

# EL ABANDONO DE LA GENTE DE MAR Y EL RECURSO AL ASEGURAMIENTO PRIVADO VÍA P&I: UNA VISIÓN DESDE ESPAÑA\*

## THE ABANDONMENT OF SEAFARERS AND THEIR PROTECTION THROUGH PRIVATE INSURANCE VIA P&I: A VISION FROM SPAIN

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO\*\*

*Prof. T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
UPV/EHU*

Código ORCID: 0000-0002-0395-9933

Recibido: 02.05.2018 / Aceptado: 18.05.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4382>

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto analizar la vía empleada en España para incorporar, al menos y de manera informal, las enmiendas hechas en el año 2014 al Convenio de Trabajo Marítimo, 2006, de la OIT, y que tienen por objeto el establecimiento de un sistema de garantía financiera para los supuestos de abandono de la gente de mar, así como frente a las reclamaciones relacionadas con la muerte y discapacidad prolongada, hoy contenidas en la Directiva 2018/131 del Consejo, de 23 de enero de 2018. En particular, se realiza una reflexión acerca de si el sistema de protección privada vía P&I establecido se ajusta o no a los objetivos perseguidos en la norma internacional, así como se estudian los diversos problemas que, desde la perspectiva de nuestra legislación interna, pueden surgir a propósito de dicho sistema de protección privada.

**Palabras clave:** gente de mar, abandono, protección privada, P&I.

**Abstract:** In this article we analyze the path employed in Spain to implement, at least in an informally way, the amendments made in 2014 with respect to the Maritime Labor Convention, 2006, ILO, which aim to establish a financial guarantee system in seafarers' abandonment cases, as well as against claims related to death and prolonged disability of them, today contained in the Council Directive 2018/131, of January 23, 2018. Particularly, we reflect whether the established P&I private protection system conforms or not the objectives pursued in the international instrument, as well as the different difficulties that, from our internal legislation perspective, can arise from the said established private protection system.

**Keywords:** seafarers, abandonment, private insurance, P&I.

---

\* Este trabajo es una versión corregida y ampliada del trabajo titulado "La Directiva 2018/131 y la garantía financiera frente a abandono y reclamaciones relacionadas con la muerte o discapacidad prolongada de la gente de mar: ¿qué impacto para España?", publicado en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 48, 2018, pp. 180-194.

\*\* Esta contribución forma parte de mi participación en el proyecto europeo ERC-2013-AdG 340770- *Human Sea- The development of human activities at sea-What legal Framework? For a new maritime law* dirigido por el Prof. Patrick Chaumette (Universidad de Nantes), así como en el marco de los trabajos que se desarrollan dentro del Grupo de Investigación titulado: "Derecho transnacional del trabajo y transporte" (Ref. GIU15/04), financiado por la UPV/EHU, y en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-1-R: "Hacia un nuevo modelo de Derecho transnacional del Trabajo", cuya IP -en ambos casos- es quien esto suscribe.

**Sumario:** I. Introducción. II. La Directiva (UE) 2018/131 del Consejo, de 23 de enero de 2018 y las enmiendas al CTM 2006 de la OIT del año 2014. III. El contenido de las enmiendas al CTM 2006, hechas en el año 2014 y de la Directiva (UE) 2018/131. 1. Garantía financiera frente al abandono de la gente de mar. 2. La obligación de incluir una previsión de garantía para los supuestos de reclamaciones de la gente de mar en caso de muerte y discapacidad prolongada. IV. ¿Qué impacto tiene para España la adopción de las primeras enmiendas del CTM 2006 y ahora de la Directiva (UE) 2018/131?: La adopción de una mera directriz/circular instando a la contratación de un seguro privado vía P&I y emisión de un certificado de seguro como respuesta. V. El recurso al aseguramiento privado vía P&I a través de la “MLC Extension clause 2016” y los problemas que éste plantea. 1. Exclusiones y limitaciones incorporadas al Maritime Extension clause. 2. Maritime Extension clause e insolvencia del armador miembro del Grupo P&I. 3. ¿“Breach of contract” o el incumplimiento del contrato de trabajo como supuesto no protegible por las P&I? 4. ¿Hay acción directa para la gente de mar en los supuestos de salarios debidos a consecuencia del abandono de buques y de tripulaciones? VI. Problemas o dificultades procesales del recurso al aseguramiento privado de las P&I en los supuestos de reclamaciones salariales derivadas de abandono de la gente de mar. 1. El embargo preventivo de buques y las dificultades aplicativas en España con respecto a los créditos marítimos de los que sean acreedores la gente de mar. A) Créditos salariales de la dotación: ¿Y los restantes colectivos calificables como gente de mar de acuerdo con el CTM 2006? B) La prestación de una fianza del 15% en la LNM para poder proceder al embargo preventivo de buques y la necesidad de eliminarla en los casos de créditos marítimos laborales/sociales. C) Cuestiones de competencia judicial internacional y el CEPB 1999. D) Cuestiones de competencia judicial interna: la jurisdicción social ante el embargo preventivo de buques. 2. La retención del buque, la declaración administrativa de abandono en España y su discordancia con el abandono/extinción del contrato de trabajo a efectos laborales. 3. El concurso de acreedores y los supuestos de abandono. VII. Conclusión.

## I. Introducción

1. Han transcurrido prácticamente trece años desde la fecha en la que se publicó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques del año 2005<sup>1</sup>, en cuyo artículo 6 ya se establecía la necesidad y/u obligación de que los Estados miembros aseguraran la creación de un sistema de garantía financiera en caso de abandono de la gente de mar<sup>2</sup>. Como quiera que esta disposición finalmente no se incorporó a la Directiva 2009/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo<sup>3</sup>, lo anterior ha dado lugar a que -en la práctica- haya tenido que transcurrir más de una década en la adopción de una normativa *ad*

<sup>1</sup> Documento COM (2005) 593 final. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques [Documento COM (2007) 674 final, de 24 de octubre de 2007] y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de conformidad con el art. 251.2, párrafo segundo TCE, relativa a la posición común adoptada por el Consejo para la aprobación de una Directiva sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques [Documento COM (2008) 846 final].

<sup>2</sup> En realidad, dicha propuesta se enmarcó en el tercer paquete de medidas (ERIK A III) adoptado en el seno de la UE como un paquete defensivo a los efectos de proteger Europa contra los riesgos de accidentes marítimos y contaminación propiciada, entre otros, por el hundimiento de los buques Erika (1999) y el más conocido para nosotros, del Prestige en el año 2002. En el conjunto de medidas propuestas destacaban en aquel momento tres propuestas de Directivas comunitarias con impacto sobre la gente de mar-marino: 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], a la que se ha hecho referencia supra.

<sup>3</sup> DOUE n° 131, de 28 de mayo de 2009. Para un análisis del proceso de incorporación del CTM 2006 en la UE y en España por lo que respecta a la gente de mar, así como de las razones de la no inclusión del art. 6 de la propuesta de Directiva supra mencionada en el instrumento finalmente adoptado, me remito al trabajo magníficamente documentado de la profesora A. VICENTE PALACIO: “El Convenio OIT de Trabajo Marítimo (CTM 2006) avanza hacia su entrada en vigor. Últimas actuaciones de España y de la Unión Europea a favor de la protección del trabajo de la gente del mar”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel) n° 20, 2009; texto éste como otros relacionados con esta misma temática que puede encontrarse en <https://sites.google.com/a/uji.es/embarcados/home/equipo-investigador/publicaciones-del-equipo-investigador/publicaciones-arantzazu-vicente-palacio>

*hoc* orientada a la protección de la gente de mar frente al abandono<sup>4</sup>, así como frente a las reclamaciones relacionadas con la muerte y discapacidad prolongada, hoy contenidas en la Directiva 2018/131 del Consejo, de 23 de enero de 2018<sup>5</sup>. Esta realidad tiene que ver con el largo proceso que se ha seguido por parte de los organismos internacionales con competencias en la materia en lograr un consenso general para incorporar dichas medidas en los textos internacionales, y señaladamente en el Convenio de Trabajo Marítimo, 2006, de la OIT (en adelante CTM 2006)<sup>6</sup>. Y es que, como es bien sabido para todos aquellos que hemos seguido semejante proceso, esta cuestión ha sido objeto de un enorme desafío y objeto de muchos desvelos por parte, primero, de la Organización Marítima Internacional (OMI<sup>7</sup>) y luego, si se prefiere y para ser más exactos, de manera conjunta por el Grupo Mixto OMI-OIT<sup>8</sup> para finalmente dejar en manos de la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) su regulación final hasta la fecha.

2. Como es fácilmente deducible, y como ocurre en la práctica totalidad de los casos en los que se hace referencia a la labor de las instituciones comunitarias con respecto a la gente de mar<sup>9</sup>, la norma, que ahora procederé a comentar, es resultado de una labor encomiable desarrollada desde instancias supranacionales y de las que las instituciones comunitarias son casi siempre deudoras<sup>10</sup>; todo ello sin perjuicio -obviamente- del impulso que éstas han venido realizando para que el CTM 2006 se incorporara al Derecho comunitario y fuera aplicable a todos los Estados miembros “sin distinción”<sup>11</sup>; cuyo testigo lo han

<sup>4</sup> Para quienes desconozcan qué sea el abandono de gente de mar y lo que ello supone para la gente de mar, entiendo preferible -en la medida en que una imagen vale más que mil palabras-, el visionado del siguiente video [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/video/video-news-releases/WCMS\\_240740/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/video/video-news-releases/WCMS_240740/lang--es/index.htm), que se refiere a la visita realizada a la tripulación del navío B Ladybug, anclado frente a la costa de Malta durante prácticamente un año tras la declaración de quiebra por parte del armador del buque, dejando así abandonado el buque y a su dotación. Asimismo, y ya con carácter general, recomiendo para quienes estén interesados/as en los derechos de la gente de mar y los instrumentos internacionales que les son de aplicación, la obra del Prof. A. CHARBONNEAU: *Marché international du travail maritime - Un cadre juridique en formation*, producto de su tesis doctoral leída en Nantes en el año 2008 y publicada en Presses Universitaires d'Aix-Marseille en el año 2009 y en particular, el capítulo 6 capítulo titulado “La régulation portuaire de l’abandon d’équipages”.

<sup>5</sup> Por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) para modificar la Directiva 2009/13/CE de conformidad con las enmiendas de 2014 al Convenio sobre Trabajo Marítimo de 2006, aprobadas el 11 de junio de 2014 por la Conferencia Internacional de Trabajo [DOUE L22, de 26 de enero de 2018].

<sup>6</sup> Con el fin de no reiterar cuestiones ya reproducidas en otros lugares, me remito al trabajo realizado hace ya algunos años a propuesta de Stella Maris italiano, sobre la evolución normativa del abandono de marinos en puertos extranjeros, y que puede consultarse en [http://www.siti.chiesacattolica.it/siti/allegati/1429/Articoli%20deossier%20navi%20abbandonate%20\(in%20lingua%20originale\).pdf](http://www.siti.chiesacattolica.it/siti/allegati/1429/Articoli%20deossier%20navi%20abbandonate%20(in%20lingua%20originale).pdf).

<sup>7</sup> Vid a este respecto las resoluciones A930(22) y A931 (22) de la OMI del año 2001. Sobre el particular, P. CHAUMETTE: “Des résolutions A930(22) et A931(22) de 2001 de l’Assemblée de l’OMI aux réformes du droit français quant aux garanties de paiement des créances salariales”, *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Vol. XXII, Universidad de Nantes, 2004, pp. 239-263. En esta obra, el Prof. Chaumette destaca de manera muy gráfica el impacto que el abandono tiene sobre la gente de mar, señalando expresamente que “*L’abandon des marins, par un armateur comateux ou disparu, laisse des travailleurs sans salaires, sans rapatriement, sans moyens de survie, plonge leurs familles Dans l’insécurité financière, dans des saisies immobilières, des contraintes par corps pouvant conduire à l’emprisonnement du marin rentrant endetté et les poches vides. Le marin impayé, abandonné, perd sa dignité; son absence prolongée entraîne des divorces*”, loc. cit. p. 239.

<sup>8</sup> G. LIBRANDO: “Abandonment of seafarers –An example of co-operation- between two international organizations to solve a global problem”, *Il Diritto Marittimo* 2010-II, pp. 695-705.

<sup>9</sup> Sobre el particular, O. FOTINOPOULOU BASURKO: “European social law of seafarers: between common market and substantive law” en P. CHAUMETTE (Ed.): *Seafarers: an International Labour Market in perspective*, Editorial Gomylex, Bilbao, 2016, pp. 393-41. La obra apenas citada puede consultarse en su conjunto en <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01469625/document>. Asimismo, una versión actualizada y en castellano de la obra supra mencionada, puede verse en O. FOTINOPOULOU BASURKO: “El Derecho social europeo y la gente de mar”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal* nº 17, 2016, pp. 127-149. También al respecto, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: El Convenio sobre el trabajo marítimo y el Derecho social comunitario, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 82, 2009, pp. 45-64.

<sup>10</sup> Y digo con precisión “casi siempre”, dado que en honor a la verdad debemos celebrar la adopción de la Directiva 2015/1794, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar [DOUE L263, de 8 de octubre de 2015], que no ha venido precedida -dada la temática que aborda- de ninguna norma supranacional al respecto.

<sup>11</sup> Se ha de señalar que hasta la fecha todos los Estados miembros de la UE han ratificado el CTM 2006, salvo Austria, Chequia y Eslovaquia. No obstante, y en este contexto, se ha de subrayar -en cuanto que « curioso »-, el que se señale sin sonrojo en la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores

recogido, por lo que a materia social se refiere, los protagonistas que representan tanto a los armadores como a la gente de mar del sector marítimo a escala europea; quienes han asumido la responsabilidad de incluir vía diálogo social sectorial las labores desarrolladas desde esas otras instancias. Esta Directiva que ahora tenemos entre manos, como digo, no es una excepción al panorama general que ahora mismo se acaba de describir y que responde, no podemos obviarlo, a que las cuestiones sociales de quienes prestan servicios a bordo de buques mercantes constituyen un factor de competitividad en un sector absolutamente globalizado al que las instituciones europeas ni desean, ni probablemente puedan sustraerse.

## II. La Directiva (UE) 2018/131 del Consejo, de 23 de enero de 2018 y las enmiendas al CTM 2006 de la OIT del año 2014.

3. Para quienes conocen el proceso de incorporación del Convenio refundido sobre trabajo marítimo, 2006, de la OIT en el marco de la UE, la contextualización de la adopción de la Directiva 2018/131 les va a parecer, como mínimo, superflua, en tanto que consabida. No obstante, para aquellos y aquellas no familiarizados con ese instrumento jurídico internacional, lo cierto es que se precisa de unas breves notas introductorias para comprender el origen de esta norma. De este modo, y prescindiendo de otros antecedentes, lo primero que ha de señalarse es que el CTM 2006 se incorporó al Derecho de la UE mediante la Directiva 2009/13/CE del Consejo, por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF<sup>12</sup>) celebrado el 19 de mayo de 2008, con la finalidad de homogeneizar y, en su caso, elevar a escala europea la protección de la gente de mar en relación con determinadas cuestiones conectadas con sus condiciones de trabajo y protección social, tales como acuerdos de empleo, tiempo de trabajo, repatriación, promoción profesional, etc. En la medida en que el texto internacional del año 2006 sólo abordaba las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil y las indemnizaciones relacionadas con las reclamaciones de la gente de mar en caso de muerte, lesiones corporales y abandono en puertos extranjeros de manera tangencial<sup>13</sup>, pronto se vio la necesidad de modificar dicho Convenio refundido ex art. XV, adoptando -a este fin- dos enmiendas destinadas a proteger a la gente de mar en caso de abandono y frente a las reclamaciones mencionadas<sup>14</sup>, tal y como se había venido debatiendo y discutiendo en el seno del Comité Tripartito especial, creado a propósito del CTM 2006 ya desde el mismo año de su adopción<sup>15</sup>.

---

de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) para modificar la Directiva 2009/13/CE del Consejo de conformidad con las enmiendas de 2014 al Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006, aprobadas por la Conferencia Internacional del Trabajo el 11 de junio de 2014 [Documento (COM) 2017 406 final, de 27 de julio de 2017], el hecho de que mediante Decisión de la Comisión, de 29 de septiembre de 2016, se haya archivado el procedimiento de infracción por no comunicación nº 2014/0489 contra Austria por no estar obligada a transponer la Directiva 2009/13/CE -por motivos geográficos-, dado que y cito textual: “*se trata de un Estado miembro sin litoral que ya no dispone de un registro de buques ni tiene la intención de volver a introducirlo en el futuro próximo. Chequia y Eslovaquia son también países sin litoral y sin flota mercante que enarbole su pabellón*”. En este contexto, parece cuanto mínimo sorprendente el que la Comisión decida archivar dicho procedimiento, dado que una cosa es que el contenido de esa Directiva no tenga aplicación, ni aplicabilidad en dichos países por las circunstancias anotadas (aunque podría tenerla de manera potestativa y probablemente muy anecdótica en cuanto que Estado de residencia de las dotaciones) y otra muy distinta que, de acuerdo con el TFUE, todo Estado miembro de la UE esté obligado a transponer las Directivas a su derecho interno en los plazos requeridos para ello. Por su parte, se ha de señalar -además- que en estos momentos siguen abiertos 8 procedimientos de infracción por no comunicación de las medidas de transposición de la Directiva del año 2009 contra Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal, Eslovenia y Eslovaquia.

