades de los propietarios de buques con respecto a las reclamaciones contractuales por lesión corporal o muerte de la gente de mar. Al adoptar esos dos proyectos de resolución, el Grupo Mixto consideró que las resoluciones y las directrices reconocían que una serie de Estados ya disponían de leyes y reglamentos que permitían aplicar las directrices. Por consiguiente, en las directrices se tuvo en cuenta la posibilidad de que a nivel nacional ya existiera un conjunto de decisiones jurídicas y administrativas, las cuales tendrían que considerarse probablemente al poner en práctica esas directrices. El Grupo Mixto consideró que cada Estado debería determinar de qué manera aplicaría las directrices y la posibilidad de complementarlas, de juzgarlo necesario, a fin de tratar adecuadamente cuestiones

---

<sup>8</sup> OIT: Consejo de Administración, documento GB.280/STM/5.

<sup>9</sup> *Ibid.*, anexo, Informe del Grupo de Trabajo, párrafo 5.1.

específicas. El Grupo Mixto estuvo de acuerdo en que las directrices no eran exhaustivas y constituían una primera etapa para la OMI y la OIT en este ámbito. La finalidad de dichas directrices era ayudar a los Estados, al establecer sus normas nacionales, a determinar cuáles eran los aspectos más importantes que debían tenerse en cuenta. El Grupo Mixto acordó que, a fin de asegurar la disponibilidad de una garantía financiera adecuada, los armadores deberían aplicar las medidas recomendadas en las directrices. A esos efectos, las directrices esbozan las principales características y el alcance de la cobertura de los sistemas de garantía financiera para abordar esas cuestiones. Los proyectos de resolución<sup>10</sup> fueron aprobados por el Consejo de Administración de la OIT en su 282.<sup>a</sup> reunión (noviembre de 2001) y por el Comité Jurídico de la OMI en su 83.<sup>o</sup> período de sesiones (octubre de 2001), y adoptadas por el 22.<sup>o</sup> período de sesiones de la Asamblea de la OMI (noviembre de 2001).

Dado que el Grupo Mixto había reconocido que las directrices tendrían que ser revisadas a la luz de la experiencia práctica adquirida a partir de su aplicación, en su cuarta reunión<sup>11</sup> examinó la aplicación de las resoluciones, su seguimiento y las opciones en cuanto a soluciones del problema sostenibles a largo plazo. El Grupo acordó, asimismo, que el mecanismo de seguimiento de la aplicación de las resoluciones y las directrices, debía mantenerse. A esos efectos, el Grupo preparó dos cuestionarios destinados a evaluar los progresos de la aplicación. El Grupo también decidió que la OIT y la OMI deberían crear y mantener una base de datos conjunta sobre casos de abandono de la gente de mar. Se estableció que la base de datos debía contener la información más destacada sobre ejemplos de abandono con el fin de facilitar la supervisión del problema de manera informativa y exhaustiva. En su 286.<sup>a</sup> reunión (marzo de 2003), el Consejo de Administración aprobó las recomendaciones del Grupo Mixto y la celebración de una quinta reunión de ese Grupo en enero de 2004.

En su quinta reunión (enero de 2004), el Grupo Mixto consideró que existían dos situaciones diferentes respecto al abandono y a la cuestión de la garantía financiera en relación con la indemnización en caso de muerte o lesión corporal. En cuanto a la elaboración de una solución sostenible a largo plazo para los problemas de la garantía financiera en relación con la indemnización en caso de muerte o lesión corporal, el Grupo Mixto consideró que había llegado el momento de que el Consejo de Administración de la OIT y el Comité Jurídico de la OMI le autorizasen a proseguir la elaboración de una solución sostenible a largo plazo. En cuanto al problema del abandono de la gente de mar, el Grupo concluyó que, habida cuenta de los datos recibidos hasta el momento, la resolución y las directrices aún no se habían aplicado plenamente. Asimismo, acordó que esta determinación preliminar estaba sujeta a una posible revisión durante la siguiente reunión.

Basándose en un informe sobre las respuestas recibidas al cuestionario y habida cuenta del número de casos de abandono que se habían comunicado, el representante del Grupo de la Gente de Mar y algunos representantes gubernamentales consideraron que el único camino que cabía era recomendar la preparación de un instrumento obligatorio. No obstante, los representantes del Grupo de los Armadores, así como algunos representantes gubernamentales, opinaron que, a la luz de los pocos datos disponibles, y como la resolución y las directrices aún no se habían aplicado plenamente, era prematuro en esta etapa tomar una decisión semejante.

---

<sup>10</sup> OIT: Consejo de Administración, documento GB.282/STM/5.

<sup>11</sup> OIT: Consejo de Administración, documento GB.286/STM/3.

El Grupo Mixto convino en que había llegado el momento de tomar decisiones acerca de la recomendación que habría de darse al Comité Jurídico de la OMI y al Consejo de Administración de la OIT acerca de si era necesario adoptar una solución sostenible a largo plazo con respecto a los casos de abandono, por lo que acordó adoptar una decisión definitiva en su siguiente reunión con respecto a una recomendación al Consejo de Administración de la OIT y al Comité Jurídico de la OMI. Por consiguiente, recomendó que la circular revisada sobre casos de abandono y la circular revisada que contiene el cuestionario sobre el seguimiento de la aplicación de las directrices relativas a la provisión de garantías financieras para los casos de abandono de la gente de mar adoptadas por la resolución A.930(22) de la OMI volviera a enviarse de manera que, en su siguiente reunión, se pudiera examinar la determinación preliminar sobre la aplicación de la resolución y las directrices a la luz de todas las respuestas al cuestionario y los datos relativos al abandono disponibles en ese momento. En cuanto a la decisión que tomó el Grupo Mixto en su cuarta reunión de que debía crearse una base de datos sobre los casos de abandono notificados, la Oficina le informó de que había examinado la cuestión de la creación de una base de datos al respecto, había llevado a cabo los estudios pertinentes y había decidido, en consulta con la Secretaría de la OMI, proceder con el proyecto.

El Consejo de Administración de la OIT, en su 289.<sup>a</sup> reunión, al igual que el Comité Jurídico de la OMI, en su 88.<sup>o</sup> período de sesiones, expresó su acuerdo con las recomendaciones del Grupo Mixto y aprobó el envío de las circulares revisadas. El Consejo de Administración de la OIT también reafirmó su apoyo a la creación de una base de datos sobre casos de abandono notificados<sup>12</sup>. Subsiguientemente, la Oficina examinó los aspectos financieros de los costos de puesta en marcha. La Asociación Internacional de Proveedores de Buques decidió prestar su apoyo y, desde agosto de 2005, esta base de datos se encuentra técnicamente lista, y actualmente en funcionamiento.

## **2.2.- La Resolución A.930(22) de la OMI sobre *Directrices sobre la provisión de Garantía Financiera para los casos de abandono de la gente de mar.***

Como ya se ha señalado, a consecuencia de las labores efectuadas por el Grupo mixto especial de expertos OMI/OIT sobre responsabilidad e indemnización respecto de las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono de la gente de mar, la Asamblea de la OMI adoptó, en el año 2001, la resolución A930(22) relativa a la “*provisión de garantía financiera para los casos de abandono de la gente de mar*”. Una de las cuestiones previas que precisaba de clarificación era el de dotar de una definición a la situaciones de abandono. De este modo, de acuerdo con la Resolución A.930(22) de la OMI, el abandono se entiende como aquella “*situación que se caracteriza por la ruptura de vínculos entre el propietario de un buque y la gente de mar. El abandono se da cuando el propietario de un buque deja de cumplir ciertas obligaciones fundamentales con respecto a la gente de mar, relativas a la pronta repatriación y pago de la remuneración adeudada y a la cobertura de las necesidades básicas, entre otras, una alimentación adecuada, alojamiento y atención médica. Constituye situación de*

---

<sup>12</sup> OIT: Consejo de Administración, documento GB.289/STM/8/2, párrafo 6.

*abandono el que se haya dejado al capitán del buque sin medios financieros para la explotación del buque*<sup>13</sup>.

Una vez determinado qué ha de entenderse por abandono de marinos, de acuerdo a la resolución anotada, nuestro propósito es centrarnos en uno de los aspectos determinados en la noción empleada en la resolución de la OMI y su recepción en el Convenio refundido sobre trabajo marítimo del año 2006. Nos estamos refiriendo a la cuestión relativa al pago de la remuneración adeudada al marino, esto es, a la determinación de cuál es el momento en que el retraso o el cese en los salarios debidos, puede recaer bajo la consideración de situación de abandono; y particularmente si el Convenio refundido sobre trabajo marítimo precisa algo más dicha cuestión, así como si el Estado del puerto tiene algún tipo de atribución competencial para hacer cumplir el mandato especificado por la OMI/OIT. No obstante, y antes de entrar en semejantes disquisiciones, se hace necesario reseñar, con carácter previo, analizar –siquiera- brevemente el alcance de la resolución de la OMI.

El objeto principal de la resolución no es otro que el del establecimiento de un sistema de garantía financiera en caso de abandono de marinos en puertos extranjeros con la finalidad de que los marineros puedan recepcionar con cierta prontitud los salarios devengados y no percibidos, así como que puedan ser repatriados rápidamente. Se ha de hacer constar, en tal sentido, que el objetivo de la directriz anotada es puramente orientativa o de carácter recomendatorio, y que va dirigida –en primer lugar- a que los Estados, cuando aprueben sus normas nacionales, puedan determinar cuáles son los aspectos más importantes que se han de tener en cuenta en relación con la garantía financiera en los casos de abandono de la gente de mar. En este sentido, se ha de recordar que la propia resolución recuerda que el artículo 94 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, exige a todo Estado de abanderamiento ejerza de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón, por lo que en principio podría pensarse que el control sobre esta cuestión queda exclusivamente referida al Estado del pabellón. No obstante, en los supuestos en los que los propietarios no cumplan con las obligaciones que les corresponde, hayan de intervenir no sólo los Estados de abanderamiento, sino también los Estados de los que la gente de mar es nacional o el Estado rector del puerto.

Las directrices establecidas, por su parte, tienen por objeto establecer un conjunto de recomendaciones que han de ser implantadas por los propietarios de buques a fin de asegurar que, en caso de abandono, la gente de mar esté cubierta por un sistema adecuado de garantía financiera. En este sentido, y por lo que atiene a las obligaciones de los propietarios de buques, se señala (cuarta directriz) que éstos han de disponer de un sistema de garantía que se ajuste a las directrices de la OMI. Así, los propietarios deben mantener un sistema seguridad financiera que cubra los gastos de la repatriación sin ser un costo para el marinero, y para el mantenimiento de los marineros desde el tiempo de su abandono al tiempo de llegada al lugar de repatriación. Concretamente, la directriz 5ª de la resolución señala como aspectos a cubrir por la garantía financiera los siguientes: 1.- Los gastos por la repatriación de la gente de mar, que se sufragarán sin costo alguno para la gente de mar; 2.- El sustento de la gente de mar, desde el momento

---

<sup>13</sup> Art. 2.1, párrafo 3º de Resolución A.930(22) de la Organización Marítima Internacional, Aprobada el 29 de noviembre de 2001 sobre Directrices sobre la provisión de garantía financiera para los casos de abandono de la gente de mar. [A 22/Res.930, de 17 diciembre de 2001].

del abandono hasta el de su llegada al lugar donde se les repatrie; 3.- El pago de toda la remuneración adeudada a la gente de mar, así como de todas las prestaciones a las que tenga derecho por el contrato<sup>14</sup>; y 4.- El pago a la gente de mar de otros gastos en los que haya incurrido durante el periodo de abandono que tengan su origen en la situación de abandono.

