

LA «RESERVA DE NACIONALIDAD» PARA EL MANDO DE BUQUES

Luis A. GARCÍA MARTÍNEZ



Antecedentes



E siempre, o al menos en lo que recuerdo, cuando nos hemos referido al ejercicio del mando a bordo de buques civiles, y en particular de buques pesqueros, lo hemos hecho pensando en individuos de nacionalidad española. Hoy, algunos sectores piensan que el criterio de «Reserva de Nacionalidad» para el ejercicio del mando en buques de bandera española se vincula más a la tradición que a la necesidad real de nuestras flotas. La situación socio-económica de nuestro país ha cambiado notablemente, y de manera especial en el sector pesquero, un sector tratado y definido como primario desde siempre.

Desde comienzos del siglo xx España hace suya la «ideología navalista» (1) que impulsará al sector marítimo dentro de un contexto de capitalismo industrial fuertemente proteccionista. El sustrato ideológico será un pensamiento marcado por la idea de que la nación está destinada al dominio del océano (2). El prestigio exterior viene dado por la flota militar y civil. La tríada formada por la Marina de guerra, la mercante y la pesquera se enfocará como conjunto, donde el papel de hermana mayor (Agacino Martínez, E. 1918) corresponde a la primera, siendo las otras dos marinas subsidiarias de aquélla.

Tras la Guerra Civil (1936-1939) el país se encontró con una flota insuficiente, y el régimen del general Franco (Suárez de Vivero, 2002) adoptó como

(1) MAHAN, Alfred Thayer.

(2) Ley de la Marina Mercante y del Tráfico Marítimo (1909). Ministerio de Comercio. Ley 144/1961, de 23 de diciembre, sobre Reorganización de las Enseñanzas Náuticas y de Pesca.

símbolo emblemático, entre otros, la reconstrucción naval (civil y militar) (3), adornada con una retórica heredada de la concepción «navalista». Este planteamiento contemplaba de forma excluyente cualquier presencia no española en el mando de buques, que en cierta medida se ha sostenido hasta la actualidad (Ley 27/1992, art. 77 y R. D. 2062/1999).

Las últimas décadas del siglo XX aportaron cambios intensos y profundos que determinaron un nuevo rumbo en el contexto internacional. El nuevo orden oceánico (Derecho del Mar, Montego Bay 10 de diciembre de 1982) significó un nuevo enfoque del mar. La internacionalización de mercados y el proceso de reducción de la alta mar con el establecimiento de la Zona Económica Exclusiva (ZEE) generaron una reordenación de la distribución y producción pesquera, de forma que se ha producido un traslado de funciones. La tarea de extracción se acentúa en la actualidad en países en desarrollo, mientras que los países industrializados fomentan la comercialización de los productos pesqueros.

La pregunta es: ¿debemos seguir en la línea tradicional y costumbrista?, o por el contrario, ¿convendría participar de alguna manera en las recomendaciones emanadas de la Organización Internacional de Trabajadores (OIT) en su defensa de la libertad de circulación de los trabajadores en el afán por encontrar mejores condiciones y oportunidades, tanto laborales como económicas, que las que le son ofrecidas por sus países de origen?

Las diferentes comunidades autónomas no participan de las mismas opiniones a la hora de determinar este extremo, y no lo hacen porque realmente los intereses no son comunes. No es lo mismo el litoral mediterráneo que el atlántico o el cantábrico, ni los caladeros donde se faena. Debido a esto, los barcos son de características diferentes, así como los tipos de artes de pesca. En lo que sí están de acuerdo es en lo que respecta a las flotas de bajura, aquellas que faenan por dentro de las 60 millas y en las que menos importancia tiene la reserva de nacionalidad, ya que los armadores y los patrones son, en la mayoría de los casos, las mismas personas. Así como en el caso de la pesca de altura los mandos y las tripulaciones son siempre asalariados distintos del armador, en la flota de bajura esto no ocurre. Por tanto, daría exactamente igual que no se reservaran las plazas de patrón o segundo patrón a nacionales. En la flota de bajura se puede carecer de personal de máquinas, pero si falta el titulado de puente quiere decir que en la familia del armador ya no hay relevo, y por tanto ya no hay barco.

Es por tanto en la flota de altura donde puede darse la falta de titulados, tanto de puente como de máquinas. Está claro que con los convenios y demás normas no habría problemas para importar, en su caso, titulados de máquinas.

(3) Ley de Ordenación y Renovación de la Marina Mercante (1956). Ley Penal y Disciplinaria de la Marina mercante (1965).