<sup>12</sup> Directiva 2009/13/CE del Consejo, de 16 de febrero de 2009, por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE (DO L 124 de 20 de mayo de 2009).

<sup>13</sup> Vid. o. FOTINOPOULOU BASURKO: “El Convenio refundido sobre trabajo marítimo y el abandono de marinos en puertos extranjeros”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 82, 2009, pp. 219-244. Con posterioridad, y para una descripción breve del mismo recorrido o evolución normativa, si bien con una extensión hasta la actualidad, vid. F. BERNAL Y F. PINIELLA: “A new international Law to protect abandoned seafarers: Amendments to MLC 2006” en A. WEINTRIT Y T. NEUMAN: *Safety of marine transport. Marine navigation and safety of sea transportation*, CRC Press, 2015, pp. 203-209.

<sup>14</sup> Para un comentario sobre estas enmiendas, vid. A. CHARBONNEAU Y P. CHAUMETTE: “Premiers amendements à la Convention du travail maritime de l’OIT de 2006: Garanties financières en matière d’abandon des gens de mer et de responsabilité des armateurs en cas de décès ou de lésions corporelles”, *Droit social*, 2014, pp. 802 a 810.

<sup>15</sup> En la reunión del Grupo Mixto especial de expertos OMI/OIT sobre responsabilidad e indemnización, celebrada en

4. Y ello así, porque se ha de tener en cuenta que a pesar de las diversas iniciativas que a lo largo del tiempo se fueron planteando para la regulación de un fenómeno de enorme trascendencia desde la perspectiva de los derechos humanos de la gente de mar, existían dificultades enormes a la hora de coordinar aquéllas con otros textos internacionales de aplicación sobre la materia, tales como el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993<sup>16</sup> o el Convenio internacional sobre embargo preventivo de buques de 1999<sup>17</sup>, que dieron como resultado el que el Convenio refundido no recogiera expresamente ninguna mención relativa al establecimiento de una garantía financiera para las cuestiones ahora abordadas y más en particular para los créditos salariales debidos a la gente de mar en casos de abandono<sup>18</sup>.

5. Pues bien, a resultas de este proceso<sup>19</sup>, en el año 2014, se adoptaron las dos primeras enmiendas al texto internacional<sup>20</sup>, que establecen un sistema de garantía financiera obligatoria que deben suscribir los armadores para asistir a la gente de mar en caso de abandono, así como –a su vez– la inclusión de requisitos mínimos para asegurar que el sistema de garantía financiera proporcione una indemnización en caso de reclamaciones contractuales por muerte y discapacidad prolongada de la gente de mar como resultado de un accidente de trabajo, una enfermedad o un riesgo profesional. Las enmiendas propuestas fueron aprobadas en la Conferencia Internacional de Trabajo 103<sup>a</sup> de la OIT en el

---

2009 [ILO-IMO-WGPS/9/2009/10, Informe final: 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, 9<sup>a</sup> reunión] a raíz de una Resolución adoptada en la 94<sup>a</sup> reunión (marítima) de la Conferencia Internacional del Trabajo en la que esta adoptó el MLC [Resolución relativa al 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, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales n° 3-1 (Rev.) de la 94<sup>a</sup> reunión (marítima), Ginebra, 2006, pp. 3-1/16. Véase: [http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labourconvention/WCMS\\_088130/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labourconvention/WCMS_088130/lang-es/index.htm)], se determinó que dos cuestiones debían ser objeto de futuras enmiendas al Código: la responsabilidad de los armadores respecto de las indemnizaciones por reclamaciones por muerte y lesiones corporales y la responsabilidad respecto del abandono de la gente de mar. Ambas fueron consideradas también cuestiones urgentes que debían ser examinadas en su primera reunión por el Comité preparatorio establecido en 2010 por el Consejo de Administración de la OIT.

<sup>16</sup> BOE n° 99, de 23 de abril de 2004.

<sup>17</sup> Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999 (BOE n° 104, de 2 de mayo de 2011). Sobre los problemas de esta regulación, vid. J.M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ: “El nuevo régimen jurídico del embargo preventivo de buques. Los secretos del Convenio de Ginebra de 1999”, *Diario La Ley* de 4 de junio de 2013, [www.laley.es](http://www.laley.es) Ref. 2931/2013. [http://www.dikeos.com/index\\_htm\\_files/LA%20LEY%208097%2004062013.pdf](http://www.dikeos.com/index_htm_files/LA%20LEY%208097%2004062013.pdf)

<sup>18</sup> La única alusión contenida sobre esta materia –no vinculante– se encontraba hasta la fecha en la pauta B.2.2.2 relativa a los salarios, donde se dispone, por lo que se refiere a los supuestos de insolvencia del empresario, 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; 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.

<sup>19</sup> En octubre de 2013, el grupo de representantes de los armadores y el grupo de representantes de la gente de mar presentaron conjuntamente ante el Comité dos juegos de propuestas de enmienda al Código del MLC relacionadas con dichas cuestiones, de conformidad con el artículo XV, apartado 2, del MLC [ [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/-normes/documents/genericdocument/wcms\\_229695.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/genericdocument/wcms_229695.pdf)]. Con arreglo al procedimiento simplificado de modificación del Código del MLC contemplado en el artículo XV, apartado 3, en octubre de 2013 el Director General de la OIT comunicó a todos los Miembros de la Organización las propuestas de enmienda, invitándoles a enviar sus observaciones o sugerencias [ [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/-normes/documents/genericdocument/wcms\\_229694.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/genericdocument/wcms_229694.pdf)]. En diciembre de 2013, las propuestas de enmienda también se enviaron a la Unión Europea [La invitación para asistir al Comité incluía una referencia a la página web [http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS\\_228789/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_228789/lang-es/index.htm), que se actualizó en noviembre de 2013]

<sup>20</sup> Si bien, hay que tomar en consideración que en el año 2015 se presentaron enmiendas al CTM 2006 en relación con el establecimiento de un sistema de garantía financiera para la protección de la gente de mar en casos de piratería y robo a mano armada que serán debatidas y discutidas en abril de 2017 en Ginebra. Para una mejor comprensión de esta propuesta, vid. P. CHAUMETTE: “Piraterie et Proposition d’Amendements 2017 de la Convention MLC 2006 de l’OIT”, *Neptunus e-revue* vol. 23, n° 2, 2017 ([www.cdmo.univ-nantes.es](http://www.cdmo.univ-nantes.es)). Por su parte, en el año 2016 se presentaron nuevas enmiendas en la 105<sup>a</sup> CIT, de menor calado si se quiere, en la medida en que se reforman la Pauta B4.3.1 relativa a las disposiciones sobre accidentes de trabajo y lesiones y enfermedades profesionales, y la Pauta B4.3.6 – Investigaciones, con la finalidad de que se incorpore al texto internacional la referencia a la *Guidance on eliminating shipboard harassment and bullying* (Directrices sobre la eliminación del acoso y la intimidación a bordo de los buques), publicado conjuntamente por la International Chamber of Shipping y la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte. Vid. [http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/texts-adopted/WCMS\\_533604/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/texts-adopted/WCMS_533604/lang-es/index.htm)

año 2014, entrando en vigor el 18 de enero del año 2017 para todos los países que hubieran ratificado el CTM 2006 y hubieran declarado su aceptación de acuerdo con lo estipulado en el art. XV, apartado 8.a) CTM 2006<sup>21</sup>. A resultas de esta realidad, el Consejo adoptó la Decisión 2014/346/UE<sup>22</sup> sobre la posición que debía adoptarse en nombre de la UE en la 103ª reunión de la CIT, que no era otra, al igual que ya lo hubiera hecho previamente con respecto al CTM 2006 en su conjunto<sup>23</sup>, que la de apoyar la aprobación de las enmiendas a este texto internacional.

6. Como testigos y protagonistas también y a partes iguales de este proceso, los interlocutores sociales del sector del transporte marítimo europeo: la ECSA y la ETF, resolvieron el día 5 de diciembre de 2016, modificar el Acuerdo contemplado en la Directiva 2009/13/CE, para adaptarlo a las enmiendas al CTM 2006 del año 2014, incorporando al mismo el contenido de todas las disposiciones obligatorias contenidas en las citadas enmiendas. Poco después, la representación armatorial y sindical a escala europea solicitaron a la Comisión que implementara su acuerdo mediante una propuesta de Decisión del Consejo, sobre la base de lo dispuesto en el art. 155.2 del TFUE. Dicha propuesta, al igual que la Directiva finalmente adoptada, también tiene por objeto garantizar la ejecución efectiva en toda la Unión de las enmiendas obligatorias al CTM introducidas por la OIT en 2014, mediante la aplicación de la Directiva de garantía de cumplimiento de determinadas responsabilidades del Estado del pabellón (Directiva 2013/54/UE<sup>24</sup>). Dicha Directiva establece normas para garantizar que los Estados miembros: a) cumplan efectivamente sus obligaciones como Estados del pabellón en lo que se refiere a la aplicación de las partes pertinentes del CTM de 2006 (esto es, aquellas partes cuyo contenido se considere que corresponde a las disposiciones del anexo de la Directiva 2009/13/CE); y b) establezcan regímenes específicos para supervisar el cumplimiento y los procedimientos de tramitación de quejas a bordo y en tierra. De este modo, se ha señalado que las medidas de supervisión de la Directiva 2013/54/UE se aplicarán también a las enmiendas al CTM de 2014, sin necesidad de modificar expresamente este último texto<sup>25</sup>.

### III. El contenido de las enmiendas al CTM 2006, hechas en el año 2014 y de la Directiva (UE) 2018/131.

7. Llegados a este punto y teniendo en cuenta que el objetivo de estas páginas no es otro que el de dar cuenta del contenido de la Directiva adoptada en el año 2018 y su alcance en España en lo que se refiere fundamentalmente a los créditos salariales derivados del abandono de buques, tal y como se desarrollará después, es el momento de abordar el contenido de las enmiendas adoptadas en el seno de la

<sup>21</sup> Estas enmiendas entraron en vigor el 18 de enero de 2017 para dieciocho Estados miembros. Se espera que las enmiendas entren en vigor en los Países Bajos a partir del 1 de enero de 2018, cuando hayan remitido la notificación expresa de su aceptación (art. XV, apartado 8.a) CTM 2006). Italia y Lituania aplazaron la entrada en vigor de las enmiendas hasta el 18 de enero de 2018. Por lo que respecta a los cuatro Estados miembros que ratificaron el CTM después de que se aprobaran las enmiendas, Eslovenia ya las ha aceptado entrando en vigor el 3 de agosto de 2017. Sin embargo, Rumanía, Estonia y Portugal (para los que el CTM 2006 entró en vigor el 24-11-2016; 5-05-2017 y 12-05-2017) aún no han presentado una declaración formal de aceptación, que se espera para los próximos meses. Vid. [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11301:0::NO::P11301\\_INSTRUMENT\\_AMENDMENT\\_ID:3256971](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11301:0::NO::P11301_INSTRUMENT_AMENDMENT_ID:3256971)

<sup>22</sup> Decisión 2014/346/UE del Consejo, de 26 de mayo de 2014, sobre la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en la 103.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en relación con las enmiendas al Código del Convenio sobre el trabajo marítimo (DO L 172 de 12 de junio de 2014).

<sup>23</sup> Propuesta de Decisión del Consejo presentada por la Comisión de 15 de junio de 2006 por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio refundido de 2006 sobre el trabajo marítimo de la OIT [COM (2006) 0288 final. C6-0241/20062006/0103 (CNS)]. Decisión 2007/431/CE del Consejo, de 7 de junio de 2007, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006, de la Organización Internacional del Trabajo (DOUE L161, de 22 de junio de 2007).

<sup>24</sup> Directiva 2013/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006 (DO L 329 de 10 de diciembre de 2013).

<sup>25</sup> Lo que previsiblemente llevará a una reforma del Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo, en buques españoles (BOE nº 111, de 9 de mayo).

OIT y por deriva de aquéllas, su inclusión en la Directiva objeto de comentario. De este modo, la primera cuestión que debe señalarse, tal y como hemos afirmado con anterioridad, es que la Directiva del año 2018, que a su vez reforma la del año 2009 incorpora al Acuerdo anejo a ambas Directivas la obligación de que los Estados del pabellón establezcan un sistema de garantía financiera en caso de abandono de la gente de mar, que viene a modificar la Norma A2.5 en materia de repatriación del CTM 2006, así como también la inclusión de una previsión de garantía para los supuestos de reclamaciones de la gente de mar en caso de muerte y discapacidad prolongada que modifica la Norma A4.2 sobre “Responsabilidad del Armador” del mismo texto internacional.

### 1. Garantía financiera frente al abandono de la gente de mar.

8. Pues bien, por lo que respecta a la primera enmienda, ésta introduce en el texto del CTM 2006 y en el Acuerdo de los interlocutores sociales europeos la Norma A2.5.2 sobre “Garantía financiera”, donde se establecen los requisitos necesarios para garantizar la constitución de un sistema de garantía financiera rápido y eficaz para asistir a la gente de mar en casos de abandono. Esta disposición recoge una definición de qué haya de considerarse abandono, determinando que se deberá considerar que un marino ha sido abandonado cuando, en violación de los requisitos del presente Convenio o de las condiciones del acuerdo de empleo de la gente de mar, el armador: a) no sufrague el costo de la repatriación de la gente de mar; b) haya dejado a la gente de mar sin la manutención y el apoyo necesarios, o c) de algún modo haya roto unilateralmente sus vínculos con la gente de mar e incluso no haya pagado los salarios contractuales como mínimo durante un período de dos meses. De acuerdo con la noción allí contenida el supuesto de abandono sigue basándose –como no podría ser de otra manera- en un incumplimiento contractual (violación del Convenio y de las condiciones de trabajo contenidas en el acuerdo de empleo con la gente de mar), si bien incluye en relación con el impago de los salarios un plazo para iniciar los procedimientos administrativos de reclamación que es algo inferior al que se contiene en nuestra legislación nacional, así como al que ha venido empleando la ITF como referencia a los mismos efectos (3 meses)<sup>26</sup>; cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

9. Por su parte, el sistema de garantía financiera al que se refiere la OIT y que cada Estado del pabellón del buque deberá exigir que se constituya comprende tanto un régimen de seguridad social o un fondo nacional y otro sistema similar, de carácter público, aunque también alternativamente, se puede recurrir a un sistema privado en forma de seguro que proporcione asistencia suficiente para cubrir, entre otros<sup>27</sup>, los salarios y otras prestaciones pendientes que el armador ha de pagar a la gente de mar en virtud del acuerdo de empleo, del convenio colectivo pertinente o de la legislación nacional del Estado del pabellón, siendo la suma adeudada no superior a cuatro meses de salarios pendientes y a cuatro meses en el caso de las demás prestaciones pendientes. En cualquier caso, el mecanismo que se establece se basa en que el asegurador o el proveedor del sistema de garantía financiera que haya efectuado algún pago a la gente de mar adquirirá por subrogación, cesión o por otros medios, por monto equivalente como máximo a la suma pagada, los derechos de que hubiera gozado la gente de mar. Asimismo, se prevé que los buques deberán contar con certificados u otros documentos que establezcan la existencia de una garantía financiera para proteger a los marinos que trabajan a bordo, que deberán exhibirse en igual medida que el resto de documentación que exige este Convenio internacional.

<sup>26</sup> Por lo que atiene a los plazos que emplea la ITF, son coincidentes con nuestra actual legislación interna, dado que la ITF considera abandono, entre otros supuestos, cuando hay un impago de salarios por lo menos durante 3 meses. Así lo expresa el inspector de la ITF en Bilbao, el Sr. M. ARRACHEDI: “Los casos Capella, Nordland y Meugang I” en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coord.): *Derechos del hombre y trabajo marítimo: los marinos abandonados, el bienestar y la repatriación de los trabajadores del mar*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009, p. 71.

<sup>27</sup> b) todos los gastos en que haya incurrido razonablemente la gente de mar, incluido el costo de la repatriación mencionado en el párrafo 10; c) las necesidades esenciales de la gente de mar incluyen: alimentación adecuada, ropa, de ser necesario, alojamiento, abastecimiento de agua potable, el combustible imprescindible para la supervivencia a bordo del buque, la atención médica necesaria y cualquier otro costo o gasto razonable que se derive del acto o la omisión constitutivos del abandono hasta la llegada de la gente de mar a su hogar.

