

HACIA LA BÚSQUEDA DE UN CRITERIO PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE EN EL TRABAJO MARÍTIMO: LA RESPONSABILIDAD DEL ARMADOR ANTE EL REGLAMENTO 883/2004

TOWARDS A CRITERION FOR STATE THE APPLICABLE LAW ON MARITIME LABOUR: THE LIABILITY OF THE SHIPOWNER TO REGULATIONS 883/2004

Francisca Bernal Santamaría
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

RESUMEN

Las relaciones laborales marítimas se singularizan por caracteres que han propiciado la necesidad de formular instrumentos que tutelen los derechos de la gente de mar. Entre las singularidades más destacadas está el centro de trabajo: el buque. Su casuística para navegar por las aguas de diversos Estados ha dificultado localizar un punto de conexión que determine la ley aplicable. Ello es vértice para conocer quién debe garantizar la protección social del trabajador, y a su vez, es el instrumento para concretar las obligaciones del armador. Uno de los principios que caracterizan la Seguridad Social es el criterio de la territorialidad. Este criterio es complejo de trasladar a las relaciones laborales marítimas por varios factores, entre ellos: porque el buque no es una extensión del territorio del Estado donde el armador matricula a aquel. El principio de territorialidad, de forma tradicional se ha trasladado a las relaciones laborales con el criterio de la ley del Estado de bandera que da nacionalidad a la nave.

PALABRAS CLAVES: Reglamento comunitario, armador, protección social, ley aplicable, bandera de conveniencia.

ABSTRACT

The Maritime Labour relations are characterized by characters that have led to the need to develop instruments, which regulate the rights of seafarers. Among the most prominent singularities is the centre of work: the vessel. Their case series for navigating the waters of various States has made it difficult to locate a connection point to determine the applicable law. This is key point to know who should guarantee the social protection of the worker, and it is the instrument to concretize the liability of the ship-owner. One of the principles that characterize social security is the criterion of territoriality. This criterion is complex to move the maritime labour relations by several factors: the vessel is not an extension of the territory of the State where the ship-owner has registered it. The principle of territoriality, in the traditional form, has been transferred to the labour relations with the criterion of the law of the flag State which gives nationality to the vessel.

KEY WORDS: EU Regulation, ship-owner, social protection, applicable law, flag of convenience.

SUMARIO

I. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: PECULIARIDADES DE LA INDUSTRIA MARÍTIMA EN EL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL 883/2004

A. EL REGLAMENTO 883/2004: FINALIDAD, OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS

B. EL REGLAMENTO 883/2004: LA LEY APLICABLE A LAS RELACIONES LABORALES MARÍTIMAS COMO MECANISMO PARA CONOCER LA RESPONSABILIDAD DEL ARMADOR

II. LA CUESTIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS RELACIONES LABORALES MARÍTIMAS: EL DESAFÍO DEL TJUE

III. CONCLUSIONES

I. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: PECULIARIDADES DE LA INDUSTRIA MARÍTIMA EN EL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL 883/2004

Los trabajadores del mar son sinónimo de movilidad y de emigración por una serie de cuestiones que iremos relatando a lo largo de este trabajo. Un factor importante en este aspecto es que la gente de mar a lo largo de su trayectoria laboral emigra para trabajar a bordo de buques de diferentes nacionalidades. Es muy común que el marino embarque en un buque que ostente una nacionalidad diferente a la del propio buque y a la del propio empresario; de este modo se dibuja un escenario en el que la nacionalidad de los actores que intervienen son sinónimo de globalización¹. Otro aspecto fundamental es que con la globalización se constata el afianzamiento de los registros abiertos (Flagging-Out), que supone un fuerte impacto sobre los derechos de los trabajadores del mar. Este hecho provoca una serie de problemas que traspasan las fronteras nacionales. Uno de los problemas que se plantean cuando el trabajador emigra es el relacionado con las sucesivas legislaciones que le pueden ser aplicables a las relaciones laborales del trabajador del mar. Ante esta particularidad, es interesante conocer la protección social que se dispensa en la Seguridad Social en el plano comunitario, atendiendo a las peculiaridades en lo que respecta a la industria marítima.

El modelo comunitario de Seguridad Social no responde a un esquema homogéneo y uniforme; todo lo contrario cada Estado ha diseñado su propio sistema, por lo que se ha dibujado un panorama heterogéneo en el que conviven una amalgama de sistemas. Actualmente están configurados y financiados por múltiples elementos que divergen unos de otros: sistemas contributivos y/o no contributivos, sostenidos por cotizaciones o a través de impuestos, con base en periodos de residencia o de seguro, protección profesional y/o común, de reparto o de capitalización, por ejemplo. En este contexto, la armonización se plantea como un camino largo, y en el ámbito de la Seguridad Social es prácticamente irrealizable. Sin embargo, este terreno que se presenta árido y conflictivo, se torna más sencillo cuando se plantea no ya la armonización, sino la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el plano comunitario. Aún así, hay algunos autores que prefieren emplear una nueva terminología, la denominada como articulación de sistemas de Seguridad Social².

Cuando hablamos de Seguridad Social tenemos que hacer referencia a uno de los principios que la presiden: la territorialidad. A partir del cuál en cada Estado se aplicaría a los nacionales y a los extranjeros el ordenamiento jurídico interno en tanto que residan en su país. Pues bien, en un principio los Estados están sometidos al principio de territorialidad para otorgar las prestaciones de Seguridad Social³.