Finalmente, la resolución A.930(22) de la OMI dispone que *“los propietarios de buques se asegurarán de que en sus buques de navegación marítima dedicados a viajes internacionales se cuenta a bordo con un certificado en el que se atestigüe la existencia de un sistema de garantía financiera para los casos de abandono de la gente de mar. Este certificado se exhibirá en un lugar visible en los espacios de alojamiento de la gente de mar”*. Asimismo, *“si para garantizar la cobertura de toda la gente de mar a bordo de un buque fuere necesario más de un certificado, deberán exhibirse todos ellos”*. La exigencia del citado certificado nos parece del todo acertada. Ahora bien, la interrogante que puede plantearse es el valor de dicho certificado, o dicho de otro modo, si la existencia del certificado de garantía financiera puede controlarse por las autoridades competentes del Estado del puerto en aplicación de lo dispuesto en el título V del Convenio refundido sobre trabajo marítimo de 2006, o si por el contrario dicha exigencia a los efectos del citado control se va a exigir sobre el fundamento de la existencia de un texto convencional ad hoc –hecho por la OIT-, o de la mano del proyecto de directiva comunitaria sobre responsabilidad civil del propietario también a los efectos de abandono.

### **2.3.- La Organización Internacional del Trabajo y el abandono de marinos: instrumentos internacionales relativos a la repatriación de la gente de mar.**

#### **2.3.1.- Antecedentes normativos: los Convenios nº 23 y nº 166, sobre la repatriación de la gente de mar, de 1926 y de 1987 (revisado) y Recomendación nº 174, sobre la repatriación de la gente de mar de 1987.**

La organización Internacional del Trabajo –OIT- se ha venido ocupando -desde antiguo- de las condiciones de vida y trabajo que aquejan a la gente de mar desde sus orígenes<sup>15</sup>. Precisamente, y entre todos los instrumentos aplicables a la cuestión deben destacarse por su singular importancia el Convenio nº 23, sobre la repatriación de la gente de mar<sup>16</sup>, por un lado; así como el Convenio nº 166 sobre la misma cuestión<sup>17</sup>, que revisa el anterior. Por lo que se refiere al primero de los instrumentos anotados, se establecía para los armadores la obligación de repatriar a los marinos en las condiciones establecidas en la legislación nacional o, en su defecto, en función de lo determinado en el contrato de enrolamiento. Por su parte, y de acuerdo al art. 8 del Convenio nº 23, los Estados parte de la OIT debían ratificar, de modo y manera que desde esta perspectiva el Estado del pabellón debía ratificar el texto internacional a los efectos de crear las citadas

---

<sup>14</sup> En el pago de la gente de mar de toda la remuneración adeudada se incluirán los salarios devengados y las demás prestaciones previstas en el contrato de empleo y en la legislación nacional.

<sup>15</sup> Una aproximación de la regulación internacional del trabajo marítimo desde 1920 a 1936 en JENKS, W: “Contribution de l’Organisation internationale des Travail a l’élaboration d’un droit uniforme du travail maritime” en *Introduction à l’étude du droit comparé (Recueil d’études en l’honneur d’Edouard Lambert*, vol. II, Paris, 1938, pp. 870-883.

<sup>16</sup> Fecha de adopción, 23 de junio de 1926; entrada en vigor, el 16 de abril de 1928. Ratificado por España el 23 de febrero de 1931.

<sup>17</sup> Fecha de adopción, 9 de octubre de 1987; entrada en vigor, el 3 de julio de 1991. Ratificado por España, el 27 de abril de 1990.

obligaciones para los armadores. Finalmente, el citado instrumento convencional nada señala en relación con el supuesto de abandono derivado de insolvencia empresarial, por lo que dicha regulación quedaría en manos de lo dispuesto en las legislaciones nacionales y, en su caso, por lo señalado en el contrato de trabajo<sup>18</sup>.

Por su parte, por lo que se refiere al Convenio n° 166 sobre la misma cuestión, que mejora sensiblemente lo dispuesto en el texto convencional apenas analizado, señala que el armador es el sujeto obligado a costear la repatriación del marino en los supuestos determinados en el art. 2 del citado Convenio. En este sentido, se señala –entre otras causas- que el derecho a la repatriación tendrá lugar cuando un contrato de duración determinada expire en el extranjero, así como cuando expire el período de preaviso dado de conformidad con las disposiciones del contrato de enrolamiento, o cuando el armador no pueda seguir cumpliendo sus obligaciones legales o contractuales como empleador del marino a causa de quiebra, venta del buque, cambio de matrícula del buque o por cualquier otro motivo análogo. A estos efectos, nos interesa apuntalar que el derecho a la repatriación está sujeto –en general- a la ruptura del vínculo contractual con el empleador, y por lo que aquí interesa, cuando el armador deje de cumplir con sus obligaciones contractuales, de entre las cuales, destaca el supuesto de quiebra, en el que con toda seguridad el armador dejara de pagar los salarios del marino. No obstante, la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado no cuenta con una referencia temporal en el Convenio n° 166 de la OIT, de ahí que sea evidente la aplicación a estos efectos de lo dispuesto en los derechos nacionales.

Por su parte, si el armador incumpliera con las obligaciones estipuladas en el Convenio n° 166, la autoridad competente del Estado en cuyo territorio esté matriculado el buque será el responsable, en primera instancia, de organizar la repatriación del marino, asumiendo el costo de la misma. Subsidiariamente, si el Estado de abanderamiento incumpliera el citado mandato, entonces el Estado de cuyo territorio deba ser repatriado el marino o el Estado del cual sea nacional el marino podrán organizar su repatriación y recuperar, posteriormente, el costo de la misma del Estado del pabellón. El hecho de que en el art. 5 del Convenio se establezca la posibilidad de que el Estado de abanderamiento incumpla con la obligación de repatriar a los marinos, cuando el armador asimismo se desentienda de tal cometido y traslade dicha competencia a otros Estados implicados –con capacidad de resarcirse posteriormente ante el primero- es positivo en los supuestos de pabellones de conveniencia, normalmente poco o nada interesados en hacer cumplir con las obligaciones impuestas por el Convenio de Montego Bay de 1982. No obstante, los Estados implicados –subsidiariamente- no siempre estarán interesados en cumplir con la prescripción anotada, máxime en los casos en los que el abandono se produce en el puerto de algún Estado de conveniencia y/o cuando el marino sea nacional de un Estado que tradicionalmente suministra mano de obra a bajo costo.

### **2.3.2- El Convenio refundido sobre trabajo marítimo, 2006.**

Entrando a valorar el contenido del Convenio refundido sobre trabajo marítimo del año 2006, se ha de explicitar que nuestro objeto de análisis –como se ha dicho líneas más arriba- se va limitar a determinar si el Convenio refundido de 2006 recoge alguna

---

<sup>18</sup> CHAUMETTE, P: “Des résolutions A 930(22) et A 931(22) de 2001 de l’Assemblée d l’OMI aux réformes du droit français quant aux garanties de paiement des créances salariales”. *Annuaire de droit maritime et océanique*, Universidad de Nantes, T. XXII, 2004, pp. 239-263.

prescripción relativa a la garantía de los salarios en supuestos de abandono, así como si el Estado del puerto tiene algún tipo de competencia-control sobre la materia. En este sentido, se analizarán los preceptos relativos al salario, a la repatriación, así como –en relación con el control del Estado de puerto- el título V, y concretamente, la regla 5.2 del citado Convenio. Vayamos por partes.

### **2.3.2.1.- Salarios.**

En el marco de las disposiciones insertas en el título II –condiciones de empleo-, la regla 2.2 (norma A2.2) tiene por objeto regular la remuneración de la gente de mar por los servicios prestados a bordo de buques. La finalidad principal que se persigue es el del establecimiento de una reglamentación homogénea a través de la que se consiga aunar las distintas políticas legislativas que a nivel nacional se establecen en relación con los salarios de la gente de mar, puesto que la diversidad de regulaciones sobre esta materia y para este colectivo es enorme, fundamentalmente en aquellos países que o bien ofertan su bandera y/o su mano de obra. Precisamente para evitar esas disparidades, que no son sino el medio principal de atracción a las navieras que persiguen la reducción de los costes salariales, el Convenio refundido prevé que este colectivo perciba una retribución periódica y completa por su trabajo, de conformidad con los acuerdos de empleo respectivos, así como por lo establecido en los convenios colectivos que sean de aplicación. A tal efecto se establece que sean los Estados miembros los responsables de exigir que los salarios adeudados a la gente de mar empleada en buque que enarbolan su bandera sean pagados mensualmente o en otros intervalos de tiempo, siempre que sean periódicos<sup>19</sup>. Por su parte, en la pauta B.2.2.2, tan sólo se reconoce que en el momento de la terminación del contrato, debería procederse sin demora indebida al pago de toda cantidad adeudada en concepto de remuneración; y, en segundo lugar, que las autoridades competentes deberían imponer sanciones adecuadas o prever otras medidas de reparación apropiadas para los casos en que los armadores se atrasen indebidamente en el pago de toda la remuneración debida, o no la paguen.

Ahora bien, como es visible el Convenio refundido no ha recogido expresamente ninguna mención relativa al establecimiento de una garantía financiera para los créditos salariales, aunque sí se reconoce –como se dirá más adelante- el establecimiento de una garantía financiera para los supuestos de repatriación de los marinos en casos de abandono. La única mención contenida sobre esta materia –no vinculante- se encuentra

---

<sup>19</sup> Norma A2.2 – Salarios. 1. Los Miembros deberán exigir que las remuneraciones que se adeuden a la gente de mar empleada en buques que enarbolan su bandera sean pagadas mensualmente u otros intervalos periódicos, de conformidad con los convenios colectivos aplicables. 2. Deberá entregarse a la gente de mar un estado de cuenta mensual de los pagos adeudados y las sumas abonadas, con inclusión del salario, los pagos suplementarios y el tipo de cambio utilizado en los casos en que los abonos se hagan en una moneda o según un tipo de cambio distintos de lo convenido. Por su parte, se establecen otro tipo de exigencias, tales como que: 3. Los Miembros deberán exigir a los armadores que adopten medidas, como las mencionadas en el párrafo 4 infra, para proporcionar a la gente de mar medios para transferir la totalidad o parte de sus ingresos a sus familias, a las personas a su cargo o a sus beneficiarios legales. 4. Entre las medidas destinadas a asegurar que la gente de mar pueda transferir sus ingresos a sus familias se incluyen: a) un sistema que permita que la gente de mar, al inicio de su período de empleo o durante éste, destine, si lo desea, una parte de su salario para que sea remitido a intervalos periódicos a sus familias mediante transferencia bancaria o por medios similares, y b) un requisito para que las remesas sean enviadas a tiempo y directamente a la persona o personas designadas por la gente de mar.

en la pauta anteriormente mencionada, y no es sino un recordatorio –muy usual en los convenios de la OIT (por ejemplo, en el Convenio n° 180). En este sentido, se dispone que por lo que se refiere a los supuestos de insolvencia del empresario, se establece que en la medida en que las sumas exigibles por la gente de mar respecto de sus salarios y de otras cuantías que se le adeuden en relación con su empleo no estén garantizadas con arreglo a las disposiciones del Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993<sup>20</sup>; dichas sumas deberían quedar garantizadas con arreglo a las disposiciones del Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173) de la Organización Internacional del Trabajo.

