

El Convenio sobre el trabajo marítimo y el Derecho social comunitario

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO*

1. INTRODUCCIÓN

Para la UE, que fue en sus orígenes y sigue siendo una organización con objetivos económicos, reviste especial atención la consecución de una situación de igualdad de condiciones de competencia en un sector –como el marítimo– que «mueve el 90% del comercio mundial y emplea a más de 1,2 millones de marinos en todo el planeta»¹, de los que alrededor de 300.000 se les aplica el Derecho comunitario.

No sólo el peso del sector marítimo en la balanza de la economía está fuera de discusión², sino también lo está el hecho de que sea éste uno de los sectores donde los efectos de la

globalización son más acusados³ y que registra un elevadísimo índice de siniestralidad imputable a fallos humanos.

En este contexto, ha supuesto un hito histórico la adopción el 23.2.2006⁴ del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo que pretende, entre otros objetivos, consolidar en un único instrumento jurídico todas las normas actualizadas aplicables al trabajo marítimo internacional, así como garantizar unas condiciones de competencias más justas y reforzar la seguridad marítima y el atractivo de la profesión.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

¹ Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo. Bruselas, 15.6.2006. COM (2006) 288, p. 4.

² Discurso del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo (abril 2006) «Nueva Carta de Derechos en el Sector Marítimo: un Modelo para una Globalización Justa» publicada en la página web de la OIT; p. 1: «el sector marítimo es un componente emblemático, altamente específico, de la economía mundial».

³ FRANCISCO ORTIZ CASTILLO; «Pabellones de Convención» en: VV.AA; Mar, Trabajo y Seguridad Social. Laborum. Murcia. 2002; p. 208: «hay países que carecen de sistemas de Seguridad Social equiparables al nuestro. Las empresas que abanderan o matriculan el buque en territorio español o en otro de similares condiciones laborales y Seguridad Social se encuentran en desventaja».

⁴ El Convenio contiene las normas laborales aplicables a las tripulaciones de buques de arqueo bruto igual o superior a 500 toneladas que efectúen viajes internacionales o que operen entre puertos de otro país. Sin embargo, conforme a su artículo II.4, queda excluido de su ámbito de aplicación el sector pesquero, lo que hizo necesario adoptar el Convenio OIT 188, sobre el Trabajo en el Sector de la Pesca.

Para impulsar la ratificación de este Convenio por parte de los Estados miembros de la UE, las instituciones comunitarias están desarrollando una intensa actividad. Paralelamente, también trabajan para reforzar las normas que regulan el trabajo marítimo a nivel comunitario.

Resultado de lo anterior es que asistiremos, de un parte, a la incorporación del Convenio OIT a los ordenamientos nacionales como fuente de Derecho internacional. Pero también se analiza en este trabajo la Directiva del Consejo por la que se aplica el acuerdo celebrado entre la ECSA y la FST, relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006. Ello implica que cuando la Directiva sea transpuesta a los ordenamientos internos, gran parte de las reglas del Convenio OIT analizado se habrán incorporado a los ordenamientos internos como fuente de Derecho Comunitario.

2. OBSTÁCULOS PARA LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO SOBRE EL TRABAJO MARÍTIMO, 2006, DESDE LA OPTICA DEL DERECHO COMUNITARIO

El Derecho comunitario ofrece numerosos ejemplos de tratados internacionales celebrados por las instituciones comunitarias⁵.

Cabría, por tanto, preguntarse porqué la Comisión Europea no ha ratificado el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo, en cuya

⁵ A título ilustrativo, pueden ser citados los Acuerdos de cooperación con los países del Magreb: Túnez (de 25.4.1976); Argelia (de 26.4.1976); y Marruecos (de 27.6.1976).

Por otra parte, señalar que el TJCE en sus sentencias de 9.8.1994, -327/91 (Francia/Comisión) Rec.; p. 3641 y 7.3.1996, -360/93 (Parlamento/Consejo) Rec.; p. 1195 ha llegado a anular el Acuerdo ente la Comisión y Estados Unidos sobre Derecho de la Competencia y el Acuerdo con Estados Unidos sobre contratación pública.

elaboración resulta innegable que ha jugado un papel decisivo: no sólo ha prestado ayuda financiera y coordinado las posiciones de los Estados miembros sino que también ha velado por la compatibilidad entre el Convenio OIT y el Derecho comunitario. Asimismo, las instituciones comunitarias han fomentado la ratificación del Convenio⁶.

La respuesta a esta pregunta hay que buscarla, en primer lugar, en el propio Convenio OIT sobre el trabajo marítimo, cuyo artículo VIII.2 especifica que «obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General». Y, en segundo lugar, en los artículos 2, 3 y 4 de la Constitución de la OIT que atribuye sólo a los Estados –y no a las organizaciones internacionales o supranacionales– la condición de miembros de la Organización Internacional del Trabajo.

Por tanto, únicamente los Estados miembros pueden obligarse mediante la ratificación de los Tratados que se adopten en el seno de esta organización internacional.

En conclusión, no es jurídicamente factible que la Comisión Europea apruebe el Convenio en nombre de los Estados miembros sino que sólo pueden hacerlo estos, tal y como expresamente se hace constar en la Decisión 2007/431/CE del Consejo de 7.6.2007⁷.

⁶ Comunicación de la Comisión Europea de 15.6.2006, COM (2006) 287: «dado que las condiciones de entrada en vigor establecidas por el Convenio se fijan en 30 Estados que representen al menos el 33% del arqueo mundial, y puesto que los 27 Estados del EEE totalizan el 28% de la flota mundial, la UE puede crear una fuerza de arrastre».

Considerando E de la Resolución del Parlamento Europeo de 14.1.2009, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea y la Federación de Sindicatos del Transporte de la UE: «la ratificación del Convenio representará una contribución importante al fomento de unas normas para un trabajo digno a escala mundial».

⁷ DOUE L 161/63, de 22.6.2007.

Dicho lo cual, a reglón seguido se ha de dejar inmediatamente constancia de que, desde la óptica del Derecho comunitario, tampoco los Estados miembros pueden ratificar válidamente el Convenio OIT de 2006 sobre el trabajo marítimo si no es con autorización del Consejo.

La razón de este impedimento se encuentra en el hecho de que «los tratados celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de la CE por Estados miembros sobre materias cuya competencia es de la Comunidad Europea no son válidos respecto al Derecho comunitario Europeo»⁸.

2.1. (In)compatibilidad entre el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo y el derecho social comunitario

El principal escollo en cuanto a compatibilidad radica en que el Convenio OIT regula, entre otras cuestiones, aspectos vinculados a la coordinación de los regímenes de la Seguridad Social, materia ésta de exclusiva competencia comunitaria⁹ en la que rige la regla de la unanimidad.

Precisamente por ello, durante la Conferencia Técnica Marítima Preparatoria celebrada en Ginebra los días 13-24 de septiembre de 2004, el representante de la Comisión Europea manifestó que los Estados miembros de la Unión Europea propondrían las modificaciones necesarias para «evitar que hubiera divergencias entre el proyecto del Convenio y la legislación de la Comunidad Europea rela-

tiva a la coordinación de los regímenes de Seguridad Social»¹⁰.

Y es que el texto sometido a consideración preveía la responsabilidad compartida entre el Estado de abanderamiento y el Estado de residencia, mientras que conforme a la legislación comunitaria las leyes aplicables a la gente de mar con libertad de circulación dentro de la Unión Europea eran las del Estado de abanderamiento.

Es por eso que, como el representante de la Unión Europea puso de relieve, «a los Estados miembros les resultaría difícil ratificar un proyecto de Convenio que podía considerarse se apartaba de la legislación de la Unión Europea».