## **2. La obligación de incluir una previsión de garantía para los supuestos de reclamaciones de la gente de mar en caso de muerte y discapacidad prolongada.**

**10.** La segunda de las enmiendas realizadas al CTM 2006 afecta al contenido de lo dispuesto en la Norma A4.2 sobre Responsabilidad del armador, donde se señala que las legislaciones nacionales deberán prever un sistema de garantía financiera destinado a asegurar el pago de una indemnización en caso de muerte o discapacidad prolongada de la gente de mar como resultado de un accidente del trabajo, una enfermedad o un riesgo profesionales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional, en el acuerdo de empleo o en un convenio colectivo de la gente de mar resultante de las reclamaciones contractuales derivadas de estos supuestos. El sistema de garantía financiera que se ha de exigir y que podrá ser, de acuerdo con las normas de aplicación, un régimen de seguridad social, un seguro o un fondo u otro régimen similar, se deberá concretar por cada Estado parte-miembro, ya que son éstos los encargados de determinar la modalidad del sistema, previa consulta con las organizaciones de armadores y de la gente de mar interesadas. Asimismo, los Estados deberán velar porque existan disposiciones eficaces para la recepción, tramitación y resolución imparcial de las reclamaciones contractuales relacionadas con las indemnizaciones previstas en estos casos.

**11.** Junto con estas previsiones centrales, las normas adoptadas añaden que el sistema que se adopte deberá cumplir con unos requisitos mínimos, tales como que: a) la indemnización contractual, cuando está prevista en el acuerdo de empleo de la gente de mar y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra c) del presente párrafo, se deberá pagar en su totalidad y sin demora; b) no deberán ejercerse presiones para la aceptación de un pago inferior al importe contractual; c) cuando las características de la discapacidad prolongada de un marino dificulten evaluar la indemnización total a la que puede tener derecho, se deberán efectuar un pago o varios pagos provisionales para evitar que se encuentre en una situación de precariedad indebida; d) de conformidad con la regla 4.2, párrafo 2, la gente de mar deberá recibir el pago sin perjuicio de otros derechos legales, pero el armador podrá deducir dicho pago de cualquier otra indemnización resultante de cualquier otra reclamación presentada por la gente de mar contra el armador y relacionada con mismo incidente, y e) toda reclamación contractual de indemnización podrá presentarla directamente la gente de mar interesada, o su pariente más cercano, un representante de la gente de mar o un beneficiario designado.

**12.** A su vez, se establece -entre otras cuestiones- que las normas nacionales velarán porque se notifique con antelación a la gente de mar que se va a anular o rescindir la garantía financiera del armador, así como que esta circunstancia se notifique a la autoridad competente del Estado del pabellón. Por su parte, se exige que todo estado miembro obligue a los buques que enarbolan su pabellón el que lleven a bordo un certificado u otras pruebas documentales de la garantía financiera expedido por el proveedor de dicha garantía, que deberá exponerse o publicarse (en el caso de que haya varios proveedores, las copias necesarias) en el buque y en lugar visible. Finalmente, y me parece oportuno subrayar el que la norma exige que la garantía financiera no debería finalizar antes del final de su período de validez a menos que el proveedor lo haya notificado con, al menos, 30 días de antelación y que esta garantía deberá prever el pago de todas las reclamaciones contractuales cubiertas durante el período de validez del documento, lo que a sensu contrario permite que en algunos momentos la gente de mar quede sin dicha cobertura, a menos que la legislación nacional prevea en su derecho interno la necesidad de cobertura aseguradora en todo momento y, en caso contrario, alguna medida disuasoria.

## **IV. ¿Qué impacto tiene para España la adopción de las primeras enmiendas del CTM 2006 y ahora de la Directiva (UE) 2018/131?: La adopción de una mera directriz/circular instando a la contratación de un seguro privado vía P&I y emisión de un certificado de seguro como respuesta.**

**13.** Desgraciadamente, y como viene siendo habitual en España, la adopción del CTM 2006 primero y de las enmiendas a este texto internacional en el año 2014 después (en vigor desde el 18 de

enero del 2017<sup>28</sup>) no han condicionado en modo alguno la labor del legislador, ni tampoco del gobierno, dado que prácticamente y a excepción hecha de alguna mención en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM<sup>29</sup>) pendiente de desarrollo reglamentario en alguno de los puntos relativos a cuestiones sociales y de la adopción del RD 357/2015, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la OIT, en buques españoles<sup>30</sup>, no podemos mencionar actividad normativa -legal y/o reglamentaria- alguna dirigida a adoptar, siquiera de manera asistemática, nuestra regulación interna concerniente a la gente de mar derivada de la ratificación temprana del CTM 2006 por parte de España. Teniendo en cuenta que ésta es la realidad con la que nos encontramos en nuestro país tras prácticamente 5 años de vigencia del instrumento internacional, lo cierto es que nada augura o hace pensar que modificación alguna se vaya a producir en un futuro próximo por el hecho de que se haya adoptado la Directiva 2018/131 en enero de este mismo año. De hecho, no nos consta que exista propuesta alguna en tal sentido. Lo anterior no significa que cercanos a expirar o expirado el tiempo para la transposición de la Directiva del año 2018 previsto para el 16 de febrero de 2020, no veamos algún tipo de intervención normativa o reguladora en general para avalar lo que en la práctica ya se está realizando, tal y como ha ocurrido en otras ocasiones.

**14.** En efecto, lo habitual hasta la fecha en España, ha sido la de adoptar medidas y/decisiones que, en alguna ocasión he calificado de extralegales (o incluso contra legem<sup>31</sup>) por lo que, si se prefiere, nos encontramos ante una situación de anomia, debida fundamentalmente a la actuación del Gobierno, ya sea en relación con un cierto bloqueo con respecto al papel y funciones asignadas al Parlamento<sup>32</sup>, ya sea por la dejación que ha venido realizando en cuanto al uso de su potestad reglamentaria constitucionalmente reconocida. De este modo, en España nos encontramos, por lo que a esta temática se refiere, ante una labor relativamente opaca y desarrollada de facto por los organismos competentes en la materia, a cuya cabeza cabe situar al Ministerio de Fomento y dentro de éste, a la Dirección General de la Marina Mercante<sup>33</sup> con el inestimable apoyo de ANAVE (Asociación española de Navieros españoles), que de manera deliberada o no, han venido adoptando una especie de circulares-resoluciones-directrices, sin valor normativo alguno<sup>34</sup>, que son los que hoy por hoy debemos tener en cuenta para

<sup>28</sup> Si bien las enmiendas se publicaron en el BOE nº 76, de 30 de marzo de 2017.

<sup>29</sup> BOE 25 julio 2014

<sup>30</sup> BOE nº 111, de 9 de mayo.

<sup>31</sup> Me refiero concretamente a la labor realizada en torno a la certificación de las manning agencies en España, donde sin rubor alguno se ha empleado el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación para certificar a todas estas agencias marítimas. Esta situación origina algo más que cierta incertidumbre, no en vano el citado RD tiene por objeto adaptarse a lo dispuesto en el Convenio nº 181 OIT sobre agencias de colocación, si bien éste último no puede aplicarse a la contratación de trabajadores en el sector marítimo ex art. 2.2 del Convenio nº 181, que expresamente señala que el mismo “no se aplica al reclutamiento y colocación de la gente de mar”. Y esta exclusión parece lógica en el contexto de la normativa internacional dictada por la OIT, ya que para esta tipología de supuestos existen textos normativos específicos, tales como el Convenio nº 179 OIT, hoy sustituido por el CTM 2006, que a su vez exige que exista un aseguramiento a la gente de mar para los supuestos de muerte, incapacidad y repatriación, que por otra parte sí se contempla en el art. 164.2 de la LNM 2014. La consecuencia de todo ello no es otra que considerar que las certificaciones emitidas no se ajustan a derecho y que, por tanto, su actuación recae bajo el supuesto de cesión ilegal de trabajadores contenido en el art. 43 ET y que, como se sabe, establece -entre otras- la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario en el tráfico de mano de obra.

<sup>32</sup> Vid. al respecto la sentencia del TC de 17 de abril de 2018. Vid. sentencia en [http://estaticos.elmundo.es/documentos/2018/04/17/sentencia\\_Constitucional.pdf](http://estaticos.elmundo.es/documentos/2018/04/17/sentencia_Constitucional.pdf)

<sup>33</sup> Por ejemplo, éste es el caso de la solución dada al incumplimiento manifiesto en el que España ha venido incurriendo desde el año 1971, cuando ratifica el Convenio nº 69 sobre el certificado de aptitud de cocineros de buque, de 1946, que como sabemos fue denunciado por la entrada en vigor del CTM 2006. En este caso, se procedió a certificar la aptitud de los marinos cocineros a través de una resolución de 20 de mayo de 2013 de la Dirección General de la Marina Mercante, cuyo contenido puede consultarse en: <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/EFA0BC94-C07A-4BA6-9AFA-D29541C2931D/121720/RESOLUCIONDECOCINEROS10062013.pdf>

<sup>34</sup> Se ha de señalar que este tipo de documentos se han elaborado sobre la base de lo dispuesto en el RD 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE nº 56, de 6 de marzo de 2012) y en particular sobre lo dispuesto en el art. 8 del citado texto, que en su apartado f) señala que es competencia de la DGMM “la elaboración y propuesta de la regulación sectorial, en especial la derivada de normas europeas o de organizaciones internacionales, el asesoramiento jurídico interno y la tramitación de expedientes sancionadores. La coordinación de la actividad internacional de la Dirección General de la Marina Mercante, especialmente en lo relacionado con la

conocer exactamente el alcance de las modificaciones -escasas- operadas a nivel interno con respecto al CTM 2006.

15. Pues bien, en este contexto debemos tomar en consideración que, a fecha de 9 de diciembre de 2016, el Ministerio de Fomento emitió un oficio dirigido a ANAVE, de acuerdo con el cual se instaba a todas las empresas asociadas a contratar un seguro privado con una P&I (Clubes de Protección e indemnización<sup>35</sup>) con la finalidad de cubrir las garantías financieras a las que se refieren las enmiendas del CTM 2006, hoy incorporadas en la Directiva 2018/131. A su vez se instaba a que todos los buques matriculados en España que contaran con dicha cobertura y hubieran recibido el certificado de Seguro emitido por las P&I correspondientes, las enviaran con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de las enmiendas al coordinador nacional del Convenio de Trabajo Marítimo en España, a fin de comprobar que se cumplen los requerimientos contemplados en las enmiendas al CTM 2006 hechas en 2014. En concreto, se requería que los certificados expedidos por los miembros del Grupo Internacional de P&I se expidieran con arreglo al Anexo A2-I e incluyeran toda la información allí recogida, así como que se dejara constancia de que esa garantía contratada cubra todos los requisitos que establece la norma A2.5.2 con respecto a las Regla 2.5 sobre repatriación. Igual exigencia se estableció con respecto a la regla 4.2 Responsabilidad del Armador y la Norma A4.2.1.

16. Como es visible, por tanto, en España -tal y como cabía esperar- a la luz de nuestra propia tradición interna, se ha optado -insisto que sin intervención normativa alguna- por la introducción de un sistema de garantía exclusivamente privado frente a todas las situaciones incluidas en las enmiendas del año 2014 y aún no reguladas en nuestro Derecho interno. Me refiero, en concreto, al caso del abandono y de las reclamaciones salariales derivadas del mismo. Y es que como digo, en España ya existía una cierta tradición sobre el particular, fundamentalmente por lo que se refiere a la gente de mar embarcada en buques de pabellón extranjero<sup>36</sup>, dado que el art. 164 de la LNM<sup>37</sup> incorporó una previsión muy importante con respecto a las exigencia de que los agentes o representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales o residentes para prestar servicios en buques extranjeros suscriban un seguro mercantil que otorgue indemnizaciones en cuantía similar a las establecidas en el régimen de la Seguridad Social española en los casos de muerte, incapacidad por accidente y repatriación, si bien ninguna previsión similar se ha adoptado con respecto a las garantías salariales derivadas del abandono. Ha de decirse, sin embargo, que la situación resultante hasta la fecha es contraria a algunas opiniones muy autorizadas vertidas por nuestra mejor doctrina, que han venido defendiendo la necesidad de incluir el riesgo de abandono de la gente de mar como una contingencia profesional protegida de seguridad social<sup>38</sup>; algo que *a priori* resultaba difícil, dado que el RETMAR (Ley 47/2015, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras en el sector marítimo-pesquero), recientemente reformado

---

*Unión Europea y la Organización Marítima Internacional*". Pues bien, hay que diferenciar entre la elaboración y propuesta de una normativa de adaptación de nuestra regulación interna en cuestiones marítimas con respecto a la regulación comunitaria e internacional y, otra muy distinta, la de regular directamente diversas cuestiones que vienen reguladas en normas reglamentarias y/o legales, como es el caso de las normas socio-laborales en toda su extensión.

<sup>35</sup> Existe una amplia literatura sobre las P&I, como, por ejemplo, el trabajo de M<sup>a</sup>C HILL PRADOS: *Los Clubs de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo*, J.M. BOSCH, 1992. También, más recientemente -entre otros muchos- P.F. CARBALLO-CALERO y F.TORRES PÉREZ: "P&I Clubs: Organización interna y posición jurídica de los socios", EN M.R. QUINTÁNS-EIRAS; A. DÍAZ DE LA ROSA y J.L GARCÍA-PITA Y LASTRES: *Estudios de Derecho Marítimo*, editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 997-1014.

<sup>36</sup> Me remito a este respecto al trabajo del Prof. X.M CARRIL VÁZQUEZ: *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 210 y ss,

<sup>37</sup> BOE 25 julio 2014

<sup>38</sup> Tal y como sostiene -y yo comparto- el Prof. X.M. CARRIL VÁZQUEZ: "El régimen jurídico español de la protección social de los trabajadores del mar en casos de abandono" en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coord.): *Derechos del hombre y trabajo marítimo: los marinos abandonados, el bienestar y la repatriación de los trabajadores del mar*, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009, pp. 217-229. Y también a mayor abundamiento y del mismo autor: "¿Qué papel tienen los seguros privados, incluidos los concertados a través de intermediarios, en la protección social de la gente de mar?" en M.R. QUINTÁNS-EIRAS (Dir.): *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, Aranzadi editorial, Cizur menor, 2013, pp. 499-517.

guarda, de manera muy sorprendente, absoluto silencio tanto por lo que se refiere a esta cuestión, como por lo que se refiere a una mención general sobre el CTM 2006<sup>39</sup>.

17. Sin perjuicio de lo apenas anotado, esto es, el desinterés existente en España para adaptar nuestra regulación interna al CTM 2006, que quizás cabría motivar en el hecho de que la flota mercante española es cada vez más reducida y donde la mayor parte de la gente de mar es contratada para prestar servicios en buques de pabellón extranjero mediante intermediaria; lo cierto es que convendría con respecto al contenido de las enmiendas tener en cuenta que se deben diferenciar dos aspectos. En primer lugar, que la aplicación de la normativa española podría intervenir no sólo con respecto a los supuestos de abandono de tripulaciones españolas que prestan servicios en buques de pabellón español y empresario marítimo español, sino que también podría eventualmente aplicarse en los supuestos de abandono de marinos extranjeros en España, y también en relación con los marinos españoles contratados mediante intermediaria para prestar servicios para empresarios marítimos extranjeros en buques de pabellón no español, de acuerdo a la mención que -en estos últimos casos- realiza el art. 164.2 LNM que atribuye responsabilidad solidaria a los agentes o representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales o residentes para prestar servicios en buques extranjeros. Por su parte, y ya en segundo lugar, deben diferenciarse los aspectos de protección social ligados al fenómeno del abandono<sup>40</sup>, como es el caso de la repatriación, de los aspectos estrictamente salariales y, en particular, con respecto al establecimiento futuro de un sistema de garantía salarial derivado de un abandono de buques y tripulaciones causados, por ejemplo, por insolvencia del empresario marítimo. Y ello así, porque mientras que para el caso de la repatriación, ya contamos con una determinada regulación<sup>41</sup>; no ocurre lo mismo con respecto a la protección salarial<sup>42</sup>, donde -se insiste-la protección privada es una realidad fáctica a la espera -si se produce- de que nuestras autoridades decidan regular esta materia en alguna norma específica.

18. De acuerdo, por lo tanto, a las diferencias anotadas, conviene señalar que, a partir de este momento, la intención de la suscribiente es la de abordar en particular la problemática que surge a propósito del aseguramiento privado frente a los créditos salariales derivados del abandono que, en España, insisto se ha realizado vía cobertura P&I. En otras palabras, el objeto de mi intervención se va a reducir a este aspecto concreto, aunque sumamente complejo, dejando de lado las cuestiones relativas a la

<sup>39</sup> Sobre el particular, O. FOTINOPOULOU BASURKO: Una exclusión relevante del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. Extra 4, 2016

<sup>40</sup> Sobre este particular, vid. X.M CARRIL VÁZQUEZ: "What role private insurances can play in the social protection of sea workers?" en O. FOTINOPOULOU BASURKO y J.M MARTÍN OSANTE (Dir.): *New trends in Maritime Law*, editorial aranzadi, 2017, pp. 189 y ss.