### **2.3.2.2.- Repatriación.**

La regla 2.5 del Convenio refundido tiene por objeto regular los mecanismos de repatriación del marino con la finalidad de asegurar el que la gente de mar pueda regresar a su hogar. Precisamente en el marco de las disposiciones relativas a esta materia, sí se establece –con carácter obligatorio- el que los Estados parte del Convenio refundido exijan que los buques que enarbolen su pabellón aporten garantías financieras para asegurar que la gente de mar sea debidamente repatriada conforme al código. Asimismo, se establece que en los supuestos en los que la autoridad competente del Miembro cuyo pabellón enarbole el buque no organice la repatriación de la gente de mar interesada; podrán hacerlo (facultativamente) tanto el Estado de cuyo territorio deba ser repatriada la gente de mar como el Estado del cual sea nacional la gente de mar, pudiendo recuperar su costo del Miembro cuyo pabellón enarbole el buque. En cualquier caso, el Estado miembro cuyo pabellón enarbole el buque podrá recuperar del armador los gastos ocasionados por la repatriación de la gente de mar.

En este sentido, el párrafo sexto de la norma que analizamos establece que todo Estado miembro que haya pagado los gastos de repatriación conforme a lo estipulado en el Convenio refundido sobre trabajo marítimo de 2006, podrá –de acuerdo a los convenios internacionales aplicables (particularmente el Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques de 1999) inmovilizar o pedir la inmovilización de los buques del armador interesado hasta que le sean reembolsados esos gastos.

Por su parte, y ya dentro del contenido no vinculante o no obligatorio del Convenio, la pauta B2.5.1 sobre el Derecho a repatriación establece como entre las causas para que la gente de mar tenga derecho a ser repatriada el que *“el armador no pueda seguir cumpliendo sus obligaciones legales o contractuales como empleador de la gente de mar a causa de insolvencia, venta del buque, cambio de matrícula del buque o por cualquier otro motivo análogo”*. De este modo, y gracias a esta disposición –recuérdese no obligatoria-, el Convenio refundido atiende como motivo de repatriación el que el empresario marítimo se declare insolvente y se acredite como tal por las autoridades competentes. En estos supuestos, el alcance de la garantía financiera alcanza los costos de repatriación de la gente de mar, pero no los créditos salariales de los trabajadores afectados por tal situación. Y ello así, porque de acuerdo a la resolución tomada en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, relativa a los trabajos desarrollados por el Grupo mixto especial de expertos OMI/OIT sobre la responsabilidad y la indemnización respecto de las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y

---

<sup>20</sup> BOE n° 99, de 23 de abril de 2004.

abandono de la gente de mar, esta cuestión podría insertarse en el Convenio refundido sobre trabajo marítimo o en otro instrumento distinto.

### **2.3.2.3.- El control del Estado del puerto en el Convenio refundido sobre trabajo marítimo de la OIT, 2006.**

Como es sabido, la regla 5.2.1, versa sobre las inspecciones en los puertos. En este sentido, conviene tener presente que las actividades de control del Estado del puerto no son obligatorias, y se refieren a los artículos, reglas y a la parte A del código. Esto se refleja en el párrafo 1 de esta disposición, cuando establece que todo buque extranjero que, en el curso normal de su actividad o por razones operativas, haga escala en el puerto de un miembro *puede* ser objeto de una inspección de conformidad con el párrafo 4 del artículo V, para comprobar el cumplimiento de las disposiciones del presente convenio relativas a las condiciones de trabajo y de la vida de la gente de mar a bordo del buque (incluido el respeto a los derechos de la gente del mar). No obstante, al final de la regla A5.2.1 se señala que “*en todo caso, tal inspección se llevará a cabo cuando las condiciones de trabajo y de vida que se consideren deficientes o se alegue que lo son puedan constituir claramente un peligro para la seguridad, la salud o la protección de la gente de mar, o cuando el funcionario habilitado tenga motivos para creer que cualquiera de las deficiencias observadas constituye una infracción grave de los requisitos del presente Convenio (inclusive de los derechos de la gente de mar)*”.

Esta dicción permite entender que, por lo que se refiere a los supuestos en los que el marino es abandonado en puerto extranjero, como ejemplo típico de una **deficiencia** que pudiera dar origen a este tipo de dificultad, podrían encontrarse el incumplimiento en cuanto al derecho a la repatriación del marino, así como –entre otros- la falta de pagos de los salarios durante varios meses. Esta última interpretación suscita alguna que otra interrogante en relación con el Convenio internacional sobre el embargo preventivo de buques, el cual se refiere, entre otras cosas, a «*los sueldos y otras cantidades debidas al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre*». En este sentido, se ha de señalar que no parece que la intención del Convenio refundido del 2006 sea la de exigir a los inspectores que investiguen las circunstancias financieras en que se encuentren los marinos afectados en particular, sino que evalúen si la deficiencia de que se trata «*puede causar, con toda probabilidad, graves dificultades materiales a la gente de mar*». Así, entiendo que entre las competencias atribuidas al Estado del puerto se encuentra indefectiblemente determinar si los marineros reciben sus salarios de manera periódica, en atención a lo dispuesto en las disposiciones pertinentes del Código.

De este modo, podemos concluir particularmente que, por lo que se refiere al abandono de marinos y derechos salariales, el Convenio refundido no ha incorporado las previsiones del Grupo Mixto OMI/OIT<sup>21</sup>, de modo y manera que –en principio- los inspectores del puerto no podrían exigir el certificado específico del que habla la Resolución de la OMI anotada; por lo que a estos efectos habrá que esperar a una futura, pero próxima implementación en un Convenio ad hoc sobre la cuestión. A pesar de lo anterior, entiendo factible que el control del Estado del puerto se extienda a las

---

<sup>21</sup> GUILLOU M: “Vers la reconnaissance d’un statut juridique international des gens de mer : le projet préliminaire de convention du travail maritime consolidée”, *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, T. XXI, Université de Nantes, 2003, pp. 225-249.

deficiencias materiales que lógicamente causa el retraso en el pago de salarios, y con mayor razón, el impago absoluto de los mismos.

#### **4.- Derecho comunitario: los instrumentos vigentes y proyectados que inciden sobre el establecimiento de un sistema de garantías al pago de los salarios debidos a los marineros abandonados en puertos extranjeros y el control por parte del Estado del puerto.**

Por su parte, y por lo que se refiere a los instrumentos de Derecho comunitario que pudieren responder a los problemas que se derivan del abandono de marinos y reclamaciones salariales por tal motivo, se ha de señalar que ya en el año 2001, la Comisión Europea en la Comunicación sobre *la formación y contratación de la gente de mar*<sup>22</sup> declaró que tenía la intención de examinar la cuestión de los buques abandonados para determinar la necesidad de un nuevo acto legislativo comunitario. En este sentido, señalaba que el abandono de buques en puertos comunitarios constituye una práctica frecuente, mientras que su tripulación permanece a bordo sin haber recibido ningún salario. Además de las consecuencias inaceptables desde el punto de vista humanitario, los buques abandonados también plantean problemas a los puertos en sus actividades comerciales diarias, al reducir el espacio disponible. Por esta razón, la Comisión se propuso estudiar la posibilidad de proponer una normativa que autorice a los puertos la venta de tales buques, y aplicar también a los buques las disposiciones de la directiva sobre traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad<sup>23</sup> y de la directiva sobre despidos colectivos<sup>24</sup>. Con ello pretendía garantizar que la gente de mar que trabaja a bordo de buques comunitarios se beneficie al menos del mismo nivel de protección que los demás trabajadores de la Comunidad, y evitar que la gente de mar empleada a bordo de buques comunitarios sea abandonada.

Es cierto, sin embargo, que a pesar de lo loable de dicha propuesta, ninguna de las Directivas entonces mencionadas en el documento de la Comisión, han sido reformadas para comprender dentro de su ámbito de aplicación al personal navegante que, como es sabido, se encuentra excluido del ámbito subjetivo de aplicación de dichos instrumentos. Por su parte, tampoco –por el momento- se ha procedido a la aprobación ni a la proyección de ninguna normativa tendente a la autorización a los puertos de la venta de tales buques con el fin de obtener con dicha venta la cantidad suficiente – siempre que sea posible- para poder pagar los salarios debidos.

A pesar de lo anterior, en el seno de la UE contamos con varios instrumentos de aplicación en supuestos de insolvencia empresarial, de ahí que sea necesario analizar siquiera brevemente su contenido a los efectos de determinar el grado de aplicabilidad de aquellos al supuesto que hemos traído a colación en el presente comentario. Asimismo, es obligado referirse a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques, en cuyo artículo 6, se establece la necesidad de que los Estados miembros

---

<sup>22</sup> COM (2001)188 final, p. 12.

<sup>23</sup> Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO L 61 de 5.3.1977, p. 26).

<sup>24</sup> Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO L 225 de 12.8.1998, p. 16).

aseguren la accesibilidad del sistema de garantía financiera en caso de abandono de la gente de mar, proyectada a propósito de lo dispuesto en el Paquete Erika III<sup>25</sup>.

