

UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

**EL DERECHO LABORAL COMO FUENTE DE PRIVILEGIO
MARÍTIMO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FERNANDO ESTEBAN SIEBALD CODJAMBASSIS

Profesor Guía:
Ricardo Juri Sabag

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág. 1
CAPÍTULO I: “Trabajadores Marítimos”	Pág. 8
A. El Personal Embarcado o Gente de Mar	Pág.10
B. Trabajadores Pesqueros Embarcados	Pág.40
C. Trabajadores Portuarios	Pág.43
CAPÍTULO II: “Privilegio Marítimo del Artículo 844 Número 2 del Código de Comercio”	Pág.49
A. Características de Los Privilegios Marítimos	Pág.51
B. El Objeto del Privilegio Marítimo	Pág.55
C. Naturaleza Jurídica de los Privilegios Marítimos	Pág.61
D. Privilegio Marítimo de los Trabajadores	Pág.64
E. Momento desde el cual Nace el Privilegio	Pág.71
F. Prelación de Créditos Marítimos	Pág.74
F.1. Prelación de los Créditos Marítimos Laborales frente a los otros Créditos Privilegiados del Mar	Pág.74

F.2. Prelación de los Créditos Marítimos Laborales frente a Créditos Privilegiados de Derecho Común	Pág.77
CAPÍTULO III: “Cumplimiento de la Obligación Laboral, en especial del Arraigo de Naves por Créditos Privilegiados Laborales“	Pág.83
A. Concepto del Arraigo de Naves	Pág.85
B. Naturaleza Jurídica del Arraigo	Pág.88
C. Objeto del Arraigo	Pág.93
D. Efectos del Arraigo	Pág.95
E. Procedimiento de Arraigo	Pág.99
E.1. Normas de Competencia	Pág.99
E.2. Normas de Procedimiento	Pág.100
F. El Arraigo de Naves en el Procedimiento Laboral	Pág.104
G. Limitación de la Responsabilidad del Armador en Materia Laboral	Pág.110
CAPÍTULO IV: “Jurisprudencia del Arraigo en Materia Laboral”	Pág.112
CONCLUSIONES	Pág.114
BIBLIOGRAFÍA	Pág.117

INTRODUCCIÓN

“*El mar mercantiliza los actos*”: esta expresión ha sido dada a conocer por los doctrinarios del derecho comercial. Es cierto, los actos jurídicos en el mar adquieren esa especialidad, pero, acto seguido, es necesario enumerar una serie de importantes excepciones. Por ejemplo, el matrimonio celebrado en una nave o el testamento otorgado frente al capitán jamás pierden su naturaleza civil, como tampoco pierde su naturaleza laboral la prestación de servicios bajo subordinación y dependencia. Es por ello que se puede expresar mejor, sin miedo a equivocarse, que: “*El mar especializa los actos*” y esto es de tal manera cierto que tanto el matrimonio celebrado como el testamento otorgado en la nave o el contrato de embarco, así como también el contrato de transporte de mercaderías por mar, constituyen actos especiales frente al derecho civil y especialísimos frente al derecho del trabajo y mercantil.

Dos grandes razones podemos dar para esta especialidad.

La primera, se debe a que el derecho marítimo gira en torno a la noción de Fortuna de Mar, concepto íntimamente ligado a la temática de los privilegios marítimos y la limitación a la responsabilidad del naviero y que,

básicamente, puede definirse como el patrimonio de afectación a la actividad navegatoria, en torno al cual, el legislador ha construido un sistema de créditos privilegiados y establecido, en ciertos casos, el derecho del naviero a limitar su responsabilidad.

La segunda razón por la cual los actos jurídicos que se desenvuelven en el ambiente marino adquieren esta especialidad se debe simplemente a que el hombre es un ser o una criatura terrestre. La vida del ser humano se desenvuelve naturalmente en la tierra y de esa manera se moviliza caminando y respira obteniendo el oxígeno del aire sin un esfuerzo adicional que el acto, casi reflejo, del diafragma y de los músculos intercostales. Generalmente habita, refugiado, en construcciones ubicadas en tierra.

Primitivamente, el mar fue un obstáculo natural, una barrera y un peligro infranqueable. Para desplazarse en él, se requiere de un esfuerzo físico mayor que al caminar o de la utilización de ingenios que significan un mayor desgaste intelectual.

El hombre es un ser que vive en tierra firme. El desenvolverse fuera de ese ambiente constituye una excepción a esa regla general, por lo tanto, toda relación social que nazca entre dos sujetos fuera de ese ambiente estará rodeada de una especialidad, de un fundamento distinto, de situaciones diferentes y los conflictos serán otros, así como también las soluciones. Así, el aviador, el cosmonauta o el hombre de mar son seres humanos que no se encuentran en su ambiente natural y, por eso, deben desarrollar capacidades y aptitudes excepcionales¹.

Los océanos nos unen, alimentan, entretienen y hasta se prestan para el romance y la inspiración artística.

¹ En el mismo sentido: CABEZAS MEDINA, Francisco. El Contrato Individual de los Trabajadores Embarcados o Gente de Mar. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, 1996, pág. 1.

La mayor parte de la carga que se mueve en el planeta se transporta por mar. Es lo más probable que el automóvil que alguien ha comprado haya viajado miles de kilómetros en una nave o el plátano que llega del Ecuador ha debido navegar contra la corriente de Humboldt hasta llegar a los puertos de Valparaíso o San Antonio. En sentido inverso, hacia el sudeste asiático o Europa han debido cruzar el Pacífico o el Atlántico el cobre extraído de la Cordillera de Los Andes o el producto de alguna vendimia.

No sólo se da ese fenómeno en el comercio internacional. En cuanto al cabotaje, el mayor volumen de mercaderías transportadas dentro del país se traslada por mar. Pero, cuando se piensa en el transporte marítimo, no sólo hay que imaginar algún imponente petrolero o un enorme granelero, sino que también hay que representarse una humilde lancha chilota, único medio de transporte de carga y pasajeros en muchos lugares del sur de Chile o la barcaza que, como único medio de transporte, conecta zonas aisladas del territorio nacional.

Por otro lado, el mar produce un elevado porcentaje de los alimentos que consumimos los seres humanos. La industria pesquera, tanto extractiva como acuícola, es muy importante en este país con más de 4500 kilómetros de costa. Culturas como la japonesa tienen, como principal elemento de su dieta los mariscos, algas y pescados.

Del fondo marino se extraen minerales e importantes cantidades de petróleo y gas, y no sólo de los hidrocarburos se explota energía, sino también

de las corrientes oceánicas, de las mareas e incluso de los vientos que corren, sin obstáculo, sobre el agua.

También otorga espacio para expandir las zonas sobre pobladas y con poco espacio terrestre. Existen varios ejemplos de ello: Holanda, con sus tierras ganadas al Mar del Norte o el aeropuerto de Hong Kong, también robado al ambiente marino.

La industria del turismo también ha explotado los océanos. Los cruceros de lujo cubren el orbe dando entretenimiento y descanso. De los destinos turísticos más populares en el mundo, hay muchos que se encuentran en el litoral.

Las olas, el horizonte, la puesta de sol y el viento han inspirado a más de algún poeta o se ha prestado para que las parejas se entreguen al romance o son la causa de la más profunda melancolía.

En los aspectos negativos, el mar también ha servido como polvorín para iniciar guerras y desarrollar armas mortíferas. También es el receptáculo de nuestros desperdicios y es objeto de una sobre explotación de los recursos naturales.

Pero tratando el tema, menos sublime, pero no menos importante, que se desarrollará en adelante, no se puede negar que toda actividad económica genera trabajo y si este se desenvuelve a bordo de una nave, artefacto naval o en algún puerto necesariamente debe tener alguna normativa jurídica especial.

De este modo, el derecho marítimo es un derecho especial y, en su aspecto laboral, es especialísimo.

De esa manera, para poder acceder a los mercados laborales marítimos se debe cumplir con requisitos especiales. La gente de mar, para poder embarcarse, debe estar en posesión de un título y de una licencia o una matrícula otorgadas por la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante.

Las normas sobre jornada de trabajos son, obviamente, distintas para el trabajador embarcado que para el trabajador común. Lo mismo ocurre con las normas sobre descanso semanal tanto para el personal embarcado como para el trabajador portuario.

La forma del contrato de embarco también es distinta, sin perjuicio de que, al igual que cualquier contrato individual de trabajo, sea un contrato consensual.

En este estudio se intentará abordar, en el primer capítulo, el tema de los trabajadores marítimos, analizando el contrato de la gente de mar o contrato de embarco, los trabajadores portuarios, los pesqueros y demás.

En el segundo capítulo se tratará el tema de los privilegios marítimos, sus características, objeto y los enfrentaremos a los privilegios de derecho común. También se abordará detenidamente los créditos privilegiados de los trabajadores y las ventajas jurídicas que a ellos aporta. Se individualizarán los sujetos activos del privilegio en estudio.

Luego, en el tercer apartado de esta Memoria, estudiaremos el arraigo de naves para el cumplimiento forzado de un crédito laboral privilegiado. Intentaremos demostrar el doble carácter de medida de ejecución y de cautela.

Por último, se tratará de explicar la razón de la escasa o nula jurisprudencia en la materia y se tratará de concluir que ciertos trabajadores marítimos tienen un medio poderosísimo de cumplimiento forzado de sus créditos rayano en el abuso del derecho.

Los temas que se van a estudiar bajo el título “El derecho laboral como fuente de privilegio marítimo” no han sido tratados desde el punto de vista del derecho del trabajo. Los estudiosos de esa rama del derecho sólo han abordado la temática al analizar el contrato de embarco, pero se han limitado a estudiar los elementos que contiene esta especie dentro del género de la contratación laboral. La doctrina encargada del estudio del derecho marítimo, en cambio, ha abordado tangencialmente el tema, pero como una de las fuentes de crédito privilegiado o al analizar el tema de los sujetos de derecho naviero. Se ha estudiado el tema de la legislación marítima laboral², pero como una simple recopilación de normas hoy obsoletas con la modificación de la Ley de Navegación y del Libro III del Código de Comercio. También se estudió el tema en una Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de esta Universidad, pero datada en 1946, más de cuarenta años antes de la modificación del Código de Comercio en materia de transporte

² REVISTA TÉCNICA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Tratado Marítimo del Trabajo, Santiago, Chile. Ediciones Revista Técnica del Trabajo, 1969.

marítimo. El título de dicho estudio tiene el mismo significado que se le pretende dar al presente³.

Esta propuesta pretende ser un aporte a la rama del derecho del trabajo, ampliando el criterio del estudio de los contratos especiales hacia sus efectos.

CAPÍTULO I

TRABAJADORES MARÍTIMOS

El trabajo humano es necesario para sobrevivir y transformar el medio en el que se desenvuelve. Ha sido definido como una necesidad de la naturaleza que si no se practica, el hombre se degrada física y moralmente⁴. El ser humano es capaz de adaptarse al medio, desarrollándose y venciendo las dificultades del mismo. Así, se ha adaptado al ambiente acuático.

El concepto de trabajador marítimo abarca un gran número de sujetos. Es amplio, más amplio que el concepto de personal embarcado, pero se ha dado énfasis en la regulación de las actividades de estos últimos. Este especial tratamiento jurídico del contrato de embarque se debe a las circunstancias extraordinarias en que se desenvuelve la relación de subordinación y dependencia.

³ RODRÍGUEZ NADRUZ, Juan Antonio. De los Privilegios de la Gente de Mar, Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1946.

⁴ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo, 4ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, T. I, pág 11.

Sin embargo, se puede concluir que los hombres de mar, los empleados embarcados, no son los únicos trabajadores marítimos. Se puede sostener que también lo son los trabajadores portuarios, los empleados de empresas de muellajes, de empresas navieras no embarcados y los que prestan sus servicios sobre las balsas jaulas en la industria acuícola⁵, los pescadores artesanales y otras tantas personas que trabajan de manera dependiente o independiente en el mar. Incluso, hay autores que encuentran apropiado hablar de agua o de medio acuático que de mar, por cuanto la normativa de navegación no regula sólo la que se desenvuelve en el mar, sino que en ríos y lagos⁶. Sin embargo, en este capítulo se tratará de responder si toda esta gran gama de prestadores de servicios son sujetos de créditos privilegiados en relación a la norma del artículo 844 número 2º del Código de Comercio y el alcance del inciso segundo de dicha norma.

Como se sostuvo en la introducción a este trabajo que el objeto de este estudio es conocer qué créditos laborales son fuente de privilegios marítimos capaces de lograr el arraigo de una nave para garantizar el cumplimiento de la obligación. En este capítulo corresponde entonces analizar quienes son sujetos de derecho laboral marítimo para luego, en el próximo capítulo, definir

⁵ Se ha interpretado que las balsas jaulas utilizadas en la acuicultura como centros de engorda de salmónidos no son artefactos navales (menos naves) por la razón de que no desplazan agua. Aunque el tema no es atinente, en nuestra opinión, las balsas jaulas si son artefactos navales, debiendo tratar a los trabajadores que prestan sus servicios en ella como embarcados. La interpretación contraria tiene sus fundamentos económicos en el fomento a la industria acuícola ya que: “Artefacto naval es todo aquel que, no estando construido para navegar, cumple en el agua funciones de complemento o de apoyo a las actividades marítimas, fluviales o lacustres o de extracción de recursos tales como diques, grúas, plataformas fijas o flotantes, balsas u otros similares. No se incluyen en este concepto las obras portuarias aunque se internen en el agua”. Así define artefacto naval el artículo 826 inciso 2º del Código de Comercio. Si se le da el carácter de artefacto naval, todo el personal que trabaja a bordo de una balsa jaula debería recibir el tratamiento jurídico de trabajador embarcado, según lo dispone el artículo 96 del Código del Trabajo.

⁶ HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 17ª Ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, T. 1, pág. 208.

quienes, dentro de esta clasificación, son los sujetos activos de los créditos privilegiados señalados en el artículo 844 N° 2° del Código de Comercio.

La regulación de esta materia la encontramos no sólo en Código del Trabajo, de Comercio y en la Ley de Navegación D.L. N° 2222 de 1978, sino en una serie de normativas legales y reglamentarias como la ley de fomento a la marina mercante, la legislación portuaria, una gran cantidad de Convenciones Internacionales y Convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo⁷.

A. EL PERSONAL EMBARCADO O GENTE DE MAR

El personal embarcado es sin duda alguna el sujeto de derecho marítimo laboral de más interesante estudio. En efecto, las condiciones excepcionales en que se encuentran estos prestadores de servicios hace que tengan normas propias en relación al feriado, a la jornada de trabajo y en su contratación rigen especiales consideraciones en cuanto a su idoneidad para el cargo.

En materia de transporte marítimo rige una obligación esencial para el armador: **garantizar la navegabilidad de la nave**. Esta obligación no sólo se cumple presentando una nave o artefacto naval en condiciones seguras de navegar, con todo los equipos necesarios, sino que también debe tener un personal idóneo. Por razones de protección a la vida humana en el mar, de la navegación y del medio ambiente, las aptitudes de las personas que trabajan a

⁷ OIT. Convenios y Recomendaciones sobre el Trabajo Marítimo. 3ª ed. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2000.

bordo de las naves es una cuestión de gran relevancia para cumplir el requisito de navegabilidad.

Por otro lado, la nave es una empresa que no deja de trabajar y los empleados no pueden salir de ella después de su jornada de trabajo: ellos residen en la industria⁸.

Con los avances técnicos en materia de navegación satelital, comunicaciones y autonomía se han disminuido mucho los riesgos de la actividad naviera, pero también han hecho más gravoso y menos romántica la actividad del marino mercante: se han reducido las escalas en los puertos por la alta mecanización de los mismos y la mayoría de las veces el marino no puede desembarcar. El adagio “*en cada puerto una mujer*” no es más que un lejano recuerdo de antaño.

En la nave, se requiere una fuerte jerarquía en el mando puesto que el mínimo error puede causar puede arriesgar embarcación, pasajeros, carga, tripulación y medio ambiente.

Son por esos argumentos que el legislador ha puesto tanto énfasis en la regulación de las actividades de la gente de mar.

Respecto de ellos podemos encontrar definiciones legales como: “*Personal embarcado o “gente de mar” es el que, mediando contrato de embarco, ejerce profesiones, oficios u ocupaciones a bordo de naves o*

⁸ RODIÈRE, René y JAMBU-MERLIN, Roger. *Traité Général de Droit Maritime*. Paris. Dalloz, 1978. págs 1 y 2.

artefactos navales.” Así los define el artículo 47 del Decreto Ley N° 2222 que Sustituye Ley De Navegación. Similar concepto entrega a este respecto el artículo 96 del Código del Trabajo⁹.

Por lo tanto, los elementos mínimos del concepto legal de personal embarcado son: **el contrato de embarco y el prestar servicios a bordo de naves o artefactos navales.**

El contrato de embarco está definido en el artículo 98 del Código del Trabajo: *“El contrato de embarco es el que celebran los hombres de mar con el naviero, sea que éste obre personalmente o representado por el capitán, en virtud del cual aquéllos convienen en prestar a bordo de una o varias naves del naviero, servicios propios de la navegación marítima, y éste a recibirlos en la nave, alimentarlos y pagarles el sueldo o remuneración que se hubiere convenido.*

Dicho contrato debe ser autorizado en la Capitanía de Puerto en el litoral y en los consulados de Chile cuando se celebre en el extranjero. Las partes se regirán, además, por las disposiciones especiales que establezcan las leyes sobre navegación.

Las cláusulas del contrato de embarco se entenderán incorporadas al respectivo contrato de trabajo, aun cuando éste no conste por escrito.”

Del artículo anterior se puede llegar a concluir que el contrato de embarco es un simple anexo del contrato de trabajo y que el primero no es

⁹ Código del Trabajo; Artículo 96: *“Se entiende por personal embarcado o gente de mar el que, mediando contrato de embarco, ejerce profesiones, oficios u ocupaciones a bordo de naves o artefactos navales”.*

más que una formalidad o requisito adicional que requieren las leyes especiales de navegación para trabajar en una nave o artefacto naval. Se ha sostenido que, en el embarco, existe una dualidad de contratos¹⁰.

Podemos identificar diversos sistemas de contratación de la dotación^{11 12} de una nave o artefacto naval¹³:

Una, es aquella en que la oficialidad y la tripulación de una embarcación están contratadas en forma indefinida o por un plazo mayor al embarco, de acuerdo con las leyes generales de la normativa laboral y que por lo tanto se deberá cumplir con todos los requisitos señalados en el artículo 10 del Código del Trabajo¹⁴. De esta manera, si un oficial o un tripulante es

¹⁰ GARCIA CUELLO, Mauricio Andrés. Análisis del Contrato de los Trabajadores Embarcados o Gente de Mar y Legislación Comparada. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). [en línea] Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2004 <http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2004/garcia_m/html/index-frames.html> [consulta: 17 de mayo de 2007].