¹Es usual que un buque se construya en un astillero asiático, se registre bajo bandera de una isla caribeña, se asegure en el Reino Unido, y se flete a un agente danés que contrata a oficiales ucranianos y marineros filipinos con la intermediación de una agencia de colocación establecida en Chipre. Además, que transporte productos fabricados en Alemania que tenga destino cualquier lugar del mundo, y realizar la operación en un puerto español pero dentro de una terminal concesionada a un operador coreano.

²Término empleado por Miranda Boto, JM.; “El Estadío Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria” en: VV.AA.: El Reglamento Comunitario. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas. Laborum. Murcia. 2008, p. 26-28.

Si nos remitimos al caso español, la Ley General de Seguridad Social (LGSS)⁴, en su artículo 7 aboga por extender el campo de aplicación y entiende que estarán comprendidos en el sistema para el brazo contributivo de la ley, aquellos españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en los apartados que lista el precepto. Por tanto, la LGSS equipara a nacionales españoles y extranjeros siempre que cumplan de forma simultánea dos requisitos: profesionalidad y territorialidad. En definitiva, lo que nos interesa ahora es subrayar que el ordenamiento español exige que para ser un sujeto protegido y tutelado por el sistema, se deba trabajar en territorio español.

La cuestión es conocer la aplicabilidad de este principio cuando lo trasladamos a la industria marítima. Pues muy a pesar de lo que se pueda mantener, el buque no es una extensión del territorio del Estado donde el armador decide matricular a aquel. Por tanto, como las relaciones laborales marítimas no se desarrollan en un territorio, sino en un buque, se presenta un problema esencial en esta disciplina: la de determinar la ley aplicable a las relaciones jurídicas que se desarrollan a bordo del buque.

En este momento cabe acudir al instrumento que actualmente regula la protección social de la gente de mar, la Ley 47/2015⁵. En su artículo 2 y en su artículo 7 extiende el campo de aplicación a quienes cumplan los requisitos del artículo 7 de la LGSS. De esta lectura, podemos concluir que, en un principio, la Ley 47/2015 mantiene el principio de territorialidad.

Sin embargo, acto seguido en el mismo artículo 2 prevé una excepción y remite al artículo 6 que bajo la rúbrica “Excepción al principio de territorialidad” concibe incluidos a los trabajadores residentes en territorio español que ejerzan una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado Miembro de la Unión Europea o pabellón de un Estado con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad social en el que se recoja la excepción al principio de territorialidad, sean remuneradas por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en España⁶. Pues bien, el legislador plantea la necesidad de definir y poner en marcha programas específicos para este sector dentro de un marco protector diferenciado. El fundamento de estas medidas se basa en la extraterritorialidad del trabajo marítimo, las singulares notas ya apuntadas y el carácter específico e integral de este sector.

Del análisis de lo expuesto, se entiende que la Ley 47/2015 mantiene el principio de la ley de pabellón, si bien prevé una excepción vinculada a la empresa o persona que

³Si bien, amplían el ámbito subjetivo de protección para incluir a los trabajadores que migran a través de Convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social.

⁴Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, publicada en BOE 31 octubre 2015, núm. 261.

⁵Ley de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, que ha sido publicada en el BOE 22 octubre 2015, núm. 253.

⁶Otra excepción recogida en el artículo 6.2 “También estarán comprendidas en este Régimen Especial las personas trabajadoras residentes en territorio español que trabajen en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el registro oficial, sin perjuicio de lo que pueda resultar de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España”.

cumpla con los dos requisitos de rigor: sede o establecimiento en el territorio y remuneración al trabajador que resida en el mismo territorio.

Respecto a lo planteado es muy importante tener en cuenta que cuando pretendemos aplicar el principio de territorialidad a las relaciones laborales marítimas se materializan determinados dificultades que iremos esbozando a lo largo de estas líneas. En este apunte la mayor dificultad viene dada por la propia movilidad del buque como centro de trabajo, que siendo móvil e itinerante, está concebido para navegar. Es muy común que los buques naveguen por las aguas jurisdiccionales de muy diversos Estados. Estos elementos dificultan la aplicación de las normas laborales y sociales; a la par, son el punto de confluencia de diversas leyes⁷.

Por otro lado, ya hemos anotado que el buque no es una extensión del territorio per se, pero sin embargo, es interesante atender a un aspecto singular de esta industria: que la bandera de la nación que enarbole el buque tendrá su trascendencia en las relaciones laborales. A tenor de esta singularidad, podemos determinar que la industria marítima se caracteriza por su extraterritorialidad al aplicarse, de forma tradicional, la conocida como ley de bandera.

De este modo ya podemos concluir que el criterio de la territorialidad no es absoluto, pues se flexibiliza o cuestiona en determinados supuestos como en el planteado para la industria marítima. Así, y en un principio, se da la singularidad de que los trabajadores del mar son sujetos protegidos por el ordenamiento jurídico del Estado que da la nacionalidad al buque⁸.

Ahora bien, el problema se plantea cuando el Estado que otorga la nacionalidad a la nave, carece de un mínimo de protección legal, estando muy alejados del prisma protector característico del sistema occidental. En los siguientes apartados de nuestro estudio conoceremos los problemas que plantean las conocidas como banderas de conveniencia (BdC) cuando mantenemos como criterio aplicable la ley de bandera en un contexto de globalización económica. Por otro lado, analizaremos las previsiones que contempla el Reglamento 883/2004 al respecto de la industria marítima⁹. Por último, haremos referencia al impulso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que de forma reciente ha abierto un debate sobre la oportunidad de plantear y de cuestionar la hegemonía del principio de la ley de pabellón.