Dificultad que como resaltó el miembro gubernamental del Reino Unido era extensible a los «países del Espacio Económico Europeo, así como a aquellos países que habían suscrito acuerdos bilaterales con Estados miembros de la Unión Europea»¹¹.

Al respecto hay que hacer constar que, efectivamente, la normativa comunitaria relativa a la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable a la gente del mar está contenida en el Título II del Reglamento 1408/71, desarrollado por el Reglamento 574/72. Y, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹², las disposiciones contenidas en dicho Título II constituyen un sistema uniforme y completo de reglas para evitar conflictos de leyes cuyo objetivo es no sólo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales –con los subsiguientes problemas que ello conllevaría– sino también evitar que las personas a las que se

⁸ JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ; «El Derecho Internacional, el Derecho Comunitario Europeo y el Proyecto de Constitución Europea». JEAN MONNET/ROBERT SCHUMAN Paper Series, Vol. 4, nº 3/2004; p. 25.

⁹ Sobre las competencias exclusivas de la UE, cfr. JOSÉ ANTONIO GIRÓN LARRUCEA; *El Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008; pp. 88-94.

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo. Informe de la Comisión nº 3. PTMC/04/3-3; pp. 52y 53.

¹¹ Organización Internacional del Trabajo. Informe de la Comisión nº 3. PTMC/04/3-3; p. 53.

¹² STJCE de 4.10.1991, -196/90 (De Paep) Rec.; p. I-4815.

aplique el Reglamento queden desprotegidas por no serles de aplicación legislación alguna.

La solución que finalmente se ha plasmado en el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo está recogida en la norma A4.5 de la regla 4.5 del título 4, que lleva por rúbrica Seguridad Social, quinto apartado¹³: «las responsabilidades de los Miembros respecto de la gente de mar que trabaja en buques que enarbolan su pabellón deberán incluir las previstas en las reglas 4.1 y 4.2 y en las disposiciones conexas del Código...». Esto es, se acoge el principio de la aplicación de la legislación del Estado de abanderamiento. Principio que reitera la regla 5.1.1. del título 5 cuando afirma que «todo Miembro es responsable de velar por el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Convenio a bordo de los buques que enarbolan su pabellón»¹⁴.

Cabe concluir de lo hasta ahora expuesto que, ya que la coordinación de regímenes de Seguridad Social es competencia exclusiva comunitaria, y el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo regula específicamente reglas para la determinación de la legislación aplicable en el ámbito de la protección social de la gente del mar, resulta obligado que el Consejo autorice a los Estados miembros de la UE a ratificar el Convenio por lo que respecta a las competencias exclusivas comunitarias.

2.2. El *iter* procedimental para autorizar la ratificación del Convenio por parte de los Estados miembros de la UE

2.2.1. *Propuesta de Decisión del Consejo presentada por la Comisión de 15.6.2006*¹⁵ 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

Con base en el artículo 42 del Tratado de la CE, la Comisión propone que el Consejo autorice a los Estados miembros vinculados por la normativa comunitaria para que ratifiquen el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo.

Del epígrafe dedicado a la «Motivación y Objetivos de la Propuesta», se extraen las siguientes conclusiones:

- 1) Se ha prestado especial atención a «la coherencia y compatibilidad entre las disposiciones de la OIT y el acervo comunitario».
- 2) «La mayor parte de las disposiciones del Convenio corresponden a ámbitos de competencia compartida».
- 3) Sin embargo, «determinados ámbitos del Convenio son de competencia comunitaria exclusiva, concretamente la coordinación de regímenes de Seguridad Social que emana del Reglamento 1408/71».
- 4) En todo caso, «la sustitución de los convenios de la OIT vigentes por el Convenio de 2006 tiene un efecto directo sobre la Directiva 1995/21».

¹³ Página 77 del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo.

¹⁴ Página 80 del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo.

¹⁵ COM (2006) 0288 final. C6-0241/2006-2006/0103 (CNS).

2.2.2. Opinión de la Comisión de transporte y turismo para la comisión de empleo y asuntos sociales¹⁶

En este documento, aprobado el 19.12.2006, entre otras cuestiones, se resalta el hecho de que «para las flotas europeas, existe la urgente necesidad de hacer más atractivas las profesiones náuticas, teniendo en cuenta que faltan 17.000 marineros comunitarios¹⁷. Específicamente se hace constar que «en términos jurídicos, los Estados miembros no son libres para ratificar un convenio internacional que afecte a ámbitos de exclusiva competencia comunitaria. La autorización para la ratificación se refiere únicamente a estos ámbitos».

2.2.3. Informe de la Comisión de empleo y asuntos sociales aprobado el 24.1.2007¹⁸, sobre la propuesta de la Decisión del Consejo 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

Este informe analiza la estructura del Convenio sobre el trabajo marítimo, del que se destaca que «constituye el cuarto pilar de la regulación internacional del sector maríti-

mo» (complementa los tres convenios básicos de la Organización Marítima Internacional: Convenio SOLAS, MARPOL y el Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar).

Asimismo, se pone de manifiesto que «la ratificación del Convenio de 2006 no debería suponer ningún problema puesto que todos los Estados miembros de la UE votaron a favor del Convenio» pero que «será necesario adaptar el acervo comunitario con el fin de actualizar los textos que resultan directamente afectados por el Convenio: Directiva 1995/21, de 19 de junio; y Directiva 1999/95, de 13 de diciembre.

2.2.4. Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 14.3.2007¹⁹ sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 de la OIT

El Parlamento Europeo aprueba la propuesta.

2.2.5. Decisión 2007/431/CE del Consejo de 7.6.2007²⁰ por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar en interés de la Comunidad Europea el Convenio sobre el trabajo marítimo

Como se indica en su considerando séptimo, «la Comunidad no puede ratificar el Convenio puesto que sólo los Estados pueden ser Partes del mismo». «Por consiguiente, el Consejo debe autorizar a los Estados miembros que están obligados por la normativa comunitaria sobre coordinación de regímenes de

¹⁶ Ponente: RODI KRATSA-TSAGAROPOULOU.

¹⁷ Sobre el particular, cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 6.4.2001, sobre la formación y contratación de la gente de mar, COM (2001) 188 final. Igualmente, cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 10.10.2007, sobre la reevaluación de la normativa social con vistas a más y mejores puestos de trabajo en el sector marítimo en la UE, COM (2007) 591 final.

¹⁸ (A6-0019/2007). PE 378.766V02-00. Ponente: MARY LOU McDONALD.

¹⁹ P6_TA (2007)0069.

²⁰ DÔUE L 161/63, de 22.6.2007.

Seguridad Social basada en el artículo 42 del Tratado, a que ratifiquen el Convenio en interés de la Comunidad» (considerando octavo).

El artículo 1 de la Decisión proclama que «se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en las partes que son competencia de la Comunidad, el Convenio sobre trabajo marítimo, de 2006, de la OIT, aprobado el 7.2.2006.»

Pese a los esfuerzos de la UE para impulsar la ratificación del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo, no deja de resultar significativo el hecho de que hasta el primer trimestre del 2009 sólo tres Estados lo habían ratificado; curiosamente ninguno de ellos Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

A. El artículo 42 del Tratado CE como base jurídica de la Decisión del Consejo 2007/431/CE

Con el fin de evitar que la coexistencia de una multiplicidad de regímenes de protección social se convirtiera en un obstáculo insalvable para el ejercicio del derecho a la libre circulación de los trabajadores, el actual artículo 42 del Tratado CE en la versión consolidada de Niza (2000) –antiguo artículo 51 del Tratado CE (1957)– proclama que:

«El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adoptará en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes:

- a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;

- b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

El Consejo se pronunciará por unanimidad durante todo el procedimiento previsto en el artículo 251».