¹¹ Código del Trabajo; Art. 100: “La dotación de la nave está se compone del capitán, oficiales y tripulantes. Los oficiales, atendiendo su especialidad, se clasifican en personal de cubierta, personal de máquina y servicio general, y los tripulantes en personal de cubierta y personal de máquina. Los oficiales y tripulantes desempeñarán a bordo de las naves las funciones que les sean señaladas por el capitán, en conformidad a lo convenido por las partes.

¹² Decreto Ley 2.222; Art. 73: “Dotación es el número de oficiales y tripulantes que sirve para atender y desempeñar las diversas funciones y operar con seguridad los instrumentos y accesorios de una nave y sus medios de salvamento, ya sea en navegación o en puerto.

La dotación de seguridad para las naves mayores será fijada por la Dirección, y para las naves menores por la Autoridad Marítima, de conformidad con el reglamento respectivo.

El capitán o patrón, los oficiales y los tripulantes cuyos contratos hayan sido registrados ante la Autoridad Marítima, constituyen la dotación de una nave.

¹³ GARCÍA INFANTE, Felix, Derecho del Transporte Marítimo, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1993. pág. 125.

¹⁴ Código del Trabajo; Art. 10: “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

- 1.- lugar y fecha del contrato;
- 2.- individualización de las partes con indicación de la nacionalidad y fechas de nacimiento e ingreso del trabajador;
- 3.- determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias;
- 4.- monto, forma y período de pago de la remuneración acordada;
- 5.- duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno;
- 6.- plazo del contrato, y

contratado por un armador de manera permanente o por un plazo mayor al período de navegación mediante la suscripción de un contrato de trabajo, cada vez que se embarque, deberá contar adicionalmente con un contrato de embarco celebrado con su empleador, cuyas cláusulas se entenderán incorporadas al respectivo contrato individual de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 98 del Código del ramo ya citado.

La otra, es aquella en que la gente de mar, ya sean oficiales o tripulantes, sólo celebren contrato de embarco y que no están vinculados con otro contrato de trabajo con el naviero en cuyas naves prestarán servicio. Ello ocurre cuando se trata de personal independiente que está disponible en puerto para embarcarse o cuando trabajan para una empresa cuyo objeto es proporcionar personal a un armador para dotar una nave, dando lugar a una situación de subcontratación. En estos casos, el contrato tiene como plazo el fin del viaje.

Entonces podemos concluir, a pesar de la simple lectura de la definición legal del contrato de embarco que no es un simple anexo a un contrato de trabajo. Podemos sostener, con toda propiedad, que el contrato de embarco puede ser un contrato principal y no uno accesorio a otro. Refuerza esta tesis la interpretación armónica de la definición legal en análisis con el artículo 103

7.- demás pactos que acordaren las partes.

Deberán señalarse también, en su caso, los beneficios adicionales que suministrará el maleador en forma de casa habitación, luz, combustible, alimento u otras prestaciones en especie o servicios.

Cuando para la contratación de un trabajador se le haga cambiar de domicilio, deberá dejarse testimonio del lugar de su procedencia.

Si por la naturaleza de los servicios se precisare el desplazamiento del trabajador, se entenderá por lugar de trabajo toda la zona geográfica que comprenda la actividad de la empresa. Esta norma se aplicará especialmente a los viajantes y a los trabajadores de empresas de transporte.”

del Código del Trabajo que previene: “*El contrato de embarco, además de lo expresado en el artículo 10, deberá indicar:*

- a) nombre y matrícula de la nave o naves;*
- b) asignaciones y viáticos que se pactaren, y*
- c) puerto donde el contratado debe ser restituido.*

Si la convención en virtud de la cual se pacta el embarco de una persona fuera un simple anexo de un contrato escrito o consensual, sería absolutamente innecesario el que consten todos los requisitos previstos en el artículo 10 del Código que se refiere a los contenidos mínimos del pacto entre trabajador y empleador.

Como conclusión de esta primera parte del análisis del concepto legal podemos señalar que el contrato de embarco puede ser un contrato de trabajo por sí sólo o puede ser un anexo al segundo que tiene por objeto cumplir con los requisitos administrativos ante la autoridad marítima o la consular. En esta parte nos separamos de la doctrina que dice que siempre existe una dualidad de contratos: el contrato de trabajo y el de embarco. También nos separamos de la interpretación dada en el Dictamen N° 3280-93, de 12 de agosto de 2003¹⁵, de la Dirección del Trabajo, en que señala que el Contrato de Embarco y el Contrato Individual de Trabajo constituyen, desde el punto de vista laboral, contratos diferentes, razón por la cual en la relación que une a la gente de mar con el armador o naviero deben, necesariamente, concurrir ambos. Por consiguiente, en el evento de no encontrarse escriturado el

¹⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-62956.html>> [consulta: 16 de Mayo de 2007].

contrato individual de trabajo, no resulta posible considerar como tal al contrato de embarco.

El legislador no sólo definió lo que es gente de mar, sino que también clasificó al personal embarcado en el artículo 48 del DL 2222¹⁶ que Sustituye la Ley de Navegación. Los clasifica en dos grandes grupos: **Trabajadores de naves mercantes**, en la que pueden ser capitán, oficial o tripulantes o **trabajadores de naves especiales y menores**, en la que pueden ser patrones, oficiales de naves especiales, tripulantes de naves especiales y pescadores artesanales.

Esta clasificación está dada en razón a la nave o artefacto naval en la cual se encuentre embarcado el trabajador¹⁷ y no tiene mayor importancia salvo la denominación de ciertos miembros de la dotación y las características y composición de la misma en los diferentes tipos de naves. Por ejemplo, en una nave menor o en una nave especial mayor habrá un *Patrón* y no un *Capitán*, pero las funciones y responsabilidades serán las mismas para uno y

¹⁶ Decreto Ley 2.222; Art. 48: “El personal embarcado o “gente de mar” se divide en las siguientes categorías, según la clase de nave en que presta servicios:

1. De naves mercantes:
 - a) Capitán;
 - b) Oficiales; y
 - c) Tripulantes.
2. De naves especiales y menores:
 - a) Patrones;
 - b) Oficiales de naves especiales;
 - c) Tripulantes de naves especiales; y
 - d) Pescadores artesanales.

¹⁷ Decreto Ley 2.222; Art. 4: “Las naves se clasifican en mercantes y especiales y, según su porte, en naves mayores y menores.

Son naves mercantes las que sirven al transporte, se nacional o internacional.

Son naves especiales las que se emplean en servicios, faenas o finalidades específicas, con características propias para las funciones a que están destinadas, tales como remolcadores, pesqueros, dragas, barcos científicos o de recreo, etcétera.

Son naves mayores aquellas de más de cincuenta toneladas de registro grueso, y naves menores, las de cincuenta o menos toneladas de registro grueso.

otro, salvo norma especial en contrario. Así lo establece el artículo 60 de la Ley de Navegación¹⁸.

Los artículos 49¹⁹, 61²⁰ y 65²¹ de la Ley de Navegación establecen los requisitos generales para ser capitán, oficial o tripulante.

El **capitán** es la autoridad máxima de una nave mayor. Este cargo está definido como el jefe superior de la nave encargado de su gobierno y dirección^{22 23}.

En la legislación laboral, el capitán tiene un tratamiento de jefe o superior jerárquico respecto del resto de la dotación. El artículo 4 del Código del Trabajo²⁴ establece una presunción de derecho respecto de la

¹⁸ Decreto Ley 2.222; Art. 60: “Los deberes, atribuciones y responsabilidades que establece esta ley para el capitán son aplicables a toda persona que asuma o desempeñe el mando de una nave de cualquier clase, con las limitaciones que determine el reglamento respectivo.”

¹⁹ Decreto Ley 2.222; Art. 49: “Para ser capitán es necesario ser chileno y poseer el título de tal conferido por el Director.”

²⁰ Decreto Ley 2.222; Art. 61: “Salvo lo previsto en el artículo 68, para ser oficial de naves nacionales será necesario poseer título de tal y licencia de embarco, otorgados por el Director; ser chileno y estar inscrito en el Registro de Oficiales de Naves de la Dirección. En esta categoría estarán comprendidos los aspirantes a oficiales que realicen su viaje de instrucción.”

²¹ Decreto Ley 2.222; Art. 65: “Para ser tripulantes de naves nacionales es necesario ser chileno, poseer matrícula o permiso otorgado por la Autoridad Marítima y estar inscrito en el respectivo Registro. Como comprobante de la inscripción, la Autoridad Marítima otorgará a cada tripulante una libreta de matrícula”.

²² Código de Comercio; Art. 905: “El capitán es el jefe superior de la nave encargado de su gobierno y dirección y está investido de la autoridad, atribuciones y obligaciones que se indican en este Código y en las demás normas legales relativas al capitán.

En el desempeño de su cargo, está facultado para ejercer las funciones técnicas, profesionales y comerciales que le sean propias.”

²³ Decreto Ley 2.222; Art. 55: “E capitán, durante el desempeño de su puesto en una nave nacional, está facultado para ejercer funciones técnicas, profesionales y comerciales inherentes a su cargo en todo lo relacionado con el interés de la nave, la dotación, los pasajeros, la carga y el resultado del viaje.”

²⁴ Código del Trabajo; Art.4: “Para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a este con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán del barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica.”

Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrá su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores.”

representación legal del capitán respecto del empleador y, en tal carácter, obliga al armador. Como el capitán es una persona que tiene la facultad de representar al armador de la nave, por regla general, y salvo pacto en contrario, es el armador quien lo designa²⁵. Sin embargo, las partes pueden pactar lo contrario y, por ejemplo, puede que lo designe el fletador, el propietario de la nave que no sea el armador (no es necesario que coincidan la calidad de propietario con el armador de la nave) o el operador.

El ya citado artículo 98 del Código del Trabajo pone al capitán como uno de los sujetos que puede firmar el contrato de embarco con los hombres de mar representando al armador.

La autoridad máxima de la nave cumple funciones técnicas, profesionales y comerciales. Para determinar con mayor precisión cuales son esas funciones señaladas en los artículos 905 del Código de Comercio y 55 de la Ley de Navegación, podemos distinguir principalmente las siguientes: Delegado de la autoridad pública²⁶; jefe técnico de la expedición; y factor del naviero y representante del transportador.

Como **delegado de la autoridad pública**, el indicado artículo 905 del Código de Comercio indica que está investido de autoridad y como tal, el capitán es el encargado de mantener la disciplina y el orden a bordo de la

²⁵ Código de Comercio; Art. 906: “Salvo acuerdo o disposición legal en contrario, el capitán de una nave es siempre designado por el armador.”

²⁶ Decreto Ley 2.222; Art. 51: “El capitán de una nave nacional es delegado de la autoridad pública para la conservación del orden y disciplina en la nave.

Con este objeto, el capitán podrá mantener a bordo, de conformidad a la ley y bajo su exclusiva responsabilidad, el armamento menor que sea necesario para la defensa personal y la protección de la nave, el cual deberá ser registrado ante la autoridad correspondiente del puerto de matrícula.”

nave²⁷. Como manifestación de esta autoridad, podemos indicar que los oficiales, tripulantes y pasajeros le deben respeto y obediencia al capitán en cuanto a la navegación y a la seguridad de la nave²⁸; tiene la facultad de mantener armamento; tiene la función de cautelar el cumplimiento de las leyes y los reglamentos²⁹; está facultado para sancionar las faltas disciplinarias que se cometan a bordo³⁰; es un ministro de fe de los hechos que ocurran a bordo de la nave y que sea necesario certificar como un nacimiento, una muerte³¹ o un testamento³².

²⁷ Código de Comercio; Art. 908: “El capitán de la nave es el encargado del orden y disciplina a bordo, debiendo adoptar las medidas necesarias para el logro de estos objetivos”.

²⁸ Decreto Ley 2.222; Art. 52: “Los oficiales, tripulantes y pasajeros deben respeto y obediencia al capitán en todo lo relativo al servicio de la nave, y a su seguridad y la de las personas y carga que transporte.”

²⁹ Decreto Ley 2.222; Art. 53: “El capitán debe respetar y hacer cumplir las leyes y reglamentos de la República, en especial, la legislación marítima, de sanidad, del trabajo y de policía de los puertos.”

³⁰ Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, el capitán tenía la facultad y la obligación de realizar las primeras diligencias del sumario respecto de los delitos cometidos durante la navegación y debía dar cuenta a la Autoridad Marítima de las personas que arreste en caso de iniciar las investigaciones del sumario y en cuanto al inculpado. El capitán tenía también la obligación de denunciar los delitos que ocurrieran a bordo de la nave a su cargo durante el viaje en el mar territorial. Así lo establecía el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal. Hoy, dicha norma se reproduce en el artículo 175 letra c) del Código Procesal Penal que previene: “Estarán obligados a denunciar: c) Los jefes de puertos, aeropuertos, estaciones de trenes o buses o de otros medios de locomoción o de carga, los capitanes de naves o de aeronaves comerciales que naveguen en el mar territorial o en el espacio territorial, respectivamente, y los conductores de los trenes, buses y otros medios de transportes o carga, los delitos que se cometieren durante el viaje, en el recinto e una estación, puerto o aeropuerto o a bordo del buque o aeronave.”

³¹ Decreto Ley 2.222; Art. 54: “El capitán será ministro de fe respecto de los hechos que ocurrieren a bordo y que sea necesario certificar, como nacimientos, defunciones y otros.

El reglamento determinará las formalidades a que se sujetará el capitán en el ejercicio de esta función.”

³² Código Civil; Art. 1055: “En los buques mercantes bajo bandera chilena, podrá sólo testarse en la forma prescrita por el artículo 1048, recibiendo el testamento por el capitán o su segundo o el piloto, y observándose además lo prevenido en el artículo 1050.”

Art. 1048: “Se podrá otorgar testamento marítimo a bordo de un buque chileno de guerra en alta mar.

Será recibido por el comandante o por su segundo a presencia de tres testigos.

Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se expresará esta circunstancia en el testamento.

Se extenderá un duplicado del testamento con las mismas firmas que el original.”

Art. 1050: “Si el buque antes de volver a Chile arribare a un puerto extranjero, en que haya un agente diplomático o consular chileno, el comandante entregará a este agente un ejemplar del testamento exigiendo recibo, y poniendo nota de ello en el diario, y el referido agente lo remitirá al Ministerio de Marina para los efectos expresados en el artículo 1029.

Si el buque llegare antes a Chile, se entregará dicho ejemplar con las mismas formalidades al respectivo gobernador marítimo, el cual lo transmitirá para iguales efectos al Ministerio de Marina.”

Como ministro de fe, el capitán debe mantener a bordo el diario de navegación o bitácora y demás libros y registros y documentos exigidos por las leyes, reglamentos y usos del comercio marítimo³³. En el diario de navegación se anotan todos los acontecimientos que digan relación con la navegación de una manera secuencial en el tiempo e indeleble. La bitácora tiene un valor de instrumento público y la forma como debe llevarse está regulada en el artículo 913 del Código de Comercio³⁴. Es de tal importancia este libro que la Ley de Navegación obliga al capitán a salvarlo en caso de siniestro³⁵, además de dejar constancia de inmediato de la ocurrencia del incidente en el mismo instrumento. Entre otros libros que debe llevar están el Rol de Dotación^{36 37} y la Lista de Pasajeros³⁸.

En el ejercicio de sus atribuciones de **jefe técnico de la expedición**, el capitán tiene la obligación de cautelar la seguridad de la navegación y el deber de ejercer estas funciones para que el viaje llegue a buen término³⁹. Esta es la

³³ Código de Comercio; Art. 912: “El capitán debe mantener a bordo el diario de navegación o bitácora y demás libros y documentos exigidos por las leyes, reglamentos y usos del comercio marítimo, debiendo asentarse en ellos los datos y hechos que las mismas normas prescriben.

Estarán además bajo su custodia, los instrumentos que registren datos relacionados con la navegación y la explotación comercial de la nave.”

³⁴ Código de Comercio; Art. 913: “El libro de bitácora o diario de navegación tiene el valor de instrumento público, siempre que las anotaciones en él estampadas lleven la firma del oficial de guardia y estén visadas por el capitán de la nave. Estas anotaciones no deben tener espacios en blanco, ni enmendaduras o alteraciones.

Con todo, las anotaciones también podrán estamparse por medios mecánicos o electrónicos, siempre que estos garanticen la fidelidad y permanencia de los datos consignados.”

³⁵ Decreto Ley 2.222; Art. 57: “En caso de siniestro, el capitán debe poner a salvo el diario de navegación y los documentos, libros y efectos importantes de la nave.”

³⁶ Decreto Ley 2.222; Art. 75; “Todo el personal embarcado se registrará en el Rol de Dotación, documento que siempre deberá mantenerse a bordo de la nave.”

³⁷ Decreto Ley 2.222; Art. 79: “El Rol de Dotación y la Lista de Pasajeros serán agregados como anexos como anexos a la Declaración General de la nave.”

³⁸ Decreto Ley 2.222; Art. 78: “Las naves que transporten pasajeros deben llevar la nómina de ellos +, que se llamará Lista de Pasajeros.”

³⁹ Decreto Ley 2.222; Art. 89: “El capitán será siempre responsable de la seguridad de la nave y de su dotación. Para estos efectos, deberá observar una constante vigilancia del estado de la maniobra de la nave y el mayor cuidado de su equipo y de sus accesorios.

facultad y obligación más importante del capitán porque está íntimamente ligada con la navegabilidad de la nave. La navegabilidad es la aptitud de una nave para flotar y navegar en condiciones seguras y eficientes, atendiendo el tráfico o viaje que se propone emprender.

El principal obligado a custodiar que las condiciones de navegabilidad de nave se mantengan es el capitán y lo está de tal manera que, aunque un tercero tome el control de la embarcación, el capitán sigue siendo el responsable de la misma, como ocurre cuando un práctico o un piloto toman el puente para atracar la nave en puerto, en el caso del primero, o cuando se navega por un canal o estrecho respecto de los cuales la Autoridad Marítima haya ordenado el empleo de los segundos⁴⁰ ⁴¹e incluso no puede delegar en algún oficial de cubierta esta función de gobierno técnico cuando se está arribando o zarpando de puerto o se navegue en zonas peligrosas.

La autoridad máxima de la nave debe preparar la nave y expedir la nave, es decir, debe preocuparse que la embarcación esté lo suficientemente armada, equipada, apertrechada y dispuesta de toda forma para navegar. Se le suma a esta función la de lograr, con el cumplimiento de todos los requisitos legales y reglamentarios, el despacho o autorización de zarpe que efectúa la Autoridad Marítima.

La Dirección velará por el fiel cumplimiento de estas disposiciones y controlará los elementos que se empleen en las faenas.”

⁴⁰ Decreto Ley 2.222; Art. 59: “Será obligación preferente del capitán vigilar en persona el gobierno de la nave a la arribada o zarpe de los puertos, o durante la navegación en ríos, canales o zonas peligrosas, aunque esté a bordo el práctico.”