#### **4.1.- Los procedimientos de insolvencia transnacional: El Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia transnacionales y la Ley concursal española 22/2003, de 9 de julio, concursal, de transposición de la anterior.**

En primer lugar, vamos a traer a colación los instrumentos comunitarios vigentes relacionados con los créditos laborales y salariales, particularmente, derivados de un supuesto de insolvencia transnacional. A estos efectos, se ha de señalar –como es ya sabido- que las instituciones comunitarias dictaron el Reglamento comunitario 1346/00, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia<sup>26</sup>. Éste tiene por objeto superar los problemas que presenta la existencia en un caso de estas características de un Derecho concursal en cada Estado; lo que significa que cada Estado miembro puede concretar los aspectos procedimentales y sustantivos de forma distinta. Esto es, cada Estado organiza de una manera determinada los procedimientos colectivos y cada Estado tiene además sus propias políticas de distribución patrimonial. Además, estas decisiones sólo pueden implementarse dentro del territorio de cada Estado, lo que agrava aún más los riesgos de comportamiento oportunista de todos los sujetos implicados: deudor, acreedores y Estados. Para evitar estos problemas, la UE dictó el Reglamento de unificación del Derecho concursal dirigido a regular los concursos internacionales en los que el **centro de intereses principales del deudor se encuentre en uno de los Estados de la UE.**

Ahora bien, ha de aclararse –antes de nada- que la intervención del legislador comunitario no se ha encaminado a la unificación del Derecho sustantivo, sino que se ha limitado a la uniformización de las reglas de Derecho Internacional Privado, esto es, de

---

<sup>25</sup> Todos los documentos pueden consultarse en el documentos siguientes Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado de abanderamiento” COM(2005) 586 final – 2005/0236 (COD); "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas” COM(2005) 587 final – 2005/0237 (COD); "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto" COM(2005) 588 final – 2005/0238 (COD); "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/59/CE relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo", COM(2005) 589 final – 2005/0239 (COD); "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen los principios fundamentales que rigen la investigación de accidentes en el sector del transporte marítimo y se modifican las Directivas 1999/35/CE y 2002/59/CE" COM(2005) 590 final – 2005/0240 (COD); "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente", COM(2005) 592 final – 2005/0241 (COD); "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques"; COM(2005) 593 final – 2005/0242 (COD)

<sup>26</sup> DOCE n° L160, de 30 de junio de 2000. Para una aproximación al texto comunitario: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J: “El Reglamento de Insolvencia: una aproximación general”, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, IV, pp. 231-352. Asimismo, BELTRÁN SÁNCHEZ, E: “El Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia”, *Tribunales de Justicia*, 2001, pp. 31-43.

reglas sobre competencia judicial internacional (*forum*); Derecho aplicable (*ius*) y reconocimiento y ejecución a los concursos internacionales<sup>27</sup>.

Por su parte, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, contiene en el título IX: *De las normas de Derecho Internacional Privado*” (artículos 199 y ss), una serie de disposiciones dirigidas a regular las situaciones de insolvencia transnacional. El contenido de los artículos anteriormente citados constituye una “traslación” del Reglamento comunitario<sup>28</sup>. A estos efectos, el legislador dedica los capítulos incursos en el Título IX a precisar algunos aspectos de un concurso con elemento de extranjería –principal o secundario-, cuando éste se declare, se desarrolle o se concluya en España, esto es, se facilita la aplicación de ambos textos –Reglamento y LC- en el ámbito intracomunitario y se ajusta el mismo modelo normativo a la regulación de otras relaciones jurídicas que se encuentran fuera del espacio comunitario<sup>29</sup>.

En este sentido, se ha de precisar que el Reglamento comunitario es aplicable a los concursos **especialmente conectados con la UE**; mientras que la LC regularía las **situaciones de insolvencia de carácter “extracomunitario”**. Tomando en consideración este extremo, se ha de señalar que el legislador español ha decidido recuperar la mayor parte del contenido del reglamento comunitario para facilitar a los operadores jurídicos el manejo de las normas de Derecho Internacional Privado en ambos supuestos de insolvencia –tanto intracomunitarias como extracomunitarias-. De este modo, el estudio de las cuestiones a las que anteriormente se ha hecho referencia se fundamentara en el análisis del texto comunitario e interno conjuntamente.

#### **4.1.1.- Reglas de competencia judicial internacional.**

En este sentido, y por lo que se refiere a las reglas relativas a la competencia judicial internacional contenidas en ambos instrumentos normativos, la atribución de competencia para abrir el proceso principal corresponde a los tribunales del Estado donde el deudor tenga su centro de intereses principales, ya sea éste España (art. 10.1 LC) o cualquier Estado miembro de la UE (art. 3.1 Reglamento)<sup>30</sup>. Según el propio Reglamento, esta conexión se refiere “*al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros*”. Este criterio pretende cubrir los problemas más habituales que pueden presentarse en estos casos. Esto es, trata en primer lugar de restringir los comportamientos oportunistas del deudor -el denominado *forum shopping*<sup>31</sup>- a través de la búsqueda de un Derecho sustantivo de insolvencia favorable a sus intereses. En segundo lugar, ofrece un criterio objetivo, previsible por terceros, y por lo tanto, permite

---

<sup>27</sup> Cuestión ésta que por razones de espacio no abordaré en este trabajo. No obstante, véase DE CESARI, P: “Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* n° 1, 2003, pp. 55-’84.

<sup>28</sup> Si bien también toma como referencia la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional [CNUDMI].

Véase <http://www.uncitral.org/spanish/texts/insolvency/insolvency-s.htm>

<sup>29</sup> Sobre la interrelación de ambos textos, ESPLUGUES MOTA, C: “La nueva Ley concursal española y el Reglamento 1346/2000: ¿matrimonio, cohabitación o mera coexistencia pacífica?”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2003, pp. 413-417.

<sup>30</sup> Excepto Dinamarca.

<sup>31</sup> Considerando 4º del Reglamento de Insolvencia.

que éstos configuren sus relaciones con cierta seguridad sobre su posición en los casos de insolvencia del deudor.

No obstante, el hecho de que el concepto que atribuye un foro competencial se refiera al lugar habitual de la administración de los intereses del deudor genera una cierta incertidumbre. En este sentido, para solucionar estos problemas, en el caso de las personas jurídicas, se presume *iuris tantum* que ese lugar coincide con el **domicilio social –domicilio estatutario-**; mientras que para las personas físicas que se dediquen a una actividad empresarial o profesional, ese lugar será el del domicilio profesional. Para el resto ese lugar se identifica con su residencia habitual.

El hecho de que la aplicación de ambos instrumentos normativos –reglamento y LC- para los supuestos de insolvencia intracomunitaria o extracomunitaria respectivamente, atribuyan competencia a los tribunales de los Estados donde el deudor tenga bien su domicilio estatutario (personas físicas), bien su domicilio profesional (personas físicas que se dediquen a una actividad profesional o empresarial) provoca que, en la mayor parte de los casos que estamos tratando, el Reglamento no pueda ser aplicado, ya que normalmente el armador ostentará su domicilio estatutario extramuros de la UE o de España, en el caso de tratarse de un procedimiento de insolvencia extracomunitario.

#### **4.1.2.- Ley aplicable: Regla general: *lex concursus* (art. 4 Reglamento y art. 200 LC).**

No obstante, y para aquellos supuestos en los que sí sea factible atribuir competencia judicial internacional a un tribunal comunitario de acuerdo a los criterios expuestos, se ha de determinar la Ley aplicable a dichos supuestos.

El punto de partida de ambos textos es considerar la aplicación de la ley del Estado competente para conocer de la insolvencia (*lex concursus*). Esta norma de conflicto opera tanto en los procedimientos principales (art. 4 Reglamento y art. 200 LC), como en los territoriales (art. 28 Reglamento y art. 200 LC), aunque su verdadero significado se aprecia en relación con los primeros. La sujeción a una sola ley tiene varias ventajas, ya que facilita la administración del proceso al hacer coincidir *forum-ius*, y por consiguiente evita los costes asociados a la aplicación del Derecho extranjero. Asimismo, asegura una *par conditio* conflictual de todos los acreedores, esto es, todos los acreedores del deudor quedan sujetos al mismo Derecho estatal. Esta ley determina las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento, tanto en su dimensión procedimental como sustantiva. Para facilitar la interpretación de esta regla, el art. 4.2 del Reglamento contiene un listado no exhaustivo de cuestiones particulares que quedan sometidas a la *lex concursus*.

Así, esta ley determina los deudores que pueden quedar sometidos a un procedimiento de insolvencia; los bienes que forman parte de la masa y la suerte de los bienes adquiridos por el deudor después de la apertura de un procedimiento de insolvencia; las facultades respectivas del deudor y del síndico; las condiciones de oponibilidad de una compensación; los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte; los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales –en suspensión o interdicción- con

excepción de los procesos en curso; los créditos que deban cargarse al pasivo del deudor y la suerte de los créditos nacidos después de la apertura de un procedimiento de insolvencia; las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos; las normas del reparto del producto de la realización de los bienes, la graduación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente indemnizados después de la apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación; las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular mediante convenio o medida equivalente; los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia, incluyendo la eventual liberación de la deuda residual: las costas y gastos del procedimiento; las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores. En este último punto, la *lex concursus* determina si deben ejercitarse las acciones correspondientes para lograr su invalidación o si la decisión de apertura entraña automáticamente dicha invalidación. En el caso de los procedimientos secundarios, estas reglas sobre invalidación sólo son aplicables en la medida en que hayan resultado menoscabados los bienes del deudor en dicho Estado. En todo caso, la remisión es al Derecho material del Estado en cuestión. Esto es, se excluye el posible reenvío que las normas así designadas pudiesen hacer a otras leyes.

#### **4.1.3.- Conexiones especiales: el contrato de trabajo (art. 10 Reglamento y art. 207 LC).**

Por su parte, tanto el legislador español como el comunitario establecen una serie de conexiones especiales, esto es, una serie de derechos o relaciones a los cuales no se les va a aplicar necesariamente la *lex concursus*, sino la ley de otro Estado miembro. Antes de analizar cada una de ellas conviene señalar ciertas características generales sobre su naturaleza, fundamento y alcance.

Estas conexiones funcionan como excepciones a la aplicación de la regla general. No son normas de transposición, cuyo objeto fuese el reconocimiento de los derechos subjetivos adquiridos extraconcursumente con el fin de integrarlos en la *lex concursus*, sino que son auténticas excepciones a ésta. Lo que significa que los límites concursales, esto es, los límites al ejercicio de un derecho subjetivo o de alguna de sus facultades cuyo fundamento sea concursal, no vienen determinados por la *lex concursus*, sino en su caso por la ley que rige ese derecho subjetivo. La existencia de este tipo de conexiones especiales obedece a un doble fundamento. Por un lado, la protección de los derechos adquiridos extraconcursumente en un Estado distinto al de apertura del concurso; y por otro, la necesidad de reducir la complejidad de los procedimientos concursales.

La suma de esos dos argumentos nos permite entender el distinto alcance que tienen las conexiones especiales previstas en los textos de insolvencia que analizamos. En el caso del contrato de trabajo, la razón del establecimiento de una conexión especial tiene por objeto determinar que los efectos concursales que deben atribuirse al derecho adquirido en el extranjero son los mismos que la ley del Estado en cuestión le atribuiría si se abriese un procedimiento local de insolvencia. En este sentido, el Reglamento y la LC han entendido necesario apartarse de la solución conflictual general –*lex concursus*– para adaptarse a los problemas particulares que presentan los efectos concursales sobre los contratos en curso, de tal manera que, insisto, los efectos del concurso sobre el contrato de trabajo (art. 10 del Reglamento y art. 207 LC) no quedan sujetos a la *lex concursus*, sino a la *lex contractus*, incluidas sus normas procesales.