Y es que, como el TJCE reiteradamente ha señalado, «no se garantizaría la libre circulación de los trabajadores si, por el solo ejercicio de dicha libertad, estos tuvieran que perder los derechos de Seguridad Social de los países en los que han trabajado»²¹.

Con el fin de dar cumplimiento al mandato del antiguo artículo 51 del Tratado CE (1957), el Consejo adoptó los Reglamentos 3/58 y 4/58, posteriormente sustituidos por los Reglamentos 1408/71 y 574/72, respectivamente, que regulan la coordinación de los regímenes de Seguridad Social. El ya aprobado Reglamento 883/2004²², cuya entrada en vigor se ha demorado²³, está llamado a introducir importantes reformas en este ámbito.

La coordinación se articula en torno a cuatro pilares fundamentales:

- Unicidad de la legislación aplicable²⁴.

²¹ STJCE de 13.7.1966, -4/66, (Hagenbeek) Rec.; p. 617.

²² Diario Oficial de la Unión Europea de 30.4.2004.

²³ Dispone el artículo 91 del Reglamento 883/2004 que «el presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Será aplicable a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación. El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Del párrafo anterior se infiere, consecuentemente, que mientras no se apruebe el Reglamento de aplicación, seguirá vigente el Reglamento 1408/71.

²⁴ EVA GARRIDO PÉREZ; La Pensión de Jubilación de los Trabajadores Migrantes Españoles. Bomarzo. Albacete. 2005; p. 10: «la regla general va a ser considerar como única legislación aplicable la de aquel Estado miembro en cuyo territorio el sujeto ejerce su actividad por cuenta ajena o por cuenta propia (*lex locis laboris*)».

- Igualdad de tratamiento²⁵.
- Totalización de períodos²⁶.
- Supresión de cláusulas de residencia²⁷.

A través de la coordinación comunitaria de los regímenes nacionales de Seguridad Social se establecen los criterios de conexión entre las diferentes legislaciones nacionales así como de distribución de las cargas entre los distintos regímenes nacionales, sin que los derechos en materia de Seguridad Social de los migrantes se vean afectados por su lugar de empleo o residencia.

Dicho con otras palabras, «la coordinación coloca entre sistemas diferentes por naturaleza el puente jurídico indispensable que va a permitir el paso de un sistema a otro. Esto implica, evidentemente, que los efectos jurídicos creados en virtud de un sistema nacional de Seguridad Social puedan invocarse en

²⁵ Es éste un principio inherente a la idea de coordinación de los regímenes de Seguridad Social que pretenden evitar la discriminación basada en la nacionalidad y superar la confrontación de ordenamientos jurídicos cuando se trate de reclamar prestaciones sometidas a períodos de espera. Cfr. MICHAEL VOIRIN; «Welche Gemeinschaftsmaßnahmen im Hinblick auf 1993». *Internationale Revue für Soziale Sicherheit* nº 1-2/1991; p. 52.

²⁶ Siempre que la concesión de una prestación esté subordinada por el Derecho nacional al cumplimiento de períodos de actividad profesional, empleo o residencia, resulta de capital importancia para los trabajadores migrantes que se arbitren mecanismos que impidan que, por el simple hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación, vean mermados sus derechos en materia de Seguridad Social adquiridos, o en curso de adquisición, bajo la legislación de uno o varios Estados miembros. Cfr. MANUEL ROJAS CASTRO; *Derecho Comunitario Social. Guía de Trabajadores Migrantes*. Comares. Granada. 1993; p. 97: «el cómputo comunitario de los períodos de seguro cubiertos en cualquier Estado de la Comunidad Europea es uno de los principios básicos del Reglamento 1408/71 para todas las prestaciones sociales».

²⁷ CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO; «La Nueva Regulación de las Prestaciones No Contributivas. La Aplicación de Cláusulas de Residencia». *Noticias de la Unión Europea* nº 157/1998; pp. 57-66.

el marco de otro sistema nacional como si se hubieran producido allí»²⁸.

B. Normas particulares aplicables a los trabajadores del mar en los Reglamentos 1408/71²⁹ y 883/84

El principio de unicidad de legislación constituye, como ya se ha expuesto en el epígrafe anterior, uno de los pilares de la coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social, y se encuentra específicamente consagrado en el artículo 13.1 del Reglamento 1408/71, conforme al cual las personas incluidas en su ámbito de aplicación personal «estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro». Principio que reitera el artículo 11.1 del Reglamento 883/84.

Por lo que respecta a la legislación aplicable a los trabajadores del mar, el artículo 13.2.c) del citado Reglamento 1408/71 especifica que «la persona que ejerza su actividad profesional a bordo de un navío que lleve pabellón de un Estado miembro está sujeta a la legislación de este Estado».

Tal y como señala Charro Baena³⁰, «tratándose de trabajadores del mar, la especialidad del medio donde se desarrolla la actividad determina que carezca de sentido elegir la protección del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se encuentre el correspondiente buque. Ante un centro de trabajo móvil se ha intenta-

²⁸ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; *Convergencia de Políticas Sociales*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1993; p. 55.

²⁹ SEAN VAN RAEPENBUSCH; *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en el Derecho Europeo*. Ministerio de Trabajo. Madrid. 1992; p. 333: «antes de la adopción del Reglamento 1408/71 la coordinación de los regímenes de Seguridad Social para marinos se trataba en el Reglamento 47/67 del Consejo».

³⁰ PILAR CHARRO BAENA; «Los Trabajadores Emigrantes y su Protección. Los Convenios Bilaterales y Reglamentos Comunitarios»; en: VV.AA.; *Mar, Trabajo y Seguridad Social*. Laborum. Murcia. 2002; p. 74.

do elegir un punto de conexión que sea estable, optándose por el del pabellón arbolado».

Sin embargo, la regla general contenida en el citado artículo 13.2.c) tiene cuatro excepciones contenidas en el artículo 14 ter del Reglamento 1408/71 que lleva por rúbrica «normas particulares aplicables a los trabajadores del mar»³¹.

1) La primera excepción determina la legislación aplicable a los trabajadores por cuenta ajena destacados por su empresa a un buque con pabellón de otro Estado miembro:

«La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena al servicio de una empresa de la que dependa normalmente, bien sea en el territorio de un Estado miembro o bien a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que está destacada por esta empresa para realizar un trabajo por su cuenta a bordo de un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro seguirá sometida a la legislación del primer Estado miembro en las condiciones previstas en el artículo 14.1.»

2) La segunda excepción contemplada por el artículo 14 ter afecta a los trabajadores por cuenta propia:

«La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia, bien sea en el territorio de un Estado miembro o bien a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro, y que efectúe por su propia cuenta un trabajo a bordo de un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro, seguirá sometida a la legislación del pri-

mer Estado miembro en las condiciones previstas en el artículo 14.1.bis.»

3) La tercera excepción excluye a quienes trabajan ocasionalmente en el mar de regirse por la legislación del país del pabellón del buque:

«La persona que, no ejerciendo habitualmente su actividad profesional en el mar, realiza un trabajo en las aguas territoriales o en un puerto de un Estado miembro, en un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro que se encuentre en esas aguas territoriales o en ese puerto, sin pertenecer a la tripulación de dicho buque, estará sometida a la legislación del primer Estado miembro».

4) El cuarto apartado del artículo 14 ter dispone que:

«La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o persona que tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro, estará sometida a la legislación de este último Estado, si reside en su territorio; la empresa o persona que pague la retribución será considerada como empresario para la aplicación de dicha legislación».

En relación con este apartado 4, Raepenbusch señala que para su aplicación se precisa que «haya coincidencia entre la residencia del trabajador y la sede de la empresa que le remunera (y no que le emplea) en el mismo Estado miembro»³².