⁴¹ Código de Comercio; Art. 910: “Será obligación preferente del capitán vigilar en persona el gobierno de la nave a la arribada y zarpe de los puertos, o durante la navegación en los ríos, canales o zonas peligrosas, aunque esté a bordo el práctico o piloto.”

Previo a la navegación propiamente tal, encontramos el deber del capitán de velar por la correcta estiba o carga de la nave, debido a que una mala estibación de la carga en el barco, puede producir una pérdida de la estabilidad del mismo o si la carga queda mal atrincada esta puede desestibarse con el movimiento de las olas. Por otra parte, la Ley lo obliga a chequear las labores de carga tanto en el muelle como en la nave para proteger la vida humana de los demás trabajadores⁴².

Por último, el capitán es factor del naviero y representante del transportador. Por factor debemos entender el concepto que da el artículo 237 del Código de Comercio, es decir, el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante. Entonces el capitán es factor del naviero o del armador porque administra la nave por cuenta de su mandante⁴³. Los representa, como ya vimos, en materia de contratación de la dotación y el Código del Trabajo presume de derecho que representa al empleador.

⁴² Decreto Ley 2.222; Art. 90: *“El capitán de la nave velará porque el embarque, estiba y desembarque de la carga se efectúen con las precauciones y cuidados que aseguren su integridad y la del personal en estas faenas.*

Cualquier persona que intencionalmente destruyere, inutilizare o dañare la carga, será sancionada de acuerdo con la pena prevista en el artículo 485 del Código Penal, aumentada en un grado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda afectar al capitán de la nave.”

⁴³ Código de Comercio; Art. 907: *“El capitán es representante legal del propietario de la nave o del armador, en su caso, y como tal los representa en juicio activa y pasivamente. Lo anterior es sin perjuicio de la representación que corresponda al agente de naves que la atiende. Además de factor del naviero, es representante de los cargadores para los efectos de la conservación de la carga y resultado de la expedición.”*

Representa, también, al propietario, al armador y al operador ante las autoridades marítimas y portuarias⁴⁴.

Además, el capitán representa al transportador y a los cargadores para los efectos de la custodia y conservación de la carga. Así lo previenen el artículo 915⁴⁵ y el ya citado artículo 907 ambos del Código de Comercio.

El capitán, como se ha podido analizar, es el más importante sujeto de derecho laboral marítimo y por lo peculiar de sus funciones, tiene un tratamiento en la legislación en sus dos facetas: representante del empleador y como trabajador.

Hemos analizado principalmente las normas que se refieren a las potestades del capitán, pero también las hay que regulan su calidad de trabajador. Así, el Código del Trabajo también regula los derechos laborales de este importante prestador de servicios. El gerente de una empresa también es trabajador de la misma y como tal tiene la protección de todo trabajador.

En cuanto a trabajador, el capitán debe estar contratado y para estar a bordo de la nave, debe haber suscrito un contrato de embarco visado por la autoridad marítima o consular, quienes examinarán si cumple con los requisitos exigidos por la ley y los reglamentos para ello.

⁴⁴ Decreto Ley 2.222; Art. 46: “Sin perjuicio de la representación del agente de naves, el capitán es representante legal del propietario, armador u operador de la nave ante las autoridades marítimas y portuarias.”

⁴⁵ Código de Comercio; Art. 915: “El capitán tiene, en representación del transportador, la custodia de la carga y de cualquier efecto que reciba a bordo, y está obligado a cuidar de su apropiada manipulación en las operaciones de carga y descarga, de su buen arrumaje y estiba, de su custodia y conservación, y de su adecuada entrega e el puerto de destino.”

El Código del Trabajo regula, en los artículos 96 y siguientes, el contrato de embarco, por lo tanto se le aplican todas las normas especiales en ellos contenidos, salvo lo que se refiere a jornada de trabajo que expresamente son excluidas para el capitán o para quien lo reemplace, al ingeniero jefe, al comisario, al médico, al encargado de la radio ni a cualquier oficial que de acuerdo al reglamento de trabajo a bordo, se desempeñe como jefe de un departamento o servicio de la nave y que tengan a cargo otros trabajadores⁴⁶. La norma del artículo 106⁴⁷ del Código del Trabajo, que establece la norma general sobre jornada de trabajo para la gente de mar, no se le aplica al capitán y está en armonía con el artículo 22 del mismo cuerpo legal que exime de la limitación de la jornada de trabajo a ciertos empleados, pero el artículo 108 va más allá y sostiene que la labor del comandante de la nave debe ser considerada continua y sostenida mientras permanezca a bordo, es decir, se puede sostener que el capitán está de manera permanente dispuesto al trabajo.

Las otras normas aplicables al capitán en materia de trabajo van a ser analizadas de manera orgánica al final de este apartado.

Los **oficiales** también forman parte de la dotación y atendida sus menores responsabilidades, tienen una regulación mucho menor que con

⁴⁶ Código del Trabajo; Art. 108: “La disposición del artículo 106 no es aplicable al capitán, o a quien lo reemplazare, debiendo considerarse sus funciones como de labor continua y sostenida mientras permanezca a bordo.

Tampoco se aplicará dicha disposición al ingeniero jefe, al comisario, al médico, al telegrafista a cargo de la estación de radio y a cualquier otro oficial que, de acuerdo con el reglamento de trabajo a bordo, se desempeñe como jefe de un departamento o servicio de la nave y que, en tal carácter, deba fiscalizar los trabajos ordinarios y extraordinarios de su subordinados.”

⁴⁷ Código del Trabajo; Art. 106: “La jornada semanal de la gente de mar será de cincuenta y seis horas distribuidas en ocho horas diarias.

Las partes podrán pactar horas extraordinarias sin sujeción al máximo establecido en el artículo 31.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero y solo para los efectos del cálculo y pago de las remuneraciones, el exceso de cuarenta y cinco horas semanales se pagará siempre con el recargo establecido en el inciso tercero del artículo 32.”

respecto al capitán. Sólo podemos escasos artículos en la Ley de Navegación que regulan a estos trabajadores.

El artículo 61 del Decreto Ley 2.222 regula los requisitos para poder ser oficial de la marina mercante nacional: Ser chileno y estar inscrito en el Registro de Oficiales de Naves de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante (DIRECTEMAR). En los reglamentos respectivos se determinan los títulos y especialidades de los oficiales⁴⁸.

También se regula la sucesión en caso de muerte u otro impedimento del capitán, caso en los cuales asume el mando de la nave el primer piloto y la subrogación sucesiva⁴⁹.

La norma establece igualmente que todos los oficiales y tripulantes están subordinados al primer oficial, que es el nexo entre el capitán y el resto de la dotación⁵⁰.

Se regula, por último, el cargo de oficial de guardia de cubierta, quién hace cumplir el régimen interno y las órdenes recibidas por el primer oficial y el capitán. Este funcionario está a cargo de la seguridad de la nave⁵¹.

⁴⁸ Decreto Ley 2.222; Art. 66: “En los reglamentos respectivos se determinarán los títulos y especialidades de los oficiales de naves; los requisitos para que el Director les otorgue los títulos, licencias o permisos; las obligaciones profesionales que con ellos se contraen; los requisitos de ascenso; la vigencia y cancelación de los mismos y, en general, todas las normas para el ejercicio de las funciones que requieran desempeñarse a bordo.

Los reglamentos determinarán los requisitos que deben cumplir los tripulantes, sean de cubierta o de máquina, para obtener la respectiva matrícula.”

⁴⁹ Decreto Ley 2.222; Art. 62: “En caso de muerte o impedimento del capitán durante la navegación o en puerto, asumirá el mando de la nave el primer piloto; a falta o impedimento de éste, el que le siga en orden jerárquico entre los oficiales de cubierta; y, sucesivamente, los de máquina y administración, debiendo el armador designar su reemplazante a la brevedad.”

⁵⁰ Decreto Ley 2.222; Art. 63: “Para los efectos del orden y disciplina, todos los oficiales y tripulantes de una nave están subordinados al primer oficial, quien actuará en cumplimiento de las órdenes impartidas por el capitán.”

Los **tripulantes** son los trabajadores embarcados con menor calificación. No requieren un título profesional. Sólo se requiere ser chileno y poseer la matrícula o permiso otorgado por la DIRECTEMAR que se entrega luego de aprobar un examen y ser inscrito en el respectivo Registro. La Dirección le entrega a cada tripulante una libreta en la cual se registra cada embarco y desembarco. Esta libreta es muy importante porque hace las veces de licencia y porque la ley laboral requiere que para embarcarse en una nave conste en ella el último desembarco⁵².

El **Patrón** es el sujeto equivalente al capitán, pero que ejerce su potestad en una nave menor o en ciertas naves especiales mayores⁵³. Estos sujetos de derecho laboral marítimo están calificados para desempeñar sus funciones en naves de 50 toneladas de registro grueso o menos o en naves especiales mayores. La ley asimila las categorías de capitán y patrón según lo establecido en el ya analizado artículo 60 de la Ley de Navegación.

Existen otras personas⁵⁴ que de pleno derecho tienen la calidad de tripulante como son los pescadores artesanales, cuya regulación se tratará más adelante cuando se estudien la regulación especial de los trabajadores

⁵¹ Decreto Ley 2.222; Art. 64: “El oficial de guardia de cubierta actuará en representación del capitán para hacer cumplirle régimen interno y las órdenes recibidas, y está facultado para requerir, si fuere necesario, la cooperación de todo el personal de la nave. En el desempeño de sus funciones diarias, el oficial de guardia de cubierta es responsable ante el capitán de la seguridad de la nave y del orden y disciplina a bordo.”

⁵² Código del Trabajo; Art. 104: “El capitán sólo tomará oficiales o tripulantes que en sus libretas tengan anotado el desembarco de la nave en que hubieren servido anteriormente. Esta anotación deberá llevar la firma de la autoridad marítima, o del cónsul respectivo si el desembarco hubiere acaecido en el extranjero.”

⁵³ Decreto Ley 2.222; Art. 71: “Patrón es la persona de nacionalidad chilena que, en posesión del título de tal otorgado por el Director, está habilitado para el mando de naves menores y determinadas naves especiales mayores.

Los patrones de naves especiales mayores podrán mandar sólo las que su título indique, según la clasificación que haga el reglamento y según sea el destino, condición o tráfico que realicen tales naves.

⁵⁴ Decreto Ley 2.222; Art. 72: “Las naves de pesca artesanal, las deportivas y los botes salvavidas de puerto estarán mandados y serán tripulados por personas con licencia de la categoría que determine el reglamento.”

embarcados en naves pesqueras, los deportistas, los miembros de la Armada y otros. Sin embargo, para la materia de este estudio, sólo tiene relevancia los pescadores artesanales trabajadores independientes.

Los diversos tipos de trabajadores analizados tienen en común el contrato de embarco. Desde capitán hasta tripulante se requiere un contrato de embarco para que puedan prestar sus servicios bajo subordinación y dependencia a bordo de una nave mayor o menor y, salvo la excepción ya indicada para el capitán, todos están sometidos a las normas señaladas en el Capítulo III del Título II del Libro I del Código del Trabajo que trata del contrato de los trabajadores embarcados o gente de mar y de los trabajadores portuarios eventuales.

Del contrato de embarco ya se han analizados varios aspectos en relación con la capacidad para contratar, pero hay varios aspectos interesantes que tratar en cuanto a la jornada de trabajo, a las normas relativas al descanso, al Reglamento de Trabajo a bordo, al pago de las remuneraciones y a otras normas que modifican las reglas comunes o generales de derecho laboral.

En cuanto a la jornada de trabajo del personal embarcado es de 56 horas distribuida en 8 horas diarias. Así lo establece el artículo 106 del Código del Trabajo. Esa es la jornada ordinaria de trabajo, pero con el objeto de evitar un empobrecimiento injusto, el legislador laboral ha establecido que las horas trabajadas por sobre las 45 semanales se pagarán con el recargo de las horas extraordinarias, pero con el solo objeto del cálculo y pago de las remuneraciones, sin perder el carácter de ordinarias.

En cuanto a las horas extraordinarias, no se aplica la limitación de 2 horas al día previsto en el artículo 31 del Código del Trabajo. A pesar de ello, la jornada no puede superar las 16 horas debido a que el artículo 116 del mismo código establece que el descanso mínimo no puede ser inferior a 8 horas en un día calendario.

Hay diversas situaciones en que no se da derecho al trabajador para percibir sus remuneraciones con el sobrecargo extraordinario. Esto ocurre cuando hay peligro para la nave o las personas a bordo; cuando es necesario salvar a otra nave en el mar o para evitar pérdidas de vidas humanas; o cuando sea necesario instruir al personal en zafarranchos de emergencia. A pesar de ello, los trabajadores tendrán derecho, en caso de salvamento a otra nave, a recibir la proporción de las indemnizaciones derivadas de ese cuasicontrato marítimo que se hayan pactado o que se adeuden según la costumbre internacional⁵⁵.

Tampoco dará derecho a sobretiempo el trabajo que deba desempeñar el oficial responsable cuando tenga por causa los errores náuticos o negligencia de su parte. En el mismo caso, pierden su derecho a la remuneración incrementada los oficiales de máquinas⁵⁶. Estas normas castigan a los oficiales negligentes y buscan evitar los muy onerosos atrasos para el naviero.

⁵⁵ Código del Trabajo; Art. 117: “No dan derecho a remuneración por sobretiempo las horas de trabajo extraordinario que ordene el capitán en las siguientes circunstancias:

- a) cuando esté en peligro la seguridad de la nave o de las personas embarcadas por circunstancias de fuerza mayor;
- b) cuando sea necesario salvar otra nave o embarcación cualquiera o para evitar la pérdida de vidas humanas. En estos casos las indemnizaciones que se perciban se repartirán en conformidad a lo pactado o en subsidio, a la costumbre internacional, y
- c) cuando sea necesario instruir al personal en zafarranchos de incendio, botes salvavidas y otras maniobras y ejercicios de salvamento.”

⁵⁶ Código del Trabajo; Art. 118: “El trabajo extraordinario que sea necesario ejecutar fuera de turno para seguridad de la nave o cumplimiento del itinerario del viaje, no dará derecho a sobretiempo al oficial

El artículo 119 del Código del Trabajo, reproduce la norma del artículo 34 del mismo código prescribiendo que las horas de comida no serán consideradas para los efectos de las horas de trabajo, lo cual en ningún caso quiere decir que las vituallas, que forman parte del armamento de la nave, no sean de cargo del armador.

La distribución de la jornada de trabajo la hace el armador directamente o por intermedio del capitán.

No es obligatorio el trabajo en días domingos o festivos mientras la nave se encuentra fondeada en puerto y, en este caso, la jornada de trabajo no puede exceder de 48 horas semanales⁵⁷ que claramente se distribuirán en un día menos. El profesor Héctor Humeres sostiene que desde el 1º de enero de 2005 debe entenderse que la jornada de trabajo es de 45 horas semanales cuando la nave se encuentre fondeada en puerto⁵⁸. Nosotros sostenemos que la jornada sigue siendo de 48 horas semanales y que no ha sido modificado por el legislador el artículo 109 y que el espíritu de dicha norma es, simplemente, excluir un día de trabajo a la jornada semanal, día que no se justifica por estar la nave en puerto. No habría otra explicación por la modificación expresa del artículo 106 del Código por el N° 17 del Artículo Único de la Ley N° 19.759. Dicha reforma mantiene en 56 horas la jornada semanal de trabajo para la

responsable, cuando tenga por causa errores náuticos o profesionales o negligencia de su parte, sea en la conducción o mantenimiento de la nave en la mar, o en la estiba, entrega o recepción de la carga; sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que los reglamentos marítimos autoricen.

Tampoco tendrán derecho a sobretiempo por trabajos fuera de turno, los oficiales de máquinas, cuando por circunstancias similares sean responsables de desperfectos o errores ocurridos durante su respectivo turno.”

⁵⁷ Código del Trabajo; Art. 109: “No será obligatorio el trabajo en días domingo o festivos cuando la nave se encuentra fondeada en puerto. La duración del trabajo en la semana correspondiente no podrá en este caso exceder de cuarenta y ocho horas.

⁵⁸ HUMERES NOGUER, Héctor, ob. cit. pág. 212.

gente de mar, pero establece que el exceso sobre las 45 horas semanales se pagará como jornada extraordinaria. En cambio, la Ley N° 19.759 no modifica el artículo 109 del Código del Trabajo que se mantiene vigente en 48 horas semanales cuando la nave se encuentre fondeada en puerto.

En cambio, cuando la nave está en alta mar, durante los días domingo y festivos, no se exigirá a la dotación más trabajos que aquellos que no puedan postergarse y que sean indispensables para el servicio, seguridad, higiene y limpieza de la nave, así lo establece el artículo 110 del Código⁵⁹. Pero esta especie de descanso dominical a medias no se aplica en los días en que la nave entra a puerto o salga de él debido a las operaciones de navegación que hay que practicar en dichas oportunidades. Tampoco se aplicará en los casos de fuerza mayor ni respecto al personal encargado de la atención de los pasajeros o de los trabajadores que permanezcan a bordo de la nave. En todo caso, el empleador tiene que compensar estos días de trabajo en día domingo y festivos una vez que el trabajador haya desembarcado⁶⁰.

Existen diversas situaciones en cuanto a la distribución de trabajo dependiendo si la dotación se encuentra en servicio de mar o en servicio de puerto. Así, establecerá **las reglas de servicio de mar**, que no sólo se aplica cuando la nave se encuentra en mar o en rada abierta, sino también cuando

⁵⁹ Código del Trabajo; Art. 110: “En los días domingo o festivos no se exigirán a la dotación otros trabajos que aquellos que no puedan postergarse y que sean indispensables para el servicio, seguridad, higiene y limpieza de la nave.”

⁶⁰ Código del Trabajo; Art. 111: “El descanso dominical que se establece por el artículo anterior, no tendrá efecto en los días domingo y festivos en que la nave entre a puerto o salga de él, en los casos de fuerza mayor ni respecto del personal encargado de la atención de los pasajeros o de los trabajadores que permanezcan a bordo de la nave.

El empleador deberá otorgar al término del período de embarque, un día de descanso en compensación a las actividades realizadas en todos los días domingo y festivos en que los trabajadores debieron prestar servicios durante el período respectivo. Cuando se hubiera acumulado más de un día de descanso en una semana, se aplicará lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 38.

permanece menos de 24 horas en rada abrigada o en puerto de escala. A la inversa, si la nave se encuentra más de 24 horas en rada abrigada o en puerto de escala, o en los casos en que la nave pase la noche o parte de la noche en el puerto de matrícula o en el puerto de término de línea o de retorno habitual del viaje, se aplicarán **las reglas de servicio de puerto**.

Además de estas reglas, generales, contenidas en el reglamento de trabajo a bordo, está el cuadro regulador de trabajo, tanto en el mar como en puerto, que será preparado por el capitán y visado por la autoridad marítima para que no se contradiga con el reglamento. Este cuadro de trabajo se fija en un lugar visible de la nave, de libre y fácil acceso.