El objetivo de estas disposiciones es salvaguardar a los trabajadores y a las relaciones laborales de la eventual aplicación de una ley concursal extranjera distinta a la que rige las relaciones entre empresario y trabajadores. Ahora bien, la excepción prevista por este precepto sólo alcanza los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia sobre la relación laboral. Otras cuestiones, **como por ejemplo la de si los créditos laborales gozan o no de un privilegio concursal, el montante o su rango, se sujetan a la *lex concursus*. En efecto, la posible posición como “acreedores privilegiados” de los trabajadores se rige por la *lex fori concursus* determinada con arreglo al art. 4 del Reglamento.**

Para la aplicación de la determinación de la ley que rige el contrato laboral –*lex contractus*– habremos de acudir a las reglas conflictuales establecidas en el art. 6 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>32</sup>. En el caso de situarnos ante un supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores, atenderemos a la aplicación de las medidas correctoras –disposiciones imperativas de la *lex loci temporalis*– contenidas en la Directiva 96/71/CE y su norma de transposición a nuestro derecho, la ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional<sup>33</sup>.

En este sentido, el problema principal que cabe señalar a la aplicación de la regla conflictual que exceptúa para los contratos de trabajo la aplicación de la *lex concursus* es que, en aplicación de los instrumentos anteriormente citados, ésta va a delimitar el ordenamiento jurídico aplicable a cada una de las relaciones jurídico-laborales afectadas por un procedimiento de insolvencia transnacional. De este modo, no sería descabellado pensar en situaciones en las que los contratos de trabajo del personal que desempeña servicios en un establecimiento situado en un Estado miembro afectado por un procedimiento de insolvencia transnacional fueran regidos por ordenamientos jurídicos diversos. Esto es, podría darse el caso de que la ley rectora aplicable a cada contrato de trabajo –*lex contractus*– fuera distinta en función de la vinculación o conexión que en el espacio presentaran cada uno de aquellos con otros Estados.

Lo anterior genera una serie de dificultades en el momento de aplicar el derecho sustantivo concursal de cada uno de los Estados miembros, así como problemas en relación con los aspectos procedimentales de carácter internacional –tales como la prueba del derecho extranjero–. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones apuntadas, y partiendo del supuesto de que el órgano jurisdiccional competente para conocer del concurso con elemento de extranjería fuera español, hemos de resaltar las dificultades a las que se enfrenta el juez de lo mercantil para implementar los efectos de

---

<sup>32</sup> BOE nº 171, de 19 de julio de 1993. El artículo 6 del Convenio de Roma establece que en ausencia de elección de ley aplicable –*electio iuris*–, los contratos de trabajo se regirán por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal haya sido enviado a otro país. Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en el mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador. Como cierre a su sistema conflictual, el artículo 6 prevé que si del conjunto de circunstancias resulta que el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con otro país; en ese caso será aplicable la ley de ese otro país.

<sup>33</sup> Que, como es sabido, prescribe la aplicación de un núcleo de disposiciones imperativas del país de acogida en la medida en que éstas fueran más favorables para el trabajador que las del Estado de origen. El texto de la Directiva puede consultarse en DOCE L 18, de 21 de enero y la ley de transposición en BOE nº 286, de 30 de noviembre.

la apertura del concurso sobre los contratos de trabajo conectados con más de un ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo al art. 64 de la Ley concursal, las medidas que puede adoptar el juez son de carácter colectivo -modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo<sup>34</sup>-. Ahora bien, todas estas instituciones a las que se ha hecho referencia precisan -para ser calificadas como tales- que en el supuesto de hecho concreto se superen los umbrales establecidos en las disposiciones del ET correspondientes. Y ello dependerá, en gran medida, de si el ordenamiento jurídico resultante de la aplicación de los puntos de conexión contenidos en los textos internacionales mencionados es el derecho español u otro.

En consecuencia, las facultades que ostenta el juez de lo mercantil para tramitar los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones de trabajo en un supuesto de concurso internacional con vinculación en España se ven enormemente condicionadas por la determinación previa de la ley aplicable a las relaciones de trabajo espacialmente vinculadas con más de un ordenamiento jurídico; lo que incluso podría llevar a la imposibilidad de implementar dichas medidas.

#### **4.1.4- Art. 11- reglamento – efectos sobre derechos sometidos a registro y arts. 76.3 y 202 LC.**

El art. 11 del Reglamento indica que los *“efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave que estén sujetos a la inscripción en un registro público se regularán de acuerdo con la Ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el registro”*.

Puede ser que se abra contra un concreto deudor un procedimiento de insolvencia en un determinado Estado miembro, y que dicho deudor disponga de bienes inscritos en registros públicos de otros Estados miembros. Pues bien, tales bienes están alejados de la insolvencia declarada en otro Estado miembro. Por ello es más adecuado que los efectos de dicha insolvencia sobre dichos bienes inscritos en registros públicos de otro Estado miembro se rijan por la Ley del Estado miembro del que depende el Registro público, reforzándose, así, la seguridad jurídica. Así, los terceros implicados no se ven “sorprendidos” por la aplicación de una Ley que no conocen ni pueden conocer (ley fori concursus). Los terceros sólo deben operar teniendo presente una Ley, la ley del estado miembro del que depende el registro en el que se encuentra inscrito el bien. Para que opere la excepción deben tenerse presentes dos circunstancias:

- a) se incluyen los registros públicos, pero también los registros privados que tengan acceso público y efectos frente a terceros.
- b) debe tratarse de un registro sujeto a la Ley de un Estado miembro, no a la de un tercer estado.

---

<sup>34</sup> Para un estudio de los efectos de la declaración del concurso desde la perspectiva de nuestro Derecho interno pueden consultarse, *inter alia*, DEL REY GUANTER, S y LUQUE PARRA, M: “Proyecto de Ley concursal y relación laboral”, *Relaciones Laborales*, 2002-II, pp. 463-504. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I: “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, *Actualidad Laboral* –edición impresa-, nº 10, 2004, pp. 1163-1180.

Esta excepción es técnicamente muy complicada. El precepto no indica que se aplicará exclusivamente la ley del Estado miembro que controla el registro. En otros preceptos – como los arts. 8, 9, 10 y 15-, el reglamento sí lo señala. Ello presenta consecuencias relevantes, porque no se desplaza totalmente la aplicación de la *lex fori concursus*. De este modo se aplica la *lex fori concursus* para definir las modificaciones que se producen en los bienes como consecuencia del procedimiento de insolvencia (su inclusión o no en la masa activa), mientras que la ley del estado miembro del que depende el registro indica si tales modificaciones pueden o no realizarse.

## **5.- La protección de los créditos laborales frente a la insolvencia empresarial (Directiva 80/987/CEE y reformas posteriores).**

Otra de las cuestiones que merecen especial tratamiento en este sentido es el de determinar establecer la extensión de los derechos de los trabajadores, así como la institución competente para el pago de los créditos impagados a los trabajadores cuando la empresa tenga actividades en al menos dos Estados miembros. De este modo, no queda otra opción que referirse a la Directiva relativa a la protección de los créditos laborales frente a la insolvencia empresarial. Como es sabido, esta directiva sólo es aplicable a los créditos a favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia, de acuerdo a las normas internas de los Estados miembros. Lo anterior provoca que sea complicada la cobertura de los créditos salariales nacidos de una situación de abandono cuando el armador no esté situado en algún Estado miembro de la UE. No obstante, y como señala el Prof. CHAUMETTE<sup>35</sup>, una solución podría venir dada por la internacionalización de la Directiva 2002/74/CE, de modo y manera que se exigiera un sistema de garantía a los créditos salariales también a todo buque que hiciera escala en un puerto comunitario dentro de la lógica del control del Estado del puerto.

Ahora bien, aunque esté de acuerdo con los objetivos que persigue el Prof. CHAUMETTE, dentro asimismo de la lógica que preside la evolución de la normativa comunitaria derivada del paquete Erika III, surgen algunas dudas en cuanto a la aplicabilidad de dicha Directiva en los supuestos de trabajo efectuado en buques.

### **5.1.- Preliminar.**

La Directiva 80/987/CEE fue adoptada al amparo de los artículos 117 y 188 del Tratado entonces vigente (Hoy día, arts. 136 y 137 del Tratado constitutivo) y en el consabido contexto de favorecer la supresión de las diferencias entre los Estados miembros que puedan comprometer el objetivo de consecución del mercado único, pero que al mismo tiempo surge con una muy clara y decidida vocación de protección de los intereses del trabajador. El medio a través del que se propone hacerlo es involucrando de forma directa a los Estados miembros en el establecimiento de una institución o mecanismo de garantía de ciertos créditos laborales y ante determinados supuestos de insolvencia empresarial, como a continuación se verá.

---

<sup>35</sup> CHAUMETTE P. « Le droit du travail des gens de mer en chantier », coloquio organizado por OLGA FOTINOPOULOU-BASURKO en Bilbao 8 junio 2006. *Cuestiones actuales de derecho laboral marítimo*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, ISBN: 978-84-457-2513-9.

Esta Directiva comunitaria, como se sabe, ha sido modificada ya en dos ocasiones. Una primera por la Directiva 87/164/CEE, de 2 de marzo, del Consejo y más recientemente por la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>36</sup>. Esta última reforma, sin duda la de mayor calado, tiene su razón de ser, esencialmente, en la conveniencia de introducir claridad y precisión en el texto originario y de la Directiva, sobre todo por lo que se refiere a su alcance y ámbito de aplicación, y a las posibles exclusiones del mismo; y en la más acuciante necesidad de adaptación de sus previsiones a las modernas tendencias legislativas y a los cambios operados en la ordenación de los procedimientos de quiebra e insolvencia empresarial, comenzando por redefinir qué se entiende por tal. Persigue, además, que se puedan tratar en un procedimiento unificado, a los efectos de determinar la institución responsable, los múltiples procedimientos que puedan haberse abierto respecto de una situación de insolvencia en empresas de carácter transnacional; y que se clarifique cuál es la entidad garante y se coordinen a su vez las distintas administraciones competentes cuando se trate de trabajadores que prestan servicios en más de un Estado miembro<sup>37</sup>.

## **5.2- La Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002, y la protección de los trabajadores asalariados en el marco de procedimientos de insolvencia transnacionales.**

La gestación y posterior aprobación de la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002<sup>38</sup>, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario trae causa en la necesidad de adaptar la Directiva 80/987/CEE del Consejo<sup>39</sup> a los cambios operados en el marco de integración de los mercados en el ámbito comunitario, así como a la evolución del Derecho en materia de insolvencia en los Estados miembros. Precisamente y por lo que se refiere a los supuestos de insolvencia transnacional, tras la reforma operada en el año 2002 se ha incluido entre las disposiciones del segundo acto comunitario citado, una nueva sección cuyo objeto es determinar la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados, así como la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores en los supuestos de insolvencia de una empresa con actividades en al menos dos Estados miembros<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Y ahora se prevé la aprobación de una versión codificada de dicha Directiva. Véase COM (2006) 657 final.

<sup>37</sup> ARUFE VARELA, A: “La directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral* nº 2004-II, pp. 2160 y ss. LOPERA CASTILLEJO, M.J: “La Directiva 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: su contenido y adaptaciones recientes en la legislación española”, *Actualidad Laboral* nº 6, 2000, pp. 69 y ss.

<sup>38</sup> DOCE L270, de 8 de octubre 2002.