Llegados a este punto conviene traer a colación el hecho de que los Reglamentos de

³¹ Respecto al artículo 14 ter, párrafos 1 y 2, ver artículos 11 y 11 bis del Reglamento 574/72. Igualmente, cfr. Decisión nº 126, de 17.10.1985, y la Decisión nº 148 de 25.6.1992, ambas de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Emigrantes.

³² SEAN VAN RAEPENBUSCH; La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en el Derecho Europeo. *Op. cit.*; p. 334.

coordinación de regímenes de Seguridad Social son aplicables no sólo en los 27 Estados miembros de la UE, sino también en los Estados que han ratificado el tratado del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega³³ y Liechtenstein) y también en Suiza.

Igualmente, y en virtud del Reglamento 859/2003, todas las consideraciones expuestas sobre coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social resultan aplicables a los nacionales de Terceros Estados que residan legalmente en el territorio de la UE y se encuentran en una situación en la que no todos los elementos se limitan a un solo Estado miembro³⁴.

Por último, señalar que respecto al Reglamento 883/2004, llamado a sustituir al Reglamento 1408/71, las previsiones relativas a la legislación aplicable a la gente del mar se encuentran contenidas en su artículo 11.4, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Una actividad por cuenta ajena o propia ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará una actividad ejercida en dicho Estado miembro. No obstante, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su domicilio en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado. La empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario a efectos de dicha legislación».

³³ En relación de la aplicación del artículo 14.ter, cuarto apartado, por las instituciones noruegas, cfr. sentencia del Tribunal de la AELC de 14.12.2004, E-3/04 (Athanasios), DOUE C 45 de 23.2.2006, p. 12.

³⁴ Cfr. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO; *Coordenadas de la Protección Social de los Migrantes. El Marco Comunitario, Nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Laborum. Murcia. 2005; pp. 115 y ss.

C. El carácter instrumental de la coordinación para la consecución de la libre circulación de trabajadores

La coordinación de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros nunca se concibió en el Tratado CE como un fin en sí misma, sino que se le atribuyó un carácter «secundario» o «instrumental».

Y es que uno de los grandes objetivos perseguidos por el Tratado CE fue el de contribuir a la extensión de la libre circulación de los trabajadores migrantes en el seno de los Estados en los que resulte de aplicación el Derecho comunitario³⁵.

El derecho a la libre circulación está reconocido en el artículo 39 del Tratado CE en la versión consolidada de Niza (2000), antiguo artículo 48 del Tratado CE (1957). Este derecho es desarrollado por el Reglamento 1612/68, que configura la libre circulación como un derecho fundamental «para los trabajadores y su familia» cuya realización exige la eliminación de los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores.

La consecución de tal finalidad se hubiera visto seriamente comprometida si, como consecuencia de haber estado sometidos a las legislaciones de Seguridad Social de uno o más países, los migrantes vieran disminuidos el importe o duración de las prestaciones sociales a las que hubieran podido tener derecho de no haberse desplazado dentro de la UE.

Que el derecho a la libre circulación de trabajadores se aplica a la gente del mar está fuera de dudas, como lo ha manifestado el TJCE³⁶. A mayor abundamiento, también el

³⁵ Cfr. JAVIER PALMERO ZURDO; «Notas sobre la Libre Circulación de Trabajadores y su Desarrollo» en: CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Coord.); *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*. Laborum. Murcia. 2001; pp. 251-275.

³⁶ STJCE de 30.9.2003, -405/01, (Colegio Oficial de la Marina Mercante Española) Rec.; p. I- 10391. En cum-

principio de libre prestación de servicios se aplica en este sector³⁷.

3. EL REFORZAMIENTO DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL TRABAJO MARÍTIMO A NIVEL COMUNITARIO

En su afán por integrar en el Derecho comunitario las reglas del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo, 2006, la Comisión Europea³⁸ consultó a los interlocutores sociales con fundamento en el artículo 138.2 Tratado CE³⁹, sobre la conveniencia de desarrollar el acervo comunitario vigente, adaptándolo, consolidándolo o completándolo en consonancia con el Convenio sobre el trabajo marítimo. En concreto, la Comisión invitaba a los interlocutores sociales a pronunciarse, entre otros aspectos, sobre:

- La oportunidad de lograr que evolucione el acervo comunitario vigente.
- La utilidad de que el Derecho comunitario trascienda las disposiciones del Convenio.
- La pertinencia de conferir carácter obligatorio a la parte no vinculante del Convenio.
- La posible participación de los interlocutores sociales en las negociaciones para llegar a un acuerdo que se aplicaría a través del Consejo, con arreglo al artículo 139 del Tratado.

3.1. El acuerdo entre la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST) relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo

El 29.9.2006, la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte⁴⁰ informaron a la Comisión de su voluntad de entablar negociaciones al amparo del artículo 138.4 del Tratado⁴¹.

plimiento del fallo de esta cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo dictó sentencia el 4.12.2003, anulando el precepto del RD 2062/1999 relativa a la exigencia del requisito de poseer la nacionalidad española respecto de los buques mencionados en su artículo 8.3.

Cfr. igualmente, STJCE de 20.11.2008, -94/08 (Comisión/España) DOUE C 6 de 10.1.2009; p. 9: «el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, del artículo 39 CE, al haber mantenido en su legislación la exigencia de la nacionalidad española para ejercer los empleos de capitán y primer oficial en todos los buques de pabellón español distintos de los buques mercantes de arqueo bruto inferior a 100 toneladas, que transporten carga o menos de 100 pasajeros, que operen exclusivamente entre puertos o puntos situados en zonas en que el Reino de España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción».

Asimismo, cfr. la STJCE de 30.9.2003, -47/02 (Albert Anker) DOUE C 275, DE 15.11.2003; p. 17.

³⁷ Cfr. SSTJCE de 20.2.2001, -205/99 (Analir) Rec.; p. I-1271; y de 6.4.2006, 456/04 (AGIP Petroli SpA) DOUE C 143 de 17.6.2006; p. 15.

³⁸ Comunicación de la Comisión de 15.6.2006, COM (2006) 287 final.

³⁹ El citado precepto establece que la Comisión, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria.

⁴⁰ La ECSA, que es la organización empresarial más importante, representa a las asociaciones nacionales de armadores de todos los Estados miembros. La FST representa ampliamente a los trabajadores del sector. Según la Comisión, tanto la FST como la ECSA cumplen los criterios de representatividad establecidos en la Comunicación «Adaptación y Fomento del Diálogo Social a Escala Comunitaria» de 20.5.1998, COM (1998) 322 final.

⁴¹ «Con ocasión de dicha consulta, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 139. La duración del procedimiento previsto en el presente artículo no podrá exceder de 9 meses, salvo que los interlocutores sociales afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión».

Conforme al artículo 139.1⁴² del Tratado CE, en el ámbito comunitario se faculta a los interlocutores sociales para iniciar un diálogo que conduzca al establecimiento de relaciones convencionales, incluyendo acuerdos. Por su parte, el apartado segundo del mismo precepto prevé la posibilidad de que se apliquen acuerdos celebrados a nivel comunitario, a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una Decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión⁴³.

El 19.5.2008 (primer Día Marítimo Europeo), los interlocutores sociales firmaron el Acuerdo relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006. Su ámbito de aplicación personal lo constituye la gente del mar que se encuentre a bordo de un buque registrado en un Estado miembro o que enarbore el pabellón de un Estado miembro.