Pesquero *Siempre Beatriz* en la campaña del bonito. (Foto: A. Galán Cees).

Pero el caso es que en la mayoría de las escuelas de formación profesional náutico-pesquera de nuestro país por un lado hay más estudiantes de máquinas que de puente y, por otro lado, los alumnos de puente no desean dedicarse a la pesca, sino más bien enrolarse en listas deportivas. La falta de relevo generacional, sobre todo en puente, es generalizada y a nadie se le escapa ya este dato.

Conviene no olvidar que hace tan sólo tres décadas las marinas mercantes del norte de Europa importaban titulados españoles para gobernar sus buques, ya que sus nacionales obtenían mejores expectativas en sectores laborales terrestres. Hoy, cuando los países de un poquito más al sur disfrutamos de mejores condiciones socio-laborales, ya no queremos embarcarnos. No podemos ser tan ilusos como para pensar que al eliminar la «reserva de nacionalidad» el problema se va a resolver con posibles tripulaciones comunitarias; más bien lo hará una sociedad de algo más al sur y extracomunitaria.

Creo que la falta de titulados para nuestros barcos pesqueros no se va a solucionar eliminando la «reserva de nacionalidad». Entiendo que ello es un cometido que corresponde no sólo a la administración, sino también a los armadores, quienes armonizando tanto las condiciones laborales como las familiares y las económicas han de hacer que se dignifique un sector que ha sido siempre el referente del resto de los países de nuestro entorno.

Introducción

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de 30 de septiembre de 2003 viene a poner fin a una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo de acuerdo con el art. 234 TUE. Esto supone un paso decisivo en lo que se refiere a la abolición de la discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a los empleos de más alta cualificación dentro del buque. En efecto, esta sentencia tiene un trasfondo mucho más complejo que el que se circunscribe al análisis de la compatibilidad de las prescripciones que en este sentido establecen las legislaciones de los Estados miembros con el art. 39.4 TUE y los artículos 1 y 4 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Esta cuestión debe acomodarse, para su correcto entendimiento, en el delicado contexto en el que se desenvuelve la política pesquera; para ser más precisos, en los deseos de las instituciones europeas por afianzar la posición competitiva de la industrias pesqueras de la UE en el ámbito mundial, en este caso a través de un mecanismo indirecto como es el de reforzar los requisitos formativos de quienes han de prestar servicio en el mar, con la cobertura justificativa de que esas exigencias de mayor profesionalidad pueden implicarse con la preservación de la seguridad en el mar y la protección del medio marino.

La reserva de mando de buque, objeto de un litigio

Tradicionalmente, las distintas legislaciones de los Estados miembros relativas a la composición de la dotación del buque han reservado a sus nacionales los puestos de capitán, así como de otros miembros de la tripulación de alta responsabilidad. Por tanto, el resto de los miembros que componen la tripulación del buque pueden ser originarios no sólo de otros Estados miembros, sino incluso, de acuerdo con la normativa particular, podrían ser ocupados totalmente o en un cierto porcentaje por extracomunitarios. El más importante motivo esgrimido para tales reservas se debe a que tradicionalmente «los Estados han atribuido al capitán funciones públicas y de representación del Estado del cual bate pabellón la nave, así como en algunos supuestos a los oficiales».

El litigio que nos ocupa se plantea en torno a un recurso de anulación que el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española interpuso ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 2062/1999, de 30 de diciembre de 1999, por el que se regula el nivel mínimo de formación en profesiones marítimas. En particular, el Colegio de Oficiales interpretaba que el art. 8.3 del real decreto citado vulneraría los intereses colectivos de los oficiales de la Marina mercante, al reconocer a ciudadanos miembros de la Unión Europea

titulados en su Estado de origen, o en cualquier otro Estado miembro, el derecho a acceder al mando de determinados buques mercantes españoles. Las razones del Colegio de Oficiales de la Marina Mercante apuntan a lo dispuesto en el art. 77 de la Ley 27/1992 sobre Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM). A saber:

- El número de miembros de la dotación de los buques y sus condiciones de capacitación profesional deben ser adecuadas para garantizar en todo momento la seguridad de la navegación y del buque, teniendo en cuenta sus características técnicas y de explotación en los términos que reglamentariamente se establezcan.
- Asimismo, se determinarán reglamentariamente las condiciones de nacionalidad de las dotaciones de los buques, si bien los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea podrán acceder a partir del momento de la entrada en vigor de esta ley a los empleos en las dotaciones de los buques que no impliquen el ejercicio, aunque sólo sea de manera ocasional, de funciones públicas, que quedará reservado a ciudadanos españoles.