A. EL REGLAMENTO 883/2004: FINALIDAD, OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS

Se afirma que la industria marítima es el paradigma de la globalización y el pilar del capitalismo, pues como ya hemos anotado, es un negocio en el que actúan sujetos de una multiplicidad de países. La diversidad de actores que operan en el transporte de

⁷En mayor profundidad, léase Carril Vázquez, XM.; "Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia". Revista española de Derecho del Trabajo, 108/2001, BIB/2001/1741.

⁸Esta singularidad de la industria marítima proviene del acto de registro en sí. El registro es un acto administrativo por el que un buque adquiere la nacionalidad del Estado donde el armador lo matricula. Así, el buque forma parte del Estado y se aplica a los trabajadores la legislación laboral y de seguridad social de su nacionalidad. Así, lo prevé el artículo 91 de la Convención de las Naciones Unidas del Derecho en el Mar de 1982 (CNUDM) y el propio Código Civil Español en su artículo 10.2.

⁹Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, modificado por el Reglamento 988/2009, de 16 de septiembre.

mercancías por el globo terráqueo pone de manifiesto la imperiosa necesidad de prever instrumentos legislativos de carácter supranacional para proteger y tutelar los derechos del trabajador del mar.

En lo que respecta a la Seguridad Social esta necesidad es crucial para garantizar la libre circulación de los trabajadores por los territorios de la Comunidad Europea; siendo esta la piedra angular sobre la que se sustentó el proyecto comunitario. Pues bien, la movilidad y la libre circulación de trabajadores conlleva a que existan divergencias entre los derechos de los trabajadores que se desplazan dentro del marco comunitario. Es por ello que en justificación de la igualdad de trato y en garantía de la libre circulación de trabajadores se crean instrumentos para coordinar las legislaciones nacionales aplicables y para evitar las complicaciones que se derivan de esta confluencia. A esta finalidad responde el Reglamento 338/2004, que se plantea como un instrumento jurídico en torno a cuatro fundamentos básicos: la unicidad de la legislación aplicable, la igualdad de trato, la totalización de períodos y la supresión de las cláusulas de residencia.

Al hilo de las oportunidades que planteó el Reglamento comunitario tendríamos que destacar que el instrumento predecesor, el Reglamento 1408/71 fue objeto de numerosas reformas auspiciadas por los cambios y las modificaciones legislativas necesarias para atender a la evaluación y a las necesidades que demandaba la política social europea, la propia evolución de las legislaciones nacionales y a la propia jurisprudencia del TJUE¹⁰.

Siendo así, el Reglamento 1408/71 se tornó en un texto indescifrable y confuso, que tras tantas modificaciones, solo estaba al alcance de la mirada de expertos en la materia, muy lejos pues de las necesidades de los ciudadanos. Dado el carácter complejo y oscuro en el que se convirtió el Reglamento, dejó de responder al objetivo por el que fue creado: ser un instrumento de política social comunitaria que ofreciera una protección adecuada a los trabajadores móviles.

Ante esta vicisitud se formuló el Reglamento 883/2004 como una oportunidad encuadrada en el deseo de dotar a la política social comunitaria de un marco de transparencia, de simplificación y de modernización¹¹, en el que los ciudadanos no vieran perjudicados sus derechos por el hecho de ejercer la libertad de circulación. En definitiva, el reto del Reglamento comunitario es ser un instrumento de tutela de los trabajadores migrantes, ideado para que los Estados miembros cooperaran. Esta cooperación se ordenó bajo un objeto: configurarse como una estructura que trabaje al unísono para garantizar la igualdad de trato entre los nacionales de la Unión Europea.

¹⁰Reglamento 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social; que fue sustituido por el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y que es aplicable desde el 1 de mayo de 2010. Por tanto, desde esta fecha el Reglamento 1408/71 está derogado, pero se mantienen para los asuntos ocurridos en el pasado. Durante las décadas que estuvo en vigor el Reglamento 1408/71, hay que matizar que más del 20% de las sentencias del Tribunal Europeo correspondían a casos sobre éste y desde 1977 se adoptaron más de 20 Reglamentos que viviendo a modificar el Reglamento original. El Reglamento 1408/71 se derogó el día 1 de mayo de 2010 con la entrada en vigor del Reglamento 883/2004.

¹¹La modernización se traduciría en la creación una Comisión administrativa compuesta por los representantes de los Gobiernos de cada Estado, y asistida por otra Comisión técnica. El objetivo es cooperar y compartir la información y el tratamiento de datos. La regulación de sus funciones se desarrolla en los artículos 73 a 78 del Reglamento Comunitario.

Esta garantía tendrá como fundamento el mantenimiento de los derechos y de las ventajas que los nacionales hayan adquirido o estén en curso de adquisición.

En definitiva, el fenómeno de la emigración ha marcado un reto para la Seguridad Social, pues ésta a pesar de ser por definición nacional y territorial, ha traspasado las fronteras, sobre todo en determinadas industrias que son sinónimo de movilidad.