<sup>41</sup> Por ejemplo, vid. art. 40 RETMAR; norma en la que se establecen los servicios asistenciales para la repatriación del marino en caso de abandono, y donde se establece a favor de los beneficiarios establecidos en el art. 38 de la misma norma, por un lado, la asistencia en el extranjero para el sostenimiento y la repatriación de personas trabajadoras del mar en caso de abandono, apresamiento, naufragio o hecho análogo, amén de determinar que si el marino está enfermo o lesionado y debe ser evacuado, será el ISM -Instituto social de la marina- el que ofrezca sus servicios asistenciales. En otras palabras, en el caso de que el armador no cumpla con sus obligaciones de repatriación ante los supuestos que contemplan las enmiendas del CTM 2006 de la OIT, se establecen garantías asistenciales por ley a las personas que desarrollen su actividad en el sector marítimo-pesquero, estando encuadradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, así como aquellas que no estando encuadradas en dicho Régimen Especial pretendan desarrollar una actividad laboral en el sector marítimo-pesquero. A estos efectos, me remito a los trabajos de A. VICENTE PALACIO: "Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y las obligaciones de los armadores en el ámbito de la Seguridad Social", en AA.VV (Dir. C. SÁNCHEZ-RODAS): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia (Laborum), 2010, así como a su trabajo más reciente titulado "Control by the port state and flag state, and amendments to the MLC 2006 to protect workers in cases of abandonment", en O. FOTINOPOULOU BASURKO y J.M MARTÍN OSANTE (Dir.): *New trends in Maritime Law*, editorial aranzadi, 2017, pp. 205 y ss.

<sup>42</sup> Me parece oportuno subrayar -al hilo de las reflexiones supra realizadas- la inclusión en la LNM 2014 del denominado "privilegio sobre la flota" regulado en el art. 123.1 LNM, que viene a reconocer un privilegio sobre la flota a favor de los titulares de créditos laborales, cuando no sea posible determinar el buque a bordo del cual ha nacido el privilegio relativo a los sueldos y otras cantidades debidas al capitán y demás miembros de la dotación del buque derivados de su contrato de embarque, que vendría a complementar lo dispuesto en el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993.

repatriación o protección de la gente de mar en los supuestos de muerte y/o discapacidad prolongada, que a lo sumo referiré de manera tangencial. En este contexto, y a grandes rasgos, se ha de señalar que con independencia de que el establecimiento de un sistema de garantía financiera frente a los créditos salariales derivados del supuesto de abandono se canalice por la vía del aseguramiento privado, varias son las cuestiones que deben ser objeto de debate y que circundan, por una parte, las dificultades de interacción entre normas nacionales con origen en normas comunitarias entre sí, y entre éstas y las normas internacionales que sean de aplicación, señaladamente el Convenio sobre embargo preventivo de buques y que se concretan, por ejemplo, en la eventual y posible intervención de la institución de garantía salarial española, esto es, el FOGASA, que puede resultar competente para el pago de los mismos en caso de insolvencia del empresario marítimo por la vía de la aplicación de la Directiva 2008/94/CE (modificada por la Directiva 2015/1794) y su papel con respecto a un eventual conflicto que pueda surgir con respecto al aseguramiento privado P&I. Por su parte, y en segundo lugar, también cabe referirse a las dificultades interpretativas que pueden surgir a propósito de la Directiva sobre protección de los trabajadores en supuestos de insolvencia de su empleador con respecto a las discordancias que existen a propósito de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo, del Consejo del 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia<sup>43</sup>, tal y como ya se pusiera de manifiesto en la STJUE de 25 de febrero de 2016, Asunto C-292/14, Caso Stroumpoulis y otros<sup>44</sup>.

## V. El recurso al aseguramiento privado vía P&I a través de la “MLC Extension clause 2016” y los problemas que éste plantea.

19. Quisiera comenzar señalando una premisa general desde la que parto para abordar los problemas o dificultades a la que nos enfrentamos de mantenerse -como así cabe prever- la fórmula del aseguramiento privado vía P&I con respecto a la reclamación de las deudas salariales derivadas de situación de abandono, precedidas o no de un concurso de acreedores y/o embargo preventivo de buques. Y es que, si la intención de los redactores de las enmiendas es el de garantizar el pago sin demora<sup>45</sup> de los salarios debidos y no satisfechos a causa del abandono de buques y sus tripulaciones, el recurso a la cobertura de las P&I no parece que vaya a garantizar que ello se produzca de manera rápida y poco costosa para las tripulaciones, ni que tampoco, añadido yo, vaya a ser especialmente un procedimiento sencillo.

20. Como es bien sabido, las P&I son organizaciones de base mutual sin ánimo de lucro, en la que los propietarios y arrendatarios de buques se asocian con la finalidad de proveer la reparación o indemnización del daño o al pago de la suma asegurada mediante la contribución de todos los asociados, por lo que nos encontramos ante un seguro civil de reembolso, donde el armador asegurado ha de abonar primero la indemnización al tercero y luego intentar recuperar de su club lo satisfecho a través de la denominada cláusula de pago previo. Pues bien, con respecto al aseguramiento vía P&I y las enmiendas al CTM 2006 del año 2014, se ha de precisar que hasta la fecha algunas responsabilidades exigidas a los armadores en el CTM 2006 ya estaban establecidas en la cobertura standard (standard cover) de las reglas de los Clubes de P&I, tales como la cobertura por muerte o discapacidad prolongada, costes de repatriación derivados de estas contingencias y pago de salarios tras naufragio. Sin embargo, otro tipo de responsabilidades tales como la repatriación y pago de los salarios derivados de abandono no se en-

<sup>43</sup> DOUE L141, de 5 de junio de 2015.

<sup>44</sup> Esta materia es extremadamente compleja, dada la descoordinación entre la Directiva del año 2008 y el Reglamento del año 2015 por lo que respecta a este tipo de reclamaciones en los supuestos de contratos de trabajo plurilocalizados. Al respecto, me remito a la lectura conjunta de los siguientes trabajos: L. CARBALLO PIÑEIRO: “Worker protection in international insolvency law: the role of Maritime Liens” en O. FOTINOPOULOU BASURKO y J.M MARTÍN OSANTE (Dir): *New trends in Maritime Law*, editorial Aranzadi, 2017, pp. 219 y ss y O. FOTINOPOULOU BASURKO: “Protecting seafarers in cases of ourstanding wage claims resulting from abandonment of vessels and crews”, en O. FOTINOPOULOU BASURKO y J.M MARTÍN OSANTE (Dir): *New trends in Maritime Law*, editorial Aranzadi, 2017, pp. 243 y ss.

<sup>45</sup> De hecho, así se prevé en las enmiendas que “8. *La asistencia prevista por el sistema de garantía financiera se deberá prestarse sin demora, a solicitud de la gente de mar o de su representante designado, y estar acompañada de la documentación necesaria que justifique el derecho a la prestación de conformidad con el párrafo 2 de la presente norma*”.

contraban cubiertos por dichas reglas, que son -por lo que a los segundos se refiere- el objeto principal de esta contribución. En estas circunstancias, y a nada que se rastree en la red podrá constatar que de manera temprana dichos clubes procedieron a incorporar en la cobertura standard la denominada “MLC extension clause”, que hace referencia a que el club cubrirá las reclamaciones de sus asociados que entren dentro de marco de la cobertura standard especificadas en los Certificados MLC (MLC certificates) (parágrafos 1a y 1b), pero si tales pagos quedan fuera del alcance de la cobertura estándar, los miembros estarán obligados a reembolsar al club (parágrafos 2a y 2b MLC Extension clause). Además, se señala que las reclamaciones que quedan fuera de la cobertura de las P&I no formarán parte de los acuerdos de reaseguro, si bien se planea establecer un esquema de esta naturaleza para las responsabilidades que surjan bajo la “MLC extension clause”. De acuerdo con los parágrafos 1a y 1b de la “MLC extension clause”, el grupo pagará en nombre del miembro asociado de acuerdo al MLC 2006 enmendado o de acuerdo con la legislación nacional de un Estado parte que haya implementado el MLC con respecto a los costes de repatriación y los salarios de acuerdo con la Regla 2.5, norma A2.5 y pauta B2.5 CTM 2006 sobre repatriación y también en relación con las responsabilidades derivadas de muerte e incapacidad prolongada de acuerdo a la Regla 4.2, norma A4.2 y Pauta B4.2<sup>46</sup>.

21. A pesar de lo anterior, se ha de hacer constar algunas cuestiones con respecto al sistema introducido pueden causar dificultades de cobro para la gente de mar en las situaciones de abandono y particularmente de aquellas que derivan de situación de insolvencia del armador, que paso a reseñar a continuación y de manera separada.

### 1.Exclusiones y limitaciones incorporadas al Maritime Extension clause

22. La primera cuestión que debemos abordar tiene que ver con el hecho de que las coberturas antes mencionadas están sujetas a ciertas limitaciones, tal y como se recoge en la Maritime extension clause, de entre las cuales deseo fundamentalmente subrayar la que a continuación transcribo literalmente y en lengua inglesa para su mejor comprensión, dado que el párrafo 3º de dicha cláusula señala que “*There shall be no payment under paragraph 1(a) or paragraph 1(b) if and to the extent that the liability, cost or expense is recoverable under any social security scheme or fund, separate insurance or any other similar arrangement*”.

23. De acuerdo con algunas opiniones<sup>47</sup>, este cláusula limitativa o restrictiva conduciría a que las P&I se hicieran cargo, en su caso, de las diferencias que pudieran existir con respecto a otras formas de garantía que pudieran existir de acuerdo con la legislación del Estado de que se trate, ya sea porque sean riesgos cubiertos por el sistema de seguridad social interno o a través de la institución de garantía competente, en su caso. Ahora bien, de la redacción del párrafo citado no parece que sea éste precisamente el resultado que se pretende conseguir, dado que expresamente se señala que “shall be no payment”, es decir, no habrá pago alguno en estos casos. Teniendo en cuenta que, en España, aun cuando no se haya regulado la cuestión, sí hay una cierta cobertura con respecto a algunos de los supuestos contemplados en la Maritime Extension Clause y que son cubiertos mediante la seguridad social española, cabría pensar que las P&I no se harán cargo de algunas de las contingencias contenidas en las enmiendas al CTM 2006 del año 2014. Me refiero, en concreto, a los servicios asistenciales existentes para la repatriación del marino en caso de abandono o en los supuestos en los que la gente de mar incluida en el ámbito subjetivo de aplicación del RETMAR 2015, esté enferma o lesionada y deba ser evacuada, donde el ISM (Instituto Social de la Marina) se haría cargo a través de sus servicios asistenciales en el caso de que

<sup>46</sup> Sobre la Maritime extension clause y el papel de los P&I en la cobertura aseguradora derivada de las enmiendas al CTM 2006 del año 2014, vid. R. PETRINOVIC; I. LOVRIC Y T. PERKUSIC: “Role of P&I Insurance in implementing amendments to Maritime Labour Convention 2014”, *Transactions on Maritime Science*, vol. 6, nº 1, 2017, pp. 39-47, que se puede consultar online en <https://hrcak.srce.hr/180071>

<sup>47</sup> R. PETRINOVIC; I. LOVRIC Y T. PERKUSIC: “Role of P&I Insurance in implementing amendments to...”, loc. cit. p. 45 donde expresamente señalan que “*In other words, this insurance will only pay the difference in compensation between the other insurance and this one (MLC Extension Clause, paragraph 3)*”.

el armador no cumpliera con sus obligaciones de repatriación en dichos casos. Pues bien, muchas son las dudas que aquí pudieran suscitarse, dado que para empezar y como se ha señalado previamente, el RETMAR no hace mención alguna al CTM 2006 y existen dudas en cuanto a su alcance con respecto al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de este Convenio Internacional, como por ejemplo sucede con el abandono de embarcaciones de recreo<sup>48</sup>. Pero, por si esto no fuera poco, el hecho de que se introduzca una limitación o más bien exclusión de la cobertura por estas contingencias porque exista un fondo de garantía público que se encarga de cubrir algunos riesgos, hace pensar que las P&I pueden llegar a rehuir el pago de las mismas.

24. Pero, es más, y ya en relación con las garantías salariales derivadas de abandono, las mismas dudas se suscitan, si bien con agravantes -como veremos después- en el caso de que el abandono derive de concurso de acreedores y/o embargo de buques, donde la duda que se suscita a la luz de nuestra normativa interna es determinar si el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) se haría cargo o no de dichos créditos, cuando la norma que regula la organización y funcionamiento de este organismo, el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo<sup>49</sup>, dispone expresamente que esta entidad cubre el salario devengado y no percibido hasta el máximo establecido en el art. 33 del ET a los trabajadores que hayan prestado servicios para empresarios que hayan cotizado al mismo, lo que directamente no parece ser compatible con lo señalado por el TJUE en la sentencia *Stroumpoulis* en el marco de la interpretación realizada sobre la Directiva 80/987, sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que es igualmente aplicable a la gente de mar salvo que hubiera un sistema de protección equivalente en el ordenamiento interno de que se trate, en nuestro caso España<sup>50</sup>. Aquí, las interrogantes

<sup>48</sup> Como ya he puesto de manifiesto en otras ocasiones, O. FOTINOPOULOU BASURKO: “Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente de mar: análisis de su implementación en España”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 112, 2014, pp. 147-179, así como en “Una exclusión relevante del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: el Régimen especial de los Trabajadores del mar”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 4, 2016. En concreto y en el caso de las embarcaciones de recreo, la duda es determinar si están incluidas o no en el ámbito de aplicación objetivo del CTM 2006, ya que la circular emitida por la DGMM, que no es norma alguna, excluye del ámbito de aplicación del texto internacional a la embarcaciones de recreo, estén o no dedicadas a fines lucrativos; algo que no se corresponde con lo que señala el RETMAR, que sí sería aplicable a las dotaciones de embarcaciones de recreo con fines lúdicos y también, entiendo yo con fines comerciales aunque nada allí se señale al respecto con carácter expreso. Sea como fuere, la problemática que aquí surge es que esa ausencia de delimitación previa origina problemas ulteriores a la hora de proteger a las dotaciones de estas embarcaciones frente al abandono o demás riesgos contemplados en las enmiendas al CTM 2006 del año 2014, en la medida en que si bien en España estas embarcaciones deben estar aseguradas frente a una multiplicidad de riesgos ex RD 607/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria para embarcaciones de recreo o deportivas (BOE nº 103, de 30 de abril de 1999), lo cierto es que su ámbito material nada señala con respecto al abandono y para más inri, sólo protege los daños frente a terceros, excluyendo expresamente cualquier aseguramiento frente a la muerte o lesiones sufridas por las personas que intervengan profesionalmente en el mantenimiento, conservación y reparación de la embarcación asegurada y también la muerte y lesiones sufridas por el patrón o piloto de la embarcación. En fin, la solución a este desaguisado vendría de la mano de una intervención normativa para delimitar el ámbito de aplicación del CTM 2006 en España y una reforma del citado RD del año 1999 para incluir bajo el mismo, los supuestos contemplados en esta norma internacional. De darse el caso, en estos supuestos sí habría acción directa de este colectivo de trabajadores frente a la aseguradora comercial ordinaria. Por su parte, otra cuestión que obviamente excede de este trabajo es el problema que surge en España con respecto a las embarcaciones pesqueras, que obviamente están excluidas del ámbito de aplicación del CTM 2006 y para quienes el C. 188 sobre Pesca de la OIT no refiere, ni de lejos, nada similar a las enmiendas del CTM 2006 hechas en 2014. Si bien ello es así, debe pensarse que en España el seguro de responsabilidad civil de dichas embarcaciones es voluntario, salvo para las embarcaciones de bajura en Galicia.

<sup>49</sup> BOE nº 92, de 17 de abril de 1985. En particular, el artículo 13. Titulares del derecho establece que “*Podrán percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial todos los trabajadores vinculados por relación laboral a alguno de los empresarios enumerados en el artículo 11, cuando sean titulares de un crédito por salarios o indemnizaciones y en la forma que para cada caso se especifica en los artículos siguientes*”.

<sup>50</sup> A tal efecto, se ha de señalar, que la Directiva original (DO nº L283, de 28 de octubre de 1980), ha sido modificada en diversas ocasiones, a través en primer lugar de la Directiva 87/164/CEE, de 2 de marzo de 1987 (DO L 66 de 11 de marzo de 1987) para incluir en el anexo a la Directiva las exclusiones por parte de España en relación a los trabajadores domésticos a partir de su entrada en la actual UE. En el año 2002, se vuelve a reformar su contenido a través de la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre (DO L270, de 8 de octubre de 2002). En el año 2008 se codifica el texto en la Directiva 2008/94/CE (L283, de 28 de octubre) manteniendo, lógicamente el texto anterior. Finalmente, se ha de señalar, aunque se haga posteriormente supra que esta Directiva ha sido recientemente reformada por la Directiva (UE) 2015/1794, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015 (DOUE L263, de 8 de octubre), precisamente para suprimir la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva sobre insolvencia a los pescadores remunerados a la parte.

son variadas: si el FOGASA, como institución de garantía competente en caso de insolvencia transnacional ex actual Directiva 2008/94/CE, cubre las garantías salariales hasta el máximo establecido en el Convenio, al menos para los supuestos de buques abanderados en España ¿va a intervenir el club de P&I con posterioridad? A la luz de la exclusión contenida en la Maritime extension clause, la respuesta puede ser negativa. Pero además, ¿debemos considerar que la protección a través de las P&I es un sistema de protección equivalente al instaurado por la citada Directiva? ¿Y qué ocurre con buques de pabellón extranjero, cuyos armadores no han cotizado en nuestro sistema? De acuerdo al RD del año 1985 que regula el FOGASA, la respuesta también puede ser negativa, salvo que se haga valer la interpretación dada en el caso Stroumpoulis, cuestión ésta no siempre sencilla. Como es visible, se suscitan algunas dudas más que razonables al respecto.