Si se requiere modificar este cuadro regulador del trabajo, se dejará constancia en la bitácora o diario de la nave y serán comunicadas, al final del viaje, a la autoridad marítima para su aprobación⁶¹.

En cuanto al pago de las remuneraciones, la dotación será pagada en moneda nacional o en su equivalente en moneda extranjera y se harán los pagos por mensualidades vencidas, pero si el contrato se hubiere pactado por viaje redondo, es decir hasta la vuelta al puerto de origen, las remuneraciones se pagarán una vez que haya terminado el viaje. Los trabajadores podrán, en

⁶¹ Código del Trabajo; Art. 115: “El cuadro regulador de trabajo, tanto en la mar como en puerto, dentro de los límites de la jornada legal y de acuerdo con las modalidades del presente artículo, será preparado y firmado por el capitán, visado por la autoridad marítima para establecer su concordancia con el reglamento del trabajo a bordo, fijado en un lugar de la nave, de libre y fácil acceso. Las modificaciones a este cuadro, que fuere indispensable introducir durante el viaje, serán anotadas en el diario de la nave y comunicadas a la autoridad marítima par su aprobación o sanción de las alteraciones injustificadas que se hubieren hecho.”

todo caso, solicitar anticipos de hasta el cincuenta por ciento de los sueldos devengados⁶².

Además, si la nave recala en puerto donde el naviero no tenga dependencias para sus trabajadores, deberá pagarles viático por concepto de alojamiento, alimentación y movilización⁶³.

En cuanto a la terminación del contrato de embarco, este ocurre naturalmente con el desembarco, respecto del cual hay que dejar constancia en la libreta respectiva del tripulante para que pueda volver contratarse a bordo de una nave.

El contrato de embarco no termina siempre por las demás causales establecidas en el Código. Ello ocurre debido a que ninguna persona de la dotación de una nave podrá dejar su empleo sin la intervención de la autoridad marítima o consular del puerto en que se encuentra la nave⁶⁴. Esto por la razón de que las dotaciones de cada nave están reguladas por la autoridad marítima. Por otro lado no es tan simple despedir al trabajador o éste renunciar cuando la embarcación se encuentra navegando en alta mar. De esa manera, si existe un trabajador embarcado y tiene un contrato a término fijo cuyo plazo extintivo

⁶² Código del Trabajo; Art. 128: “Los sueldos de los oficiales y tripulantes serán pagados en moneda nacional o en su equivalente en moneda extranjera.

Los pagos se efectuarán por mensualidades vencidas, si se tratare de oficiales y si el contrato se hubiere pactado por tiempo determinado; en el caso de los tripulantes, se estará a lo que se hubiere estipulado.

En los contratos firmados por viaje redondo, los sueldos se pagarán a su terminación. No obstante, los oficiales y tripulantes tendrán derecho a solicitar anticipos hasta de un cincuenta por ciento de sueldos devengados.”

⁶³ Código del Trabajo; Art. 129: “Cuando por cualquier circunstancia, estando la nave en puerto, el empleador no pueda proporcionar alojamiento, alimentación o movilización a la gente de mar, en el país o en el extranjero, deberá pagarles viático para cubrir todos o algunos de estos gastos según el caso.”

⁶⁴ Código del Trabajo; Art. 120: *Ninguna persona de la dotación de una nave podrá dejar su empleo sin la intervención de la autoridad marítima o consular del puerto en que se encuentre la nave.”*

ocurre durante el viaje, este se entiende prorrogado hasta el final del viaje, es decir, a la arribada al puerto de matrícula o al puerto donde deba ser restituido el trabajador; pero si la nave llega a otro puerto nacional y faltaren más de 15 días para llegar al puerto de restitución, cualquier parte podrá dar por terminado el contrato debiendo ser restituido el trabajador por cuenta del naviero.

Pero la norma también da el derecho a que el trabajador desahucie el contrato con 4 días de anticipación a la salida de la nave cuando se emprendiere un viaje que excediere en un mes o más a la duración del contrato⁶⁵. Estos son casos en que existe una duplicidad de contratos: el contrato de trabajo y el contrato de embarco.

La Ley de Navegación establece también otras causales a las establecidas en el Código del Trabajo y están prescritas en relación a la importancia de la idoneidad del personal embarcado como elemento importante en la exigencia de mantener una nave en condiciones de navegar. De esa manera, el Decreto Ley 2.222 previene que dejará de pertenecer a la dotación de la nave el personal que pierda su aptitud profesional o física, por cancelación o suspensión de su título o licencia y por faltas gravísimas comprobadas por la autoridad marítima⁶⁶.

⁶⁵ Código del Trabajo; Art. 121: *“Si la nave emprendiere un viaje cuya duración hubiere de exceder en un mes o más al término del contrato., el contratado podrá desahuciarlo con cuatro días de anticipación, por lo menos, a la salida de la nave, al cabo de los cuales, quedará resuelto el contrato. Cuando la expiración del contrato ocurra en alta mar, se entenderá prorrogado hasta l llegada de la nave al puerto de su matrícula o aquel en que deba ser restituido el contratado. Pero, si antes de esto tocara la nave en algún puerto nacional y hubiere de tardar más de quince días en llegar al de restitución o de matrícula de la nave, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, siendo restituido el contratado por cuenta del armador.”*

⁶⁶ Decreto Ley 2.222; Art. 76: *“Sin perjuicio de las normas generales que rigen las relaciones laborales, el personal de dotación de una nave nacional dejará de pertenecer a ella, por causas relativas a aspectos de orden, seguridad y disciplina, en los siguientes casos:*

En materia de contrato de embarco, existe una aparente modificación a las normas establecidas en el artículo 158 del Código del Trabajo en materia de servicio militar obligatorio, ya que, cuando es llamado al servicio militar (no se refiere sólo al servicio militar obligatorio) se termina el contrato con el naviero, pero se le impone la obligación de entregar a la gente de mar en el puerto de conscripción⁶⁷. Esto se debe a que según lo dispuesto en la Ley de Navegación, todas las dotaciones de la Marina Mercante Nacional son, de pleno derecho, reservas de la Armada de Chile⁶⁸.

La regulación del contrato de embarco también se pone en el supuesto de hecho del naufragio. Cuando ocurre un naufragio, el legislador laboral protege al trabajador y establece un derecho a ser indemnizado con el pago de una suma equivalente a dos meses de remuneración y a que le indemnicen las

-
1. *Por falta o pérdida de su aptitud profesional o física, debidamente comprobada por la Autoridad Marítima en la forma que señale el reglamento;*
 2. *Por cancelación o suspensión del título, licencia, matrícula o permiso; o por otras causas que lo inhabiliten para el ejercicio de su empleo, a juicio de la Autoridad Marítima, y*
 3. *Por faltas gravísimas, debidamente comprobadas por la Autoridad Marítima.”*

⁶⁷ Código del Trabajo; Art. 122: “Cuando algún individuo de la dotación sea llamado al servicio militar, quedará terminado el contrato y el armador o el capitán, en su representación, estará obligado a costear el pasaje hasta el puerto de conscripción.”

⁶⁸ Decreto Ley 2.222; Art. 98: “ Los capitanes y las dotaciones de todas las naves o artefactos navales forman parte de la Reserva Naval de la República, y se incorporarán al servicio activo en caso de guerra. Lo mismo podrá ocurrir en caso de conflictos internacionales que amenacen la seguridad del país, conmoción interna, calamidad pública, motín, paralización del transporte marítimo que afecte la normalidad de este servicio o cualquier otra emergencia, debidamente calificada por el Presidente de la República.

En estos casos, las naves y sus capitanes y dotaciones quedarán sometidas a las autoridades y normas legales y reglamentarias de la Armada Nacional.

Desde el momento en que las naves pasen a ser operadas por el Estado, será de cargo de éste tenerlas aseguradas y pagar los gastos de su mantenimiento en servicio y explotación, salvo que al mismo tiempo los propietarios, armadores u operadores, requeridos al efecto por el Director, consientan en continuar por cuenta propia las operaciones comerciales. El Estado pagará también, conforme a la ley, las indemnizaciones que procedan, si además fuere necesaria la requisición.

Para los fines de este Título y no obstante lo dispuesto en el inciso anterior, las empresas nacionales deberán permitir que sus naves, sin costo alguno para el Estado, participen en los ejercicios y entrenamientos que disponga la Dirección. Estos ejercicios serán realizados procurando no interferir en el tráfico, itinerarios y faenas de las naves.”

pérdidas de sus efectos personales⁶⁹. El código establece, además, para el caso de siniestro de una nave, que con lo seguros que se adeuden por el mismo se pagarán, con preferencia a cualquier otra deuda, las sumas que se deban a la tripulación por concepto de remuneraciones, desahucios e indemnizaciones⁷⁰. Sin embargo, como se verá en otro capítulo, esta norma se encuentra derogada en caso de concurso de acreedores que es el caso en que habría tenido aplicación práctica.

Se reproduce, en materia de contrato de la gente de mar, el principio de continuidad de la empresa. En efecto, la norma establecida en el inciso 2º del artículo 4 Código del Trabajo ya analizado, se reproduce en el artículo 127⁷¹ del mismo, asimilando un concepto amplio como lo es el de empresa a uno restringido que es el de la nave. Entonces no sólo se mantienen la continuidad de los servicios prestados a una empresa naviera si varía el dominio, posesión o mera tenencia de la misma, sino que se mantiene la continuidad en el empleo cuando por arriendo de la nave, la dotación pasare a prestar servicios al arrendatario o armador. Para entender esta situación, debemos analizar, someramente, el contrato de fletamento, para darnos cuenta que sólo en uno de los tres tipos de este contrato de arriendo de nave se da la situación prevista en el citado artículo 127.

⁶⁹ Código del Trabajo; Art. 123: “Si una nave se perdiere por naufragio, incendio u otros siniestros semejantes, el empleador deberá pagar a la gente de mar una indemnización equivalente a dos meses de remuneración. Esta indemnización se imputará a cualquier otra de naturaleza semejante que pudiera estar estipulada en los contratos de trabajo.

Además, el hombre de mar tendrá derecho a que se le indemnice la pérdida de sus efectos personales.”

⁷⁰ Código del Trabajo; Art. 124: “En los casos en que la nave perdida por naufragio u otra causa esté asegurada, se pagarán con el seguro, de preferencia a toda otra deuda, las sumas que se deban a la tripulación por remuneraciones, desahucios e indemnizaciones.

En el caso de desahucio e indemnizaciones, la preferencia se limitará al monto establecido en el inciso cuarto del artículo 61.”

⁷¹ Código del Trabajo; Art. 127: “No perderán la continuidad de sus servicios aquellos oficiales o tripulantes que hubieren servido al dueño de la nave y que por arrendamiento de ésta, pasaren a prestar servicios al arrendatario o armador.”

El contrato de fletamento es un contrato para la explotación comercial de las naves y puede ser: Fletamento por tiempo; fletamento por viaje, y fletamento a casco desnudo.

El fletamento por tiempo⁷² es aquel contrato en que el armador o naviero, conservando su tenencia, pone la nave armada a disposición de otra persona para realizar la actividad que ésta disponga, dentro de los términos estipulados, por un tiempo determinado y mediante el pago de un flete por todo el lapso convenido o calculado a tanto por día, mes o año. En este caso, el fletante mantiene la gestión náutica de la nave⁷³ y el fletador tiene la gestión comercial.

El fletamento por viaje es aquel en que el fletante entrega todo o parte del espacio de carga al fletador para que este disponga⁷⁴.

El fletamento a caso desnudo, es el arriendo de la nave desarmada y sin equipo o con un equipo y armamento incompleto, cediendo al fletador la

⁷² Código de Comercio; Art. 934: “Fletamento por tiempo es un contrato por el cual el armador o naviero, conservando su tenencia, pone la nave armada a disposición de otra persona para realizar la actividad que ésta disponga, dentro de los términos estipulados, por un tiempo determinado y mediante el pago de un flete por todo el lapso convenido o calculado a tanto por día, mes o año.”

⁷³ Código de Comercio; Art. 936: “La gestión náutica de la nave corresponde al fletante.

La gestión comercial de la nave corresponde al fletador y dentro de ese límite puede ordenar directamente al capitán el cumplimiento de los viajes que programe, acorde con las estipulaciones del contrato.”

⁷⁴ Código de Comercio; Art. 948: “El fletamento por viaje puede ser total o parcial.

Fletamento por viaje total, es aquel por el cual el fletante se obliga a poner a disposición del fletador, mediante el pago de un flete, todos los espacios susceptibles de ser cargados en una nave determinada, para realizar el o los viajes convenidos.

Fletamento parcial por viaje, es aquel en que se pone a disposición del fletador uno o más espacios determinados dentro de la nave.

El fletante no podrá substituir por otra la nave objeto del contrato, salvo estipulación en contrario.”

tenencia, control y explotación de la nave⁷⁵. Es en este caso en el cual, aparentemente, se puede dar el supuesto de hecho del artículo 127 del Código del Trabajo, porque en las demás situaciones, el fletante conserva la gestión náutica de la nave. En los demás casos, no hay una alteración real en la tenencia de la nave y el naviero fletante conserva su calidad de empleador. En cambio, en el caso del fletamento a casco desnudo, es el fletador quien adquiere el derecho de elegir al capitán y al resto de la dotación y sólo si contrata a la dotación original de la nave debe entenderse que no pierden continuidad los oficiales y tripulantes. En los demás casos, no se altera esta situación y si el fletador dota a la nave con otros tripulantes y oficiales, no habrá continuado, por lo menos en esa nave, los contratos de trabajos de la dotación original.

Para terminar, debemos señalar que las normas relativas al contrato de embarco establecidas en el Código del Trabajo no se aplican a la gente de mar que preste servicios en naves menores, salvo que expresamente lo pactaren⁷⁶. El código sólo excluye la aplicación obligatoria de esas normas cuando se trate de naves menores y no excluye a las naves especiales mayores, respecto de las cuales el legislador le ha dado un tratamiento similar a las primeras.

B. TRABAJADORES PESQUEROS EMBARCADOS

⁷⁵ Código de Comercio; Art. 965: “Fletamento a casco desnudo es el contrato por el cual una parte, mediante el pago de un flete, se obliga a colocar a disposición de otra, por un tiempo determinado, una nave desarmada y sin equipo o con un equipo y armamento incompleto, cediendo a esta última su tenencia, control y explotación, incluido el derecho a designar al capitán y a la dotación.

En defecto de las estipulaciones del contrato y en lo no previsto en esta sección, en el Párrafo 1 y en la sección primera del Párrafo 2 de este título, el fletamento a casco desnudo se regirá por las normas generales del arrendamiento de cosas muebles, en lo que le sean aplicables.”

⁷⁶ Código del Trabajo; Art. 131: “No se aplicarán las disposiciones de este párrafo a los trabajadores embarcados en naves menores, salvo acuerdo de las partes.”

Los pesqueros son naves especiales que pueden ser mayores y menores. Como ya vimos, las normas del contrato de embarco no se aplican a los trabajadores que laboren a bordo de naves menores, pero se aplica a las naves especiales mayores.

Existe una pequeña diferencia normativa respecto de los pescadores embarcados frente a la gente de mar. Dicha diferencia radica en una norma relativa a la jornada de trabajo y en el descanso diario.

De esa manera, en el artículo 23 del Código del Trabajo establece una norma diferente en cuanto a jornada ordinaria de trabajo a los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras.

La diferencia en el tratamiento puede darse por la razón de que las expediciones de pesca pueden llegar a ser más cortas que los viajes para el transporte de pasajeros o mercaderías por mar. Dicha afirmación no se ajusta para el personal embarcado en buques factorías que son verdaderas industrias manufactureras flotantes y en los cuales los trabajadores pueden permanecer embarcados durante varias semanas procesando la pesca de otras naves. Al existir estos barcos receptores y procesadores de recursos hidrobiológicos, los buques pesqueros no tienen la necesidad de ir a puerto a desembarcar su captura.

En todo caso, el legislador ha apreciado de manera distinta las situaciones en que se encuentra el personal embarcado en naves mercantes y a

bordo de naves pesqueras. El trabajador pesquero tiene derecho a uno o más descansos los cuales, en su conjunto no pueden ser inferiores a doce horas dentro de un día calendario⁷⁷ y, cuando las circunstancias de las labores lo permitan, los descansos deberán cumplirse preferentemente en tierra, lo cual demuestra que el legislador estimó que las expediciones de pescas son, generalmente, más cortas que los viajes de transporte interoceánicos. Si la expedición de pesca se prolongara por más de 15 días, los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo y continuo de 8 horas al día o de 12 horas parcializadas en no más de dos tiempos de descanso.

En caso de naufragio, se reproduce la aparente preferencia en el pago sobre el monto del seguro de las indemnizaciones y desahucios que se adeuden a los trabajadores.

Por último, también se pone la norma en el supuesto de hecho en que los trabajadores se ocuparen en el salvamento de la nave y de la carga, caso en el cual, recibirán una gratificación proporcionada al esfuerzo y a los riesgos enfrentados.

⁷⁷ Código del Trabajo; Art. 23: “Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras tendrán derecho a uno o varios descansos, los cuales, en conjunto, no podrán ser inferiores a doce horas dentro de cada veinticuatro horas.

Cuando las necesidades de las faenas lo permitan, los descansos deberán cumplirse preferentemente en tierra. En caso de que se cumplan total o parcialmente a bordo de la nave, ésta deberá contar con las acomodaciones necesarias para ello.

Cuando la navegación se prolongare por más de quince días, los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo de ocho horas continuas dentro de cada día calendario, o no inferior a doce horas dentro del mismo período, dividido en no más de dos tiempos de descanso.

En los casos en que la nave perdida por naufragio u otra causa esté asegurada, se pagarán con el seguro, de preferencia a toda otra deuda, las sumas que se deban a la tripulación por remuneraciones, desahucios e indemnizaciones.

En el caso de desahucio e indemnizaciones, la preferencia se limitará al monto establecido en el inciso cuarto del artículo 61.

A los tripulantes que después del naufragio hubieren trabajado para recoger los restos de la nave o lo posible de la carga, se les pagará, además, una gratificación proporcionada a los esfuerzos hechos y a los riesgos arrostrados para conseguir el salvamento.”

Nada señala respecto a la indemnización de dos meses de remuneraciones en caso de naufragio a la dotación, sin embargo esta se aplica si la nave pesquera es un nave mayor, de acuerdo a lo señalado en el artículo 131 del Código del Trabajo en el cual se excluye la normativa del contrato de embarco a los trabajadores que se desempeñen en naves menores.

C. TRABAJADORES PORTUARIOS

Los trabajadores portuarios son aquellos que realizan funciones de carga y descarga de mercancías y demás faenas propias de la actividad portuaria, tanto a bordo de naves y artefactos navales que se encuentren en los puertos de la República, como en los recintos portuarios⁷⁸.

Antes, los trabajadores portuarios necesitaban una matrícula, en la actualidad requieren un certificado de un curso básico de trabajador portuario.