<sup>39</sup> Para un análisis de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre, consultar LOPERA CASTILLEJO, M<sup>a</sup>J: “La Directiva 80/987/CEE sobre la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: su contenido y adaptaciones recientes en la legislación española”, *Actualidad Laboral*-acceso electrónico: [www.laley.net](http://www.laley.net), ref. VI, 2000. También, ARUFE VARELA, A: “La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en casos de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral* nº 18, 2004, acceso a revista electrónica [www.laley.net](http://www.laley.net). Por otra parte, sobre la competencia del FOGASA en las situaciones concursales, ROQUETA BUJ, R: “El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales”, *Actualidad Laboral* -acceso electrónico: [www.laley.net](http://www.laley.net). Ref. 270, 2004.

<sup>40</sup> Sobre esta cuestión, SARGEANT, M: “Protecting Employees with Insolvent Employers”, *Industrial Law Journal* vol. 32, nº 1, 2003, pp. 53-59.

Pues bien, de lo antedicho se desprende que acotamos nuestro ámbito de estudio únicamente a lo establecido en el art. 8 bis apartados 1 y 2 del mencionado acto comunitario. Éste señala lo siguiente:

*1.- Cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia en el sentido del apartado 1 del artículo 2, la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores será la del Estado miembro en cuyo territorio éstos ejerzan o ejercían habitualmente su trabajo. 2.- La extensión de los derechos de los trabajadores asalariados vendrá determinada por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente.*

### **5.2.1.- La determinación de la institución competente para el pago de los créditos impagados.**

La regla contenida en el art. 8 bis, párrafo 1 de la Directiva es –en principio- clara, si bien como contrapartida genera una serie de problemas difícilmente resolubles. En tal sentido, el legislador comunitario ha deseado la intervención de la institución de garantía de un solo Estado miembro para prevenir enmarañamientos inútiles de los regímenes nacionales y, en particular, situaciones en las que un trabajador podría solicitar acogerse a la Directiva en varios Estados miembros. Así, las instituciones comunitarias han optado por atribuir a la institución de garantía del Estado miembro donde los trabajadores ejerzan o ejercían habitualmente su trabajo la responsabilidad de hacerse cargo de los créditos impagados resultantes de un procedimiento de insolvencia transnacional<sup>41</sup>.

Con carácter previo a determinar si la solución adoptada es adecuada, ha de señalarse que esta disposición no encierra una norma conflictual ni tampoco material, esto es, no delimita en el espacio un ordenamiento jurídico aplicable como tampoco remite al empleo de un derecho sustantivo específico. Y ello a pesar de que su dicción recuerde en muchos aspectos al punto de conexión de la *lex loci laboris*; cuestión ésta que, como veremos, permite extrapolar tanto las ventajas como los inconvenientes que presenta ésta última al contenido del art. 8 bis párrafo 1 introducido por el art. 1 de la Directiva 2002/74/CE. No obstante, insisto, en la medida en que este artículo no tiene por objeto la determinación de la ley rectora aplicable a los contratos de trabajo, sino la determinación de una institución que se hace cargo de los créditos salariales impagados, no debe considerarse en ningún caso como si de una norma conflictual o material se tratase.

No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que a pesar de que se trate de una norma de derecho internacional privado peculiar o de calificación indeterminada, ésta responde a la misma *ratio* –objetivos de proximidad y territorialidad- que caracteriza el empleo de la *lex loci laboris* como punto de conexión tradicionalmente empleado para la determinación de la ley rectora al contrato de trabajo. En efecto, el que el legislador comunitario haya decidido incluir una disposición como ésta se debe al rol que generalmente el Derecho del trabajo atribuye al cumplimiento de la obligación del trabajador y por derivación al lugar donde éste se desarrolla.

---

<sup>41</sup> Esta es la solución acogida en la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1999, asunto C-198/98 *Everson y Barrass vs Secretary of State for Trade and Industry*.

Así, del mismo modo que este criterio *–lex loci laboris–* es muy conveniente en todas las relaciones de trabajo plurilocalizadas típicas, esto es, estables, duraderas y ejecutadas dentro de un espacio geográfico; la alusión contenida en la disposición que comentamos sólo es favorable en los mismos supuestos. Ciertamente, será fácil delimitar la institución competente para hacerse cargo de los créditos salariales de los trabajadores, siempre que éstos presten o hayan prestado servicios habitualmente en un Estado miembro<sup>42</sup>.

Por el contrario, en situaciones particulares, caracterizadas por prestaciones de trabajo no asociables a un espacio territorial concreto, por no existir éste o por darse un supuesto de prestación indistinta en varios territorios *–trabajadores móviles o itinerantes–*, las dificultades para determinar el lugar exacto para el cumplimiento de la obligación originan *–en muchos casos–* la imposibilidad de determinar la institución de garantía competente para el pago de los créditos debidos a los trabajadores asalariados en casos de insolvencia del empresario. En consecuencia, de acuerdo a la dicción contenida en el artículo 8 bis párrafo 1, determinados colectivos de trabajadores quedarían desprotegidos en los supuestos de concursos transnacionales.

Para tratar de paliar estos inconvenientes, quizá fuera positivo atraer la solución dada por el TJCE en la sentencia *Mosbaek* de 1997<sup>43</sup>; y ello con independencia de que el hecho litigioso no versara sobre un supuesto de estas características. En este sentido, el órgano jurisdiccional comunitario consideró que la institución de garantía competente es aquella donde o bien se ha decidido la apertura del procedimiento concursal, o bien se ha constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario<sup>44</sup>. Esta solución, empero, no evitaría los problemas de dualidades competenciales entre instituciones de garantía de varios Estados, si bien sería compatible con el régimen de financiación por los empresarios de la institución de garantía<sup>45</sup> -art. 5 de la Directiva-, así como positiva en aras a asegurar la protección de los trabajadores asalariados en la mayor parte de los supuestos que pueden producirse.

### **5.2.2- La ley rectora a la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados afectados por un concurso internacional.**

Las conclusiones alcanzadas en el epígrafe anterior pueden ser extendidas al análisis del párrafo segundo del artículo 8 bis de la Directiva 2002/74/CE, si bien en este caso se suscitan problemas añadidos que trataremos de exponer a continuación. De una primera lectura del artículo 8 bis párrafo 2 es posible percibir las diferencias existentes con el párrafo que la precede. En este sentido, se ha de anotar que nos encontramos ante una norma que cabría calificar en algún sentido de conflictual, ya que dispone la aplicación

---

<sup>42</sup> A estos efectos, se ha de señalar la mejora introducida por la Directiva del año 2002 en relación con la redacción anterior; perfeccionamiento que se deriva de los problemas planteados en la sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 1997, *Mosbaek*, Asunto C-117/96. Pues bien, a diferencia de la regulación precedente, el art. 8 bis no incluye la necesidad de que el lugar donde el trabajador ejecute o haya ejecutado la prestación de servicios coincida con un emplazamiento donde se localice el domicilio principal o las sucursales de una empresa inmersa en un proceso de insolvencia. La eliminación de la concurrencia de ambos requisitos evita la desprotección en la que se encontraban aquellos trabajadores que aun prestando servicios con carácter estable y duradero en un Estado miembro, la empresa, sin embargo, no poseyera un establecimiento en el mismo.

<sup>43</sup> Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 1997, *Mosbaek*, Asunto C-117/96.

<sup>44</sup> Esta solución se desprende de la interpretación del TJCE a la Directiva

<sup>45</sup> En algunos Estados miembros es financiado íntegramente por los poderes públicos.

de un ordenamiento jurídico para el establecimiento de la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados en procesos de insolvencia transnacional. No obstante, el mecanismo de derecho internacional privado empleado es mediado, esto es, no señala directamente un punto de conexión, sino que la norma remite para la determinación de la ley rectora a los derechos subjetivos relativos a los créditos impagados a la ley del país por el que se rija la institución de garantía competente.

De este modo, el operador jurídico debe en primer lugar establecer cuál es la institución de garantía competente para *a posteriori* y, en función de ella, determinar el derecho aplicable a si, por ejemplo, los créditos laborales gozan o no de privilegio concursal, el montante o su rango. Ahora bien, la remisión que realiza este apartado del art. 8 bis del acto comunitario a la legislación del Estado donde se encuentre la institución de garantía competente para hacerse cargo de los créditos salariales no tiene necesariamente porqué coincidir ni con la *lex contractus*, ni tampoco con la *lex concursus*.

El que el derecho que rija la extensión de los derechos de crédito de los trabajadores no sea idéntica a la determinada, en su caso, por la *lex contractus* origina el problema de la disociación entre la primera –que regularía los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo- y la precisada por la aplicación de la norma que comentamos –la responsable de señalar la existencia y el rango de los privilegios de los trabajadores-. Por su parte, mayores dificultades observamos cuando la solución alcanzada por el párrafo 2 del art. 8 bis de la Directiva 2002/74/CE no fuera coincidente con la *lex concursus*. En este sentido, además del inconveniente anotado, encontramos una contradicción abierta entre la Directiva y el reglamento comunitario sobre insolvencia, ya que este último prevé la aplicación de este punto de conexión –*lex concursus*- a esta materia concreta<sup>46</sup>. Esta cuestión, además de resaltar la descoordinación del legislador comunitario a la hora de regular este tema, origina una situación difícilmente arbitrable en la práctica. En efecto, hoy por hoy los actos comunitarios no guardan un sistema de prelación jerárquica capaz de determinar cuál de los dos instrumentos ha de aplicarse. Claro está que la incoherencia no puede salvarse fácilmente al haberse superado ya el plazo –8 de octubre de 2005- para la transposición al derecho interno de la Directiva 2002/74/CE<sup>47</sup>.

### **EL PAQUETE ERIKA III**

Como es sabido, después de los accidentes del Erika y del Prestige, la UE actuó sin demora para establecer un dispositivo defensivo a los efectos de proteger Europa contra los riesgos de accidentes y contaminación. La Comisión propuso un tercer paquete de medidas (ERIKA III) en el que ha querido establecer una política más ofensiva en materia de seguridad. Entre otras actuaciones destacan a nuestros efectos tres propuestas

---

<sup>46</sup> Considerando 28 del Reglamento.

<sup>47</sup> Que en el caso español se está demorando más de lo debido. En este sentido, y por lo que a nuestro derecho interno se refiere, no cabe sino hacer mención al anteproyecto de Ley que modifica el ET en relación con los derechos de información y consulta en casos de insolvencia del empresario y que en el momento de redactarse estas páginas ya ha recibido el Dictamen del CES correspondiente. Así, se prevé la modificación de varias disposiciones estatutarias, entre ellas, el art. 33 LET sobre el FOGASA para incorporar precisamente la protección de los trabajadores frente a insolvencia del empresario en supuestos transnacionales, que no mejora ni diverge de lo establecido en la Directiva; por lo que los problemas *supra* señalados se mantienen.

de Directivas comunitarias que tienen efectos importantes en materia de política social de los transportes marítimos. Éstas son las siguientes: La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado de abanderamiento [COM (2005) 586 final]; La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto [COM (2005) 588 final] y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques [COM (2005) 593 final].