Dicho Acuerdo incluye una petición conjunta a la Comisión Europea instándola a la aplicación del citado Acuerdo y su Anexo en base a una Decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión, de conformidad con el artículo 139.2 del Tratado CE. Acuerdo que se aplicará a través de la adopción de una Directiva (artículo 249 del Tratado CE). La propuesta se inscribe en el marco de la Estrategia de Lisboa mejorada, cuya finalidad es impulsar el crecimiento y el empleo.

Este Acuerdo modifica el Acuerdo europeo concluido por la ECSA y la FST sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar suscrito en Bruselas el 30.9.1998, aplicada por la Directiva 1999/63/CE de 21.6.1999⁴⁴

⁴² «El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si estos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos».

⁴³ Ejemplos de Directivas negociadas son la relativa al permiso parental (1996); al trabajo a tiempo parcial (1997); al trabajo de duración determinada (1999) y a la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar (1999).

⁴⁴ Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar.

por lo que se hace necesario modificar dicha Directiva. También incluye una regla complementaria que afecta a la Directiva 94/33/CE, de 22.6.1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

3.1.1. Estructura del Acuerdo entre la ECSA y la ETF relativa al Convenio sobre el trabajo marítimo

Como punto de partida hay que señalar que el Acuerdo regula las condiciones de trabajo, salud y seguridad de los trabajadores del mar, materias incluidas en el ámbito de aplicación material del artículo 137.1 del Tratado CE, por los que en este ámbito el Consejo puede decidir por mayoría cualificada (artículo 139.2 Tratado CE).

En segundo lugar se puede destacar cómo el Acuerdo suscrito entre los interlocutores sociales «calca» las reglas del Convenio OIT con leves diferencias, por lo que la identidad con la parte obligatoria del Convenio es casi absoluta.

El Acuerdo consta de cinco Títulos, que llevan las mismas rúbricas de los cinco Títulos del Convenio OIT, 6 Disposiciones Finales y un Anexo.

– El Título 1 lleva por rúbrica «Requisitos mínimos para trabajar a bordo de un buque». Y contiene tres reglas relativas a edad mínima, certificado médico y formación y cualificaciones, respectivamente.

En cuanto a la edad mínima y los certificados médicos, el Acuerdo se remite a la Directiva 1999/63, que deberá ser modificada de conformidad con el Anexo del Acuerdo.

STJCE de 16.12.2004, -313/03 (Comisión/Italia) DOUE C 57 de 5.3.2005; p. 10: «declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3.1 de la Directiva del Consejo, de 21.6.1999».

Una remarcable diferencia se observa respecto al contenido del Título 1 del Convenio y del Acuerdo: mientras en el Convenio OIT su Título 1 se cierra con la regla 1.4 relativa a la «Contratación y Colocación», este tema no ha sido incluido en el Acuerdo entre los interlocutores sociales. La explicación puede radicar en el hecho, puesto de relieve por el Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales⁴⁵, de que «algunas áreas reguladas por el Convenio no son objeto de una normativa comunitaria específica» y, entre ellas, específicamente se mencionan «contratación y agencias de colocación».

– El Título 2 se titula «Condiciones de Empleo». Lo integran ocho reglas relativas a acuerdos de empleo de la gente de mar; horas de trabajo y de descanso; derecho a vacaciones; repatriación; indemnización de la gente de mar en caso de pérdida del buque o de naufragio; niveles de dotación; y progresión profesional y desarrollo de las aptitudes y oportunidades de empleo de la gente de mar.

También en este Título son frecuentes las remisiones a la Directiva 1999/63, que ha de ser reformada en el sentido del Anexo al Acuerdo.

La diferencia más remarcable entre el Título 2 de la Directiva y el del Convenio radica en que este último contiene una regla 2.2. «Salarios» que no es objeto de regulación en la Directiva, siendo la razón de tal omisión que es ésta una materia que no es de la competencia comunitaria tal y como se infiere del artículo 137.5 del Tratado CE⁴⁶.

– El Título 3 versa sobre «Alojamiento, Instalaciones de Ocio, Alimentación y Servicio de Restauración». Lo componen 2 reglas:

alojamiento e instalaciones de ocio; y alimentación y servicio de fonda.

– El Título 4 está dedicado a la «Protección de la Salud, Atención Médica y Bienestar» y lo integran cuatro reglas: atención médica a bordo de buques y en tierra; responsabilidad del armador; protección de la seguridad y la salud y prevención de accidentes; y acceso a instalaciones de bienestar en tierra.

Sin duda, es en este Título donde se aprecia la más importante divergencia entre el Convenio OIT y el Acuerdo entre los interlocutores sociales: en el Convenio OIT el Título 4 lleva por rúbrica «Protección de la Salud, Atención Médica, Bienestar y Protección Social». Por el contrario, la protección social queda completamente excluida del Acuerdo, que ni la menciona.

Es por eso que la regla 4.5 «Seguridad Social» del Convenio OIT no tiene reflejo en el Acuerdo, ya que en el ámbito de la coordinación comunitaria de regímenes de Seguridad Social la legislación comunitaria reviste forma de Reglamento que ha de ser aprobado y modificado por unanimidad.

– El Título 5 se titula «Cumplimiento y Ejecución» y contiene una única regla sobre procedimiento de tramitación de quejas a bordo.

De los seis apartados que componen la regla 5.1 del Convenio OIT, el Acuerdo entre los interlocutores sociales sólo ha incorporado la 5.1.5 del Convenio, relativo al procedimiento de tramitación de quejas a bordo. El Acuerdo no transcribe tampoco las reglas 5.2 («Responsabilidad del Estado rector del puerto») y 5.3 («Responsabilidad en relación con el suministro de mano de obra») del Convenio OIT.

El Acuerdo, como tal, es evidente que no puede imponer a los Estados miembros ninguna obligación, pero los Estados sí quedarán obligados conforme a la Directiva que aplique el Acuerdo celebrado entre los interlocutores sociales.

⁴⁵ (A6-0019/2007). PE 378.766V02-00. Ponente: MARY LOU McDONALD.

⁴⁶ «Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a la remuneración, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal».

3.2. Directiva del Consejo por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre la Asociación 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/CE⁴⁷

En julio de 2008, la Comisión Europea presentó al Consejo la propuesta de los interlocutores sociales para que a través de una Directiva se incorporara al Derecho comunitario el Acuerdo relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo⁴⁸. A juicio de la Comisión «si se incorporan al Derecho comunitario las disposiciones sobre el trabajo marítimo, 2006, resultará más atractivo para la gente de mar europea trabajar en el sector marítimo, lo que ayudará a crear más y mejores puestos de trabajo y a establecer unas condiciones más equitativas a nivel mundial en interés de todas las partes implicadas».

En la reunión de 5.12.2008 del Comité de Representantes Permanentes se obtuvo un amplio acuerdo sobre la propuesta.

Aunque el artículo 139.2 del Tratado CE no prevé la consulta al Parlamento respecto a las solicitudes realizadas a la Comisión Europea por los interlocutores sociales, en el caso del Acuerdo celebrado entre ECSA y FST la Comisión remitió al Parlamento Europeo la propuesta de Directiva para la aplicación del citado Acuerdo (igual se hizo con el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones).

En su Resolución de 14.1.2009, el Parlamento Europeo expresó su apoyo al Acuerdo

celebrado por los interlocutores sociales, considerando esencial que se definan y apliquen unas normas mínimas de empleo y unas condiciones de salud y seguridad a la gente del mar empleadas o que trabajen. Por todo ello, recomendó que se aprobara la propuesta de la Comisión y pidió a los Estados miembros que ratifiquen sin demora el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006.

Finalmente, la Directiva fue aprobada por el Consejo el 10 de febrero de 2009.

3.2.1. *Ámbito de aplicación personal: trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia*

La Directiva tiene como fundamento el Tratado constitutivo de la CE y en particular su artículo 139.2.