Siendo así, los países han optado por aunar esfuerzos y superar el marco nacional para reconocer derechos a los trabajadores migrantes. Este reconocimiento de derechos debe formularse con intensidad en determinados sectores. Así, si nos situamos en la industria marítima, la migración es consustancial, por lo que será esencial contar con una adecuada política legislativa supranacional de cara a dilucidar la diferente problemática que suscita el continuo trasiego de contrataciones de trabajadores del mar. La finalidad de los instrumentos supranacionales se orienta en la necesidad de proteger los derechos de los marinos que pueden verse afectados por la confluencia de legislaciones. En este punto cabe recordar que es común que el marino resida en varios estados a lo largo de su trayectoria laboral y preste servicios en diferentes empresas ubicadas en varios territorios, en buques que navegan bajo BdC de terceros Estados. En este horizonte, se conectan los territorios de los Estados, dentro y fuera del espacio comunitario, por lo que es capital arbitrar mecanismos de coordinación en materia de Seguridad Social. De otra manera, se torpedearía la movilidad de trabajadores, pues la Seguridad Social se convertiría en un impedimento a ésta.

Al hilo del argumento aportado nos interesa acudir al estudio del Reglamento 883/2004, como instrumentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social a nivel comunitario. El objeto que nos marcamos es determinar si arbitra algún tipo de singularidad respecto a la ley aplicable a las relaciones laborales marítimas. Ello nos permitirá conocer la dificultad en el planteamiento de la legislación aplicable a la gente de mar que se enrola a bordo de buques. La ley aplicable a las relaciones jurídicas es fundamental para delimitar las obligaciones del armador.

B. EL REGLAMENTO 883/2004: LA LEY APLICABLE A LAS RELACIONES LABORALES MARÍTIMAS COMO MECANISMO PARA CONOCER LA RESPONSABILIDAD DEL ARMADOR

Ya apuntamos en líneas anteriores que en la industria marítima se caracteriza por la propia movilidad del buque y de la gente de mar empleada a bordo; además son protagonistas en esta industria empresarios de muy diversa nacionalidad, que crean un entramado de sociedades y de vinculaciones ficticias que dificultan conocer quien será el sujeto responsable de las obligaciones que nacen ante el negocio marítimo, o en el caso que nos ocupa, de las obligaciones en materia de Seguridad Social. A priori, en este escenario concurren diversas legislaciones nacionales aplicables, con las complicaciones que de ello resulta en el Derecho internacional.

Pues bien, precisamente para evitar las complicaciones de concurrencia de legislaciones, y para conocer la identidad del sujeto responsable de las obligaciones que derivan de la relación laboral es necesario arbitrar el principio de unicidad de legislación aplicable, que marca la sujeción a la legislación de un único Estado. Este principio recogido por el Reglamento Comunitario en el artículo 11.1 ha operado generalmente bajo la regla territorial de la *lex loci laboris*. Es un mecanismo que simplifica la identificación de la norma sustantiva de Seguridad Social que otorga los

derechos al sujeto protegido por aquella. Ahora bien, aunque el Reglamento Comunitario considera esta norma como general, también estipula determinadas excepciones que justificarían otros criterios de aplicabilidad.

De tal modo, el artículo 11.4 prevé una regla específica y singular para las relaciones laborales desarrolladas en el mar. A tenor del mismo y a los efectos del Título II del Reglamento mantiene el principio de la ley de pabellón para las actividades por cuenta ajena o propia ejercidas normalmente a bordo de un buque que enarbole el pabellón de un Estado miembro. Por ende, mantiene la prevalencia del principio territorial ficticio de vincular el ejercicio de la actividad en el buque como si fuera realizada en el Estado miembro que de la nacionalidad a la nave.

El mismo artículo 11.4 anuncia una excepción y matiza que si esa persona que ejerce la actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro¹², es remunerada por esa actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro, quedará sujeta a la legislación de este último Estado si reside en dicho Estado. Por tanto, el Reglamento entiende que será empresario aquel sujeto que abone la remuneración al trabajador por cuenta ajena que ejerza la actividad a bordo de un buque, siempre que se cumplan una serie de requisitos: que el empresario tenga su sede o domicilio en ese Estado y que el trabajador resida en el mismo Estado¹³.

Ante este supuesto, la conexión contemplada por el Reglamento se desvirtúa hacia la sede de empresa, dejando atrás la conexión territorial que hacía antes con la ley de pabellón. Esto es, el punto de conexión para aplicar las normas se conecta con el lugar donde tenga la sede o domicilio en aquel estado, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el precepto referido.

Recapitulando lo hasta ahora expuesto en lo que respecta a la determinación de la ley aplicable para las relaciones laborales marítimas, entendemos que el Reglamento comunitario mantiene el criterio de la ley de pabellón como principio para conocer la norma aplicable a las relaciones laborales desarrolladas en el mar; eso sí, proveyendo o modulando este criterio hegemónico con una única excepción. Esta singularidad está vinculada a determinar la ley ligándola con un requisito económico: será empresario aquel sujeto que remunere al trabajador por el ejercicio de su actividad.

En cambio el Reglamento 1408/71, en su artículo 13.2 b) mantenía la ley de pabellón como criterio básico, si bien en su artículo 14.2 enunciaba que esta norma general para el Derecho marítimo estaría sujeta a determinadas particularidades, es decir, recogía un elenco de excepciones respecto al punto de conexión de la ley aplicable¹⁴.

¹²Téngase presente que ante este supuesto el Reglamento comunitario omite a las relaciones laborales por cuenta propia.

¹³En sintonía con lo previsto por la Ley 47/2015 reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, tal y como expusimos al principio de esta investigación.