De la mano de dichas propuestas y exclusivamente a los efectos que estamos tratando, se prevé, entre otros aspectos el establecimiento de una garantía financiera en caso de abandono de gente de mar [art. 6 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques<sup>48</sup>]. El objetivo de esta propuesta es hacer que los propietarios de buques actúen de manera más responsable, y obligarlos a suscribir una póliza de seguros u otra garantía financiera que cubra los daños ocasionados a terceros, así como los gastos derivados de insolvencia empresarial o de la repatriación de tripulaciones en caso de abandono.

En este sentido, se establece que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que todo propietario de un buque que enarbole su pabellón suscriba una garantía financiera destinada a proteger a la gente de mar empleada o contratada a bordo de ese buque, conforme a la Resolución A930 (22) de la OMI, **y que cubra los costes de alojamiento, asistencia médica y repatriación**<sup>49</sup>. Asimismo, esta obligación se extiende a todo propietario de un buque que enarbole pabellón de un tercer país en cuanto el buque entre en puerto o en una terminal costera de su jurisdicción o en que eche el ancla en una zona de su jurisdicción. Asimismo, se establece que todos los Estados miembros asegurarán la accesibilidad del sistema de garantía financiera en caso de abandono de la gente de mar conforme a la resolución A 930 (22) de la OMI. Precisamente y para asegurar que los buques de terceros Estados que lleguen a puerto comunitario han cumplido con las obligaciones impuestas por la OMI, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto ha establecido que el control del Estado del puerto se extienda al control del certificado prescrito por la anterior futura Directiva, esto es, de acuerdo a lo establecido en la Resolución A 930 (22) OMI.

Hay que congratularse, por lo tanto, por la introducción en la propuesta de un mecanismo de garantía en caso de abandono de los marineros. La referencia a las directrices de la OMI permitirá cubrir el pago de los salarios debidos a los marineros, además de la repatriación. Esta solución no está garantizada en los nuevos convenios de la OIT sobre el trabajo marítimo, que siguen siendo imprecisos en cuanto al nivel de garantía financiera y el pago de salarios atrasados.

## **Responsabilidad civil**

---

<sup>48</sup> Propuesta de modificación en el Documento A6-0055/2007 final del Parlamento Europeo, de 6 de marzo de 2007.

<sup>49</sup> Coletilla introducida a propósito del Informe del Parlamento Europeo citado, p. 14.

## Limitación de la responsabilidad

El Convenio sobre limitación es un convenio de alcance horizontal que armoniza los regímenes de responsabilidad civil de los propietarios de buques cuando no sea aplicable ninguno de los convenios sectoriales. Es aplicable a todos los tipos de daños causados por un buque. El Convenio prevé que un armador pueda limitar su responsabilidad, hasta un cierto límite, a menos que haya cometido una negligencia grave<sup>50</sup>, en cuyo caso no se podrá limitar la responsabilidad. La limitación de responsabilidad es una “institución” en el Derecho marítimo. Aunque las modalidades del principio de limitación han evolucionado a lo largo de los siglos, la justificación de este principio ha sido siempre la misma: el transporte marítimo, que es una actividad económica de riesgo, debe ser protegido; la limitación de responsabilidad ofrece dicha protección; por otra parte, un comerciante que pida al propietario de un buque que le transporte su mercancía por mar acepta correr un cierto riesgo y debe asumir las consecuencias; la limitación de responsabilidad del propietario traduce esta realidad. Los principios expuestos se deben reexaminar por dos razones: por una parte, la responsabilidad civil en los otros medios de transporte evoluciono considerablemente a finales del siglo XX. El régimen del transporte aéreo, actividad de alto riesgo indudable, es ahora mucho mas protector que el previsto en el Derecho marítimo, y el transporte ferroviario presenta igualmente un sistema de responsabilidad más exigente. Por otra parte, si bien se puede comprender los aspectos económicos que justifican la limitación relativa a los perjuicios sufridos por los expedidores y los propietarios de las mercancías que obtienen beneficio directo de la cadena de transporte marítimo, la limitación es menos admisible con respecto a los terceros que no sean parte del transporte y sufran perjuicios relacionados con una actividad marítima de la que no se benefician directamente.

El Convenio sobre limitación revisado en 1996, que en la propuesta de la Comisión se propone que ratifiquen todos los Estados miembros en un plazo predeterminado tiene, en este contexto, ventajas e inconvenientes.

Su ventaja es que fija unos límites de responsabilidad suficientemente elevados para que, en la mayoría de los casos, las víctimas puedan ser debidamente indemnizadas (mercancía a granel no contemplada en el Convenio SNP, contenedores, etc.). El inconveniente reside en el hecho de que el principio de limitación de la responsabilidad es casi absoluto: el umbral a partir del cual el propietario pierde el derecho a limitar su responsabilidad es casi infranqueable. Un umbral infranqueable constituye un trato de favor hacia los armadores, en detrimento de las víctimas, cuando los perjuicios sufridos son superiores a los límites fijados. Constituye asimismo un trato de favor hacia los malos armadores, en detrimento de los buenos, desde el momento en que un armador que no preste atención a la calidad de sus buques tendrá que sobrepasar necesariamente

---

<sup>50</sup> La negligencia grave esta recogida en los convenios marítimos (art. 4 del Convenio sobre limitación), que la definen mediante la siguiente formula: “La persona responsable no tendrá derecho a limitar su responsabilidad si se prueba que el perjuicio fue ocasionado por una acción o una omisión suyas y que incurrió en estas (...) temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originaria tal perjuicio”. En el Derecho estadounidense, una negligencia o la simple violación de una norma de seguridad de construcción o de navegación basta para exigir la plena responsabilidad de las personas responsables (Oil Pollution Act, 1990).

el umbral de la negligencia grave, muy difícil de demostrar, para que se le responsabilice realmente.

### **Garantía obligatoria de responsabilidad civil**

El Convenio sobre limitación no incluye el sistema de seguro obligatorio que existe, en particular, en el Convenio sobre responsabilidad civil. Siguiendo las recomendaciones de la OMI<sup>51</sup>, la propuesta introduce un régimen de garantía obligatoria conforme al modelo de certificados de seguro establecido en los convenios sectoriales. La única diferencia que presenta la propuesta con respecto a la resolución de la OMI acerca de los perjuicios contemplados por el Convenio sobre limitación es que en la resolución la suma del seguro se corresponde con los límites establecidos en el Convenio sobre limitación y, en cambio, en la propuesta se exige un mínimo correspondiente al doble de los límites fijados. Corresponderá a los propietarios exigir a las autoridades de un Estado miembro un certificado que atestigüe la realidad de la garantía por todo perjuicio causado a terceros y para los casos de abandono de marineros.

La certificación “pública” expedida por los Estados miembros permitirá verificar la realidad y la solidez de la cobertura de seguro y mantener la presión sobre los aseguradores para que solo aseguren buques de una calidad irreprochable.

Notificación de los certificados de garantía financiera – Se exige a todos los propietarios de buques que entren en aguas bajo jurisdicción de los Estados miembros, que deberán notificar la presencia a bordo de los certificados al entrar en la zona económica exclusiva. Esta obligación, que es compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, permite incluir los buques en tránsito que no hagan escala en nuestros puertos.

Acción directa - La garantía obligatoria va acompañada de la posibilidad de acción directa de la víctima contra el asegurador, según el modelo fijado en los convenios sectoriales. La acción directa de la víctima constituye un complemento necesario para garantizar una indemnización rápida y correcta a la víctima.

### **Ampliación del concepto de negligencia que permita sobrepasar el límite de responsabilidad:**

La definición de la negligencia en el Convenio sobre limitación para que se pueda franquear el límite de responsabilidad (negligencia grave) es interpretada de diversas maneras por los tribunales de los Estados miembros. Algunos, para admitir la supresión de dicho límite, exigen que el demandante aporte la prueba de que la persona responsable era efectivamente consciente de las consecuencias perjudiciales de su comportamiento. Esto significa que al responsable se le concede de hecho un derecho casi absoluto de limitar su responsabilidad. Otros jueces consideran que la gravedad del acto u omisión a veces debe inducir a pensar que el autor necesariamente era consciente de las consecuencias perjudiciales que se podían derivar de dicho acto u omisión. Esta divergencia de interpretación no se puede considerar adecuada ahora que los principios de precaución y de “quien contamina paga” están reconocidos y son aplicados por el

---

<sup>51</sup> Resolución A 898 (21) de 25 de noviembre de 1999.

Derecho comunitario y que la protección de los ciudadanos contra los riesgos industriales ocupa un lugar primordial entre las preocupaciones de la política pública. Esta situación no favorece la vigilancia ni el respeto de las normas internacionales por parte de los operadores del transporte marítimo, ni tampoco un trato justo a las víctimas ajenas al mismo que puedan verse perjudicadas por una limitación de la indemnización aunque la persona responsable haya actuado temerariamente y sin preocuparse de las consecuencias perjudiciales de su acción (recklessness).

Por ello se propone que prevalezca una interpretación amplia del concepto de negligencia grave para que los jueces tengan la posibilidad de levantar el límite de responsabilidad cuando los responsables, ejerciendo como buenos profesionales, hubieran debido ser conscientes de la probabilidad de causar daños.

Si la Directiva incluyera esta interpretación, se podría responder entonces a los daños más graves de contaminación sufridos por terceros que no sean parte de la operación de transporte o los daños medioambientales a la fauna y la flora acuáticas o costeras (catástrofes de origen químico). La incorporación del texto al Derecho comunitario permitiría además al Tribunal de Justicia hacer prevalecer esta interpretación en la totalidad de los Estados miembros.

#### 6.4. No aplicación del régimen de limitación de responsabilidad a los buques que enarboles pabellón de un Estado que no haya ratificado el Convenio sobre limitación

La propuesta de la Comisión (artículo 4, apartado 3) llevaría a retirar el beneficio de la limitación de responsabilidad en caso de negligencia grave del propietario de un buque que enarbole pabellón de un Estado que no haya ratificado el Convenio sobre limitación. Esta disposición tiene claramente el objetivo de animar a los Estados miembros de la OMI a ratificar el convenio y fomentar una aplicación más amplia del Derecho internacional. Pero, aunque se debe apoyar el objetivo de esta disposición, sus condiciones de aplicación son contraproducentes.

En efecto, aplicando el concepto de negligencia grave, y a fortiori definiéndolo posteriormente, se introduce un nuevo concepto que sería muy difícil de distinguir del de negligencia inexcusable (wilful misconduct). Esta confusión en la aplicación de los conceptos de negligencia podría cuestionar los avances ya realizados en jurisprudencia en los asuntos de responsabilidad civil marítima sobre la base de convenios de la OMI (concretamente, el de responsabilidad civil). Se introduciría así un elemento de complejidad en la resolución de siniestros por parte de los tribunales, que tendrían que distinguir, a veces en un mismo siniestro (colisión), los conceptos de imprudencia temeraria y de negligencia inexcusable, cuando en algunos tribunales se está tendiendo a suavizar este segundo criterio, tendencia que se propone apoyar mediante una enmienda al artículo 4. Una solución sería, por tanto, aplicar totalmente la segunda frase del artículo 15 del Convenio sobre limitación, excluyendo del beneficio de la limitación de responsabilidad a las personas responsables de daños causados por un buque que no enarbole pabellón de un Estado parte del Convenio sobre limitación, y dejando así que el juez competente aplique las reglas de responsabilidad civil de Derecho común. Sabiendo que esta exclusión solo sería válida para los daños causados a terceros (ajenos al transporte), no afectaría a las relaciones jurídicas y comerciales entre los participantes de la operación de transporte.