⁷⁸ Código del Trabajo; Art. 133: “Se entiende por trabajador portuario, todo aquel que realiza funciones de carga y descarga de mercancías y demás faenas propias de la actividad portuaria, tanto a bordo de naves y artefactos navales que se encuentren en los puertos de la República, como en recintos portuarios.

Las funciones y faenas a que se refiere el inciso anterior podrán ser realizadas por trabajadores portuarios permanentes, por trabajadores afectos a un convenio de provisión de puestos de trabajo y por otros trabajadores eventuales.

El trabajador portuario, para desempeñar las funciones a que se refiere el inciso primero, deberá efectuar un curso básico de seguridad en faenas portuarias en un Organismo Técnico de Ejecución autorizado por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, el que deberá tener los requisitos y la duración que fije el reglamento.

El ingreso a los recintos portuarios y su permanencia en ellos será controlado por la autoridad marítima, la cual, por razones fundadas de orden y seguridad, podrá impedir el acceso de cualquier persona.”

Para ser trabajador portuario eventual, se requiere el haber cursado un curso básico de seguridad, un permiso de seguridad otorgado por la autoridad marítima que es nominativo, personal e intransferible (eliminando la institución del medio o cuarto de “pollo”) que debe ser actualizado cada cinco años.

Los trabajadores portuarios pueden ser de tres categorías:

Trabajadores portuarios **permanente**, que son aquellos que prestan servicios relacionados con la actividad portuaria en virtud de un contrato de trabajo a plazo indefinido o por un plazo mayor a la labor específica de carga o descarga de una nave.

Los trabajadores portuarios **eventuales**, que son aquellos prestadores de servicios bajo subordinación y dependencia en virtud de un contrato especial regulado en los artículos 133 y siguientes del Código del Trabajo.

El contrato de los trabajadores portuarios eventuales es el que celebra el trabajador portuario con un empleador, en virtud del cual el primero conviene en ejecutar unas o más labores específicas y transitorias de carga y descarga de mercancías y demás faenas propias de la actividad portuaria cuya duración no sea superior a 20 días⁷⁹.

⁷⁹ Código del Trabajo; Art. 134: “El contrato de los trabajadores portuarios eventuales es el que celebra el trabajador portuario con un empleador, en virtud del cual aquél conviene en ejecutar una o más labores específicas y transitorias de carga y descarga de mercancías y demás faenas propias de la actividad portuaria, a bordo de las naves, artefactos navales y recintos portuarios y cuya duración no es superior a veinte días.

El contrato a que se refiere el inciso anterior podrá celebrarse en cumplimiento de un convenio sobre provisión de puestos de trabajo suscrito entre uno o más empleadores y uno o más trabajadores portuarios, o entre aquél o aquellos y uno o más sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios.

La tercera opción es la de los trabajadores portuarios eventuales que prestan servicios en virtud de un **convenio de provisión de trabajo en puerto** que celebra con uno o más empleadores. Puede celebrarlo uno o varios trabajadores o un sindicato.

El contrato eventual de trabajo portuario debe constar por escrito no menos de 8 ni más de 12 horas contados al inicio del turno respectivo⁸⁰.

La jornada de trabajo se distribuirá por turnos que no pueden ser inferiores a 4 horas ni superiores a 8. Sólo se pueden trabajar dos horas

Los convenios a que se refiere el inciso anterior se regirán por lo dispuesto en el artículo 142 y no tendrán carácter de contrato de trabajo para ningún efecto legal, sin perjuicio de los contratos individuales de trabajo a que ellos den origen.”

⁸⁰ Código del Trabajo; Art. 137:”El contrato a que se refiere este párrafo estará sujeto además a las siguientes reglas especiales:

- a) *Deberá pactarse por escrito y con la anticipación requerida por la autoridad marítima. Esta anticipación no podrá ser inferior a ocho horas ni superior a doce, contadas desde el inicio del turno respectivo. Sin embargo, ella no se exigirá cuando el contrato fuere celebrado en cumplimiento de un convenio de los señalados en los incisos en los incisos segundo y tercero del artículo 134.*

En caso que los trabajadores afectos a un convenio de provisión de puestos de trabajo se negaren a celebrar el contrato de trabajo o a cumplir el turno correspondiente en las condiciones establecidas en aquellos, el empleador podrá contratar a otros sin la anticipación requerida, dando cuenta de este hecho, a la autoridad marítima y a la Inspección del Trabajo correspondiente.

En el contrato deberá dejarse constancia de la hora de su celebración;

- b) *la jornada ordinaria de trabajo se realizará por turno, tendrá la duración que las partes convengan y no podrá ser superior a ocho ni inferior a cuatro horas diarias.*

El empleador podrá extender la jornada ordinaria sobre lo pactado siempre que deban terminarse las faenas de carga y descarga, sin que, en ningún caso, ésta pueda exceder de diez horas diarias.

Las horas trabajadas en exceso sobre la jornada pactada se considerarán extraordinarias, se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento de la remuneración convenida y deberán liquidarse y pagarse conjuntamente con la remuneración ordinaria del respectivo turno.

- c) *se entenderá que el contrato expira si se produjere caso fortuito o fuerza mayor que impida al empleador proporcionar el trabajo convenido, caso en el que aquél deberá pagar al trabajador la remuneración correspondiente a un medio turno, y*

- d) *si una vez iniciado el turno hubiere precipitaciones, el empleador decidirá si prosigue o no su ejecución. Si opta por la primera alternativa, pagará al trabajador un recargo de veinticinco por ciento sobre la remuneración correspondiente a las horas trabajadas durante las precipitaciones. Si decide la suspensión de las faenas, pagará al trabajador las remuneraciones correspondientes a las horas efectivamente servidas, las que no podrán ser inferiores a un medio turno.”*

extraordinarias al día y siempre que se hagan para terminar las labores de carga o descarga.

Si durante el turno hubieren precipitaciones de lluvia, el empleador podrá proseguir o no con las labores y, en el primer caso, deberá pagar un recargo del 25% de las remuneraciones pactadas, en caso contrario, deberá pagar las horas efectivamente trabajadas con un mínimo de medio turno.

Si por caso fortuito o fuerza mayor el empleador no pueda proveer trabajo, deberá pagar al trabajador la remuneración correspondiente a medio turno.

Si el trabajo se prestare a bordo de naves que se encuentren a la gira, el empleador deberá proveer los gastos de transporte o traslado del puerto a la nave⁸¹.

Por regla general, las remuneraciones deberán pagarse a los trabajadores dentro de un plazo de 24 horas desde que ha terminado el respectivo turno, salvo que el contrato se haya celebrado en virtud de un convenio de provisión de puestos de trabajos, caso en el cual, se pagarán según la periodicidad que se haya pactado⁸².

⁸¹ Código del Trabajo; Art. 138: “Si el trabajo hubiere de efectuarse en naves que se encuentran a la gira, serán de cargo del empleador los gastos que demande el transporte entre el muelle y la nave respectiva.”

⁸² Código del Trabajo; Art. 139: “El pago de las remuneraciones deberá efectuarse dentro de las veinticuatro horas siguientes al término del turno o jornada respectivos, exceptuándose para el cómputo de este plazo las horas correspondientes a días domingo y festivos.

No obstante, si el contrato se hubiese celebrado en cumplimiento de un convenio de provisión de puestos de trabajo, el pago se hará con la periodicidad que en éste se haya estipulado, la que en ningún caso podrá exceder de un mes.”

En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, en el caso de los trabajadores eventuales se indica expresamente que el simple atraso del trabajador a ponerse a disposición de su turno constituye una infracción grave de las obligaciones que emanan del contrato⁸³. Por otro lado, el empleador puede poner término al contrato de trabajo sin expresar causa alguna, pero debiendo pagar las remuneraciones a que hubiera tenido derecho el trabajador por el cumplimiento íntegro del contrato⁸⁴.

De esta manera hemos analizado a los trabajadores marítimos que tienen o podrían tener un crédito privilegiado en contra del armador, como se analizará más adelante.

⁸³ Código del Trabajo; Art. 140: “Constituirá incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato y habilitará en consecuencia al empleador a ponerle término a éste, el atraso en que incurra el trabajador en la presentación a las faenas.”

⁸⁴ Código del Trabajo; Art. 141: “Si el empleador pusiere término al respectivo contrato de trabajo en cualquier tiempo, y sin expresión de causa, pagará al trabajador las remuneraciones que se hubieren correspondido por el cumplimiento íntegro del contrato.”

CAPÍTULO II

PRIVILEGIO MARÍTIMO DEL ARTÍCULO 844 NÚMERO 2 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Los artículos 2465⁸⁵ y 2469⁸⁶ del Código Civil consagran el principio de la igualdad de los acreedores, de tal manera que la facultad de perseguir los bienes del deudor compete a todos ellos a prorrata de sus respectivos créditos⁸⁷. Esa es la regla general, sin embargo, la ley establece como excepciones las preferencias que pueden tener su origen en los privilegios o en

⁸⁵ Código Civil; Art. 2465: “*Toda obligación personal da el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618.*”

⁸⁶ Código Civil; Art. 2469: “*Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue.*”

⁸⁷ MEZA BARROS, Ramón, Manual de Derecho Civil, De Las Obligaciones. 9ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. pág 205. En el mismo sentido: CORNEJO FULLER, Eugenio, ob. cit., pág 93.

la hipoteca. Como excepción al principio de la igualdad de los acreedores, las preferencias son de derecho estricto y deben interpretarse restrictivamente no permitiendo una aplicación por analogía.

El privilegio marítimo es un beneficio que la ley concede a ciertos créditos surgidos con ocasión de la explotación de una nave o artefacto naval⁸⁸
⁸⁹ ⁹⁰. Estos créditos constituyen el pasivo que grava a la fortuna de mar o patrimonio naval, que es el patrimonio especial que se construye en torno a la nave⁹¹.

El fundamento de la existencia de estos privilegios navales está dado por los costos económicos que se encuentran envueltos en la actividad navegatoria y el financiamiento por parte de terceros es inconcebible sin un buen sistema de garantía⁹². Estas garantías a los terceros pueden tener su origen en una convención, lo que ocurre con la prenda de una nave menor o de una hipoteca para el caso de una nave mayor; como también puede tener su origen en la ley para el caso de los privilegios marítimos⁹³.

De esa manera, el legislador busca fomentar la inversión y la confianza en el transporte de las mercaderías por mar.

Los privilegios marítimos pueden recaer sobre la nave o sobre la carga, dependiendo del sujeto activo del crédito privilegiado. En nuestra materia sólo nos interesa el análisis de los privilegios sobre la nave.

⁸⁸ CORNEJO FULLER, Eugenio, Derecho Marítimo Chileno; Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: De la Navegación y el Comercio Marítimos. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, 2003. pág. 89.

⁸⁹ GARCÍA INFANTE, Félix, ob. cit., págs 159 a 161.

⁹⁰ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, El Arraigo de naves, Especialmente el Arraigo de nave Hermana. Santiago, Sociedad Editora Metropolitana, 1999. págs 65 y 66.

⁹¹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit., pág. 61.

⁹² BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit., pág. 62.

⁹³ CORNEJO FULLER, Eugenio, ob. cit., pág 89.

A. CARACTERÍSTICAS DE LOS PRIVILEGIOS MARÍTIMOS

Estas causas de preferencias se clasifican dentro de los **privilegios especiales** porque no recaen sobre todo el patrimonio del deudor sino sólo sobre la “fortuna de mar”. Esta es la primera característica de los privilegios marítimos. No recaen sólo sobre el concepto amplio de nave que abarca todos sus accesorios que la hacen navegable, sino que también sobre los fletes. El artículo 839 del Código de Comercio establece la especialidad de estas preferencias⁹⁴. El mismo artículo establece que los privilegios que recaen sobre la fortuna de mar serán preferidos y excluirán a cualquier otro privilegio general o especial regulados por otros cuerpos legales, en cuanto se refieran a los mismos bienes y derechos, con la sola excepción de la responsabilidad generada por la contaminación o para precaver perjuicios por derrames de sustancias dañosas reguladas en convenciones internacionales y en la ley de navegación, cuyos créditos prefieren a los privilegios establecidos en el Libro III del Código de Comercio.

Al recaer sobre la fortuna de mar la preferencia, si el acreedor persigue su crédito sobre la fortuna de tierra del naviero, entonces su crédito pasa a ser valista perdiendo su privilegio porque el trato legal preferencial se restringe sólo a su relación con la actividad navegatoria⁹⁵.

Sin embargo, este derecho de persecución de la fortuna de mar puede excluirse al constituir, el naviero, un fondo de limitación de responsabilidad cuyo monto está dado en estricta relación con el tonelaje de la nave, caso en el cual, el acreedor sólo podrá hacer efectivo su crédito sobre el fondo constituido. En este sentido, el derecho marítimo se aparta del derecho común en el cual el deudor siempre puede sustituir la medida de ejecución o la cautelar por una suma de dinero equivalente a la demandada o cautelada. Se separa debido a que el naviero puede limitar su responsabilidad constituyendo un

⁹⁴ Código de Comercio; Art. 839: “*Los privilegios establecidos en este título serán preferidos y excluirán a cualquier otro privilegio general o especial regulados por otros cuerpos legales, en cuanto se refieran a los mismos bienes y derechos.*”

Con todo, las normas sobre prelación y privilegios en materia de contaminación o para precaver perjuicios por derrames de sustancias dañosas, que se establecen en los convenios internacionales vigentes en Chile y en la Ley de Navegación, gozarán de primacía sobre las disposiciones de este título, en las materias específicas a que ellos se refieren.

No pueden constituirse prendas, gravámenes, prohibiciones y embargos independientemente sobre partes o pertenencias ya incorporadas a naves o artefactos navales.

Las prendas y demás gravámenes, los embargos y prohibiciones constituidos sobre bienes que se incorporen a una nave o artefacto naval, se extinguen desde esa incorporación.

Con todo, no se extinguirán los ya constituidos sobre motores, equipos de comunicación o de detección submarina y aparejos de pesca de naves menores.

El que defraudare a otro incorporando o consintiendo en que un bien afecto a una prenda, gravamen, prohibición o embargo vigentes sea incorporado a una nave o a un artefacto naval, será sancionado con las penas contempladas en el artículo 467 del Código Penal.”

⁹⁵ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit. pág. 71.

fondo que puede ser (y en la práctica será) menor a la suma demandada⁹⁶. En el caso de la limitación de responsabilidad por parte del deudor, esta no hace perder la preferencia del acreedor privilegiado quien se pagará, según las reglas de la prelación de créditos, sobre el fondo constituido.

Estas preferencias marítimas de carácter especial otorgan no sólo un derecho preferente de pago, sino que también otorgan, sin ser un derecho real, un derecho de persecución sobre la fortuna de mar, permitiendo al acreedor perseguir la nave en poder de quien se halle⁹⁷, para realizarla y hacerse pagar con el producto de la venta. El acreedor marítimo privilegiado goza de un **derecho persecutorio especial**: podrá solicitar la retención o arraigo de la nave en cualquier lugar donde se encuentre⁹⁸. De esta manera, los privilegios marítimos no sólo tienen relevancia en una situación de concurso de acreedores, sino que un acreedor privilegiado único tiene una poderosa medida de cumplimiento compulsivo de su crédito o de cautela, cual es el arraigo de una nave.

Una segunda característica de los privilegios marítimos es que sólo tienen su fuente en la ley, pero su origen inmediato es un contrato, un hecho o un acto jurídico.

En tercer lugar, estos privilegios son inherentes a los créditos, de manera tal que nace con el crédito al cual accede, se transmite con él al cesionario y se extingue cuando opera un modo de extinguir obligaciones. Basta sólo probar el crédito para acreditar el privilegio.

Los privilegios marítimos son, en cuarto lugar, privilegios ocultos debido a que los mismos no requieren de solemnidades especiales como la inscripción en algún registro para perfeccionarse. Ello es sin perjuicio de las solemnidades que se requiera por ley para el nacimiento del crédito al cual acceden. Es lógico que estos privilegios sean ocultos debido que muchos créditos privilegiados nacen en alta mar como el salvamento o de un hecho como el abordaje a otra nave.

⁹⁶ Código de Comercio; Art. 1217: “Constituido el fondo o aceptada la garantía sobre su constitución, el tribunal lo declarará así, y desde la fecha de esta resolución, se suspenderá toda ejecución individual o medida precautoria contra el requirente, respecto de los créditos a los cuales puede oponerse la limitación de responsabilidad.

No se podrá impetrar derecho alguno sobre el fondo, el cual queda exclusivamente destinado al pago de los créditos respecto de los cuales se puede oponer la limitación de responsabilidad.”

⁹⁷ Código de Comercio; Art. 842: “Los privilegios de que trata este párrafo, otorgan al acreedor el derecho de perseguir la nave en poder de quien se halle y hacerse pagar con su producto preferentemente a los demás acreedores, según el orden aquí establecido.”

⁹⁸ Código de Comercio; Art. 843: “El titular del privilegio, en ejercicio de su derecho de persecución, podrá solicitar la retención o arraigo de la nave en cualquier lugar donde ella se encuentre, de conformidad con las normas del párrafo 5 del título VIII de este libro.”

Que sean ocultos los privilegios trae consigo una cierta inseguridad al momento de adquirir, fletar o contratar el transporte de mercaderías por mar en una nave determinada porque no existe medida de publicidad que nos permita descubrir con certeza la existencia o no de un crédito privilegiado que permita al acreedor arraigar la nave que se compró, fletó o respecto de la cual se contrató el transporte de mercaderías.

La última característica de los privilegios marítimos es que son limitados en el tiempo y tienen una duración corta. La falta de certeza respecto de la existencia o no de un crédito privilegiado que permita perseguir una nave se salva, en cierto aspecto, debido a que estos se extinguen, por regla general, en el plazo de 1 año contado desde la fecha en que se haya originado el crédito pertinente⁹⁹.

B. OBJETO DEL PRIVILEGIO MARÍTIMO

Como hemos señalado, los privilegios marítimos son especiales, es decir, sólo afectan determinados bienes del deudor y no todo su patrimonio. Ahora nos toca analizar cuales son esos bienes determinados respecto de los cuales el acreedor privilegiado puede hacerse pago preferente de su crédito.

Vimos que estos privilegios recaen sobre la fortuna de mar que es una masa patrimonial independiente destinada a un fin especial cual es la navegación¹⁰⁰, recae sobre una universalidad jurídica que se singularizará, en la ejecución forzada del crédito, en bienes determinados que la componen.

Componen esta universalidad jurídica:

⁹⁹ Código de Comercio; Art. 855: “Independientemente de la extinción de los créditos que los originan, los privilegios marítimos terminan:

1° Por el transcurso del plazo de un año contado desde la fecha en que se haya originado el crédito pertinente. Dicho plazo no es susceptible de interrupción o suspensión alguna, salvo a favor del acreedor que hubiere obtenido la retención o embargo judicial del bien afecto al privilegio, o del acreedor que por algún impedimento legal no pudo ejercitar antes su crédito privilegiado;

2° Por la venta judicial de la nave, sea voluntaria o forzada, desde su inscripción en el registro pertinente, o transcurridos 30 días consecutivos contados desde el día de la subasta, debiendo aplicarse el plazo que resulte menor, y

3° En caso de enajenación voluntaria de la nave, transcurridos 90 días consecutivos contados desde la fecha de la inscripción de la transferencia.