¹⁴En concreto son tres las singularidades que contenía el Reglamento predecesor en las que flexibilizaba el criterio de la ley de pabellón: la primera referida a aquellos trabajadores que la empresa destina a embarcar en un buque que enarbole el pabellón de otro Estado miembro; la segunda referida a aquel trabajador que no pertenece a la tripulación y que no ejerce de forma habitual su actividad en el mar, pero que ocasionalmente realiza un trabajo en las aguas territoriales o en un puerto de un Estado miembro, en

Es menester conocer las previsiones del Reglamento comunitario en lo que respecta a las relaciones laborales marítimas. En este sentido, el artículo 3 en su segundo apartado estipula que se aplicará a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador. En base a lo apuntado es claro que el Reglamento incluye en su campo de aplicación material el régimen de obligaciones del armador. Si bien en el apartado cuarto del mismo precepto establece una singularidad para el trabajo en el mar. Así, entiende que si existe una regulación nacional sobre disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones¹⁵, la regulación contenida en el Título III del Reglamento no afectará al ordenamiento jurídico nacional.

Con respecto al ámbito de aplicación material, el artículo 3.2 del Reglamento Comunitario entiende que el contenido del Reglamento será aplicable a los regímenes de Seguridad Social¹⁶, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador. En tanto que el artículo 3.4 implanta como excepción que “las disposiciones del título III no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador”. Ahora bien, a pesar de esta excepción, no cabe interpretar que el armador va a quedar excluido de la aplicación del Reglamento, pues es el principal responsable de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo como empleador del trabajador. Por otro lado, es de menester subrayar que la previsión que realiza el Reglamento al respecto de las relaciones laborales marítimas es la prueba de la especialidad reguladora de la protección social de la gente de mar¹⁷.

En el orden de la aplicación personal del Reglamento, el artículo 2 dispone la inclusión de los nacionales de Estados miembros que hayan o estén sujetos a legislación de uno o de varios Estados miembros. Por tanto, para su inclusión en este Reglamento son dos las exigencias: nacionalidad y sujeción a la legislación de algún Estado comunitario.

II. LA CUESTIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS RELACIONES LABORALES MARÍTIMAS: EL DESAFÍO DEL TJUE

Antes de entrar en el fondo de este asunto, trataremos de realizar un breve esbozo de la situación que padece la gente de mar. Esta queda marcada por el desarrollo de una actividad a bordo de un buque durante largas temporadas, lejos de su hogar, y en muchas ocasiones, acompañados de la penosidad laboral y del abuso empresarial. Estos

un buque que arbole pabellón de otro Estado miembro; la tercera que entiende que será empresario para la aplicación de la legislación, aquella empresa o persona que abone la retribución al trabajador por el ejercicio de su actividad.

¹⁵Se trata de una excepción relativa al Título III del Reglamento comunitario sobre disposiciones de prestaciones de enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, invalidez o desempleo, entre otras.

¹⁶De este modo determina que serán aplicables a los regímenes generales y especiales, contributivos y no contributivos.

¹⁷Es de obligada referencia en este ámbito Vicente Palacio, A.; “El Reglamento 883/2004 y las obligaciones de los armadores en el ámbito de la Seguridad Social” en: VV.AA. Dir. Sánchez-Rodas Navarro, C.; La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Laborum. Murcia. 2010, p. 65-90.

factores se tornan más intensos cuando el marino se enrola en un buque bajo bandera de conveniencia (BdC)¹⁸.

Además, si la migración es de por sí dura se puede volver dramática cuando el marino embarca en una de estas naves; pues quedan empleados bajo legislaciones que están muy alejadas del prisma occidental. Se trata de ordenamientos jurídicos donde es natural la inexistencia de derechos sociales y la nula protección al trabajador frente a cualquier forma de abuso: despido libre, bajos salarios, pésimas condiciones de trabajo y de vida a bordo de un buque antiguo que no mantiene los requisitos mínimos de salubridad y de habitabilidad. Además, la legislación aplicable a los trabajadores no reconoce derechos mínimos como: formación adecuada, tiempo libre para bajar a puerto, atención médica precisa o, ya en el plano que nos ocupa, un sistema obligatorio de Seguridad Social que prevea protección social ante ciertas contingencias que pueda sufrir el trabajador a lo largo del desarrollo de su actividad profesional. Por tanto, los marinos empleados en este tipo de buques quedan privados de derechos laborales, sociales y humanos; pues éstos son inobservados por los Estados de abanderamiento al carecer de mecanismos o del deseo de imponer y controlar el cumplimiento del mínimo legal. Así, la violación de esos derechos se invisibiliza y es ignorada por las autoridades públicas y por la población en general. Ya anotamos supra que la proliferación de los registros abiertos tuvo una consecuencia trascendental para las relaciones laborales, como las connotaciones que acabamos de apuntar.

La cuestión de los registros abiertos nace por un hecho, pues la Comunidad Internacional reconoció que los Estados son libres para recoger los requisitos de inscripción en su registro que conceden la nacionalidad al buque¹⁹. Bien es cierto que se matizó esta libertad exigiendo que existiera una relación auténtica entre el buque y el Estado donde el armador deseaba registrarlo. La sujeción a este deber genuine link se concreta en el deber del Estado de ejercer su jurisdicción y su autoridad sobre aquellos buques que enarbolan su pabellón. Sin embargo, dada la vaguedad con la que está formulado este deber, la respuesta ha sido ineficaz, y los problemas que plantean las BdC o registros abiertos siguen estando de relieve. La evidencia es que la situación de la gente de mar no ha mejorado por la formulación de este deber de vínculo real.