El Tribunal Supremo, tras constatar que los capitanes y primeros oficiales de los buques mercantes tienen atribuidas funciones públicas, llega a la conclusión de que el art. 39 TUE habría de admitir la reserva de tales empleos a nacionales españoles. Una vez sentada la anterior afirmación, y seguramente de forma subsidiaria, el Tribunal Supremo se pregunta sobre si el art. 8.3 del R. D. 2062/1999, que ampara la posibilidad de entregar el mando a trabajadores comunitarios bajo condición de reciprocidad, podría servir asimismo para respetar las exigencias del derecho comunitario en caso que el TJCE no aceptara la tesis principal propuesta por nuestro Alto Tribunal.

En resumen, podríamos decir que el planteamiento del Tribunal Supremo se asienta sobre una argumentación principal que caracterizaría el empleo de capitanes y altos mandos como una función con implicaciones públicas, y por tanto capaz de excepcionar la libertad comunitaria.

La interpretación del carácter privado de las funciones desarrolladas por capitanes y primeros oficiales

Nos encontramos entonces con la libertad de circulación de trabajadores frente a ejercicios ocasionales de funciones públicas. Como se ha indicado, la primera de las cuestiones que el órgano remitente plantea al Tribunal comunitario tiene por objeto establecer si la reserva dispuesta en el art. 8.3 del Real Decreto 2062/1999 puede salvarse gracias a las excepciones que el propio

tratado prevé al ejercicio de la libertad, reconocida en su art. 39.4 TUE. El desarrollo de funciones que pueden considerarse próximas a la noción de autoridad pública o de empleo en la Administración Pública empleada por el art. 39.4 trae su causa en el proceso de construcción de la UE y repercute una excepción sobre una libertad económico-social firmemente orientada a la consecución del mercado interior. Desde esta perspectiva, la excepción prevista en el tratado a la libre circulación de trabajadores se justifica por la necesidad de tutelar el interés público de los Estados, evitando que los no nacionales ejerzan empleos públicos que impliquen una participación en el ejercicio de la potestad pública.

Por otra parte, el motivo por el que la legislación interna en diversos preceptos acaba concediendo ciertas prerrogativas públicas a algunos miembros de la dotación se debe a la peculiaridad del medio donde se prestan servicios, esto es, un bien mueble que por definición se encuentra alejado del territorio de cualquier Estado, que se orientan a objetivos de interés común, como el mantenimiento de la seguridad en el mar y el ejercicio de facultades de policía a bordo. En este contexto, el Convenio de Montego Bay de 1982 atri-



Bigotes. (Foto: A. Ortigueira).

buye al Estado del cual el buque bate pabellón el ejercicio de la jurisdicción con la finalidad de garantizar la seguridad en el mar. Esta circunstancia ha servido de justificación para investir al capitán y a los oficiales de funciones públicas, en representación del Estado que ha otorgado nacionalidad al buque. De acuerdo con las anteriores premisas, no resulta extraño postular la reserva a los nacionales de los empleos de capitán y de primer oficial de la marina mercante.

Las anteriores tesis, respaldadas por los gobiernos español, alemán, griego, francés e italiano, no son del agrado del Tribunal comunitario. Este órgano, de acuerdo con una jurisprudencia ya reiterada, entiende que la excepción del artículo 39.4 a la libre circulación de trabajadores ha de interpretarse de una forma restrictiva, si bien ello no debe llevar a que tal salvedad impida la protección de los intereses de los Estados miembros. Es decir, el Tribunal comienza advirtiendo de la supremacía que tiene atribuida la libertad de circulación y, por tanto, está postulando una interpretación contenida de la excepción basada en el ejercicio de funciones públicas a que se refiere el art. 39.4 TUE. No obstante, la supremacía de la libertad comunitaria no puede traer consigo un vaciado funcional de la excepción que en tal precepto se contiene.

De acuerdo con tales presupuestos, esto es, el respeto a la libertad comunitaria, así como el reconocimiento de ciertos intereses particulares de los Estados miembros, el TJCE opta regularmente por un criterio que va más allá de apreciar la existencia de una relación contractual o estatutaria entre el empleado y la Administración. En concreto, la jurisprudencia de aquel tribunal toma como referencia la función que en concreto se desarrolla, partiendo de la base de que no toda actividad impulsada por un poder público ha de considerarse aludida por la excepción del art. 39.4 TUE.