Al respecto, España y Reino Unido alegaron en su momento la insuficiencia de esta base legal. En particular, España hizo constar que «la mejora y la armonización de las condiciones de trabajo en el sector marítimo y el fomento del diálogo social en el ámbito comunitario merecen el apoyo del Gobierno español a la Directiva. No obstante, manifiesta que la introducción de trabajadores autónomos en el ámbito de aplicación de la Directiva debería haber comportado la ampliación de la base jurídica, pues no parece suficiente la remisión a los artículos 137 y 139 del Tratado. Desea expresar que el hecho de que no se especifique qué disposiciones de la Directiva se aplican a los trabajadores autónomos y cuáles no, constituye una mala técnica jurídica que debería evitarse en aras de la certidumbre del sector afectado y de la seguridad jurídica de los Estados miembros en el proceso de incorporación de la norma a sus ordenamientos internos»⁴⁹.

⁴⁷ Bruselas, 10.2.2009.

⁴⁸ Propuesta de Directiva del Consejo presentada por la Comisión. Bruselas 2.7.2008. COM (2008) 422 final.

⁴⁹ Anexo a la Propuesta de Directiva del Consejo de 10.12.2008 (16991/08 ADD2) por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre la Asociación de Armadores de

3.2.2. *Ámbito de aplicación material*

Como ya se ha expuesto, la Directiva del Consejo tiene por objeto la aplicación del Acuerdo relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo celebrado entre la ECSA y la ETF el 19.5.2008, cuyo contenido se incluye en el Anexo de la Directiva.

Dicho Acuerdo se aplica, salvo que expresamente se disponga otra cosa, a todos los buques que se dediquen habitualmente a actividades comerciales, excepto los dedicados a la pesca.

La Directiva introduce reformas de la legislación comunitaria, adaptándola al Convenio sobre el trabajo marítimo. En concreto, contiene un listado de modificaciones al articulado del Anexo de la Directiva 1999/63 del Consejo y, en particular, se modifican sus cláusulas 1,2,6,13, y 16.

Destinatarios de la Directiva son los Estados miembros, obligados en cuanto a los resultados que deben conseguirse, si bien queda a su elección la forma y los medios para alcanzarlos. En cualquier caso, tanto el Acuerdo como la Directiva contienen normas mínimas, que pueden ser mejoradas a nivel de Derecho nacional.

En síntesis, la Directiva «se limita de manera estricta a transponer al Derecho de la UE las normas actualizadas del Convenio sobre el trabajo marítimo»⁵⁰.

3.2.3. *Ámbito de aplicación temporal*

Respetando la voluntad de los interlocutores sociales que decidieron que el Acuerdo entre la ECSA y la ETF entre en vigor al mis-

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; p. 2.

⁵⁰ COM (2008) 422 final.

mo tiempo que el Convenio sobre el trabajo marítimo, el artículo 7 de la Directiva del Consejo para la aplicación del Acuerdo relativo al citado Convenio establece que «la presente Directiva entrará en vigor en la fecha de entrada en vigor del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006».

Con dicha cláusula se pretende que «la entrada en vigor de las normas del Convenio sobre el trabajo marítimo y su transposición en todos los Estados miembros tenga lugar de manera simultánea»⁵¹.

Por otra parte, conforme al artículo 5.1 de la Directiva, sus disposiciones habrán de ser transpuestas a los ordenamientos internos «a más tardar doce meses después de la fecha de entrada en vigor de la misma».

Transcurrirá, consiguientemente, un lapso de tiempo entre la entrada en vigor del Convenio OIT y la transposición a los ordenamientos nacionales de la Directiva.

3.2.4. *«Ventajas» de la aprobación de la Directiva sobre el Acuerdo sobre el trabajo marítimo frente a la simple ratificación del Convenio OIT por los Estados miembros*

Llegados a este punto cabría plantearse qué reporta la aprobación de una Directiva sobre el Acuerdo del trabajo marítimo cuando ya existe un Convenio OIT sobre la misma materia abierto a la ratificación de los Estados miembros.

Algunas de las razones que pueden esgrimirse para justificar tal actuación son las siguientes:

- Aunque la UE aboga a favor de que los Estados miembros ratifiquen el Convenio OIT, pues ello facilitaría notablemente que se cumplieran los requisitos

⁵¹ COM (2008) 422 final.

exigidos por el propio Convenio para entrar en vigor, no puede obligar a los Estados a ratificarlo. Consecuentemente, es posible que no todos los Estados lo hagan, ni tan siquiera puede garantizarse que las ratificaciones que se produzcan coincidan en el tiempo.

- A mayor abundamiento, la posición jerárquica de los convenios OIT en los sistemas de fuentes de los Estados miembros no es coincidente. Por tanto, el Convenio OIT –como fuente de Derecho internacional que es– no garantiza que su contenido vaya a aplicarse de manera uniforme en todos los Estados en los que el Derecho comunitario resulte aplicable.
- Para conseguir una aplicación uniforme de reglas obligatorias contenidas en el Convenio OIT en todos los Estados miembros es preciso que se adopte una norma comunitaria en tal sentido. Por eso puede afirmarse que la Directiva «viene a completar la legislación de los Estados miembros mediante el establecimiento de una norma mínima destinada a mejorar las condiciones de trabajo de la gente de mar. Se trata de un marco que aportará claridad y transparencia a las empresas del sector, propiciará la competencia leal en el mercado interior y contribuirá a erradicar fenómenos como el dumping social» Y, sobre todo, «permitirá que la entrada en vigor de las normas del Convenio sobre el trabajo marítimo y su transposición en todos los Estados miembros tengan lugar de manera simultánea»⁵².
- Consecuencia de lo anterior es que la no ratificación del Convenio OIT por uno o varios Estados miembros no impedirá que hayan de asumir las reglas derivadas del Convenio que se

contengan en la normativa comunitaria. De esta manera, gracias a la Directiva, el Acuerdo sobre el trabajo marítimo suscrito por los interlocutores sociales se verá «investido de una capacidad específica de aplicación en el marco del Derecho de la UE»⁵³, incorporándose reglas del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo al Derecho comunitario.

Dicho todo lo cual, también se ha de dejar constancia de una posible «desventaja»: al subordinarse la entrada en vigor de la Directiva a la entrada en vigor del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo, se está indirectamente permitiendo que los Estados miembros puedan paralizar la transposición de la Directiva simplemente no ratificando el Convenio OIT. Es decir, que el hecho de haberse aprobado la Directiva podría desincentivar la ratificación del Convenio.

4. NORMATIVIDAD DE «GEOMETRÍA VARIABLE»⁵⁴ DEL CONVENIO OIT SOBRE EL TRABAJO MARÍTIMO

Se recurre al término de normatividad de «geometría variable» para describir los diversos niveles y grados de vinculación que puede alcanzar a nivel de Derecho interno el contenido del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo que coincide, salvo aspectos puntuales,

⁵³ COM (2008) 422, p. 9.

⁵⁴ El término «geometría variable» ya ha sido utilizado en otros sectores del ordenamiento jurídico; cfr. DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ «Unilateralismo y Multilateralismo como Conceptos de Geometría Variable en la Sociedad Internacional Poscontemporánea». Revista Electrónica de Estudios Internacionales. 2008; . org.; p. 1.

En el ámbito de la UE también se utiliza el término «Europa de geometría variable» en alusión al método de «integración diferenciada que reconoce la existencia de diferencias irremediables en la estructura de integración permitiendo una separación permanente entre un grupo de Estados miembros y unidades de integración menos desarrolladas».

⁵² COM (2008) 422, p. 8.

con el contenido de la Directiva comunitaria sobre el Acuerdo del trabajo marítimo.