## 2. Maritime Extension clause e insolvencia del armador miembro del Grupo P&I

25. La segunda gran interrogante que nos suscita esta solución, esto es, la del aseguramiento privado vía P&I viene marcada por el supuesto que suele ser más común, que no es otro que el que el abandono traiga causa en la insolvencia del empresario marítimo. Esta circunstancia puede originar fácilmente que el armador deje de pagar sus contribuciones al Club de P&I y que, por lo tanto, su cobertura se cancele. Esta situación ocasionará, al menos hipotéticamente, dado que nada se dice al respecto, que el resto de los miembros del Club rechacen hacerse cargo de las sumas debidas<sup>51</sup>. Lo anterior genera que, en principio y si la gente de mar se queda sin cobertura indirecta P&I, sean las Instituciones de Garantía las que deban hacerse cargo de los salarios debidos. Ahora bien, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, ello no es tan evidente en el caso español, donde no se ha reformado el RD que regula el funcionamiento del FOGASA y que, por lo tanto, podría rechazar su intervención en los casos más que probables en los que, aunque el concurso y el procedimiento de embargo de buques se haya llevado adelante en nuestro país, el empresario marítimo no pague sus cotizaciones en España al no estar domiciliado en nuestro país. Esta cuestión –reitero- podría resolverse echando mano de la sentencia Stroumpoulis del año 2016, pero siempre habrá que acreditar la existencia de una vinculación de los contratos de embarque con territorio europeo, lo cual no siempre será posible.

26. Pero además de lo apenas señalado, sin perjuicio de que luego nos adentremos en los problemas procedimentales que la eventual solución apuntada presenta, hay que tener en cuenta que de acuerdo con las enmiendas al CTM 2006 del 2014 y la ahora Directiva 2018/131, “*La garantía financiera no deberá finalizar antes del final de su periodo de validez (un año normalmente), a menos que el proveedor lo haya notificado como mínimo con 30 días de antelación a la autoridad competente del Estado del pabellón*”. El recurso a la cobertura de Clubes P&I, no garantiza precisamente que se dé cumplimiento a esta exigencia contenida en el CTM 2006 o en la Directiva 2018/131, fundamentalmente en los supuestos de concurso del empresario marítimo que al no poder pagar las P&I premium quedaría desamparado de la cobertura del Club. Y sin perjuicio de que el proveedor lo llegue a notificar con la antelación establecida en el Convenio, lo cierto es que en algunos momentos, la desprotección de la gente de mar puede ser una realidad incontestable, donde deberá intervenir la legislación nacional -en nuestro caso española- para establecer alguna medida aseguradora o disuasoria para que esta tipología de supuestos no conculquen los derechos que ostenta la gente de mar en casos de abandono ex CTM 2006 y Directiva 2018/131, amén de lo que ya se dispone en la Directiva 2008/94/CE que prevé, como mínimo, un sistema de protección equivalente al establecido en esta norma.

---

<sup>51</sup> También lo señala D. NIFONTOV: “Seafarer abandonment insurance: a system of financial security for seafarers”, en J. LAVELLE: *The Maritime Labour Convention 2006. International Labour Law redefined*, Informa Law from Routledge, 2014, p. 123. Y situación parecida podría ocurrir en los casos en los que incluso suponiendo que el armador ha pagado sus cuotas al Club de P&I, la mutualidad ofrezca resistencias en cuanto al pago de las sumas debidas, puesto que como señala este autor: “*On a closer examination, the interrelation between the parties in a situation where abandonment cover is provided by the P&I Clubs suggest a possible conflict of interests. Where the cover is provided on behalf of the shipowner member, the Club cannot be an impartial arbiter of the relationship between crew and employer. If the member is having cash flow problems, but has paid his calls, a Club might be reluctant to act against the owner in defence of the seafarers*”, *Ibidem*, p. 123.

### 3. ¿“Breach of contract” o el incumplimiento del contrato de trabajo como supuesto no protegible por las P&I?

27. Otra cuestión que me genera ciertas dudas tiene que ver con la intervención del club de P&I a posteriori. Y ello así, porque tradicionalmente, las P&I, de acuerdo con los supuestos que ya estaban contemplados en las Standard rules, tales como la responsabilidad de los armadores en materia de reparación en casos de enfermedad o lesiones de la gente de mar, cubrían el reembolso siempre que no se hubieran producido a propósito de una pérdida total o de grandes riesgos marítimos como por ejemplo por insolvencia del empresario marítimo. Y es que, en estos casos, los Clubs no cubrían estos riesgos al considerarse que esos incumplimientos del contrato de trabajo debían considerarse como incumplimiento crediticio o “credit default<sup>52</sup>”. La cuestión estriba en que, obviamente, los supuestos de abandono, a la luz de la definición que maneja la OIT hace referencia a la dejación de responsabilidades por parte del armador, lo que traducido al lenguaje desde el punto de vista laboral, el abandono se identificaría, cuanto mínimo, con los supuestos de extinción causal del contrato de trabajo por incumplimiento grave en las obligaciones empresariales, ya sea bien porque nos encontremos ante un supuesto, más que probable, de retraso continuado o impago de los salarios regulado en el art. 50.1.b) ET), pero también y muy relevante desde el punto de vista laboral, por incumplimiento grave derivada de falta de ocupación efectiva (art. 30 ET), que podría propiciar -igualmente - la extinción causal del vínculo laboral de acuerdo a lo dispuesto en el art. 50.1.c) ET; amén de que en este último caso, podría entenderse la ausencia de ocupación efectiva del trabajador como una señal inequívoca de la voluntad resolutoria del empleador a los efectos de la existencia de un despido tácito contemplado en el art. 55.2 ET. Y todo ello en el caso de que no existieran actos expresos por parte del empresario marítimo, que pudieran también canalizarse a través de los supuestos de despidos económicos de colectivos mayores (art. 51 ET) y menores (art. 52.c ET) cuando el abandono derive de insolvencia empresarial. De darse esta circunstancia; algo que con toda probabilidad ocurrirá en los supuestos de insolvencia del empresario marítimo, ¿los clubes de P&I responderán ante la gente de mar? ¿Existe alguna previsión específica en tal sentido? De acuerdo con lo estipulado en la *Maritime Extension clause*, en principio, la respuesta es afirmativa, pero desconozco lo que en la práctica pueda suceder, ya no sólo con respecto a las reclamaciones por muerte y discapacidad prolongada en estos casos, sino también con respecto a las reclamaciones salariales derivadas del abandono de buques por tal razón.

### 4. ¿Hay acción directa para la gente de mar en los supuestos de salarios debidos a consecuencia del abandono de buques y de tripulaciones?

28. He dejado para el final de los eventuales problemas que el recurso a las P&I puedan producir, la principal interrogante sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre la disposición de las enmiendas en la que se explicita la necesidad de introducir un sistema *de garantía financiera que debe proporcionar “acceso directo” y “asistencia financiera rápida”* con la regla “pay to be paid” propia de los clubes de P&I, donde en realidad la protección del asegurado es *a posteriori*, a excepción hecha de los supuestos de daños personales. Como se sabe, el seguro que se concierta con la P&I es un seguro civil de reembolso, donde el armador asegurado ha de abonar primero la indemnización al tercero y luego intentar recuperar lo pagado de su club a través de la denominada cláusula de pago previo, también denominada “pay to be paid”. Lo anterior excluye, a priori, la acción directa de la gente de mar en caso de abandono frente a la P&I, por lo que éstos tendrán que reclamar la deuda salarial al armador que corresponda y una vez satisfecha, será el armador el que recurra a la P&I para recuperar los gastos en los que ha incurrido. En este sentido, y tal y como se expone –en la debatida<sup>53</sup>– STS de 3 de julio de 2003, Sala de lo Civil (nº rec. 4591/1997 y nº resolución 688/2003) “*en este tipo de seguro, el riesgo*

<sup>52</sup> Así lo explica D. NIFONTOV: “Seafarer abandonment insurance: a system of financial security for seafarers”, en J. LAVELLE: *The Maritime Labour Convention 2006...*, op. cit. p. 123.

<sup>53</sup> Puesto que hay autores que defienden que se trata de una responsabilidad civil, cuando no se inserta en la póliza de seguro la cláusula pay to be paid como es el caso de J. LINAZA LA CALLE: “La acción directa en el seguro de protección e indemnización. En torno a la sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003”, *Diario La ley* nº 5890, 2003.

*asegurado es la responsabilidad que general el daño que pueda causar a tercero, no en el sentido de que le cubren aquella indemnización que deba pagar, sino que le satisfacen aquella indemnización que ya haya tenido que pagar al tercero, de aquí que no contemple siquiera la posibilidad de acción directa del tercero frente a la aseguradora – no es el clásico seguro de responsabilidad civil, sino el seguro de indemnización efectiva, que cubre el asegurado el quebranto patrimonial sufrido por haber indemnizado al tercero<sup>54</sup>.*

**29.** Esta situación, salvo –insisto en los casos de daños personales, como la muerte de la gente de mar– obliga a éstos, en tanto que –en principio– no beneficiarios de acción directa alguna, a reclamar primero y únicamente ante el armador, que además *a posteriori* puede resultar insolvente, de tal manera que sea necesario que la gente de mar recurra a la institución de garantía competente si hay sentencia previa que declare la insolvencia del empresario marítimo. Esta circunstancia hace que, en el Derecho interno español, el club de P&I no pueda ser demandado por inexistencia de acción directa contra la misma, tal y como se puso de manifiesto en la STSJ Galicia, de 31 de enero de 2013 (nº sentencia: 846/2013 y nº rec. 3346/2010<sup>55</sup>). En este contexto se ha de señalar que, como es visible, algún que otro órgano jurisdiccional social de nuestro país ha avalado la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por las compañías aseguradoras en dichos contextos, por lo que se ha negado el que las personas perjudicadas –en nuestro caso, la gente de mar– tuvieran acción directa frente a aquéllas, basándose para llegar a tal conclusión que las reglas de Derecho Internacional Privado contenidas en el art. 107 de la Ley de Contrato de seguro (LCS)<sup>56</sup> que permite la libre elección de la ley aplicable a los contratos de seguros de grandes riesgos (entre ellos, los referidos a vehículos marítimos) en conjunción con otras disposiciones de esta misma norma indican que sólo cabría la acción directa en estos supuestos en el caso de que en el contrato de seguro se hubiera pactado otra cosa o se derivara de la *electio iuris* entre las partes.

**30.** Si bien ello es así, es cierto que esta cuestión es enormemente controvertida en nuestro Derecho interno; sobre todo para el supuesto de armador español miembro de un Club de P&I, dado que la LCS establece con carácter imperativo (art. 76 LCS) la existencia de acción directa en estos supuestos. Y es controvertida, porque hay autores que han defendido que este mandato afectaría al seguro de P&I concertado por armadores españoles, dada la obligatoriedad de tal seguro impuesta por el art. 254 del Texto refundido de LPEMM 2011 y también en la LNM 2014 y ahora en el CTM 2006. A pesar de este posicionamiento, la cuestión no está clara porque la propia norma que regula los seguros en nuestro país remite a lo dispuesto en el propio contrato y/o pacto de elección de ley aplicable entre las partes para determinar el ordenamiento jurídico aplicable en estos supuestos, de tal manera que si por ejemplo, el club P&I está domiciliado en el Reino Unido, algo probable, o en Estados donde no se regula la acción directa de los terceros perjudicados contra el Club, es difícil sostener la aplicación imperativa de la norma española, que además cede en estos casos ante la autonomía de la voluntad de las partes<sup>57</sup>.

**31.** En conclusión, la gran interrogante a la que se debería responder es si a través de la maritime extension clause cabe acción directa de la gente de mar en relación con los supuestos de abandono de gente de mar, aunque no se hayan producido daños personales, esto es, muerte o lesiones en el trabajo, dado que –en realidad y para ser exactos– para dar cumplimiento íntegro a lo dispuesto en el CTM 2006 enmendado y ahora la Directiva 2018/131, la acción directa debería garantizarse en todo caso, esto es, también con respecto a los salarios debidos derivados del abandono.

<sup>54</sup> En cambio, resulta novedosa la sentencia del “Prestige” de 2016, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que ofrece nuevos argumentos para reconocer la responsabilidad plena del club P&I frente al tercero perjudicado. No obstante, está pendiente de ver si se extiende a los casos de responsabilidad civil en los que no hay responsabilidad penal adicional.

<sup>55</sup> En este caso se trataba de un pescador que reclamaba la protección por accidente, aunque lo referido en dicha sentencia es trasladable al supuesto de gente de mar.

<sup>56</sup> Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (BOE nº 250, de 17 de octubre de 1980).

<sup>57</sup> Así lo indican también autores como J.A. IRIARTE ANGEL Y M. CASADO ABARQUERO: *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*, Instituto de ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2013, [www.fundacionmapfre.org/cienciasdelseguro](http://www.fundacionmapfre.org/cienciasdelseguro), pp. 85-87.

32. Ahora bien, en el supuesto de que ello fuera así, esto es, que los clubs P&I permitieran la acción directa contra éstas en lo que se refiere al cobro de los salarios derivados del abandono, se podría deducir alguna sombra ulterior, ya apuntada en los supuestos anteriores. Y es que cabría preguntarse si se harían cargo o no del pago de dichos salarios (y hasta qué cuantía en función de las coberturas) en el supuesto de insolvencia del empresario marítimo que ha dejado de sufragar sus cuotas al Club. Pero también surge la duda de si la existencia de una cobertura por esta vía quedaría excluida por el hecho de que ya exista en España una institución de garantía competente (FOGASA), que a la luz del RD regulador excluye su competencia en los casos de empresarios que no hayan cotizado al sistema. Y si todo esto no fuera suficiente, habría que pensar en el supuesto de compatibilidad entre ambas coberturas de garantía (pública y privada), dado que es muy probable que el FOGASA desestimara su intervención al entender que no se produce el presupuesto básico para su participación, esto es, la insolvencia del empleador al quedar cubierto por el Club; dado que, en otro caso, esto es, de intervenir y adelantar el pago, posteriormente podría solicitar el reembolso correspondiente.

## VI. Problemas o dificultades procesales del recurso al aseguramiento privado de las P&I en los supuestos de reclamaciones salariales derivadas del abandono de la gente de mar.

33. Junto con los problemas antes vistos que el recurso a la cobertura P&I pueden ocasionar en relación con la protección de la gente de mar en los supuestos de abandono, se ha de señalar que dificultades añadidas pueden surgir en relación con los aspectos procesales, si nos atenemos a lo que a tal efecto regulan nuestras disposiciones internas. Y es que en los supuestos de abandono, debemos tomar en consideración la regulación concerniente al procedimiento de embargo preventivo de buques contenido en la LNM y también de lo dispuesto en la Ley concursal, en el caso de que el abandono venga precedido de insolvencia del empresario marítimo; ambas normas reformadas recientemente y que originan problemas añadidos, como por ejemplo, la necesidad de aportar una fianza durante el procedimiento de un 15%, que difícilmente va a poder ser satisfecha por la gente de mar en la inmensa mayoría de los casos. Por su parte, y ya situados en el supuesto de abandono derivado de insolvencia empresarial, se hace oportuno distinguir los supuestos en los que la insolvencia del empresario marítimo se conecta espacialmente con la UE, de los supuestos en los que ello no sea así; ya que en el primero de los casos, contamos con un Reglamento comunitario que regula los procedimientos de insolvencia transnacionales (Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo, del Consejo del 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia) cuyas disposiciones plantean problemas aplicativos de coordinación con respecto a la Directiva 2008/94/CE modificada por la Directiva 2015/1794, cuando se trata de la protección de los trabajadores en casos de insolvencia del empresario.

34. Finalmente, y aun cuando no vaya a ser objeto de debate en este trabajo, no podemos dejar de señalar que en los litigios marítimos internacionales cabe el recurso al arbitraje como procedimiento alternativo de solución de conflictos en esta materia. Esta realidad es sumamente complicada, dado que –como es sabido– de acuerdo con las normas internacionales aplicables, el conocimiento de cuestiones de índole laboral, quedan excluidas de su ámbito de aplicación (Ley Modelo de UNCITRAL, Convenio de Nueva York de 1958<sup>58</sup> y Convenio de Ginebra de 1961<sup>59</sup>), lo que mutatis mutandi se traslada también y a resultas de las anteriores, a la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Ar-

<sup>58</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), que entró en vigor el 7 de junio de 1959, en virtud de lo dispuesto en su artículo XII. Vid. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>, que establece que sólo se aplicará a relaciones comerciales de acuerdo con el derecho interno.

<sup>59</sup> Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961. Instrumento de ratificación de España del Convenio Europeo sobre Arbitraje comercial Internacional (BOE nº 238, de 4 de octubre de 1975), donde en el art. 1.1.a) del mismo se establece que el presente Convenio se aplicará a: “a) a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas, que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes”

bitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, que excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje laboral<sup>60</sup>.