Por tanto, el TJCE, coherente con una interpretación limitadora de la excepción del art. 39.4 TUE y empeñado en promocionar la libre circulación de trabajadores, además de manejar un concepto restringido de función pública, va a exigir que tales cometidos agravados se desempeñen con cierta normalidad. Más rectamente, por extraer el criterio exactamente manejado por el pronunciamiento, el TJCE no va a considerar la entrada en juego de la excepción a que alude el art. 39.4 TUE si las funciones públicas se realizan de forma ocasional.

La capacitación mínima profesional de la gente de mar y el Derecho Comunitario

La sentencia del TJCE, al impedir a los Estados miembros nacionalizar determinados puestos en sus buques, desplaza hacia el ámbito comunitario la inicial preocupación que justificaba ese tipo de normas dentro de cada Estado. Ciertamente, el interés por reservar a nacionales ciertos empleos en la nave

tiene su justificación en el indudable problema que presenta la alta competitividad existente en la industria marítima, propiciada por la existencia de subterfugios especulativos o registros abiertos —pabellones de conveniencia o segundos registros— destinados a favorecer que el empresario marítimo recurra a mano de obra barata procedente de terceros países y que en su mayor parte carece de los niveles de capacitación mínimos exigidos por la reglamentación sustantiva internacional.

La materia relativa al régimen de admisión al empleo en los buques comprende tanto las normas que regulan la edad mínima de ingreso como la cualificación con la que la gente del mar debe contar para formar parte de la tripulación de un buque. Ambas vertientes del régimen de acceso a los empleos en el mar, fundamentalmente procedentes de la OIT y de la OMI, han sido sistemáticamente eludidas por los navieros —directa o indirectamente a través de agencias de *management* de personal— que contratan a marineros para prestar servicios en buques matriculados en registros abiertos. A salvo de otras justificaciones, las restricciones que puede plantear cualquier Estado y eventualmente la UE a la libre contratación por parte de los navieros pueden servir al objetivo de proteger la seguridad del tráfico marítimo y el medio ambiente marino. No en vano, la mayor parte de los desastres que acaecen en el mar se debe a errores humanos imputables a la insuficiencia en la cualificación que se exige a estos trabajadores y que, como señalamos, es frecuentemente omitida por los operadores económicos que intervienen en la industria marítima.

Asimismo, no cabe negar que las normativas destinadas a reservar ciertos puestos a los nacionales de cada Estado miembro se anudan con un decidido interés por proteger a cada mercado de trabajo de mano de obra importada a bajo precio. Claro está, en mérito a la sentencia que se comenta, este particular objetivo no podrá ser ya perseguido desde un Estado miembro, aunque nada va a impedir que la política comunitaria recoja ese testigo.

Conclusión

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica, previa petición del Tribunal Supremo en un litigio entre la Administración del Estado y el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española, ha dejado lo suficientemente claro el papel de los Estados miembros en lo referente a la reserva de nacionalidad para el mando de buques mercantes, y ha supuesto que por primera vez el tribunal comunitario haya tenido la ocasión de pronunciarse sobre la incompatibilidad de aquellas disposiciones que establecen restricciones por razón de nacionalidad en el acceso a los empleos de más alta cualificación dentro del buque con el Derecho comunitario. A tales fines, el TJCE ha insistido en su caracterización expansiva de las libertades comunitarias, limitando los efectos de la excepción a que se refiere el art. 39.4 TUE, que

debe interpretarse en el sentido de que únicamente autoriza a un Estado miembro a reservar a sus nacionales los empleos de capitán y primer oficial de los buques mercantes que enarbolan su pabellón si las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes y a los primeros oficiales se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades.

Por todo lo cual, cuestionarse o posicionarse ahora a favor de la reserva de nacionalidad sería una pérdida de tiempo, en tanto en cuanto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica ha sentado en cierta forma jurisprudencia, a mi modesto modo de entender.

Lo que sí parece estar claro es lo que se refiere a personal extracomunitario, en el sentido que en nada obliga a la Administración española a dar el mismo trato en materia de reserva de nacionalidad a personal ajeno a la Unión Europea. Por tanto, todas nuestras comunidades autónomas deberán ponerse de acuerdo al objeto de consensuar la postura que más convenga a los intereses de nuestro país.



BIBLIOGRAFÍA

- AGACINO MARTÍNEZ, E.: *La Construcción Naval Mercante en España*. Barcelona, 1918.
- SUÁREZ DE VIVERO, J. L. et al.: *Spain and the sea. The decline of an ideology, crisis in the maritime sector and the challenges of globalization*. Marine Policy 26 (2002) 143-153.
- Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
- Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado.
- MAHAN, Alfred Thayer.
- Reglamento (CEE) núm 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.
- Real Decreto 2062/1999, de 30 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de formación en profesiones marítimas.