Estos son los posibles escenarios jurídicos que podrían plantearse:

- Que el Convenio sea ratificado por el Estado, con lo cual el mismo se incorporará al ordenamiento interno, bien directamente (sistemas monistas), bien mediante un acto de transposición (sistemas dualistas).
- Que el Convenio haya sido ratificado y la Directiva transpuesta.
- Que el Convenio no haya sido ratificado por el Estado pero se transponga en plazo la Directiva sobre el Acuerdo del trabajo marítimo.
- Que el Estado no haya ratificado el Convenio y haya incumplido su obligación de transponer la Directiva en plazo.

A su vez, según la actitud que adopten los Estados miembros, se pueden suscitar las siguientes cuestiones:

- 1) En caso de ratificación del Convenio OIT, hay que abordar la cuestión de su ubicación en el sistema de fuentes nacionales y la relación con el Derecho comunitario, adelantando la solución de que en tal supuesto se aplica el principio de primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos internos.
- 2) En el supuesto de incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones asumidas a nivel de Derecho internacional, ni el TJCE ni ningún otro tribunal internacional serían competentes para conocer de tal incumplimiento. Es decir, que la mera ratificación del Convenio OIT no garantiza su aplicación a nivel interno.
- 3) Una vez aprobada la Directiva comunitaria, mientras no se agote el plazo

para su transposición, no podrá ser invocada ante los tribunales nacionales ni tampoco ninguna demanda puede plantearse contra el Estado ante el TJCE.

- 4) Finalizado el plazo de transposición de la Directiva sin haber sido transpuesta al ordenamiento nacional, el Estado incumplidor podrá ser demandado ante el TJCE y, a nivel de Derecho interno, los particulares podrán invocar el contenido de la Directiva frente al Estado (eficacia vertical de la Directiva).

4.1. Primacía del Derecho comunitario sobre el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo

La relación existente entre el Derecho Internacional Público y el Derecho comunitario europeo «no está exenta de complicaciones motivadas en gran medida por la compleja estructura institucional de la UE, de una parte, y por tener el Derecho comunitario europeo rasgos característicos resultantes de su estrecha relación con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de otro»⁵⁵.

Aunque el principio de la primacía estaba implícito en la mente de los fundadores de las Comunidades Europeas (Declaración de Robert Schuman de 9.5.1950) no aparece expresamente consagrado en los Tratados fundacionales, de ahí que la elaboración de tal principio haya corrido principalmente a cargo de la doctrina y de la jurisprudencia del TJCE⁵⁶, que reiteradamente ha defendido

⁵⁵ JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ; «El Derecho Internacional, el Derecho Comunitario Europeo y el Proyecto de Constitución Europea». Op. cit.; p. 1.

⁵⁶ Entre las más conocidas se encuentra la STJCE de 15.7.1964, -6/64, (Costa/Enel) Rec.; p. 1141. En el mismo sentido, las sentencias del TJCE de 13.2.1969, -14/68, (Wilhem) Rec.; p. 15; de 17.12.1970, -11/70, (Internationale Handelsgesellschaft) Rec.; p. 1125; de

do que la transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad Europea limitó de manera definitiva sus derechos soberanos.

Es decir, que en el ámbito material de competencias transferidas a las instituciones comunitarias prima (*ratione materiae*) el Derecho comunitario sobre cualquier otro Derecho interno o internacionalizado de los Estados miembros.

El principio de la primacía que se predica tanto del Derecho originario como derivado frente a todo el Derecho nacional cualquiera que sea su rango⁵⁷, se fundamenta, por tanto, en el carácter obligatorio del Derecho comunitario, en la exigencia del buen funcionamiento de la Comunidad y en el principio de autonomía o de atribución de competencias que los Estados miembros han cedido a la Comunidad.

Por lo que a España se refiere, hay que señalar que, como no podía ser de otra manera, la aplicación preferente de una norma comunitaria sobre una norma legal nacional ha sido reconocida por nuestros tribunales⁵⁸, e, incluso, por el Tribunal Constitucional⁵⁹.

17.6.1972, -93/71, (Leonesio) Rec.; p. 297; de 10.11.1973, -34/73, (Variola) Rec.; p. 981; de 9.3.1978, -106/77, (Simmenthal) Rec.; p. 629; y de 19.6.1990, -213/89, (Factortame) Rec.; p. I-2475, entre otras muchas.

⁵⁷ Entre otras, sentencias del TJCE de 15.12.1971, asuntos acumulados -51/71 a 61/71, (International Fruit Company) Rec.; p. 1116; de 21.6.1979, -240/78, (Atalanta Amsterdam) Rec., p. 2198; y de 5.5.1970, -77/69, (Comisión/Bélgica) Rec.; p. 244.

⁵⁸ A título ilustrativo puede ser traída a colación la STS de 24.4.1990 (RJ.2747) en la que se afirma que la primacía de «Reglamentos y Directivas comunitarias no podrá ser discutida desde el momento de la adhesión a los Tratados fundacionales».

⁵⁹ STC 28/1991, de 14.2.1991 (FJ. 6º): «la primacía del Derecho comunitario europeo exige que sean sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho».

4.1.1. *La incorporación de los Convenio OIT al ordenamiento español: el artículo 96 de la Constitución*

Puesto que el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo no puede ser ratificado por la Comisión Europea sino por los Estados miembros, se incorporará a los ordenamientos internos nacionales con el rango y efectos que estos prevean.

En todo caso, dada la específica naturaleza original del Derecho comunitario no podría oponérsele a éste por vía judicial ninguna norma de Derecho interno, incluyendo convenios internacionales ratificados con posterioridad a la incorporación del Estado a la UE—pues lo contrario pondría en tela de juicio el propio fundamento jurídico sobre el que se erige la Comunidad. Es más, ya se ha dado el caso de que la Comisión pida expresamente a los Estados miembros la denuncia de un Convenio de la OIT por ser incompatible con el Derecho comunitario⁶⁰.

En relación con el caso de España⁶¹—que a la fecha de redacción de este artículo no ha ratificado aún el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo— el artículo 96 de la Constitución establece que:

«1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma

⁶⁰ Cfr. STJCE de 2.8.1993, -158/91, (Levy) Rec.; p. I-4287, que resuelve la cuestión prejudicial sobre la compatibilidad entre la Directiva 76/207/CEE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y el Convenio nº 89 OIT relativo al trabajo nocturno de las mujeres en la industria.

⁶¹ Cfr. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO y ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT; «The Impact of Social Security Conventions: Spain» en: Frans Pennings (Ed.); BETWEEN SOFT and HARD LAW. The Impact of International Social Security Standards on National Social Security. Kluwer Law International. The Netherlands. 2006; pp. 69-84.

prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los Tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.»

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha matizado que «ningún Tratado internacional recibe del artículo 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas» (STC 28/1991, de 14.2.1991).

Y, concretamente, por lo que se refiere al artículo 96.2 CE, este precepto «se limita a reconocer la primacía de la norma jurídico-internacional convencional sobre la norma interna» (STC 11/1985), «sustrayendo al legislador interno toda competencia para derogar, modificar o suspender los Tratados regularmente introducidos en el ordenamiento interno» (ATC 740/1984).

4.2. Trasposición de una Directiva a través de la ratificación de un Convenio Internacional

Es bien sabido que las Directivas sólo obligan al Estado miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios.

Por eso, a título meramente hipotético, cabría plantearse si un Estado miembro que no hubiera ratificado el Convenio OIT antes de que la Directiva sobre el Acuerdo del trabajo marítimo entre en vigor podría transponer válidamente dicha Directiva ratificando, precisamente, el Convenio OIT sobre el trabajo marítimo.