En un punto anterior apuntamos que los caracteres singulares de la industria marítima han propiciado la dificultad de aplicar las normas laborales y sociales a sus relaciones jurídicas; y que en este contexto se ha mantenido como principio hegemónico la ley de pabellón para conocer la legislación aplicable a aquellas relaciones. Sin embargo, el peculiar protagonismo de las BdC en la globalización marítima y su íntima relación con buques subestándares, que son nexos causales de accidentes marítimos y desastres medioambientales, han estimulado que las autoridades públicas se vean obligadas a intervenir en la organización marítima para regular materias del orden de la seguridad marítima. Pues bien, la preocupación por las condiciones medioambientales ha

¹⁸La BdC es un término peyorativo para calificar a los países que permiten el registro de buques bajo su bandera sin exigir el cumplimiento de un mínimo legal de condiciones ambientales, fiscales y laborales; obviando con ello los instrumentos internacionales. Son paraísos fiscales para los armadores pues gozan de libertad para explotar sus buques y dirigir al personal empleado. De este modo, los Estados carecen de un ordenamiento jurídico que proteja a los trabajadores del mar.

¹⁹Principalmente la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre el alta mar y la CNUDM.

suscitado un creciente interés por mejorar las condiciones de trabajo, entendiendo de la relación directa entre estas últimas y la probabilidad de accidentes en el mar. En este escenario, asistimos a una reorientación del modelo, en el que gozan de mayor protagonismo el papel y la jurisdicción de las naciones. Tal es así, que algunas investigadoras respaldan que se trata de la publicación del modelo de las relaciones laborales marítimas²⁰. En esta reorientación tiene un rol fundamental el Convenio del Trabajo Marítimo 2006 al prever un sistema en el que el Estado pabellón cede jurisdicción sobre las relaciones laborales al Estado rector del puerto. En concreto, este último podrá controlar las relaciones laborales, restando el protagonismo que ha ostentado tradicionalmente la hegemonía de la ley pabellón²¹.

En definitiva, lo que estamos poniendo de manifiesto es el replanteamiento de la ley de pabellón. En este sentido, los últimos pronunciamientos judiciales del Tribunal Europeo están siendo reveladores, pues se están cuestionando la supremacía de la ley de pabellón. Por ende, el reto se traza en dibujar otros principios rectores para conocer la norma aplicable y la responsabilidad de los actores marítimos.

En líneas anteriores expusimos la dificultad de aplicar la norma laboral y social a las relaciones marítimas y que en este sector ha sido tradicional el mantenimiento de la ley pabellón como criterio aplicable a las cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón²². En el panorama comunitario desde la óptica sustantiva este principio no se ha llegado a discutir. Así, cabe recordar que el Reglamento 883/2004 mantiene el principio de la ley de pabellón; si bien, ya apunamos la previsión de la excepción.

La base de este apunte jurisprudencial es el análisis de la Sentencia TJUE de 19 de marzo de 2015²³, con el objeto de interpretar el Reglamento 1408/74, que como ya sabemos, es predecesor del Reglamento 883/2004. Este asunto versa sobre si el Reglamento comunitario es aplicable a una concreta situación; es decir, si un trabajador estaría comprendido en su ámbito de aplicación personal, y de este modo, se proceda a determinar la legislación social aplicable. El interés de esta sentencia se proyecta porque se discute el mantenimiento de la ley de pabellón aún cuando el trabajador es empleado en un buque que enarbola pabellón de un tercer Estado, Panamá²⁴. Siendo así, y a tenor del principio de la ley de pabellón, la legislación aplicable sería la panameña. Sin

²⁰La profesora Fotinopoulou Basurko así lo ha venido defendiendo en sus últimas publicaciones e intervenciones.

²¹Instrumento elaborado en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, que entró en vigor en agosto de 2013 para los países que lo ratificaron en tiempo y forma. Se ha llegado a comentar que es el cuarto pilar de la regulación en el trabajo en el mar, y un Código de trabajo para los trabajadores del mar.

²²El artículo 94 de la CNUDM estipula la jurisdicción y el control a ejercer por el Estado pabellón.

²³Conocida como el caso KIK, bajo el asunto C-266/13, será una sentencia prolija que marcará y alborotará la hegemonía de la ley de pabellón.

²⁴Si bien cabe matizar que el Sr. Kik es nacional de un Estado miembro en el que también reside y en el que sus rentas están sujetas a gravamen, que trabaja en un buque colocador de tuberías que enarbola pabellón de un Estado tercero y que navega por distintos lugares del mundo, en particular a la altura de una plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros. En el seno del Tribunal Europeo discute la naturaleza jurídica y la soberanía de los Estados sobre este espacio.

embargo, el Tribunal descarta este principio y entiende que el trabajador está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento²⁵. De este modo, interpreta que la norma comunitaria puede aplicarse a las actividades realizadas fuera de su territorio. Esta proyección se considera al contemplar lo que se ha conocido como el “vínculo más relevante”, que trata de establecer una conexión real con alguna legislación nacional, buscando los indicios suficientes que podrán estar fundamentados en factores como: en el lugar de residencia del trabajador, el lugar de trabajo, el lugar donde tributan los rendimientos del trabajo, o el lugar de establecimiento del empresario.

Se trata de flexibilizar el factor que conecte las relaciones de trabajo con alguna legislación con la que, de forma real, el armador tenga algún tipo de conexión. Esta tendencia ya había sido mantenida por el Tribunal²⁶. En este contexto exigía para que la norma comunitaria pudiera producir efectos fuera del territorio de la Comunidad que la relación laboral mantenga un vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio de la Comunidad. Los elementos fácticos de los que se valía el Tribunal para dibujar y perfilar este vínculo eran de diversa índole, creando de este modo lo que se ha denominado como un haz de indicios²⁷.