Lo dispuesto en los números 2° y 3° precedentes será sin perjuicio del derecho de los acreedores privilegiados para ejercer su preferencia sobre el saldo insoluto del precio, si lo hubiere.”

¹⁰⁰ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit., pág. 89.

- a) LA NAVE, que es aquella cosa compuesta destinada a la navegación y cuya definición legal ya se ha dado. Es el objeto más interesante para los acreedores debido a su gran valor.

Se goza del privilegio sobre la nave incluso desde su construcción, pero sólo desde el momento que se encuentra a flote¹⁰¹.

Las partes de la nave, cuando se incorporan a ella, se entienden formar una sola cosa de modo tal que se encuentra prohibido constituir prendas, gravámenes, prohibiciones y trabar embargos independientemente sobre los accesorios incorporados. Por el contrario, si se instalan accesorios a la nave que están sujetos a prendas u otros gravámenes o se encuentren embargados, se extinguirán estos gravámenes desde su incorporación a la nave. La explicación es que dejan de ser una cosa para formar, por accesión, otra: la nave. Se exceptúan de esta última regla los motores, equipos de comunicación o de detección submarina y los aparejos de pesca de naves menores respecto de los cuales se mantienen las prendas y demás gravámenes, embargos y prohibiciones ya constituidos al momento de su incorporación a la embarcación. Así lo dispone el ya citado artículo 839 del Código de Comercio.

La nave es objeto del privilegio en el estado en que esta se encuentre y si esta se deteriorare, disminuyera o se perdiera, la preferencia recaerá sobre lo que reste, se salve o recupere, incluso si la nave se pierde, se puede ejercer el privilegio sobre los restos náufragos¹⁰².

- b) EL ARTEFACTO NAVAL es asimilado por el legislador a la nave. El artículo 860 del Código de Comercio dispone que los artefactos navales también pueden ser objeto de privilegio marítimo como también de prenda e hipoteca¹⁰³ y hace aplicable lo ya expuesto en relación a la nave.

¹⁰¹ Código de Comercio; Art. 858: “Los créditos enumerados en los artículos 844 y 846 que correspondan, gozan de privilegio sobre la nave desde que ella se encuentre a flote, con la preferencia y rango establecidos en el párrafo precedente.”

¹⁰² Código de Comercio; Art. 840: “En caso de deterioro, disminución o pérdida del bien sobre el cual recae el privilegio, éste se ejercitará sobre lo que reste, se salve o recupere de aquél, o sobre la indemnización que pague el responsable.”

¹⁰³ Código de Comercio; Art. 860: “Las disposiciones de éste párrafo y de los dos precedentes de este título se aplican también a los artefactos navales.”

- c) LOS FLETES Y PASAJES también son objetos sobre los cuales pueden ejecutarse los créditos privilegiados sin que pierdan su preferencia. Ambos son frutos civiles de la nave, constituyendo el producto de su explotación comercial¹⁰⁴. Este derecho a perseguir los créditos del deudor en contra de terceros sólo tendrá lugar cuando dichos créditos estén pendientes de pagos o cuando las sumas se encontraren en poder del capitán o del agente del armador o capitán¹⁰⁵. Esto se debe a que si percibe el pago el deudor, estos créditos se extinguen y se confunden con el patrimonio del mismo¹⁰⁶. Sin embargo, para mantener la preferencia en el pago sobre los pasajes y fletes, el crédito privilegiado debe haber nacido en el mismo viaje en virtud del cual se devengaron los respectivos pasajes o fletes.
- d) LOS ACCESORIOS son ciertos créditos que compensan las pérdidas sufridas por la fortuna de mar en la aventura marítima o su incremento experimentado durante el viaje y son:
- i) Las indemnizaciones debidas por daños materiales sufridos por la nave y no reparados y sobre las debidas por pérdidas de fletes;
 - ii) Sobre contribuciones por daños materiales sufridos por la nave admitidos en avería común y no reparados y sobre las contribuciones debidas por pérdidas de fletes, y
 - iii) Sobre las remuneraciones debidas por auxilios en el mar, previa deducción de las cantidades que correspondieren a la dotación de la nave que prestó el servicio.

En los dos primeros casos se trata de detrimentos sufridos en el viaje, pero que son indemnizados o a los cuales han contribuido a soportarlos otros

¹⁰⁴ Código de Comercio; Art. 847: “Los créditos enumerados en los artículos 844 y 846, gozarán también de privilegio sobre los fletes y pasajes correspondientes al viaje en que tengan su origen.”

¹⁰⁵ Código de Comercio; Art. 849: “Los créditos del deudor en contra de terceros de que tratan los dos artículos precedentes, sólo estarán afectos a privilegio mientras dichos créditos estuvieren pendientes de pago, o si las sumas respectivas estuvieren en poder del capitán o del agente del dueño o del armador.”

¹⁰⁶ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit., pág. 91.

sujetos. Se entiende que si los daños fueron reparados, no hay privilegio sobre las indemnizaciones por cuando la nave no ha sufrido ningún detrimento.

En el tercer caso, hay un incremento en la fortuna de mar por haber prestado, en el viaje, auxilio por el cual se percibe la remuneración propia del salvamento.

Por último, habría que agregar a esta categoría de objetos sobre los cuales recae el privilegio marítimo al saldo insoluto de la venta judicial o voluntaria de la nave. En el citado artículo 855 del Código de Comercio que establece las causales de extinción independientes de los privilegios marítimos, señala que en caso de venta judicial, voluntaria o forzada, los privilegios se extinguen, sin afectar la existencia del crédito que les da origen, en el plazo de 30 días contados desde la subasta o desde que se inscribe la venta en el registro correspondiente aplicándose el plazo que resulte menor. En caso de enajenación voluntaria sin venta judicial de la nave, se extingue el privilegio de manera independiente al crédito en el plazo de 90 días contados desde a fecha de la inscripción de la transferencia.

Sin embargo, el acreedor privilegiado podrá pagarse preferentemente su crédito sobre el saldo insoluto si lo hubiere. Por lo tanto, también es objeto sobre el cual recae el privilegio, el saldo insoluto de precio de venta de la nave.

- e) A LOS SEGUROS también alcanzan los privilegios sobre la nave, pero en este caso, pierden los créditos privilegiados preferencias sobre los créditos por reparación de la misma¹⁰⁷.

En el mismo artículo excluye del objeto de estas preferencias las subvenciones y otros subsidios otorgados por el Estado.

¹⁰⁷ Código de Comercio; Art. 850: “Los privilegios sobre la nave podrán hacerse efectivos en las indemnizaciones por seguro de la misma.

Sin embargo, cuando se trate de reparaciones efectuadas a la nave, los privilegios establecidos en este párrafo se entenderán de grado posterior al costo de aquéllas para los efectos de recuperarlo del asegurador, si procede.

Lo anterior no obsta a que el armador pueda ejercer el derecho de limitación de responsabilidad, de acuerdo con las normas de los párrafos 1 del título IV y 4 del título V de este Libro.

Con excepción de la hipoteca, los privilegios sobre la nave no podrán hacerse efectivos sobre las subvenciones u otros subsidios otorgados por el Estado.”

- f) Sobre EL FONDO DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD otorgado por el deudor en virtud de lo dispuesto en los artículos 1210 y siguientes del Código de Comercio, conservan sus preferencias los acreedores privilegiados.
- g) Sobre la garantía sustitutiva del arraigo, como se verá en otro capítulo.

C. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRIVILEGIOS MARÍTIMOS

Como hemos señalado, los privilegios marítimos otorgan un derecho de persecución y de realización de la nave. Este derecho de persecución es una notable excepción en el derecho chileno¹⁰⁸, puesto que se ha sostenido que el único crédito privilegiado que otorga este beneficio era el prendario de la segunda categoría señalada en el Código Civil. Pero esta situación no nace del crédito al cual es inherente el privilegio, sino que al derecho real de prenda. A partir del derecho de persecución y realización de los acreedores privilegiados, se ha pretendido atribuirle a los privilegios marítimos la naturaleza jurídica de derechos reales. Es decir, que el privilegio otorga derechos a los acreedores sobre la nave sin respecto a determinada persona.

La opinión mayoritaria, y la nuestra, es la contraria. Podemos sostener, con toda propiedad, que:

- a) Los créditos marítimos privilegiados son créditos personales, si se sostiene que el privilegio es un derecho real, habría que señalar que los créditos enumerados en los artículos 844 y 846 del Código de Comercio son derechos reales por ser aquellos inherentes a estos.
- b) No existen títulos translativos de privilegios ni modo de adquirirlos establecidos por el legislador.

¹⁰⁸ ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, T. II, pág. 810.

- c) Por otro lado, no sería posible la extinción del privilegio “derecho real” por su no ejercicio por un lapso de tiempo, ya que debería adquirirlo un tercero para perderlo el titular.

Para determinar cual es la naturaleza jurídica del privilegio marítimo, haciéndose cargo del derecho de persecución, hay que analizar el objeto sobre el cual recae: La fortuna de Mar y su carácter de garantía real e independiente de la persona que la administra¹⁰⁹. Como sostiene el profesor Claudio Barroilhet, nos encontramos con un derecho de prenda general de los acreedores que “*adquiere una fisonomía particular, derivada de la circunstancia que esta masa patrimonial existe como algo separado a su titularidad, de ahí que los activos que la componen se vean afectos al pago de los pasivos que la gravan, independientemente de la propiedad o tenencia de la nave, la garantía de la fortuna de mar no es sino el derecho de garantía general de sus acreedores, ejercido en la nave y en los activos emanados de su explotación...*”¹¹⁰. El mismo autor sostiene que como consecuencia de considerar a la fortuna de mar como una masa patrimonial independiente de su titular y administrador, se da la “*triple garantía legal*” construida en torno a la actividad navegatoria: una, es la reserva de una masa patrimonial para la satisfacción de los créditos que la actividad navegatoria origina, afectando la nave y sus frutos; dos, es el derecho de persecución de esta masa patrimonial separada y, tres, es el derecho de realizarla para satisfacer los créditos¹¹¹.

Para don Eugenio Cornejo Fuller, la fortuna de mar es un patrimonio específico, es una parte del patrimonio del naviero destinado a fines también específicos¹¹². Como consecuencia de ello señala que en la fortuna de mar se sustenta el derecho o la facultad del armador o dueño de una nave, para limitar su responsabilidad por hechos u obligaciones vinculados a esa nave, con el objeto de restringir el ámbito de cobro y de acción de los acreedores, exclusivamente a esa nave y ciertos anexos financieros. Es por ello que sostiene que el derecho de persecución tiene su explicación en la creación de esa universalidad jurídica, pero relativa a cosas específicas que se engloba dentro del término *fortuna de mar*.

D. PRIVILEGIO MARÍTIMO DE LOS TRABAJADORES

¹⁰⁹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit. pág. 84.

¹¹⁰ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit. pág. 85.

¹¹¹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit. págs. 87 y 88.

¹¹² CORNEJO FULLER, Eugenio, ob. cit. págs 144 y 155

El artículo 844 del Código de Comercio¹¹³ está inserto en el Título III de dicho cuerpo legal denominado: “*DE LOS PRIVILEGIOS Y DE LA HIPOTECA NAVAL*”.

La norma, en la parte que interesa a este estudio establece: “*Los siguientes créditos gozan de privilegio sobre la nave, con preferencia a los hipotecarios y en el orden de prelación que se indica:*

2.º Las remuneraciones y demás beneficios que deriven de los contratos de embarco de la dotación de la nave, en conformidad con las normas laborales y del derecho común que regulan la concurrencia de estos créditos, y los emolumentos de los prácticos al servicio de la nave.

¹¹³ Código de Comercio; Art. 844: “*Los siguientes créditos gozan de privilegio sobre la nave, con preferencia a los hipotecarios y en el orden de prelación que se indica:*

1º Las costas judiciales y otros desembolsos causados con ocasión de un juicio, en interés común de los acreedores, para la conservación de la nave o para su enajenación forzada y distribución del precio;

2º Las remuneraciones y demás beneficios que deriven de los contratos de embarco de la dotación de la nave, en conformidad con las normas laborales y del derecho común que regulan la concurrencia de estos créditos, y los emolumentos de los prácticos al servicio de la nave.

Del mismo privilegio gozan las indemnizaciones que se adeuden por muerte o lesiones corporales de los dependientes, que sobrevengan en tierra, a bordo o en el agua, y siempre que sean producidas por accidentes que tengan relación directa con la explotación de la nave;

3º Los derechos y tasas de puerto, canales y vías navegables, y los derechos fiscales de señalización, practicaje y pilotaje;

4º Los gastos y remuneraciones por auxilios en el mar, y por contribución en avería gruesa. Del mismo privilegio goza el reembolso de gastos y sacrificios en que hubiere incurrido la autoridad o terceros, para prevenir o minimizar los daños por contaminación o de derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas al medio ambiente o bienes de terceros, cuando no se hubiere constituido el fondo de limitación de responsabilidad que se establece en el título IX de la Ley de Navegación, y

5º Las indemnizaciones por daños, pérdidas o averías causados a otras naves, a las obras de los puertos, muelles o vías navegables o a la carga o equipajes, como consecuencia de abordajes u otros accidentes de navegación, cuando la acción respectiva no sea susceptible de fundarse en un contrato, y los perjuicios por lesiones corporales a los pasajeros y dotación de esas otras naves.”

Del mismo privilegio gozan las indemnizaciones que se adeuden por muerte o lesiones corporales de los dependientes, que sobrevengan en tierra, a bordo o en el agua, y siempre que sean producidas por accidentes que tengan relación con la nave.”

Los privilegios establecidos en este artículo priman por sobre los créditos hipotecarios (o prendarios para el caso de las naves menores) contemplados en el artículo 845¹¹⁴ del Código de Comercio y de los créditos privilegiados de segunda categoría establecidos en el artículo 846¹¹⁵ del mismo cuerpo legal.

En el número 2 del artículo en análisis se reúnen dos tipos de créditos que han tenido un tratamiento diferenciado en Convenios y proyectos de convenios internacionales. La Convención de 1926 trataba a los créditos derivados del contrato de ajuste¹¹⁶ del capitán y tripulación ocupaba el segundo lugar y los créditos derivados de accidentes de la navegación ocupaban el cuarto lugar, sin importar si se trataba de daño a las cosas o a las personas y sean estas tripulantes o pasajeros. En la Convención que regula la misma materia del año 1967, los créditos laborales ocupaban el primer lugar y los

¹¹⁴ Código de Comercio; Art. 845: “Los créditos hipotecarios serán preferidos a los que se enumeran en el artículo siguiente, y se regirán por las disposiciones del párrafo 5 de este título.

De igual preferencia gozarán los créditos caucionados con prenda sobre naves menores.”

¹¹⁵ Código de Comercio; Art. 846: “Además, gozan de privilegio sobre la nave, en el orden en que se enumeran, en grado posterior a los indicados en el artículo 844, los siguientes:

1° Los créditos por el precio de venta, construcción, reparación y equipamiento de la nave;

2° Los créditos por suministros de productos o materiales, indispensables para la explotación o conservación de la nave;

3° Los créditos originados por contratos de pasaje, fletamento o transporte de mercancías, incluyendo las indemnizaciones por daños, mermas y faltantes en cargamentos y equipajes, y los créditos derivados de perjuicios por contaminación o derrames de hidrocarburos u otras substancias nocivas;

4° Los créditos por desembolsos hechos por el capitán, agentes o terceros, por cuenta del armador, para la explotación de la nave, incluyendo los servicios de agencias, y

5° Los créditos por primas de seguro respecto de la nave, sean del casco o de responsabilidad.”

¹¹⁶ El contrato de ajuste es una especie de arrendamiento de servicios que pactaba con la tripulación y que era alternativa del contrato de embarco. Ver RODRÍGUEZ NADRUIZ, Juan Antonio, ob. cit.

derivados de accidentes el tercero sin distinguir tampoco si la víctima era tripulante o pasajero o un tercero.

En el antiguo Libro III del Código de Comercio estaban regulados los créditos privilegiados marítimos de primera categoría en el artículo 835 en cuyo N° 5 disponía: *Son créditos privilegiados sobre la nave o su precio:*

5°- Los sueldos, gratificaciones y desembolsos del capitán y los salarios de los oficiales y marineros que compongan la tripulación en el último viaje, sin perjuicio de su privilegio sobre el flete.

Contratados para un viaje de ida y vuelta, estos dos viajes serán considerados como uno solo para la aplicación de este privilegio.

El capitán y la tripulación no gozarán de este privilegio, si se hubieren ajustado a la parte o al flete.”

El número dos del artículo 844 del Código de Comercio establece que: *“Los siguientes créditos gozan de privilegio sobre la nave, con preferencia a los hipotecarios y en el orden de prelación que se indica:*

2° Las remuneraciones y demás beneficios que deriven de los contratos de embarco de la dotación de la nave, en conformidad con las normas laborales y del derecho común que regulan la concurrencia de estos créditos, y los emolumentos de los prácticos al servicio de la nave.

Del mismo privilegio gozan las indemnizaciones que se adeuden por muerte o lesiones corporales de los dependientes, que sobrevengan en tierra, a bordo o en el agua, y siempre que sean producidas por accidentes que tengan relación directa con la explotación de la nave.”

Habiendo dejado claro de que, al tratarse de una excepción al derecho de igualdad de los acreedores, los privilegios de derecho común deben interpretarse en sentido restringido, debemos desglosar los créditos que obtienen esta preferencia.

Es por ello que saltan a la vista las diferencias existentes entre la regulación del antiguo Libro III y las normas del actual Código de Comercio. El antiguo número 5 del artículo 835 expresaba, con claridad, cuales eran las prestaciones laborales que gozaban de privilegio, es decir, los sueldos, gratificaciones y desembolsos de la dotación devengados en el último viaje.

En la actual redacción de la norma., hoy contenida en número 2 del artículo 844, se refiere a las remuneraciones y **demás beneficios** que deriven de los contratos de embarco, en conformidad con las normas especiales del Derecho Laboral y de la regulación común respecto de la concurrencia de estos créditos.

Entonces, podemos señalar que la normativa actual por lo menos abarca las prestaciones contenidas en el antiguo Código de Comercio y que, de haberlo querido restringir a las mismas, se hubiere conservado la misma redacción en ese punto.

¿Cuáles son los beneficios que derivan de los contratos de embarco?

La respuesta no es otra que todos los beneficios que derivan del contrato de trabajo ya que existe una identidad entre el contrato de embargo y éste.

Debemos recurrir a una interpretación armónica de la norma en cuestión con los números 5º y 8º del artículo 2472¹¹⁷ del Código Civil. En dicho artículo se enumeran la primera clase de créditos y, en cuanto a los créditos laborales, los divide en dos dándoles preferencias distintas. En primer lugar, reconoce como créditos de la primera categoría a las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares y, en segundo lugar, trata las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral.