A priori, no cabría dar una respuesta negativa a un supuesto como el planteado por cuanto que, como se refleja en la STJCE de 3.7.2001⁶², «la Comisión señala que no queda excluido que la adaptación de una Directiva tome la forma de la ratificación de un Convenio internacional cuando sus disposiciones sean idénticas a las de la Directiva de que se trate. En ese caso, sería necesario que la ratificación y el Convenio se publicasen de tal manera que concurriesen los requisitos de claridad y de certeza de las situaciones jurídicas».

4.3. El efecto directo vertical de las Directivas Comunitarias no transpuestas

La noción de efecto directo, que resulta ser más restringida que la de «primacía del Derecho comunitario», alude a la cualidad de las normas comunitarias de generar en determinadas condiciones, derechos y obligaciones que los particulares pueden invocar ante los respectivos tribunales nacionales, que tienen obligación de aplicarlas⁶³.

Ello es una consecuencia del hecho de que los sujetos del Derecho comunitario sean tanto los Estados miembros como sus ciudadanos; de ahí que el TJCE haya reconocido efecto directo a aquellas normas comunitarias que sean «self-executing», esto es: completas y jurídicamente perfectas, sin que entre la norma y su aplicación exista poder discrecional alguno de carácter político.

Cuando se alude al efecto directo vertical de las Directivas, se quiere hacer referencia al hecho de que los particulares pueden invocar el contenido de la Directiva frente al Estado incumplidor (no entre particulares).

A pesar de la fuerte oposición que, sobre todo Francia y Alemania han mostrado, el

⁶² STJCE de 3.7.2001, -297/00 (Comisión/Luxemburgo) DOUE C 245 de 1.9.2001; p. 1.

⁶³ STJCE de 5.2.1963, -26/62, (Van Gend & Loos) Rec.; p. 3.

TJCE reconoce el efecto directo vertical a las obligaciones incondicionales y suficientemente precisas de las Directivas cuando el Estado se abstenga de adaptarlas a su Derecho interno en el plazo establecido, o cuando haya realizado una adaptación incorrecta⁶⁴.

Pero, incluso cuando la Directiva no contiene una cláusula explícita de «stand still» su notificación engendra un «efecto de bloqueo» entendido como interdicción de que los Estados promulguen medidas contrarias a sus disposiciones. Es, pues, evidente que por el simple hecho de haber sido dictada, la Directiva obliga a los Estados miembros a abstenerse de introducir nuevas medidas que pudieran acentuar las disparidades entre los Estados miembros.

Además, el TJCE defiende la necesidad de que los Estados miembros que una vez transcurrido el plazo para la transposición de la Directiva al Derecho interno no hubiesen satisfactoriamente cumplido sus compromisos comunitarios, no resulten beneficiados por su propio incumplimiento; pero sin que por ello el Estado quedase dispensado de su obligación de adoptar las medidas internas necesarias que aseguren el pleno cumplimiento de la Directiva⁶⁵.

En otro orden de ideas, y por lo que respecta a qué se entienda por Estado a estos efectos, es preciso efectuar algunas matizaciones, ya que las disposiciones de una Directiva pueden ser invocadas:

- No sólo ante una administración centralizada del Estado, como por ejemplo la administración fiscal, sino también ante las colectividades territoriales (administraciones municipales)⁶⁶.

- Contra las autoridades del Estado encargadas del mantenimiento del orden y la seguridad públicos que actúen en calidad de empleador⁶⁷.

- Contra un organismo, cualquiera que sea su forma jurídica, al que ha sido encomendado en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables entre particulares⁶⁸.

- Contra empresas nacionalizadas⁶⁹.

- A estos efectos resulta intrascendente que el Estado actúe en calidad de empresario privado y no como autoridad pública⁷⁰.

El criterio extensivo del TJCE abarca no sólo a lo que haya de entenderse a estos efectos por «Estado destinatario», sino también por lo que se refiere al concepto de «particular». Llegándose a considerar «asimilado a los particulares» a un ayuntamiento que pretendía invocar el efecto directo de una Directiva frente a la Administración central⁷¹ e incluso a la mismísima Comunidad Económica del Carbón y el Acero⁷².

⁶⁴ Entre otras, SSTJCE de 26.2.1986, -152/84, (Federatie Nederlandse Vakbeweging) Rec.; p. 723; de 23.2.1994, -236/92, (Comitato di coordinamento per la difesa della cava) Rec.; p. 497; y de 15.12.1994, -94/94, (Comisión/España) Rec.; p. I-5780.

⁶⁵ Entre otras pueden verse las SSTJCE de 4.12.1974, -41/74, (Van Duyn) Rec.; p. 1337; de 5.4.1979, -148/78, (Ratti) Rec.; p. 1629; de 6.5.1980, -102/79, (Comisión/Bélgica) Rec.; p. 1473; de 19.1.1982, -8/81, (Becker) Rec.; p. 53; de 1.3.1983, -300/81, (Comisión/Italia) Rec.; p. 456; y de 1.3.1983, -301/81, (Comisión/Bélgica) Rec.; p. 473; de 13.11.1990, -106/89, (Marleasing) Rec.; p. I-4135.

⁶⁶ STJCE de 22.6.1989, -103/88, (Costanzo) Rec.; p. 1839.

⁶⁷ STJCE de 15.5.1986, -222/84, (Johnston) Rec.; 1986, p. 1615.

⁶⁸ STJCE. de 12.7.1990, -188/89, (Foster) Rec.; p. I-3313.

⁶⁹ STJCE. de 22.6.1989, -103/88, (Constanzo) Rec.; p. 1622.

⁷⁰ STJCE de 26.2.1986, -152/84, (Marshall) Rec.; p. 723.

⁷¹ STJCE de 17.10.1989, asuntos acumulados -231/87 y 129/88, (Comune di Carpaneto) Rec.; p. 3233.

⁷² STJCE de 22.2.1990, -221/88, (Bussen) Rec.; p. I-495.

RESUMEN Para la UE reviste especial importancia la consecución de una situación de igualdad de condiciones de competencia en el sector marítimo, dado su relevante papel en la economía mundial. Es por eso que la Comisión Europea ha desempeñado un destacado papel en la aprobación en 2006 del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo. Dicho Convenio OIT regula, entre otras, una materia que es competencia exclusiva comunitaria: la coordinación de regímenes de Seguridad. Ello hizo preciso que el Consejo tuviera que autorizar a los Estados miembros de la UE a ratificar dicho Convenio OIT a través de la Decisión 2007/431/CE del Consejo de 7.6.2007.

La UE, asimismo, ha impulsado el reforzamiento de las normas que regulan el trabajo marítimo a nivel comunitario, lo que ha cristalizado en la Directiva del Consejo por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte relativo al convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE.

Tras contrastar el contenido de la Directiva y con el del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo la conclusión que fácilmente se alcanza es el estrecho paralelismo, por no decir identidad, entre ambos textos. No obstante, hay también significativas diferencias por cuanto algunas materias quedan excluidas del ámbito material de la Directiva por no ser de competencia comunitaria (salarios) o por ser materias que no pueden ser objeto de regulación a través de acuerdos entre los interlocutores sociales (coordinación de regímenes de Seguridad Social).

La co-existencia del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo y esta Directiva provocará que asistamos a la incorporación del Convenio OIT a los ordenamientos nacionales como fuente de Derecho internacional. Pero, cuando la Directiva entre en vigor y sea transpuesta, la mayor parte de las reglas obligatorias del citado Convenio OIT se habrán incorporado a los ordenamientos nacionales como fuente de Derecho comunitario.

Es por ello que de las reglas del Convenio OIT sobre el trabajo marítimo se puede predicar su «normatividad de geometría variable».