### **1. El embargo preventivo de buques y las dificultades aplicativas en España con respecto a los créditos marítimos de los que sean acreedores la gente de mar.**

**35.** La principal medida que se suele adoptar en los casos que estamos analizando es, como se sabe, la del embargo preventivo de buques, que no es sino una medida cautelar dirigida a garantizar el cumplimiento de una resolución judicial o arbitral adoptada en el marco de la reclamación de créditos marítimos. De este modo, la gente de mar en cuanto que eventualmente acreedora de determinados créditos como los salariales u de otro tipo puede recurrir al embargo preventivo del buque con la finalidad de satisfacer las deudas surgidas a propósito –en lo que aquí interesa– de la situación de abandono de buques y de tripulaciones. En este contexto, se ha de señalar que en España hemos asistido a una modificación normativa de enorme envergadura por lo que respecta a esta materia, ya que con la entrada en vigor de la LNM 2014, que se produjo el día 25 de septiembre de ese mismo año, la regulación actual concerniente al embargo es, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 470.1 LNM, el Convenio Internacional sobre embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra en el año 1999 (CEPB)<sup>61</sup>, así como en las disposiciones de la propia LNM (arts. 470 a 479 LNM) y también, de manera supletoria, la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC 1/2000). De este modo, y a partir de esta fecha, deja de aplicarse en nuestro país, el Convenio de embargo preventivo de buques, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952, que hasta la fecha se había erigido como la norma internacional de aplicación.

**36.** Esta modificación normativa a la que hacemos alusión genera ciertas dudas con respecto a la posibilidad de instar el embargo preventivo de buques en los supuestos a los que se refieren los artículos 1.1.b) y 1.1.o) del CEPB 1999, y que se refieren a “*Muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque*” [(art. 1.1.b)] y “*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*” [art. 1.1.o)] y que son más o menos coincidentes con los créditos que pretenden ser cubiertos mediante las enmiendas al CTM 2006 y Directiva 2018/131. A su vez, surgen algunos inconvenientes de carácter procedimental y, en particular, con respecto a la necesidad de prestar fianza de un 15%, tal y como se regula en la LNM 2014.

#### **A) Créditos salariales de la dotación: ¿Y los restantes colectivos calificables como gente de mar de acuerdo con el CTM 2006?**

**37.** Como se ha explicitado líneas más arriba, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.1.b) y 1.1.o) del CEPB 1999, son créditos marítimos (privilegiados, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra en 1993), la “*Muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque*” [(art. 1.1.b)] y *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* [1.1.o)]. Como es visible, y por lo que se refiere al supuesto contemplado en el art. 1.1.o) CEPB 1999, los créditos marítimos protegidos sólo afectarían a los acreedores-gente de mar que sean considerados como miembros de la dotación, esto es, de la denominada gente de mar con funciones náuticas de acuerdo a lo estipulado en el CTM 2006.

<sup>60</sup> BOE nº 121, de 21 de mayo de 2011, que al igual que la norma que modifica, aunque no en este punto, esto es, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003), excluye de su ámbito de aplicación a los arbitrajes laborales (art. 1.4).

<sup>61</sup> Al que España se adhirió en el año 2011 a través del Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999 (BOE nº 104, de 2 de mayo de 2011), denunciando a su vez la aplicación del Convenio de Bruselas de 1952 (BOE nº 242, de 7 de octubre de 2011).

38. De este modo, la gran interrogante que surge a estos efectos (y también por extensión en cuanto a la aplicación de la maritime extension clause antes vista) es la de determinar qué ocurre con la gente de mar que presta servicios a bordo de un buque, si bien mediante un contrato distinto al de enrolamiento y/o embarque. Y es que no podemos olvidar que el CTM 2006 emplea una noción híbrida de gente de mar, entre marítima y terrestre, de tal manera que este texto internacional, incluidas sus enmiendas del año 2014, no sólo se aplica a quienes efectivamente desarrollen, insisto, una actividad náutica a bordo de un buque, sino que también extiende su ámbito de aplicación subjetivo, sin perjuicio de la introducción de salvedades por las legislaciones internas de cada Estado parte en supuestos específicos, a cualesquiera otros colectivos de trabajadores que desarrollen una actividad a bordo del buque distintas de las anteriores. Teniendo en cuenta lo apenas señalado, parece evidente que la gente de mar no marino no podría recurrir al embargo preventivo de buques como medida cautelar para garantizar el pago de sus salarios y otros créditos que pudieran surgir a propósito del abandono de buques y de tripulaciones, ya sea en puerto nacional y/o extranjero.

39. Conclusión similar cabe extraer con respecto a los créditos contemplados en el art. 1.1.b) CEPB 1999, si se realiza una interpretación sistemática y literal del citado texto internacional, puesto que se refiere a “muerte o lesiones corporales sobrevenidas, *en relación directa con la explotación del buque*”, lo que complica exponencialmente el que la gente de mar sin funciones náuticas pudieran acogerse al embargo del buque por este crédito marítimo, en tanto que no prestan servicios directamente relacionados con la explotación del buque en el sentido de su navegabilidad. Ahora bien, y aunque el éxito de una interpretación extensiva fuera muy reducida en la práctica (por no decir otra cosa), considero factible tratar de incluir bajo esta formulación a quienes desarrollan actividades distintas a las náuticas bajo el citado precepto.

#### **B) La prestación de una fianza del 15% en la LNM para poder proceder al embargo preventivo de buques y la necesidad de eliminarla en los casos de créditos marítimos laborales/sociales.**

40. La segunda cuestión problemática que surge a propósito del procedimiento de embargo preventivo de buques en España tiene que ver con la cuestión de fianza como requisito para proceder al embargo y, en particular, con la inclusión de un importe mínimo del 15% de la cuantía del crédito alegado que a tal efecto se ha incorporado al art. 472 LNM, si bien con posibilidad de revisión ulterior. Sobre esta cuestión<sup>62</sup>, se ha de señalar en primer lugar, que el CEPB del año 1999 no establece en su articulado una obligación taxativa, de acuerdo con la cual el tribunal que conozca del asunto deba solicitar al embargante la prestación de una garantía para responder de los perjuicios que pudieran irrogarse al demandado por el embargo. Dicho de otra manera, el art. 6.1 CEPB 1999 establece la posibilidad de exigir una fianza con carácter potestativo, pero no imperativo. A diferencia de lo dispuesto en el Convenio internacional de aplicación, en España se procedió a modificar la LEC mediante RD-Ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico<sup>63</sup>, en cuya -actualmente derogada- D.F. 26ª sobre Embargo preventivo de buques, se establecía con carácter taxativo que “2. *Para decretar el embargo preventivo de un buque bastará que se alegue el crédito reclamado y la causa que lo motive. El tribunal exigirá en todo caso fianza en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse*”, exigencia ésta, la de prestar fianza, hoy contenida en el art. 472.2 LNM.

41. En otras palabras, en España es necesario, de acuerdo con la LNM, prestar una fianza de un 15% para poder proceder al embargo de buques; caución ésta que impacta negativamente y de manera muy especial en la gente de mar, quienes en la inmensa mayoría de los casos no van a poder afrontar dicha

<sup>62</sup> Para ulteriores aspectos relacionados con el embargo preventivo de buques en España, me remito al trabajo del Prof. J.M. MARTÍN OSANTE: “El embargo preventivo de buques”, *Revista de Derecho Mercantil* n° 305, 2017, pp. 137-181, donde el autor aborda de manera sistemática y magistral las dificultades que la nueva regulación sobre esta materia entraña en nuestro país. En particular, y en concreto en relación con la prestación de la fianza, vid. pp. 155-159.

<sup>63</sup> BOE n° 208, de 30 de agosto de 2011. Entrada en vigor el día 28 de marzo de 2012.

cuantía en la práctica, imposibilitando –por tanto- que puedan solicitar el embargo del buque para satisfacer sus créditos salariales o de otro tipo. Y es que lógicamente la fijación de ese importe mínimo, sin perjuicio de querer contribuir a una cierta seguridad jurídica, va a generar que esta tipología de acreedores se vean impedidos a embargar porque en créditos de cuantías elevadas, ese 15% supone una cantidad importante. A estos efectos, lo cierto es que de acuerdo con lo que se ha señalado en algunos foros, existe una propuesta de la ITF para eliminar ese mínimo para los embargos solicitados por las tripulaciones de los buques. Y lo que en esencia se debate es si el importe de la fianza debe o no depender de la naturaleza del crédito y del acreedor para establecer el importe de la fianza. Y en el caso de que no se haga depender de dichas circunstancias, que en cada caso el juzgador pueda analizar el importe a exigir, sin fijar mínimos<sup>64</sup>. Otra posición que se ha sostenido en España<sup>65</sup> y que considero fácilmente compartible es el de la eliminación del art. 472.2 LNM en el caso de los créditos marítimos laborales y sociales con la finalidad de proteger a la gente de mar con carácter general, así como para poder dar cumplimiento a lo establecido en el CTM 2006 enmendado en 2014<sup>66</sup>. En cualquier caso, y sin perjuicio de la existencia de diversas propuestas para solucionar esta situación, a las que añadiré alguna otra más adelante, al día en que se redactan estas páginas la exigibilidad del 15% de fianza es una realidad incontestable también para la gente de mar, que no queda desvirtuada por el hecho de que eventualmente los tribunales españoles pudieran aceptar dicha caución admitiendo las cartas de garantía que las P&I pudieran aportar<sup>67</sup>.

### C) Cuestiones de competencia judicial internacional y el CEPB 1999.

42. Junto a las cuestiones supra señaladas, dado que -en nuestro caso- no surgirían, en principio, dificultades para embargar “Sister ships” de acuerdo a lo estipulado en el art. 123 LNM, ni tampoco en relación con la posibilidad de embargar el buque a quienes no sean propietarios de los mismos, sino arrendatarios a casco desnudo -por ejemplo-, al tratarse los créditos laborales como créditos marítimos privilegiados; lo cierto es que de entre las dificultades que pudieran operarse en este contexto, debemos realizar alguna aportación siquiera breve sobre la más que posible incompatibilidad que presenta la aplicación del art. 7 CEPB 1999 en los supuestos de embargo fuera del concurso, con respecto al Reglamento nº 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), que -como se sabe- contiene una sección 5ª aplicable a los contratos de trabajo, no así con respecto a las cuestiones de seguridad social que están expresamente excluidas de su ámbito de aplicación de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2.c) del instrumento comunitario.

43. Y ello así, porque el CEPB 1999 establece como criterio general atributivo de competencia judicial para la resolución sobre el fondo de la reclamación el del *forum arresti*, esto es, que sea competente el juzgado que hubiese acordado el embargo preventivo del buque o aquél ante el cual se hubiese prestado la garantía para su liberación, que pueden excepcionarse en dos supuestos: a) que exista un pacto entre las partes atributivo de competencia a favor de otros tribunales o de sometimiento de la controversia a arbitraje y b) que la ley del juzgado embargante le permita a este declinar su competencia y el tribunal de otro Estado se haya declarado competente. En este contexto, surgen dudas más que razonables con respecto a determinar si España incumple el ordenamiento comunitario en relación con cuestiones de Forum, en la medida en que en los supuestos por ejemplo de embargo de buques motivado en reclamaciones salariales, es sobradamente conocido que esta materia entraría dentro del marco de

<sup>64</sup> Así se expuso en el Congreso Nacional 2017 de la Asociación Española de Derecho Marítimo. Vid. <http://www.aedm.es/es/resumen-del-congreso-nacional-2017-de-la-asociacion-espanola-de-derecho-maritimo>.

<sup>65</sup> J. RODRIGO DE LARRUCEA: “La protección de los créditos marítimos sociales: la necesaria modificación del embargo preventivo de buques (artículo 472.2 de la Ley de Navegación Marítima)”, *Diario La Ley* nº 9022, 2017.

<sup>66</sup> En este sentido, véase la Proposición de Ley por la que se modifica la LNM presentada el 27/06/2017 por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, serie B, núm. 146-1, de 08/09/2017).

<sup>67</sup> Y es que al derogarse la Ley 2/1967, que establecía que la caución podía ser de cualquier clase admitida por el Derecho y dado que ni el Real Decreto ni el Convenio de 1999 regulan nada al respecto, queda por ver si los tribunales aceptan en la práctica las cartas de garantía de los clubs de P&I, o si solo aceptarían, como hacían generalmente hasta ahora, si las dos partes consienten.

aplicación del Reglamento Bruselas I bis, por lo que cabría pensar que el foro social competente para conocer del embargo debe ser el resultante de la aplicación de dicho reglamento y no de lo preceptuado en el CEPB 1999. Cuestión distinta acaecería con respecto a las reclamaciones en materia de seguridad social, dado que el Reglamento Bruselas I bis no es de aplicación en estos casos.

#### **D) Cuestiones de competencia judicial interna: la jurisdicción social ante el embargo preventivo de buques.**

44. Cuestión adicional que debe también mencionarse en relación con el régimen del embargo preventivo de buques en España es el derivado de la competencia de los órganos jurisdiccionales de nuestro país para poder proceder al embargo. Como es sabido, la LNM distingue, por una parte, entre la competencia para acordar el embargo y la competencia, por su parte, para conocer del fondo del asunto<sup>68</sup>. De este modo, y en relación con la competencia para acordar el embargo, esto es, la inmovilización del buque, la LNM atribuye ésta a los órganos jurisdiccionales que tengan competencia sobre el fondo del asunto, lo que traducido a los supuestos que aquí tratamos, aquélla corresponderá a los órganos jurisdiccionales de lo social, en la medida en que materias tales como salarios, etc. corresponden ex art. 2.a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS) a este orden jurisdiccional. En este contexto, quisiera llamar la atención sobre las diferencias que exhibe la regulación de las medidas cautelares en el orden social (LJS) con respecto a las que norma la LNM en relación con el embargo preventivo de buques, lo que puede ocasionar problemas adicionales a la hora de adoptar dicha medida cautelar, en la medida en que el juzgador de lo social se verá compelido a aplicar no sólo normas con las que no está familiarizado, sino también disposiciones contrarias al principio tuitivo de protección de los trabajadores contenidas en el procedimiento laboral. Y ello así, porque la LJS regula la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el art. 79 con carácter general y también en el art. 180 LJS en caso de vulneración de Derechos fundamentales<sup>69</sup>; que establecen peculiaridades y particularidades con respecto a lo dispuesto en los arts. 721 a 742 de la LEC, que serían también normas supletorias de aplicación en este marco. Ahora bien, la aplicación de las normas específicas sobre medidas cautelares establecidas en la LJS y, en su caso, en la LEC, van a entrar en juego siempre que éstas no sean contrarias a lo dispuesto en el CEPB 1999 y en la LNM 2014.

45. Es por esta razón, y volviendo sobre la obligatoriedad de prestar fianza, que el juez de lo social se verá compelido cuando adopte el embargo preventivo de buques a solicitar una caución a la gente de mar para poder proceder a la toma de esta decisión; algo que se enfrenta directamente con la regulación que a tal efecto contiene la LJS (art. 79.1) donde los trabajadores y los sindicatos en representación colectiva de sus intereses se encuentran exentos de prestar caución o garantía por razón de medidas cautelares. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta que este requisito de fianza no es extrapolable con carácter general al ámbito laboral, puesto que se podría entender que quebranta la tutela judicial efectiva consti-

<sup>68</sup> Vid. J.M. MARTÍN OSANTE: "El embargo preventivo de...", loc. cit. pp. 171 y ss

<sup>69</sup> Sobre este particular, téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 79.7 LJS, que señala que "*En los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en aquellos casos en los que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares contempladas en el apartado 4 del artículo 180 de esta Ley, con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia*". En este contexto, y sin perjuicio de que efectivamente a la luz de la letra del precepto pudiera entenderse de aplicación el establecimiento de esta tipología de medidas cautelares contempladas en esta disposición; no parece que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 180.4 LJS, ésta pudiera tener intervención en los supuestos de abandono y, en particular, en relación con el impago de los salarios a los que en este trabajo hacemos alusión. Y ello así, porque el art. 180.4 LJS se refiere fundamentalmente a los supuestos de extinción causal del contrato de trabajo en los supuestos de vulneración de Derechos fundamentales, como en los supuestos de acoso, en caso de huelga o en caso de vulneración de la libertad sindical. Entiendo, por tanto, difícil su aplicabilidad, no así en el futuro, siempre que se aprueben las enmiendas propuestas al CTM 2006 en materia de acoso moral y/o sexual y por razón de sexo a bordo de buques, donde dicha intervención podría tener lugar.

tucionalmente protegida en el art. 24 CE<sup>70</sup>, ¿podría darse el caso de que el órgano jurisdiccional social de nuestro país acordara el embargo sin aplicar la fianza del 15% que establece la LNM? ¿Debemos entender que si bien *lex posterior derogat priori*, siquiera a efectos parciales, la existencia de un bien jurídico constitucionalmente protegido al máximo nivel incluido en una norma procesal imperativa impide que tal derogación se produzca y que debemos mantener la especialidad de la norma procesal laboral para estos casos? Entiendo en estas circunstancias que las respuestas a ambos interrogantes deben ser afirmativas, esto es, la prevalencia de las disposiciones de la LJS sobre la LNM. Y ello así porque sostener la aplicación de lo dispuesto en la LNM sin mayores contemplaciones supone obviar que el embargo preventivo en el orden social cuenta con características diferentes y exigencias distintas a las expresadas en los “Ila-mémolos” embargos ordinarios, cuando el legislador, además del *periculum in mora* que cabe exigir en todos los casos, introduce un elemento cualificado y subjetivo al embargo desde la óptica social, que no es otro que el de acreditar que el deudor realiza una serie de actos para distraer su patrimonio o que se coloca en peor fortuna de manera deliberada. Este condicionante, no exigido en el contexto del embargo “ordinario”, se introduce en el ámbito social para corroborar su carácter excepcional en la mayor parte de las ocasiones, en la medida en que, si el procedimiento laboral es, en teoría al menos, rápido o lo que es lo mismo, se basa en el principio de celeridad, es innecesario que se recurra a este tipo de medidas. De este modo, entiendo que si el embargo en los distintos contextos tiene una razón de ser y exigencias distintas y que si la LNM no ha contradicho (o al menos no ha querido afectar) lo dispuesto en el art. 79 LJS, la disposición que debe resultar aplicable es ésta última en el caso del embargo preventivo de buques instado por las tripulaciones por los motivos aquí tratados; sin perjuicio de que una línea idónea de solución a este problema pudiera venir de la mano del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte del juez de lo social para determinar la aplicación o no de la fianza contenida en la LNM.