El inciso segundo del número dos del artículo 844 del Código de Comercio hace extensivo el privilegio marítimo a los crédito por indemnizaciones derivadas de accidentes del trabajo que causen la muerte o lesiones corporales a los dependientes, siempre que tengan relación directa con la explotación de la nave.

¹¹⁷ Código Civil; Art. 2472: “La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

1. Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores;
2. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto;
3. Los gastos de enfermedad del deudor.

Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia;

4. Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, de realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados;

5. Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares;

6. Las cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, como asimismo, los créditos del fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso tercero del artículo 42 del decreto ley N.º 3.500, de 1980;

7. Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses;

8. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas;

9. Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo.”

Por otro lado, el artículo 61¹¹⁸ del Código del Trabajo amplía las normas señaladas del Código Civil.

Cuando el artículo 844 del Código de Comercio, en su número 2, se refiere a las remuneraciones, deben entenderse incluidas en este concepto, por expresa remisión de la misma norma, las contraprestaciones señaladas en la definición del artículo 41¹¹⁹ y 42¹²⁰ del Código del Trabajo, es decir, las contraprestaciones en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo/embarco, con exclusión de las asignación de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación,

¹¹⁸ Código del Trabajo; Art. 61: “Gozan del privilegio del artículo 2472 del Código Civil, las remuneraciones adeudadas a los trabajadores y sus asignaciones familiares, las imposiciones o cotizaciones y demás aportes que corresponda percibir a los organismos o entidades de previsión o de seguridad social, los impuestos fiscales devengados de retención o recargo, y las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que correspondan a los trabajadores; todo ello conforme al artículo 2473 y demás pertinentes del mismo Código.

Estos privilegios cubrirán los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito.

Para los efectos de lo dispuesto en el número 5 del artículo 2472 del Código Civil, se entiende por remuneraciones, además de las señaladas en el inciso primero del artículo 41, las compensaciones en dinero que corresponda hacer a los trabajadores por el feriado anual o descansos no otorgados.

El privilegio por las indemnizaciones legales y convencionales previsto en el número 8 del artículo 2472 del Código Civil, no excederá, respecto de cada beneficiario, de un monto igual a tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, con un límite de diez años; el saldo, si lo hubiere, será considerado valista. Si hubiere pagos parciales, éstos se imputarán al máximo referido.

Sólo gozarán de privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer.

Los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda acerca de los créditos privilegiados a que se refiere el presente artículo.”

¹¹⁹ Código del Trabajo; Art. 41: “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo.

no constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.”

¹²⁰ Código del Trabajo; Art. 42: “Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:

- a) *sueldo, que es el estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 10;*
- b) *sobresueldo, que consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo;*
- c) *comisión, que es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador;*
- d) *participación, que es la proporción e la utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma, y*
- e) *gratificación, que corresponde a la parte de las utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador.”*

los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al terminar el contrato de trabajo y las devoluciones de gastos incurridos por causa del trabajo. Se incluyen en la remuneración, el sueldo, el sobresueldo, la comisión, la participación y la gratificación.

En cuanto a los demás beneficios que deriven del contrato de embarco, deben entenderse todas las prerrogativas valuables en dinero que provengan de la relación jurídico laboral. Entre ellas deben entenderse las indemnizaciones legales por el término del contrato. De ese modo, el privilegio marítimo se extiende a los créditos que nacen de las causas señaladas en el número 8 del artículo 2472 del Código Civil. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral tienen su causa, en este caso, en el contrato de embarco, por lo que es un beneficio derivado de dicho contrato de trabajo.

E. MOMENTO DESDE EL CUAL NACE EL PRIVILEGIO

Determinar el momento desde el cual nace el privilegio marítimo de los trabajadores embarcados es esencial. Determina el plazo de extinción del privilegio. Como vimos, los privilegios marítimos terminan, independientemente de los créditos que lo originan, por el transcurso del plazo de un año contado desde la fecha en que se originó el crédito pertinente.

¿Desde cuando nace el crédito laboral?

En ciertos casos, la respuesta es fácil. Las remuneraciones se devengan según su periodo de pago. Desde ese día se hacen exigibles y son un crédito privilegiado.

Para la indemnización legal por años de servicio adeudada luego de un despido, en cambio, existen dudas ¿Se deben desde el momento del despido o desde la sentencia que lo declara injustificado? En ese caso, podemos entender que la sentencia es declarativa y no constitutiva del derecho. Entonces, el crédito privilegiado debe entenderse nacido desde el momento del despido. Mismo tratamiento debemos dar a la sentencia que obliga a pagar una indemnización por accidente del trabajo.

Si se considerara que el crédito privilegiado tiene una existencia relevante desde el momento en que quede firme y ejecutoriada la sentencia declarativa, esto traería consigo un problema práctico. Se origina con la demora de los procesos judiciales que declaran la existencia y obligación de pagar una obligación. Lo más probable es que transcurra con creces el plazo de existencia del privilegio. Pero el número 1 del artículo 855 del Código de Comercio se pone en esa situación y favorece con la interrupción o suspensión del plazo al acreedor que hubiere obtenido la retención o embargo judicial del bien afecto al privilegio y del acreedor que por algún impedimento legal no pudo ejercitar antes su crédito privilegiado.

Es por ello, que en los casos en que es discutible la existencia de la obligación afecta a privilegio, se podrá interrumpir el cómputo del plazo de vigencia de la preferencia, obteniendo la medida cautelar de retención de la nave. Como se verá más adelante, esta solución no es del todo práctica

atendida la proporcionalidad que debe envolver toda medida cautelar (con excepción del arraigo de nave).

Otra interpretación posible es la de señalar que, en los casos mencionados, no se requiere de una sentencia judicial que declare la existencia y exigibilidad de un derecho. Esta es la opinión que seguimos. De otra manera, estaríamos supeditando el privilegio a la existencia de un título ejecutivo y traería consecuencias no deseadas: De esa manera, para que cualquier acreedor que tenga un crédito privilegiado sobre la nave pueda obtener el arraigo, deberá señalar que tiene un título ejecutivo. En ningún caso fue esa la voluntad del legislador ya que exigió al acreedor que pretenda obtener el arraigo acompañar antecedentes que constituyan presunción grave del derecho que reclama. Por otro lado, el arraigo dejaría de ser una medida cautelar y pasaría a ser una especie de embargo ejecutivo. El legislador claramente ha creado una providencia de cautela con el arraigo.

En el mismo sentido, Claudio Barroilhet señala, refiriéndose a la fase declarativa del arraigo, que: *“La garantía del crédito privilegiado se obtiene con una cuasi-instantaneidad en la concesión y ejecución de la medida, previo control de admisibilidad del juez, sea vía examen de los antecedentes acompañados o de la forma y cuantía de la garantía por los eventuales perjuicios que un arraigo infundado pueda producir. El juzgamiento y ejecución es anterior a la fase de discusión y prueba del crédito privilegiado en el que se funda la petición de arraigo¹²¹.”*

F. PRELACIÓN DE CRÉDITOS MARÍTIMOS

¹²¹ BARROILHET, Claudio, ob cit. pág 150.

Como hemos señalado más arriba, los créditos privilegiados marítimos no sólo tienen importancia ante un eventual concurso de acreedores, sino que también otorgan un derecho de persecución y de realización del objeto del privilegio, como se verá en el próximo capítulo.

En este apartado, veremos el tema de la prelación que tiene el crédito laboral privilegiado frente a los demás.

F.1. Prolación de los créditos marítimos laborales frente a los otros créditos privilegiados del mar:

El Código de Comercio establece reglas para determinar la prelación de los créditos y para ello considera especialmente el concepto de “*aventura marítima*”. La aventura marítima es la acepción que se utilizaba históricamente al viaje del barco que era, en si mismo una empresa de riesgo, de aventura. Existía una gran incertidumbre del regreso de la nave y del producto de lo invertido.

El Código de Comercio, inspirado por esta concepción romántica, establece un régimen de prioridades que se separa del *ius communis*. El derecho común consagra, por regla general, que el primero en el tiempo goza del mejor derecho. Así, la primera hipoteca tiene preferencia sobre la segunda. En derecho marítimo, en cambio, se establece la preferencia por el último viaje de la nave. Los créditos generados en el último viaje prefieren a los nacidos en los precedentes. Se consagra esta situación en el adagio: “*posterior*

in tempore, potior in jure"¹²². Esto se debe a que en cada expedición se van generando nuevas relaciones jurídicas que deben preferirse a las anteriores para que cada zarpe tengas sus créditos y deudas, pagándose los últimos acreedores frente a los anteriores. Esto se debe a la corta duración de los privilegios y a la importancia del comercio marítimo de modo tal de garantizar a los acreedores el pago de sus créditos, dando seguridad al tráfico comercial.

Los créditos privilegiados se clasifican en privilegios de primera o segunda categoría según si prefieren o no a la hipoteca naval.

Los créditos privilegiados de origen laboral, señalados en el número 2 del artículo 844 del Código de Comercio prefieren a los créditos hipotecarios, y a los de los números 3, 4 y 5 del mismo artículo. Sólo prefieren a los créditos laborales ya indicados los señalados en el número 1 del artículo, es decir, las costas judiciales y los otros desembolsos causados con ocasión de un juicio, en interés común de los acreedores, para a conservación de la nave o para su enajenación forzada y la distribución del precio.

El artículo 851¹²³ del Código de Comercio establece la norma de preferencia del último viaje como forma de preferir a crédito de grado superior incluso. Entonces, puede existir un crédito privilegiado de segunda clase que prefiera a uno de primera si es que se generó en el último viaje. Esta norma, en todo caso, protege al trabajador, debido a que los créditos, derivados de un único contrato de embarco que comprenda varios viajes, concurre como uno

¹²² BARROILHET ACEVEDO, Claudio; op. cit. pág. 102.

¹²³ Código de Comercio; Art. 851: "*Los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes precedentes aunque estos últimos sean de mejor grado. Sin embargo, los créditos derivados de un contrato único de embarco que comprenda varios viajes, concurren como uno solo, en el orden y lugar de preferencia previsto por el artículo 844, con los créditos privilegiados originados en el último viaje.*"

sólo aunque varias obligaciones hayan surgidos en viajes anteriores. Esto se da en todos los casos en que el contrato de embarco sea por tiempo y no por viaje.

Un caso: Un trabajador se embarca por un viaje redondo, es decir, por un viaje que termina en el puerto de zarpe. Se desembarca y la nave realiza un nuevo viaje. Los créditos privilegiados que se generen en ese último viaje preferirán al del trabajador aunque sea de grado posterior.

El caso contrario: Si el trabajador tiene un contrato de trabajo/embarco por un plazo superior al de más de un viaje, las remuneraciones que se le adeuden de los viajes anteriores tendrán la preferencia que le da la ley frente a los créditos que se generen en el último viaje.

El legislador establece la forma de dilucidar las dudas sobre el viaje al cual corresponde un crédito. Así lo dispone el artículo 853¹²⁴ del Código de Comercio.

¹²⁴ Código de Comercio; Art. 853: “En caso de duda sobre el viaje a que corresponde un crédito, se aplicarán las siguientes reglas:

1.^a Para las naves de línea que cumplen itinerarios regulares y preestablecidos, se estará a la numeración o simbología que el naviero o transportador haya asignado al viaje durante el cual se generó el crédito;

2.^a Para las naves que cumplen contratos de fletamentos totales por viajes, se entenderá que el viaje comienza desde que la nave zarpa a buscar el cargamento y termina con la descarga total en el último lugar de destino inicial de la nave;

3.^a Para las naves que efectúan un crucero de turismo, el viaje comprenderá la navegación desde el puerto inicial de aquél, hasta donde termine o hasta el regreso de la nave al puerto en que se inició el crucero, según lo que indique el programa, y

4.^a Para las naves de pesca o de investigación científica, se entenderá que el viaje comprende la duración de la respectiva expedición.

Si no fuere posible aplicar las reglas precedentes, la prelación de los créditos mencionados en los artículos 844 y 846 se determinará en cada numerando, por el orden inverso al de sus respectivas fechas sin distinción de viajes.

También se establece una norma residual para el caso de que no se pueda aplicar ninguna de las reglas para indicar el viaje. Para ello, el inciso final del artículo 853 ya citado establece que, para el caso de que no pueda aplicarse ninguna regla, la prelación se determinará en cada numerando de los artículos 844 y 846 del Código de Comercio prefiriendo los créditos en el orden inverso al de sus respectivas fechas, sin distinción de viajes.

Los créditos derivados de un mismo acontecimiento se considerarán nacidos al mismo tiempo¹²⁵.

En resumen, podemos señalar que los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los viajes precedentes (con la excepción del trabajador con contrato de embarco por varios viajes). Los créditos privilegiados originados en un mismo viaje son preferidos en el orden establecidos en los artículos 844 y 846, y los descritos en un mismo número, se pagarán a prorrata de sus montos. Si no puede identificarse el viaje según las reglas establecidas en el artículo 853, se pagarán los créditos de un mismo número en el orden inverso de sus fechas.

Los créditos privilegiados que a nosotros nos interesa, es decir, los señalados en el número 2 del artículo 844 del Código de Comercio, mantendrán su orden de prelación aún cuando hayan surgidos en viajes anteriores al último, siempre y cuando el trabajador tenga un contrato de

¹²⁵ Código de Comercio; Art. 854: *“Los créditos derivados de un mismo acontecimiento se consideran nacidos al mismo tiempo.*

Los créditos indicados en el número 4 del artículo 844, tienen prioridad entre ellos en el orden inverso al de las fechas en que se originaron, al igual que los señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo 846.

Los créditos por contribución a las averías comunes nacen en la fecha del acto que las cause, y los créditos por auxilios en el mar se consideran originados en las fechas en que esas operaciones terminaron.”

embarco que tenga una duración superior al viaje o haya sido pactado para varios viajes.

Los créditos laborales marítimos privilegiados prefieren a los créditos hipotecarios o prendarios sobre la nave.

F.2. Prelación de los créditos marítimos laborales frente a créditos privilegiados de derecho común:

Recordemos que el privilegio marítimo otorga un derecho de persecución más allá de la sola regulación de prelación de crédito.

Es por ello que el concurso de acreedores marítimos privilegiados se dará sólo en relación con el objeto del privilegio: La fortuna de mar. Será la nave, sus accesorios, sus frutos, sus seguros y demás, lo que será el objeto de la realización y el pago, según la preferencia, a cada uno de ellos.

Pero ¿Qué ocurre si en el mismo concurso verifican sus créditos tanto acreedores privilegiados de derecho común con créditos privilegiados marítimos? ¿Qué ocurre en caso de quiebra de la empresa naviera?

En caso de quiebra de la empresa naviera, concurrirán al concurso de acreedores no sólo los trabajadores embarcados ni los acreedores marítimos del último viaje, sino que cualquier persona que tenga un crédito contra el fallido lo que puede provocar un concurso de créditos privilegiados de derecho común.

Este caso debe ser resuelto interpretando la fortuna de mar como un patrimonio de afectación, produciéndose un concurso paralelo, tal cual se haría con la concurrencia de varios acreedores hipotecarios civiles, frente a las demás personas que tengan créditos contra el fallido, pero, siempre y en ambos casos, sin perjuicio de los créditos de la primera clase establecidos en el Código Civil.

El Código Civil contiene las normas generales que regulan la prelación de créditos, pero como el código es una ley simple, puede ser modificada por una ley simple posterior. En efecto, numerosas leyes han modificado las reglas del código de Bello que no sólo han dado el carácter de privilegiados a nuevos créditos, sino que ha alterado el sistema general de prelación de créditos.

Para el caso de los créditos privilegiados creados por el Código de Comercio, el Código Civil se puso en el caso y estableció que sobre la preferencia de ciertos créditos comerciales se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio¹²⁶. Sin embargo, ese último cuerpo legal no pretendió darle el carácter de súper privilegio a las preferencias marítimas frente a los créditos de la primera clase.

Por otro lado, como ya hemos señalado, el privilegio marítimo es una preferencia especial por cuanto recae sobre bienes determinados del deudor. Constituye más bien un crédito **como** los de la segunda o tercera clase. Por lo

¹²⁶ Código Civil; Art. 2475: *“Sobre la preferencia de ciertos créditos comerciales, como la del consignatario en los efectos consignados, y la que corresponde a varias causas y personas en los buques mercantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio. Sobre los créditos de los aviadores de minas, y de los mayordomos y trabajadores de ellas, se observarán las disposiciones del Código de Minería.*

tanto, no pueden considerarse como créditos de la primera clase del Código Civil ni de un grado superior a ellos.

Por el momento, y mientras no se dicte otra ley que vuelva a modificar el sistema, la cuestión ha sido zanjada por la Ley N° 19.250 de 30 de septiembre de 1993 que modificó el artículo 148¹²⁷ de la Ley de Quiebras al establecer que los créditos de privilegiados de primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecidos por leyes especiales.

Es por ello que si los bienes del fallido, excluidos la fortuna de mar, son insuficientes para pagar los créditos privilegiados de primera clase establecidos en el artículo 2472 del Código Civil, estos se pagarán de manera preferente sobre la nave y demás objetos de los privilegios marítimos. Del resto, concurrirán los acreedores marítimos privilegiados.

O sea, deben tener el mismo tratamiento que el sistema común otorga a los acreedores prendarios o hipotecarios cuando entran en conflicto con los créditos de la primera clase.

En todo caso, los créditos privilegiados de los trabajadores embarcados también son, en cierta parte y hasta ciertos montos, créditos privilegiados de la primera clase del Código Civil.

¹²⁷ Ley de Quiebras; Art. 148 inciso final: *“Los créditos privilegiados de la primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecido en leyes especiales.”*

Frente a las demás clases de créditos, priman los créditos privilegiados marítimos debido a que las normas del Código de Comercio modifican el sistema de prelación de créditos del Código Civil.

De este modo, hemos analizado las características del privilegio marítimo de los trabajadores, el objeto sobre el cual recae, su naturaleza jurídica, su alcance, su existencia y la preferencia que tiene frente a los otros créditos privilegiados marítimos y de derecho común.

Sólo falta analizar el efecto más especial de este crédito laboral: el derecho a perseguir la nave en poder de quien la tenga, realizarla y pagarse preferentemente con el producto, sin sujeción a ningún principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO III

CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LABORAL, EN ESPECIAL DEL ARRAIGO DE NAVES POR CRÉDITOS PRIVILEGIADOS LABORALES

Nuestro derecho está inspirado por el principio de la buena fe, por lo tanto se estima que los deudores cumplirán oportunamente sus obligaciones. De esa manera, el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del armador para con los trabajadores embarcados se hará con el pago oportuno de las mismas.