Pues bien, en la Sentencia Kik a diferencia de pronunciamientos anteriores, el Tribunal considera que el trabajo realizado por el trabajador no es efectivamente ejecutado en territorio comunitario²⁸. Sin embargo, a pesar de ello, deviene que éste no será un motivo que por sí sólo determine la exclusión del trabajador del ámbito de aplicación personal del Reglamento. Es decir, a pesar de que en el caso Kik la prestación laboral se realiza en un buque de bandera panameña, y a pesar de entender el Tribunal que tampoco es asimilable que esta prestación se asimilara a un trabajo realizado en la Comunidad, entiende que no será motivo para excluir al trabajador del ámbito de aplicación del Reglamento. De este modo, el Tribunal enuncia la flexibilización de los elementos que fundamentarán la extensión de la norma social comunitaria a las relaciones laborales realizadas fuera de su ámbito territorial. Este fundamento hace tambalear los cimientos del principio de la ley de pabellón como el criterio supremo para sujetar la relación laboral al sistema de Seguridad Social que tradicionalmente se ha mantenido en la industria marítima.

En sintonía con lo expuesto, entendemos que esta es la llave que opera para abrir el retiro de la ley de pabellón. Por tanto, el Tribunal se ha encargado de desmitificar este principio con elementos flexibilizadores. Con el camino trazado ha sorteado la CNUDM para extender la legislación comunitaria a relaciones laborales que a priori deberían estar sujetas a la ley de pabellón. Con esta extensión consigue dos propósitos: evitar la

²⁵En el litigio el trabajador es nacional de un Estado miembro en el que reside y en el que sus rentas están sujetas a gravamen, que trabaja en un buque colocador de tuberías que enarbola pabellón de Panamá y que navega por distintos lugares del mundo, en particular a altura de la plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros, que estuvo anteriormente empleado por una empresa establecida en su Estado miembro de residencia, y que cambia de empresa y entra al servicio de una empresa establecida en Suiza pero sigue residiendo en el mismo Estado miembro y navegando en el mismo buque.

²⁶ Vid. Apartado 14 y 15 de la Sentencia TJCE de 30 de abril 1996, Asunto: C-214/94, Boukhalfa.

²⁷ Vid. Apartado 46 de las Conclusiones del abogado del Estado para la sentencia Boukhalfa.

²⁸ Criterio mantenido también por la Sentencia asunto Aldewereld, C:1994: 27. Véase punto 42.

acumulación de las legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que se derivan de ello; y ser un reflejo del principio de no discriminación en el marco de la libre circulación de trabajadores.

Una vez que el Tribunal se declina por entender al trabajador incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento, obra conocer qué legislación entiende de aplicación a la relación laboral. Los elementos de vinculación con la legislación comunitaria son el lugar de establecimiento de la empresa, y accesoriamente, el lugar donde reside el trabajador. Si bien matiza el Tribunal que esta vinculación podrá cambiar comparando el carácter que prevea una y otra legislación. Así anuncia que el trabajador quedaría sujeto al Estado que prevea el régimen de seguro obligatorio de Seguridad Social, en detrimento del Estado que previera el seguro voluntario. Es decir, la pretensión del Tribunal con esta interpretación ha sido elegir aquella legislación que otorgue un régimen de protección obligatorio al trabajador, pues si optara por el régimen de seguridad social voluntario se privaría al trabajador de una protección social adecuada²⁹. En base a ello, el Tribunal entiende que el trabajador estaría obligado a cotizar a la Seguridad Social de aquel país que proveía del seguro obligatorio.

A tenor del ordenamiento jurídico neerlandés sobre el régimen de Seguridad Social, la regla general es que los trabajadores queden asegurados de forma obligatoria en dicho régimen, con la excepción de que el asegurado será baja en la afiliación si trabajara fuera de los Países Bajos durante tres meses consecutivos, a no ser que ese trabajo sea realizado por un empresario que esté establecido en los Países Bajos. Por otro lado, se da la circunstancia de que existe una normativa interna y específica en este país para la gente de mar que considera que si el marino reside en un Estado miembro y ejerce sus actividades para un empresario establecido en este país a bordo de un buque un tercer Estado, también ser aplicable la norma neerlandesa.

En el supuesto, el trabajador prestó sus servicios hasta el 31 de mayo del 2004 para una empresa establecida en los Países Bajos, siendo el 1 de junio cuando pasa a realizar la misma actividad pero para una empresa establecida en Suiza que finaliza el 24 de agosto. Ahora bien, habida cuenta que el tiempo en el que prestó sus servicios en para esta sociedad es inferior a los tres meses consecutivos que prevé la norma neerlandesa, se entiende que el trabajador siguió obligado al pago de las cotizaciones en el régimen de la Seguridad Social de los Países Bajos.

Por último, apuntamos que habría que emprender la búsqueda de un criterio que conecte efectivamente la legislación aplicable con las relaciones de trabajo marítimas. En este camino, al que ya el TJUE ha dado luz, es importante desterrar el principio hegemónico de la ley de pabellón, pues ya se ha demostrado que este vínculo es más ficticio que real y que entraña serios perjuicios para los derechos socio-laborales de los trabajadores. En este sentido, y en lo que respecta al ordenamiento jurídico español, ya hay voces que reclaman el replanteamiento del artículo 7 de la LGSS³⁰. El objetivo no es otro que el de evitar las alteraciones y las desviaciones que ha venido provocando la aplicación de este

²⁹ Los fundamentos están contenidos en los apartados 58 a 63 de la sentencia Kik.