**46.** Otra cuestión que también deben tomarse en consideración en dicho procedimiento, tiene que ver con los sujetos legitimados para solicitar el embargo, así como por el hecho de determinar si en el caso de los créditos laborales cabe la adopción de un embargo preventivo de oficio. En relación con la primera cuestión, lo cierto es que de acuerdo al procedimiento general instaurado en la LEC (al que se remite la LNM) demandante será todo acreedor, esto es, toda persona que alegue un “crédito marítimo”. Dada la amplitud de la dicción de la disposición contenida en el CEPB 1999, es posible que el demandante del embargo sea una persona física o jurídica, y también –en este último caso- público o privado<sup>71</sup>, por lo que sería perfectamente factible que además de que la gente de mar, en cuanto parte interesada, pudiera solicitar el embargo al juzgado de lo social que corresponda, también lo pueda hacer, como dispone el art. 79.2 LJS, el propio FOGASA, en los casos en que pueda derivarse su responsabilidad, esto es, en los supuestos de existencia de créditos salariales a proteger. Cuestión distinta, pero igualmente relevante es determinar si para los créditos salariales/sociales cabe que el órgano judicial pueda instar el embargo de oficio; algo

<sup>70</sup> Entiendo a estos efectos que lo supra sostenido puede y seguramente sea objeto de debate, pues, aunque la gratuidad del procedimiento podría derivar del art. 24 de la CE, y éste es un precepto dotado de eficacia inmediata, la gratuidad tiene un anclaje más evidente en el art. 119 CE, eso sí, con remisión a su configuración legal. Así pues, cabe establecer límites en el acceso a la jurisdicción siempre que éstos sean razonables; de ahí que quepa considerar que la imposición de la fianza no quebrante la tutela judicial efectiva. Con todo, me parece oportuno recordar también aquí lo señalado en la STC 140/2016, de 21 de julio (BOE nº 196, de 15 de agosto de 2016), donde el alto tribunal se pronuncia sobre las tasas judiciales y donde señala que la imposición de aquéllas no vulnera el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, ni tampoco el principio de gratuidad de la Justicia del art. 119 CE. Claro está que, a renglón seguido, el TC entiende que no existe tal vulneración “*pues se acreditan supuestos de exención y de pago flexible para aquellas personas jurídicas que no cuenten con suficientes recursos para litigar*”. Esta afirmación, extensible a las personas físicas, junto con el hecho de que el propio tribunal concluya que la cuantía de las tasas (ya sean cuotas fijas como variables) resultan desproporcionadas y pueden producir un efecto disuasorio a la hora de acudir a los tribunales de justicia en el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) me llevan a realizar la afirmación supra sostenida. En cualquier caso, y no siendo precisamente especialista en estas cuestiones, me remito para una lectura sosegada sobre las medidas cautelares en el orden social a quienes sí lo son, esto es, a A. BLASCO PELLICER: *Las medidas cautelares en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1996. También, A. BLASCO PELLICER Y A. GUAMÁN HERNÁNDEZ: “Las medidas cautelares en el proceso laboral” en A. BLASCO PELLICER (Dir): *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2581-2614. Recientemente, J. MARTÍNEZ GIRÓN: “La tutela cautelar en la jurisdicción social”, *Nueva revista española de Derecho del Trabajo* nº 194, 2017, pp. 23-53.

<sup>71</sup> J.M. MARTÍN OSANTE: “El embargo preventivo de...”, loc. cit. p. 171.

que sí se prevé en la norma procedimental laboral española, pero no en la LEC (art. 721.2 LEC). En este contexto, entiendo que en la medida en que la LNM no señala nada al respecto y que para esta materia en concreto se ha de recurrir a lo dispuesto en la LEC que cederá su aplicación en las especialidades contenidas en materia de medidas cautelares contempladas en la LJS; sí que cabría que el órgano jurisdiccional de lo social pudiera acordar de oficio el embargo preventivo de buques en España.

## **2. La retención del buque, la declaración administrativa de abandono en España y su discordancia con el abandono/extinción del contrato de trabajo a efectos laborales.**

47. Sin perjuicio de lo ya referido en los epígrafes anteriores, lo cierto es que hay una cuestión adicional que también considero oportuno mencionar en estas líneas. Me refiero a la cuestión de la competencia con la que cuenta la Administración española para poder proceder a la retención del buque. Y es que a tal efecto, se ha de hacer constar que si bien es cierto que para el embargo preventivo es necesaria la intervención judicial, ello no obsta, de acuerdo al CEPB 1999 y la LNM, a que las autoridades administrativas puedan en el ámbito de sus competencias decretar la inmovilización del buque a su vez. En este contexto, se ha de señalar que en nuestro derecho interno se regula la declaración administrativa de abandono en los puertos españoles de acuerdo con lo dispuesto en el art. 302 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM 2011, BOE nº 253, de 20 de octubre de 2011) y que establece que para que exista declaración de abandono y pueda subastarse el buque, pudiendo satisfacer a través de esta vía las deudas que los acreedores tuvieran es necesario que *“el buque permanezca durante más de 3 meses atracados, amarrados o fondeados en el mismo lugar dentro del puerto sin actividad apreciable exteriormente, y sin haber abonado las correspondientes tasas o tarifas, y así lo declare el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria”*.

48. Como es visible, a tenor de nuestra normativa interna y para el caso de buques atracados, amarrados o fondeados en un puerto de interés general deben transcurrir más de tres meses para efectuar la declaración administrativa de abandono, si bien este plazo es superior en el caso de aquellos puertos para los que no es de aplicación la LPEMM, donde dicho plazo se extiende hasta los 6 meses<sup>72</sup>. Pues bien, la declaración de abandono de acuerdo a nuestro derecho interno y la capacidad alternativa al embargo con la que cuenta la administración marítima no es coincidente con el plazo establecido en el CTM 2006 con respecto a la determinación de abandono a efectos laborales. Y es que, a diferencia de este plazo de 3 meses, que puede ser eventualmente superior (de 6 meses) en aquellos puertos que no sean de interés general; las enmiendas señalan que nos encontramos ante la situación de abandono cuando *“de algún modo se haya roto unilateralmente sus vínculos con la gente de mar e incluso no haya pagado los salarios contractuales como mínimo durante un período de dos meses”*. Dicho de otra manera, si bien a partir del año 2011 y hasta la entrada en vigor de las enmiendas en nuestro país, había una cierta coincidencia entre el plazo a efectos administrativos y el plazo a efectos laborales para la declaración de abandono y la extinción causal del contrato de trabajo ex art. 50 ET respectivamente (empleando aquí la referencia que manejaba la ITF al respecto, que era de 3 meses); en la actualidad y como es visible, ante la introducción de las enmiendas al CTM en el año 2014 y, también de la Directiva 2018/131, se produce un distanciamiento entre ambos plazos. Esta diferencia que es mínima en relación con el abandono de buques en puertos de interés general, pero que se amplía considerablemente en el resto de puertos, puede ocasionar ciertos problemas de ajuste si, por ejemplo, a propósito del abandono de buques en el sentido laboral, la gente de mar insta la extinción del contrato de trabajo ex art. 50 ET por impago o retraso continuado en el pago de los salarios. Y se produce un desajuste con respecto a la referencia que maneja las enmiendas, dado que en nuestro país se ha venido empleando la referencia de 3 meses de impago o retrasos salariales por los órganos jurisdiccionales de lo social para demandar

<sup>72</sup> Como es el caso por ejemplo de lo estipulado en el anteproyecto de Ley de Puertos y transporte marítimo del País Vasco (vid. [http://www.euskadi.eus/contenidos/proyecto\\_ley/xleg\\_pyley\\_29/es\\_pyley\\_29/adjuntos/Proyecto%20Ley%20Puertos%20cast.pdf](http://www.euskadi.eus/contenidos/proyecto_ley/xleg_pyley_29/es_pyley_29/adjuntos/Proyecto%20Ley%20Puertos%20cast.pdf)) a semejanza de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía, que establecen un plazo de 6 meses.

ante dichos tribunales en orden a extinguir el contrato de trabajo por este motivo. De este modo, la gran interrogante será discernir si en un supuesto de abandono y siempre que, obviamente sea un tribunal de lo social español competente para el conocimiento de un litigio de esta naturaleza, los tribunales de lo social van a admitir la demanda extintiva transcurridos dos meses desde que se produce el abandono o si seguirán manteniendo el criterio de los 3 meses que a estos efectos emplean. En mi opinión, y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un supuesto específico, puede perfectamente interpretarse que en este marco deberán acudir a las referencias temporales ofrecidas en las enmiendas al CTM 2006, por lo que entiendo factible que admitan la demanda transcurridos dos meses desde la situación de abandono.

**49.** Ahora bien, incluso aun siendo así, problemas posteriores pueden surgir cuando admitida la demanda y declarada la extinción del contrato de embarque porque se pruebe el incumplimiento grave del empresario marítimo por retraso o impago de salarios en estos casos, se producirá cuando se pretenda ejecutar la sentencia. Y es que, como se ha visto previamente, la declaración del abandono a efectos administrativos y, por lo tanto, la posibilidad de inmovilizar el buque y posterior subasta del mismo para hacer efectivos los créditos salariales de la gente de mar se puede demorar más allá de los dos o tres meses que puede tardar un juez de lo social en dictar sentencia extintiva; algo que quizá no vaya a ser muy relevante en los supuestos de abandono de buques en puertos de interés general; no así en los puertos no sometidos a la LPEMM, en lo que como mínimo habrán de transcurrir 6 meses desde el abandono del buque para iniciar el procedimiento administrativo de declaración de abandono y posterior subasta del buque para satisfacer las deudas salariales a las que aquí hacemos alusión.

**50.** Ahora bien, la distancia entre la extinción causal del contrato de trabajo y la declaración de abandono a efectos administrativos puede ser mayor y sus efectos más perjudiciales para el trabajador del mar cuando éste/a inste la extinción de su contrato sobre la causa contenida en el art. 50.1.c) del ET, esto es, por incumplimiento grave derivado de la falta de ocupación efectiva. Y es que, como ya se ha avanzado supra, no sólo la ausencia de pago de los salarios es una consecuencia del fenómeno del abandono de la gente de mar, sino que es mucho más evidente, al menos en nuestro Derecho, que el abandono va a provocar que inmediatamente el empresario marítimo incumpla con su obligación básica de ocupar al trabajador, de ahí que en estos casos, no sea necesario esperar los meses a los que previamente hemos aludido para proceder a demandar para extinguir el contrato por tal motivo o que se demande por despido tácito en estos supuestos.

### **3. El concurso de acreedores y los supuestos de abandono.**

**51.** Expuestas las anteriores consideraciones generales, conviene adentrarse en la problemática que se deriva de los supuestos de abandono precedidos de insolvencia del empresario marítimo. Y es que en estas circunstancias, se ha de tomar en consideración que si bien el procedimiento de embargo preventivo de buques puede adoptarse con las dificultades analizadas en los casos en los que no haya concurso de acreedores; también es verdad que esta misma decisión podrá adoptarse también en los supuestos de concurso, donde debemos distinguir dos situaciones distintas a los efectos competenciales: a) que el empresario marítimo inserto en el concurso de acreedores esté establecido en la UE o b) que el empresario marítimo no esté establecido en el espacio comunitario. Y ello así, porque en el primero de los supuestos, para la determinación de la competencia judicial internacional, de debemos tomar en consideración lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia; mientras que para los segundos será de aplicación la Ley concursal española, esto es, la Ley 22/2003, modificada mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal. Pues bien, de los múltiples problemas que en este marco pudieran acometerse a continuación me voy a referir exclusivamente al supuesto de las dificultades que se originan a propósito del concurso del empresario marítimo espacialmente conectado con la Unión Europea, dados los problemas de interacción más que evidentes que se producen entre el Reglamento comunitario de insolvencia y la Directiva 2008/94/CE<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Aunque también podrían extenderse a su aplicabilidad en función del ordenamiento jurídico aplicable. Para muestra un botón. Véase al respecto, E. LÓPEZ TERRADA y E. NORES TORRES: "La configuración de las causas "reorganizativas" en el Dere-

52. En efecto, en el supuesto de que el abandono se produzca a resultas de la insolvencia del empresario marítimo y en el caso de que éste se encuentre domiciliado en el espacio europeo, la competencia para conocer de la insolvencia empresarial corresponderá al órgano jurisdiccional competente derivado de la aplicación del Reglamento comunitario de insolvencia del año 2015, que será el designado, de acuerdo con el art. 3.1, a los tribunales del Estado miembro donde el deudor tenga su centro de intereses principales, clarificando a continuación la noción de “centro de intereses principales”, así como estableciendo medidas para evitar el *forum shopping* en estos contextos. No obstante, éstos no son los problemas, entre otros que pudieran surgir a propósito de este instrumento, a los que aquí se pretende hacer alusión, sino más bien referirnos a las dificultades que surgen de la compatibilidad entre la ley aplicable al concurso y, en concreto, a los contratos de trabajo, con respecto a la Directiva 2008/94/CE, que regula en su art. 9 cuál deba ser la autoridad competente para hacerse cargo de los créditos salariales de los trabajadores como resultado de la insolvencia empresarial; algo que a todas luces debe ser aquí analizado por las repercusiones que, en su caso, pueda tener en el marco de los supuestos de abandono derivados de la insolvencia del empresario marítimo y ésta última tenga conexiones con dos o más Estados miembros. Por su parte, también, la propia interpretación de lo dispuesto en el actual art. 9 de la Directiva 2008<sup>74</sup> con respecto a qué institución de garantía deba hacerse cargo de los créditos salariales impagados no es una cuestión pacífica, como se puso de manifiesto en el asunto Stroumpoulis del año 2016 y que evidentemente también afecta a la temática que aquí se está abordando.

53. Pues bien, por lo que se refiere a estas cuestiones, lo cierto es que -como se sabe- el Reglamento establece una regla general, de acuerdo con la cual el ordenamiento jurídico aplicable al concurso será el designado mediante la *lex fori concursus*, que queda excepcionada por lo que se refiere a los contratos de trabajo, con la finalidad de salvaguardar los derechos e intereses de los trabajadores. De este modo, el art. 13 del Reglamento del año 2015 señala que los efectos de procedimiento de insolvencia sobre los contratos de trabajo no quedarán sometidos al ordenamiento designado mediante la *lex fori concursus*, sino de acuerdo con la Ley del Estado miembro aplicable a los mismos (art. 13 Reglamento), esto es, de acuerdo con la *lex contractus*. Si bien ello es así, debe tomarse en consideración que la *lex contractus* no se extiende a toda cuestión relacionada con los contratos de trabajo, dado que el orden de prelación de los créditos laborales queda al albur de lo que señale la *lex concursus* a estos efectos<sup>75</sup>.

54. Así, debe decirse que la regulación contenida en el Reglamento del año 2015 con respecto a los contratos de trabajo, si bien nos parece positiva, puede generar alguna que otra controversia en el plano interno de algunos países<sup>76</sup> y, en concreto, para el supuesto que aquí analizamos, donde es

---

cho comparado: los casos alemán, francés e italiano, *Actualidad Laboral* nº 11, 2011, pp. 1290-1309. De los mismos autores también “La causalidad de los despidos económicos en el derecho comparado en A. DESDENTADO BONETE (Dir.) y A. DE LA PUEBLA PINILLA (Coord.): *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: Un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 321-343.