## **Organización de un proceso eficaz de expedición y seguimiento de los certificados de garantía de responsabilidad civil**

La tarea de recibir los documentos de garantía de responsabilidad financiera y verificar su validez y su conformidad con la directiva es una tarea pesada pero necesaria que exige cuantiosos medios materiales y humanos.

Una primera vía, tal como que propone la Comisión, sería operar en el marco de una red de autoridades de control nacionales que utilizaran el sistema SafeSeaNet, con la posibilidad de que cualquier autoridad de un Estado miembro pudiera realizar una verificación contradictoria del proyecto de certificado emitido por la autoridad responsable en el punto de entrada del buque. Una segunda vía consistiría en confiar dicha tarea a una oficina comunitaria dotada de suficiente autonomía y de medios apropiados. En todo caso, el sistema de expedición y gestión de los certificados debe permitir evitar los certificados de complacencia o, más en general, los que se basen en elementos criticables. En este sentido, la propuesta de la Comisión conlleva un riesgo relacionado con la eficacia de los medios materiales y humanos de los que dispondrían las autoridades de control del Estado del puerto para realizar un trabajo de certificación preciso y consecuente. Por ello el ponente opina que interesaría instaurar una solución comunitaria de verificación y centralización de los certificados por medio de un organismo ad hoc. Se podría entonces encargar a una oficina comunitaria mantener un registro de los certificados de garantía expedidos por los Estados miembros y de las verificaciones de la validez y la veracidad del contenido de los certificados.

Con respecto a la expedición de los certificados, convendría prever la obligación de que la Comisión informara del funcionamiento del sistema de certificación con la posibilidad, en su caso, de comunitarizar dicha expedición de certificados a medio plazo

## **9.- Propuesta de ley general de la navegación marítima española y mejoras sobre la cuestión.**

### **III.- Contratación de las dotaciones.**

El art. 229 ALGENMAR 2004 (art. 215 ALGENMAR 2006) establece un principio tomado del Convenio num. 9 de 1.920, después recogido por el Convenio 179 de 1.996 (y hoy en la Regla I.4 del Convenio Refundido sobre el Trabajo Marítimo de 2.006): el de que ninguna operación de contratación de la gente de mar puede dar lugar a un pago por su parte de alguna remuneración a favor de personas físicas o jurídicas. Además, la versión de 2004 prohibía que “la colocación de la gente de mar fuera objeto de un comercio ejercido con fines lucrativos”, extremo que ha desaparecido en la versión de 2006, parece que por considerarse incompatible con la proliferación actual de las empresas de *management*.

El párrafo segundo de este mismo artículo 229 (215) aborda una cuestión sobre la cual el legislador español ha preferido mantenerse ignorante durante muchos años,

generando con ello situaciones de auténtica injusticia: se trata del fenómeno de la contratación en España de marinos nacionales para prestar sus servicios en buques de pabellón extranjero (normalmente además de bandera de conveniencia), una contratación que se ha desarrollado al margen de la legalidad y que ha provocado situaciones de indefensión para los trabajadores españoles a la hora de identificar a los responsables de las obligaciones laborales asumidas<sup>52</sup>. Por ello, este precepto, sin entrar para nada en la calificación jurídica de este tipo de actividades, establece dos principios prácticos de indudable alcance:

- a) El de que los “agentes” o “representantes” de navieros extranjeros que contraten en España a marinos nacionales para prestar servicios en buques extranjeros *serán responsables solidarios junto con tal naviero* del cumplimiento del contrato celebrado. El precepto está formulado de una forma deliberadamente amplia, de manera que pueda incluir en su ámbito tanto a quien se presenta como mero representante ocasional del naviero extranjero, como a quien lo hace como *manning agent, manager* o *agencia de embarque* independiente. En todo caso, se trata de fijar un responsable solidario del contrato que esté próximo y dentro del ámbito jurisdiccional español, sin perjuicio de que recaiga sobre el propio naviero idéntica responsabilidad. En definitiva, evitar situaciones de desamparo ante navieros de borrosa identidad y de registros exóticos inalcanzables para el marino.
  
- b) El de que estos representantes o agentes *“estarán obligados a concertar con una compañía aseguradora nacional un seguro mercantil que otorgue indemnizaciones de cuantía similar a las establecidas en el régimen de la Seguridad Social española para los casos de muerte, incapacidad por accidente y repatriación”*, quedando obligadas las autoridades de emigración a no visar los contratos celebrados que no cumplan con este requisito. Se trata de una norma inspirada en la vigente en Italia desde hace años, que trata de garantizar unas indemnizaciones dignas en los casos contemplados.

#### **IV.- El control del Estado del puerto.**

El art. 234 ALGENMAR 2004 enumeraba y describía las facultades de inspección y control de la Administración española sobre los buques extranjeros en materias relativas a la dotación, aunque las limitaba en principio al control de los títulos y certificados, así como a la capacidad de los miembros de la dotación para desempeñar sus cometidos relativos a las guardias, seguridad y prevención de la contaminación. Un régimen que se inspiraba directamente en lo establecido en el Convenio STCW/78 y Resolución IMO 647, que en principio sólo autoriza a la inspección de aquellas cuestiones laborales que tienen repercusión directa en la seguridad del buque y la navegación, como son las titulaciones y capacidades correspondientes, pero no otras cuestiones de índole interna del buque. Ello a pesar de que el art. 4.1. del Convenio 147 OIT sobre “Normas

---

<sup>52</sup> Más ampliamente en IRIARTE ANGEL, J.L. “El contrato de embarque internacional”, Madrid, 1993, y CARRIL VAZQUEZ, X.M., “La seguridad Social de los trabajadores del mar”, Madrid, 1.999, pag. 200 y sigs.

Mínimas en la Marina Mercante” lleva más allá la capacidad de control e inspección (en materias tales como alojamientos y otros derechos de los marinos), incluyendo la posibilidad de detener al buque cuando se diesen a bordo situaciones peligrosas para la seguridad o la salud.

Sin embargo, la redacción del precepto correlativo de ALGENMAR 2006 ha preferido remitirse directamente en esta materia al Derecho Internacional, estableciendo que “*los inspectores de la Administración marítima podrán actuar sobre buques extranjeros en su condición de autoridades del Estado del puerto, de conformidad con las normas internacionales, comunitarias y las normas nacionales de incorporación al Derecho español de estas últimas*”. Con independencia de su muy defectuosa formulación técnica, parece que esta remisión general a las normas externas es claramente insuficiente en la materia, en la que el legislador debería aprovechar la ocasión para establecer el marco general de actuación de la Administración española como Autoridad del puerto.

Más aún si se tiene en cuenta las posibilidades y obligaciones derivadas del art. V.4. y Regla V.2 del Convenio Refundido 2.006 OIT, que extiende claramente el contenido del control del Estado del Puerto a cuestiones de régimen interno del buque, incluidos los derechos de los trabajadores, y que van mucho más allá de la mera comprobación de su titulación y competencia.

Por ello, parece que sería conveniente una nueva redacción de este precepto recogiendo el acervo internacional en la materia.

#### **V.- Los créditos laborales como créditos marítimos privilegiados.**

Es conocido que el Convenio de Bruselas de 1.926 sobre Hipotecas y Privilegios Marítimos reconoció a los créditos derivados del contrato de trabajo de la dotación (es decir, créditos laborales en toda su extensión, no sólo créditos salariales) un privilegio de carácter real sobre el buque, anteponiéndolos a los acreedores hipotecarios. Esta preferencia de cobro superaba en mucho a la reconocida por el Código de Comercio (art. 580, salarios del último viaje) y el Estatuto de los Trabajadores (treinta días), y fue aplicada con amplitud por la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. En efecto, rechazando expresamente las tesis más reduccionistas en la interpretación del Convenio (que sólo lo consideran aplicable en los supuestos de hecho “internacionales”), el Tribunal estableció sólidamente la tesis de que el Convenio, por la propia definición que efectúa de sus requisitos de aplicación (art. 14), se aplica también en los supuestos internos o domésticos. Es decir, en los casos que enfrentan a trabajadores, acreedores y buques españoles (SSTS 22.05.1989, 9.03.1990, 1.06.1992, 13.02.2003).

La posterior ratificación por nuestro país del nuevo Convenio de Hipotecas y Privilegios de Ginebra de 6.05.1993 (BOE 23.04.2004) no ha hecho sino confirmar esta orientación, puesto que su art. 13 no deja lugar a dudas de que dicho Convenio se aplica

a todos los buques de los países parte, e incluso de los países no parte, siempre que el tribunal que conozca del asunto pertenezca a un Estado parte.

Es lógico, por ello, que ALGENMAR reproduzca el contenido del Convenio de Ginebra de 1.993 y lo convierta definitivamente en única norma aplicable en nuestro país, con carácter universal (arts. 184 ALGENMAR 2004 y 173 ALGENMAR 2006).

Existe, sin embargo, un problema concreto en la aplicación de la preferencia crediticia, y es el de determinar sobre qué buque en concreto recae el privilegio cuando se trata de créditos derivados de una relación laboral que se ha desarrollado temporalmente en múltiples buques, integrantes todos ellos de la flota de la empresa naviera (este problema se plantea acusadamente en los créditos derivados de la rescisión laboral). Es un problema no resuelto por el Convenio, que guarda silencio sobre el punto, y que admite múltiples soluciones interpretativas, como puede verse en la Sentencia Juzgado Social 1 de Cádiz 9.12.1998 (RA 3755): puede prorratearse el crédito entre los diversos buques en proporción al tiempo de embarque en cada uno, puede aplicarse íntegramente al último en que haya navegado el marino afectado, o puede extenderse la preferencia indistintamente a todos los buques de la flota con carácter solidario.

Pues bien, ALGENMAR ha optado por colmar este vacío del Convenio, y lo ha hecho en la forma más favorable a los trabajadores: *“Cuando no fuere posible determinar el buque a bordo del cual ha nacido el privilegio por haberse generado los créditos a que se refiere el apartado a) de este artículo (laborales) en distintos buques explotados o gestionados en forma unificada a efectos laborales, el privilegio alcanzará a todos ellos”* (art. 185 ALGENMAR 2004, mantenido substancialmente en art. 174 ALGENMAR 2006). De esta forma, puede hablarse en el caso de los trabajadores de un auténtico “privilegio de flota” más que de un “privilegio sobre el buque aislado”, lo cual se adecua correctamente a las particularidades del trabajo en la mar.