³⁰Fotinopoulou Basurko, O.;“¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?”. Revista de Derecho de la Seguridad Social nº 5/2015, p. 73.

precepto³¹, dado que realmente estamos ante una controversia en la que las relaciones laborales marítimas no acaecen en territorio alguno, pues el buque no es una extensión del territorio del Estado donde el armador matricula a aquel. En este sentido, la ley de pabellón y el principio de territorialidad que impera la Seguridad Social ha suscitado numerosas controversias en las relaciones laborales marítimas.

III. CONCLUSIONES

Las relaciones laborales marítimas presentan una serie de singularidades que la diferencian de otros sectores de actividad. En primer lugar, dado que el propio centro de trabajo es el buque presenta unas dificultades propiciadas por la movilidad y el carácter navegable que ha dificultado la aplicación de la norma socio-laboral. En segundo lugar, ha sido tradicional en el Derecho del Mar el recurso a la ley de pabellón como el vínculo de conexión entre el Estado que da la nacionalidad al buque y las relaciones jurídicas que se desarrollen en él. Pues bien, estos dos hechos si lo unimos al recurso masivo a las BdC han puesto de manifiesto las nocivas consecuencias para los derechos socio-laborales de los trabajadores del mar.

En la tutela de estos derechos socio-laborales tiene un protagonismo relevante el sistema de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar. Pues bien, cuando los trabajadores ejercen su derecho a la libre circulación por el territorio comunitario es complejo de determinar qué ley es la aplicable en la adquisición de sus derechos. Para resolver esta incógnita, el Reglamento comunitario prevé la unicidad de la ley aplicable, y en principio mantiene pues inalterable la ley de pabellón; si bien considera una única excepción vinculada a la empresa o a la persona que abone la remuneración al trabajador y sujeta a determinados requisitos de residencia del trabajador y de establecimiento del empresario. Sin embargo, y a la luz de los pronunciamientos judiciales que hemos estudiado, se entiende que es insuficiente esta previsión.

El objeto del Reglamento comunitario que está orientado a la necesidad de proveer mecanismos supranacionales para garantizar la igualdad de trato entre los migrantes que se desplazan, estipula previsiones específicas para las relaciones laborales marítimas. Esta previsión es una prueba de la especialidad reguladora de la gente de mar, encajando en la escenificación y en la regulación del trabajo en el mar. El objeto de este instrumento debe estar enfocado en garantizar la protección de los derechos sociales a los trabajadores migrantes. En el imaginario de la migración y de la globalización tiene una capital importancia la gente de mar por emplearse en una industria que es sinónimo del movimiento de trabajadores y de mercancías.

Pues bien, en un primer acercamiento a estos instrumentos se revela que son diseñados considerando la perspectiva y las dificultades que acaecen en el contexto marítimo; sin embargo adolecen de ciertas carencias. Con respecto al Reglamento Comunitario entendemos que debe adaptarse a las sentencias que han revelado el desgaste del principio de la ley de pabellón y ofrecer otras alternativas.

En línea con el destierro de la ley de pabellón es interesante subrayar que, dada su íntima relación con las BdC, entendemos que el replanteamiento de este destierro

³¹Sobre este particular y en profundidad, léase Fotinopoulou Basurko, O.; “Desempleo tras actividad en buques extracomunitarios”. Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 6/2013.

conllevará una mejora de las condiciones laborales y de la protección del trabajador. Por tanto, se trata de replantear el apoyo al criterio extraterritorial y artificial de conectar la relación laboral con el régimen de protección social que da nacionalidad al buque. En este replanteamiento, el escenario está visualizando la extensión de la aplicación del Derecho comunitario traspasando sus fronteras territoriales sorteando el principio de territorialidad, tan característico de la Seguridad Social, y huyendo del principio de la ley de pabellón. En este sentido, la implantación de otros principios que determinen la ley aplicable a la gente de mar exigen de un estudio detallado y templado.

Así, el Derecho sustantivo cabe emprender una andadura que plantee nuevas fórmulas y principios que redunden en una mayor protección social del colectivo. Esta gesta que se está emprendiendo con pasos tímidos hacia la publicación del sistema de relaciones laborales, requerirá de un protagonismo de las naciones y decretar el deterioro de la ley de pabellón como principio que ha imperado en las relaciones jurídicas marítimas.

La cuestión de la ley aplicable en el terreno de la Seguridad Social no resulta sencilla, pudiendo ser aplicable la ley donde el trabajador presta el servicio, o la ley de residencia o bien la del establecimiento de la empresa. Esta problemática es mayor cuando nos situamos en la industria marítima y entra en escena la ley de pabellón, ante todo, en un contexto como el actual donde proliferan buques bajo BdC.

El Tribunal comunitario ha dado luz al túnel en el que deambulaban las relaciones laborales en el mar; y más concretamente en el aspecto de la protección social. En definitiva, el reto para el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social se trata de alterar el criterio que establece la norma jurídica reguladora y protectora bajo el objeto de crear un marco jurídico que garantice los derechos sociales de los trabajadores del mar que han sido y son sinónimo de movilidad laboral en un contexto de una industria que también ha sido y es sinónimo de globalización. En definitiva, la Seguridad Social no puede ser un impedimento a la libre circulación de trabajadores. Este impedimento se proyecta cuando el trabajador ve interrumpido el derecho a una prestación o a una protección social como resultado de ejercer la movilidad. Cabe concluir este apunte recordando que la libre circulación de trabajadores y la movilidad se configuró como la piedra angular que vertebraba el sueño y el proyecto de la Unión Europea.