<sup>74</sup> Como se sabe, fue la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, la que incorporó a la Directiva general sobre protección de los trabajadores en supuestos de insolvencia empresarial, una nueva sección: la sección III bis que comprendía los artículos 8 bis y 8 ter de ese texto, cuyo objeto es la determinación de 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 [Sobre esta cuestión, M. SARGEANT: “Protecting Employees with Insolvent Employers”, *Industrial Law Journal* vol. 32, nº 1, 2003, pp. 53-59. A. ARUFE VARELA: “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]. Y ambas disposiciones se recogen de manera mimética en los actuales artículos 9.1 y 9.2 de la Directiva 2008/94/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre.

<sup>75</sup> L. LÓPEZ CUMBRE: “Insolvencia y contratos de trabajo en el Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia”, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/insolvencia-y-contratos-de-trabajo-en-el-reglamento-2015-848-sobre-procedimientos-de-insolvencia.pdf>

<sup>76</sup> Pero es que además de lo apenas reseñado, la excepción contenida en el Reglamento comunitario puede plantear problemas aplicativos de interés, que han intentado ser resueltos por el propio reglamento, si bien aún no recibidos, ni introducidos en la norma interna española, generando dudas e interrogantes en este marco. En efecto, la Ley concursal española exige, de acuerdo con los arts. 64 y 65, que exista un procedimiento de insolvencia en nuestro país, por lo que si resulta que no hay abierto un concurso territorial en nuestro país, y la norma del Estado donde se ha abierto el procedimiento principal no contemplara

probable que los contratos de embarque de la gente de mar abandonada queden regulados por distintos ordenamientos jurídicos a consecuencia de la aplicación antes vista del Reglamento europeo. En estos supuestos, la solución de la insolvencia se complicaría exponencialmente, dado que por ejemplo en España los mecanismos que se establecen en la Ley concursal (arts. 64 y 65 LC, relativos a los contratos de trabajo y a la relación laboral de alta dirección respectivamente y de aplicación, ésta última, muy discutible con respecto a los capitanes de buques) sólo permiten la intervención judicial en supuestos de naturaleza colectiva a la hora de extinguir, modificar o suspender los contratos de trabajo, por lo que en no pocas ocasiones será difícil alcanzar los umbrales que las disposiciones laborales internas exigen (y que precisan adaptación a las Directivas comunitarias de aplicación) y que computan al número de trabajadores de la empresa, centro o grupo, etc.

**55.** Pero es que además de lo anterior, es necesario mencionar la eventual incompatibilidad que puede surgir entre la aplicación de este Reglamento del año 2015 de insolvencia con respecto a la Directiva del año 2008, ya que es perfectamente factible que se produzca una disociación entre la Ley que regularía los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo (*lex contractus*) y la propia Directiva, que hace depender la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados en función del Derecho por el que se rija la institución de garantía competente (art. 9.2 Directiva 2008). En efecto, esta disposición emplea un mecanismo de Derecho internacional privado que puede considerarse como mediado, en la medida en que 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 sí, 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 o art. 9.2 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 por qué coincidir ni con la *lex contractus*, ni tampoco con la *lex concursus*. De este modo, el que el derecho que rija la extensión de los derechos de crédito de los trabajadores no sea idéntico al determinado, 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 también, obviamente, mayores dificultades observamos cuando la solución alcanzada por art. 9.2 de la Directiva 2008/94/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<sup>77</sup>, ya que este último prevé la aplicación de este punto de conexión –*lex concursus*– a esta materia concreta (rango y privilegios). 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.

**56.** Junto con lo apenas expuesto, conviene precisar también que tampoco resulta, ni ha resultado nada sencillo delimitar qué institución de garantía sería competente en los supuestos de insolvencia transnacional para la protección de los salarios adeudados a los trabajadores; problema éste al que el TJ se ha tenido que enfrentar en diversas ocasiones, tanto en supuestos en los que las instituciones de garantía

---

un procedimiento equivalente al regulado en España para que el juez del concurso extinga, modifique o suspenda los contratos de trabajo, el juez del concurso extranjero no tiene posibilidad alguna para resolver la cuestión. A pesar de lo anterior, es cierto que el propio Reglamento excepciona en este contexto la regla general, permitiendo que la competencia en relación con las decisiones aplicables a los contratos de trabajo recaiga sobre el juez o autoridad local del Estado donde el deudor tenga un establecimiento, a cuya ley nacional se sometan dichos contratos. Así se expresa, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “El nuevo Reglamento Europeo de insolvencia: cuestiones seleccionadas (1)”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* n° 26, 2017, pp. 17 y ss.

<sup>77</sup> Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido). DOUE L141, de 5 de junio de 2015.

fueran de Estados miembros de la UE (STJUE en caso Mosbaek, Asunto C-117/96, de 17 de septiembre de 1997 y en la STJUE, en el caso Everson y Barrass, C-198/98, de 16 de diciembre de 1999<sup>78</sup>), como cuando eventualmente pudieran ser competentes instituciones de garantía de Estados europeos y extracomunitarios respectivamente, como ya sucediera en el caso Stroumpoulis del año 2016, que versaba precisamente sobre un supuesto de abandono de marinos griegos en el puerto del Pireo (Atenas). Pues bien, para los supuestos en los que las instituciones de garantía eventualmente competentes fueran de Estados miembros de la UE, el TJ fijó un criterio delimitador que posteriormente acabó por incorporarse al art. 9.1 de la Directiva del año 2008, estableciendo que “*Cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia en el sentido del artículo 2, apartado 1, la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados será la del Estado miembro en cuyo territorio estos ejerzan o ejercieran habitualmente su trabajo*”<sup>79</sup>. Prescindiendo aquí y ahora de una explicación detallada de lo problemático que puede resultar determinar un lugar habitual de prestación de servicios a los contratos de embarque o a los contratos de trabajo de quienes presten servicios a bordo de buques, lo cierto es que este criterio delimitador puede haber quedado en entredicho, esto es, ampliado, modificado o matizado para los supuestos de abandono de buques al albur de lo que el TJUE expusiera en el caso Stroumpoulis, donde este criterio no fue el que se tuvo en cuenta. En efecto, el TJUE en este caso optó por considerar que la institución de garantía competente fuera 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. En mi opinión, la solución dada en el caso Stroumpoulis es más favorable para los supuestos de abandono que la que se derivaría del criterio contenido en el art. 9.2 de la Directiva del año 2008, sobre todo porque, como decimos, ya es per se difícil aplicar el criterio de la *lex loci laboris* a esta tipología de contratos, pero también porque es muy probable que la prestación de servicios de la gente de mar se desenvuelva en buques de pabellón extranjero, donde eventualmente encontraríamos alguna otra entidad de garantía de algún país extracomunitario competente junto con la de algún país comunitario con el que la relación laboral presentara una relación de vinculación estrecha.

**57.** Ahora bien, ello no obsta para indicar que surgen dudas sobre el alcance de la sentencia Stroumpoulis, esto es, si esta misma interpretación sería extensible para los supuestos de abandono de buques donde todos los elementos de conexión se situaran en territorio europeo y fueran competentes las instituciones de garantía de varios Estados comunitarios o si sólo se aplica para el supuesto contemplado en los hechos que dieron lugar a este litigio. Personalmente opino que la solución dada en el caso Stroumpoulis podría extenderse a los supuestos intracomunitarios, no en vano es una respuesta muy adecuada en los casos de abandono de buques, ya que con ella -y acreditada la vinculación con territorio europeo- se evita tener que acudir por analogía al criterio del lugar habitual de prestación de servicios que contempla el art. 9.1 de la Directiva del año 2008, que per se conduciría a la desprotección de los trabajadores afec-

<sup>78</sup> El TJ declaraba en el caso Mosbaek que, en caso de insolvencia de un empresario establecido en un Estado miembro diferente de aquel en cuyo territorio reside y ejerce su actividad por cuenta ajena un trabajador, la institución de garantía competente para el pago de los créditos impagados de ese trabajador es, en principio, la del lugar de establecimiento del empresario que, por lo general, contribuye a la financiación de la institución. En el caso de la sentencia Everson y Barrass, el Tribunal de Justicia precisó, sin embargo, que la situación era diferente cuando el empresario dispone de varios establecimientos en distintos Estados miembros, en cuyo caso, para determinar la institución de garantía responsable, es preciso referirse, con carácter de criterio adicional, además de al lugar de establecimiento, al lugar de actividad de los trabajadores.

<sup>79</sup> La regla contenida en el actual art. 9.1 de la Directiva del año 2008, el legislador comunitario diseña un sistema donde sólo intervenga una única institución de garantía, atribuyendo la citada competencia a la entidad 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 [Ésta 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]. En aplicación de este criterio, el TJ ha realizado varias interpretaciones donde, en primer lugar, ha declarado que “*el artículo 8 bis, incluido en la Directiva 80/987 por obra de la Directiva 2002/74, establece un nuevo criterio para determinar la institución de garantía competente. Por consiguiente, dicho artículo supone una modificación sustancial de las disposiciones de la Directiva 80/987. De ello se desprende que la apreciación jurídica de una situación como la del litigio principal no conduce necesariamente al mismo resultado cuando se efectúa con arreglo a las disposiciones de la Directiva 80/987 en su versión inicial que cuando se lleva a cabo conforme a las disposiciones de esa misma Directiva en su versión modificada por la Directiva 2002/74*” (Sentencia Holmqvist, C-310/07, de 16 de octubre de 2008).

tados por el Estado de insolvencia del empleador formal situado en un país tercero si se interpreta el lugar habitual de prestación de servicios en analogía a la ley del pabellón<sup>80</sup>. Y ello así, porque la posibilidad de emplear criterios distintos al contemplado en el art. 9.1 de la Directiva es una realidad factible avalada por el propio TJUE en algún otro pronunciamiento relativamente reciente del TJUE, dado que si bien lo subordina a que el Derecho nacional de que se trate así lo prevea, con carácter general el TJ no está excluyendo que se produzca una desviación del criterio de aplicación contenido en el actual art. 9.1 de la Directiva del año 2008, siempre que esta opción resulte favorable para el trabajador<sup>81</sup>.

**58.** Pero si ello no fuera posible, entiendo que otra opción también podría valorarse a la hora de interpretar el art. 9.2 de la Directiva 2008. Así, considero que podría ser pertinente atraer la jurisprudencia del TJ emitida a propósito de la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado, no en vano el criterio contenido en el art. 9.1 de la Directiva 2008/94/CE, sin constituir ni un criterio conflictual ni una norma material, acoge una pauta que resulta muy próxima a la regla contenida en el art. 8.2 del Roma I<sup>82</sup>, esto es, a la *lex loci laboris*, de tal manera que si bien, como es obvio, su utilización es compleja en los supuestos de trabajadores móviles o itinerantes, lo cierto es que la búsqueda de una vinculación substantiva (Koelzsch<sup>83</sup>) o vinculación más estrecha (Schlecker<sup>84</sup>) permitirían alcanzar una solución próxima a la que finalmente se señala en el caso Stroumpoulis. Y entiendo que esta última solución puede resultar también acertada, sin perjuicio de que obviamente surjan problemas posteriores de coordinación con el resto de los instrumentos aplicables a la materia, tal y como hemos puesto de manifiesto con anterioridad.

## VII. Conclusión

**59.** Parece evidente cuál haya de ser la conclusión a este trabajo tras ofrecer unas pinceladas generales en relación con los problemas que representa el recurso al aseguramiento privado en caso de reclamaciones salariales derivadas del abandono de buques. Así, si bien es cierto que esta materia no es en absoluto una cuestión sencilla, no en vano queda atravesada por lo que respecta a nuestra legislación nacional, tanto por normas laborales, mercantiles, administrativas, etc, que generan un “enredo jurídico”

<sup>80</sup> Es cierto, eso sí, que esta solución no evitaría el problema del régimen de financiación por los empresarios de la institución de garantía, si bien hay que decir que no parece que esta cuestión plantee mayor problema a la luz de lo dispuesto en el caso Stroumpoulis, donde con carácter meridiano el TJ sostiene su aplicabilidad incluso en los supuestos en los que el empresario naviero formalmente situado en un tercer Estado no realice aportación alguna para el sostenimiento de la institución de garantía de que se trate.

<sup>81</sup> Me refiero a lo señalado en la sentencia de 10 de marzo de 2011, Asunto Defossez (Caso C-477/09), donde el TJ llega a afirmar que “cuando una empresa que ha empleado a un trabajador no dispone de ningún establecimiento en el Estado miembro en el que dicho trabajador ejerce su actividad y cuando esa empresa abona las cotizaciones sociales como empresario en el Estado miembro de su domicilio social, la institución de garantía competente, con arreglo al artículo 3 de la Directiva 80/987, para el pago de los créditos del trabajador en caso de insolvencia de su empresario es la institución del Estado miembro en cuyo territorio se haya ordenado la liquidación judicial del empresario”. Y ello así, porque el TJ interpreta que si bien la Directiva 80/987 no atribuye al trabajador la facultad de elegir entre diferentes instituciones, dicha directiva no excluye la posibilidad de que el trabajador se acoja a la garantía de una institución diferente de aquélla identificada con base a la aplicación de la Directiva, cuando ello le resulte favorable y el Derecho nacional prevea tal posibilidad. Ha de mencionarse el hecho de que esta solución que el TJ acoge en la sentencia del año 2011 no es tampoco una novedad, ya que en realidad no es más que una vuelta de tuerca sobre lo que ya sostuviera en la sentencia *Mosbaek* de 1997, esto es, la posibilidad de que la institución de garantía competente sea aquélla 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. Sobre la posición tuitiva del TJ con respecto a la protección de los trabajadores ante la insolvencia del empresario, vid. M.G. QUINTERO LIMA: “Un nuevo ejemplo de la actividad profiláctica del Tribunal de Luxemburgo: A propósito de la STJCE de 17 de noviembre de 2011 (Asunto Van Ardenne)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2012), Vol. 4, n° 1, pp. 334-344

<sup>82</sup> Reglamento comunitario n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. DOUE L177, de 4 de julio de 2008.

<sup>83</sup> Sentencia de 15 de marzo de 2011, Asunto C-29/10, Caso Koelzsch, Comentada por J. MASEDA RODRÍGUEZ: “Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo”, *Diario La ley* n° 7662, 29 de junio de 2011. La Ley 12236/2011.

<sup>84</sup> Sentencia de 12 de septiembre de 2013, Asunto C-64/12, caso Schlecker.

altamente complejo; lo cierto es que precisamente por ello, debería haberse realizado una reflexión más detenida antes de recurrir -siquiera de manera informal- al aseguramiento vía P&I para estos supuestos, máxime cuando además tenemos pendiente la ratificación del Convenio nº 188, sobre el trabajo en la Pesca, de 2007, donde no se establece ninguna mención sobre el abandono de tripulaciones de Pesca, y a los cuales debería prestarse especial atención dado que España sí cuenta con una flota pesquera relevante<sup>85</sup>.

**60.** Pero es que además de ello, creo muy conveniente la necesidad de meditar tranquilamente sobre todas estas cuestiones, dado que en el momento en el que se terminan de redactar estas páginas, nos encontramos ante la reciente celebración y finalización de la tercera reunión del Comité Tripartito Especial establecido por el Consejo de Administración de la OIT en virtud del artículo XIII del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (MLC, 2006), que ha tenido lugar en Ginebra los días 23 a 27 de abril de 2018, y donde se ha debatido el establecimiento de un sistema de garantía salarial para proteger a la gente de mar frente a las situaciones de cautiverio, piratería y robo a mano armada<sup>86</sup> con un contenido muy similar al ya expuesto para los casos de abandono. Teniendo en cuenta lo que ya tenemos entre manos y lo que se cierne para un futuro próximo, es de esperar que en poco tiempo nos volvamos a pronunciar sobre este particular, esperando que para entonces se produzca, como mínimo, alguna reflexión sosegada sobre las condiciones de trabajo de la gente de mar con carácter general y sobre la (in)adaptación de nuestra normativa interna en materia laboral y de seguridad social a todas estas cuestiones<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Sobre esta cuestión, vid. X.M CARRIL VÁZQUEZ: “La protección en caso de enfermedad, lesión o muerte relacionadas con el trabajo y en caso de abandono de la tripulación, en el Convenio número 188 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el trabajo en la Pesca (2007)”, *Nueva Revista de Derecho del Trabajo* nº 203, 2017, pp. 67 y ss. Asimismo, vid. FOTINOPOULOU BASURKO, O; CHAUMETTE, P. (Dir.) y CARRIL VÁZQUEZ, X. M. (Coord): Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo en la Pesca (2007) de la Organización Internacional del Trabajo, Aranzadi editorial, Cizur Menor, 2018.

<sup>86</sup> Vid. P. CHAUMETTE: “Piraterie et proposition d’Amendements 2017 de la Convention MLC 2006 de l’OIT”, *Neptunus e-revue*, vol. 23, 2017/2. [www.cdmo.univ-nantes.fr](http://www.cdmo.univ-nantes.fr)

<sup>87</sup> X.M CARRIL VÁZQUEZ y O. FOTINOPOULOU BASURKO: “Una renovación pendiente, al menos en lo que afecta al Derecho del trabajo aplicable en las actividades marítimo-pesqueras” en J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES; M-R QUINTÁNS-EIRAS y A. DÍAZ DE LA ROSA (Dir.): *El Derecho Marítimo en los nuevos tiempos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2018 pp. 53-67.