Pero puede surgir un conflicto de intereses con relevancia jurídica entre el trabajador y el naviero. En ese caso, el trabajador tendrá un crédito privilegiado que, independientemente de que exista o no un concurso de acreedores, tendrá derecho a perseguir la fortuna de mar, de realizarla y pagarse del producto de la misma. Así lo establece el artículo 842 del Código de Comercio disponiendo que: *“Los privilegios de que trata este párrafo, otorgan al acreedor el derecho de perseguir la nave en poder de quien se*

halle y hacerse pagar con su producto preferentemente a los demás acreedores, según el orden aquí establecido.”

Para poder materializar el derecho de persecución de los acreedores marítimos privilegiados, el legislador estableció el procedimiento de arraigo de naves.

El comercio marítimo es muy dinámico. La explotación de las naves requiere su constante movimiento desde la carga hasta la descarga para volver a cargar y volver a zarpar. Lo ideal para el naviero es que su nave esté en constante movimiento y que pierda la menor cantidad de tiempo en puerto. Debe cumplir con sus compromisos y evitar gastos por conceptos de derechos y tasas de puerto. Esto es patente en las naves de línea que cumplen con un itinerario, pero definitivamente imperioso para los buques dedicados al “*tramping*”, es decir, aquellas que están disponibles para cualquier flete en cualquier parte del mundo y que cumplen contratos de fletamentos totales por viajes y cuyos principales exponentes son los buques graneleros. Es probable que este tipo de nave nunca más vuelva a utilizar el puerto de carga o descarga.

Esta realidad es la que ha tenido el legislador histórico y el actual para establecer el arraigo como un procedimiento sumarísimo para inmovilizar la nave, que es la cosa más valiosa de la fortuna de mar.

Por medio del procedimiento de arraigo de naves se pretende obtener el pago del crédito privilegiado antes de que la nave zarpe iniciando un nuevo viaje. Esto no sólo por la importantísima razón de tener al alcance el objeto

del privilegio y retenida la garantía de su cumplimiento, sino que se evita el inicio de un nuevo viaje que alteraría, como vimos, la preferencia de los créditos.

A. Concepto del Arraigo de Naves

La expresión arraigo de naves es una expresión original del legislador chileno. En derecho comparado o en el unitario se habla de “*embargo preventivo de naves o de buques*”. Sin embargo, la Comisión que redactó el Proyecto de Reforma del Libro III del Código de Comercio decidió usar la terminología derivada del derecho penal del Arraigo con el objeto de evitar confusiones con el embargo del procedimiento ejecutivo. Claramente se le dio un carácter de medida cautelar a la inmovilización de las naves y no de un procedimiento de cumplimiento compulsivo. Utilizó la terminología penal para expresar la imposibilidad de movimiento de la nave desde el puerto nacional¹²⁸.

El legislador hace sinónimas las expresiones arraigo, prohibición de zarpe, inmovilización y retención de naves. El párrafo número 5 del Título VIII del Libro III del Código de Comercio se denomina “*Del procedimiento sobre arraigo o **retención de naves*** y su alzamiento*”. El artículo 1231 del Código de Comercio se refiere a la solicitud para obtener la prohibición de zarpe de la nave¹²⁹. El artículo 1232 del mismo cuerpo legal señala que: “*Para*

¹²⁸ En el mismo sentido: GONZÁLEZ CATALÁN, Juan Pablo. Del Arraigo de Naves en Chile. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 2002.

* El destacado es nuestro.

¹²⁹ Código de Comercio; Art. 1231: “*El titular de un crédito que goce de algún privilegio sobre una nave, establecido en este Código o en las leyes que lo complementan, podrá ocurrir ante el tribunal civil de turno del lugar donde aquélla se encuentre o ante el tribunal civil de turno que fuera competente según las normas*

los efectos de este párrafo, los términos prohibición de zarpe, retención, arraigo e inmovilización, se consideran sinónimos. No se comprende dentro de estas expresiones el embargo de una nave decretado en procedimientos de apremio.”

Es decir, desde la decisión de usar la expresión arraigo subyace una idea de nunca confundir la retención de nave como una medida ejecutiva. El legislador le ha dado un carácter de medida cautelar, es decir, de una resolución que se dicta durante el curso de un proceso y *que tiene por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma*¹³⁰.

En este sentido Claudio Barroilhet señala que *el arraigo anticipa los previsibles efectos del litigio, para asegurar el derecho de los acreedores y permitirles que, cuando dispongan de un título ejecutivo que reconozca el crédito que goza de privilegio, tengan a su alcance la nave en la que podrán hacerlo efectivo.*

El arraigo puede definirse desde el punto de vista de la medida o del proceso. De ese modo, el arraigo es una medida cautelar, pero también es un proceso judicial de carácter tutelar provisional. Este procedimiento cautelar

de este Libro, para solicitar se prohíba el zarpe de aquélla, desde el puerto o lugar en que se encuentre, con el objeto de garantizar el ejercicio del crédito privilegiado o asegurar el cumplimiento de una decisión judicial que pueda implicar la realización de la nave afectada.

El tribunal requerido deberá acceder a esa petición, sin más trámite, siempre que se acompañen antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama. Si no fueren suficientes dichos antecedentes o el peticionario manifestare no poseerlos aún, el tribunal podrá exigir que se constituya garantía por los eventuales perjuicios que se causen si posteriormente resultare que su petición carecía de fundamentos.

¹³⁰ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires, Librería el Foro, 1996. pág 45.

recae sobre un objeto especial, la nave y está sometida a un procedimiento especial establecido en el párrafo 5, del título VIII del Libro III del Código de Comercio. En consecuencia, el arraigo es una especie de medida de retención establecida en el artículo 290 N° 3 del Código de Procedimiento Civil^{131 132}.

Podemos encontrar algunas definiciones de arraigo:

El profesor Félix García Infante nos señala que *“el arraigo consiste en la sustracción de la nave de la actividad navegatoria, como forma de afianzar, con hechos, el crédito privilegiado generado por la nave¹³³”*.

George Ripert indica que *“el embargo preventivo del buque consiste en inmovilizarlo temporalmente¹³⁴”*

Juan Pablo González define esta medida señalando *“El arraigo es una medida precautoria especial de retención, judicial o prejudicial, intentada por un acreedor privilegiado, con el objeto de obtener la inmovilización de una nave para garantía de su crédito, y que ordenada por juez competente prohíbe su zarpe¹³⁵”*.

A partir de la lectura del artículo 1231 del Código de Comercio, don Maximiliano Genskonwky define arraigo o retención como *“la prohibición de*

¹³¹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit. pág 122.

¹³² Art. 290 (280). Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:

1a. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

2a. El nombramiento de uno o más interventores;

3a. La retención de bienes determinados; y

4a. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

¹³³ GARCIA INFANTE, Felix, ob. cit. pág 423.

¹³⁴ RIPERT, Georges. Compendio de Derecho Marítimo. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954. Pág. 153.

¹³⁵ GONZÁLEZ CATALÁN, Juan Pablo, ob. cit. pág 43.

zarpe de una nave, decretada por el tribunal, desde el puerto o lugar donde se encuentre, con el objeto de garantizar el ejercicio de un crédito que goce de algún privilegio sobre la nave o asegurar el cumplimiento de una decisión judicial que pueda implicar la realización de la nave afectada¹³⁶.”

B. Naturaleza Jurídica del Arraigo

El arraigo es una medida cautelar: Como señalamos, la resolución judicial que embarga preventivamente una nave es una providencia cautelar. Esa es su naturaleza jurídica.

El arraigo es una medida cautelar y, como tal, puede calificarse de medida conservativa y nominada. Su decreto busca el aseguramiento de la futura ejecución forzada de la nave e importa una decisión interina anticipada.

Es una providencia cautelar **conservativa** porque es de aquellas que persigue conservar el estado de hecho existente al momento en que es decretada, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal y definitiva ejercer sus efectos.

Es una medida de cautela **nominada** porque se encuentra expresamente prevista por parte del legislador en el Libro III del Código de Comercio.

Es una medida que busca el **aseguramiento de la futura ejecución forzada**, diferenciándose de las providencias cautelares que buscan la

¹³⁶ GENSKOWSKY MOGGIA, Maximiliano. Diccionario de Derecho Marítimo. Santiago, Chile, Editorial Jurídica La Ley, 2003. pág 54.

conservación o aseguramiento de la prueba y de las contracautelas, pero también es de aquellas medidas que importan una decisión interina anticipada¹³⁷.

Sin embargo, por la especialidad que adoptan todas las instituciones de derecho común en el mar, el arraigo se diferencia de las características de las medidas cautelares en general. En efecto, dos de las principales características de las providencias de cautelas son su *proporcionalidad* y su *instrumentalidad* frente a la providencia de certeza.

El artículo 298¹³⁸ del Código de Procedimiento Civil, en su parte primera, establece que: *“las medidas de que trata éste título se limitarán a los bienes necesarios para responder a las resultas del juicio.”* Esta disposición consagra el principio de proporcionalidad que debe inspirar al juez al conocer de un procedimiento cautelar. Juan Carlos Marín sostiene que *la aplicación de este principio busca que los jueces limiten al máximo el componente opresivo que toda medida cautelar lleva consigo; de este modo, el tribunal debería sólo conceder aquellas medidas estrictamente necesarias y que guarden proporción con la pretensión hecha valer por el demandante*¹³⁹.

Sin lugar a dudas que la medida de arraigo se aleja de toda proporcionalidad y que no le cabe al juez, en sede de conocimiento del proceso cautelar, entrar a indagar sobre la proporcionalidad de la medida.

¹³⁷ Se ha seguido en estos puntos la clasificación hecha por MATURANA MIQUEL, Cristian. Las Medidas Cautelares. Apuntes de Clase. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2004 págs 18-24.

¹³⁸ Código de Procedimiento Civil; Art. 298: *“Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.”*

¹³⁹ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno; Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004. pág. 219.

Como veremos, para que se decrete el arraigo de una nave, sólo basta presentar la solicitud ante el tribunal competente, acompañando antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama, es decir, la exigibilidad de un crédito privilegiado.

De esa manera, un trabajador o grupo de trabajadores a quienes no se le han pagado las remuneraciones devengadas en el último viaje, podrán solicitar el arraigo de la nave en la que prestaron sus servicios, acompañando las respectivas copias de sus contratos de trabajo y/o de embarco, señalando en su presentación que no se les han pagado las remuneraciones. Si el juez estima que se han acompañado antecedentes que constituyan presunción grave de la existencia de este crédito privilegiado, deberá ordenar el arraigo de la nave sin entrar a sopesar el crédito con el alto valor de la embarcación. Se podría llegar, entonces, a ver casos como que el de un trabajador que logre el arraigo de una nave que tenga una tasación de varios millones de dólares frente a un crédito que puede ser inferior al millón de pesos.

Como veremos más adelante al tratar el procedimiento, existen los medios para paliar esta desproporcionalidad, pero igual se puede producir un enorme perjuicio al naviero.

Es por ello que sostenemos que, si bien la naturaleza del embargo preventivo de naves es la de una medida cautelar, esta tiene efectos de una verdadera medida ejecutiva, sobre todo en la materia que estamos analizando: los privilegios de los trabajadores embarcados.

En este aspecto, cobra una gran relevancia las palabras de Calamandrei quien señala respecto de las medidas cautelares y su función de equiparar las fuerzas en el proceso civil. Se refiere a ellas sosteniendo que *“frecuentemente pasan a ser un medio de coacción psicológica, un medio expeditivo, podría decirse, para agarrar al adversario del cuello; no sirven (como hipócritamente se dice) para mantener durante el curso de la litis la igualdad de las partes y la estabilidad de sus respectivas situaciones patrimoniales, sino que sirve, por el contrario, para poner a una de las partes en condiciones tales de inferioridad, que se le constriña, antes de decidirse la litis, a pedir merced por asfixia¹⁴⁰.”*

El deudor, ante un arraigo decretado, su nave inmovilizada y pagando derechos portuarios, remuneraciones, combustibles y demás gastos, buscará alzarlo lo más rápido posible ya sea pagando el crédito que se le demanda o va a demandar, o constituyendo la garantía que el mismo actor solicitó para sustituir la medida cautelar. En casos límites como el del trabajador que cobra su remuneración antes de que la nave zarpe, el arraigo tiene una vida muy corta. La ley propende a que la inmovilización de la nave sea prontamente enervada mediante la sustitución por una garantía suficiente o por el pago del crédito que se hace valer.

Es por ello que sostenemos que la naturaleza jurídica del arraigo es de ser una medida cautelar, en los casos que nos preocupa en esta investigación, puede tener ribetes de medida ejecutiva desde un punto de vista económico y psicológico.

¹⁴⁰ CALAMANDREI, Piero, citado por GONZÁLEZ CATALÁN, Juan Pablo, ob. cit. pág 45.

La razón de abandonar, por parte del legislador, el principio de proporcionalidad en la concesión de la medida precautoria de arraigo se debe a que es muy probable que la nave sea el único bien del deudor al alcance del o de los acreedores. Puede tratarse de una nave extranjera cuyo armador o propietario no tenga domicilio en Chile. Por otro lado, la nave está constituida por un conjunto de cosas que no son separables, jurídicamente, una de otra. Como vimos, el artículo 827 del Código de Comercio establece que el concepto de nave abarca tanto el casco como la maquinaria y las pertenencias fijas o movibles que la complementan. De tal modo, que el trabajador no podrá hacer valer su crédito privilegiado sobre el motor, sobre el equipo de radio u otra cosa que comprometa la navegabilidad de la embarcación.

El arraigo es una medida de tan grande poder por sus efectos económicos que podemos plantear que, en el caso de los trabajadores y por créditos de poca cuantía, es una verdadera medida ejecutiva.

Del mismo modo en que la retención de nave pierde la proporcionalidad con la pretensión, pierde, por sus efectos, el carácter instrumental que tiene el procedimiento cautelar. En este caso, la tutela cautelar puede llegar a ser un fin en si mismo.

C. Objeto del Arraigo

Esta providencia de cautela puede recaer sobre la nave que es objeto material del crédito privilegiado, sobre otra nave de propiedad del mismo naviero o, incluso, sobre aquella que está sujeta a la misma administración o

sea operada por la misma persona. Así lo establece el artículo 1234 del Código de Comercio¹⁴¹.

En esta parte, el objeto del arraigo se separa de los objetos de los privilegios marítimos. Estos últimos, como vimos, son variados y no están circunscritos a la nave o al artefacto naval.

Se puede arraigar la nave en construcción. A esta conclusión se llega debido que el artículo 858¹⁴² del Código de Comercio señala que los créditos enumerados en los artículos 844 y 846 gozan de un privilegio sobre la nave en construcción desde que esta se encuentre a flote. En este caso, no hay que confundir el arraigo con el derecho legal de retención de que goza el astillero sobre la nave que construye.

También recae el arraigo sobre el artefacto naval y el artefacto naval n construcción por cuanto el artículo 860 del Código de Comercio hace extensivas las normas de privilegios a estos objetos.

Sin embargo, el arraigo sobre la nave en construcción desde que esta se encuentre a flote y sobre los artefactos navales construidos y en construcción pierde gran relevancia debido a la poca movilidad de estas cosas. Puede llegar

¹⁴¹ Código de Comercio; Art. 1234: *“Una nave podrá ser objeto de la medida precautoria especial de que trata este párrafo, en los siguientes casos:*

- a) Cuando la nave es el objeto material sobre el cual se ejerce el privilegio, o*
- b) Cuando el acreedor es titular de un privilegio sobre otra nave que pertenece al mismo dueño, o está sujeta a la misma administración, o es operada por esa misma persona.*

¹⁴² Código de Comercio; Art. 858: *“Los créditos enumerados en los artículos 844 y 846 que correspondan, gozan de privilegio sobre la nave en construcción desde que ella se encuentre a flote, con la preferencia y rango establecidos en el párrafo precedente.”*

a tener relevancia sobre los artefactos navales movibles sea por propulsión propia o ajena¹⁴³.

D. Efectos del arraigo

Podemos clasificar los efectos del arraigo en efectos materiales y efectos jurídicos.

Los efectos materiales de esta medida precautoria son la inmovilización de la nave en puerto, evitando su disponibilidad material. Si es vulnerada esta inmovilización, el artículo 23¹⁴⁴ de la Ley de Navegación establece las sanciones: el capitán podrá sufrir hasta la cancelación de su título. Si se trata de una nave extranjera, sufrirá una multa de hasta 1.000.000.- de pesos oro, de la que será solidariamente responsable el armador o el agente de la nave. Y, por último, los gastos de captura, con un recargo de un 50 % serán de cargo de la nave.

En cuanto a los efectos jurídicos de la medida de arraigo, hay discusión sobre si produce o no la indisponibilidad jurídica de la nave.

Respecto de la medida precautoria de retención, establecida en el Código de Procedimiento Civil, existe relativo en la doctrina que produce la

¹⁴³ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit. en nota al pie 47 pág. 143.

¹⁴⁴ Ley de Navegación; Art. 23: *“El capitán que se hiciere a la mar sin que la nave haya sido despachada, será sancionado hasta con la cancelación definitiva de su título. Si se tratase de una nave extranjera, sufrirá una multa de hasta 1.000.000 de pesos oro, de la que será solidariamente responsable el armador o el agente de ella. Los gastos de captura, con un recargo de un 50%, serán de cargo de la nave. si ellos no fueren íntegramente pagados o garantizado su pago, la nave quedará arraigada.”*

indisponibilidad jurídica del bien retenido¹⁴⁵. Esto, debido a que el artículo 1464 del Código Civil número 3 dispone que: “*Hay objeto ilícito en la enajenación: 3º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello*”.

La jurisprudencia y la doctrina han interpretado que la expresión embargo, empleada en el artículo recién citado, no sólo alude a la figura del embargo del procedimiento de apremio, sino que se refiere, también, a ciertas providencias de cautela.

Según Claudio Barroilhet es discutible que el arraigo o embargo preventivo de nave produzca la indisponibilidad de la misma. Esto porque la resolución que ordena el arraigo tendría por objeto la inmovilización provisoria de la nave, por lo que no parecería ilícito la enajenación de la embarcación. Acto seguido, el mismo autor cita a Francisco Fariña quien sostiene que ese derecho a enajenar la cosa bajo medida cautelar sería más bien teórico ¿Quién adquiriría o aceptaría una hipoteca sobre una nave que puede ser realizada?

El profesor Barroilhet termina por asumir la posición de que el arraigo produce la indisponibilidad jurídica de la nave o artefacto naval afectado. Esto por las siguientes razones¹⁴⁶:

- La palabra embargo no está definida en el ordenamiento jurídico chileno, por lo que, aplicando el artículo 20 del Código Civil, hay que interpretar el concepto según su significado natural y obvio.

¹⁴⁵ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, ob. cit. pág. 391.

¹⁴⁶ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, ob. cit. pág 145 y ss.

Embargo, está definido por la Real Academia de la Lengua Española como la retención, traba o secuestro de bienes por mandamiento del juez o autoridad competente. Desde esta definición, el término embargo utilizado en el artículo 1464 del Código Civil, abarca cualquier medida de apremio o de cautela de retención o secuestro que decrete el juez o la autoridad competente.

- A la fecha de la entrada en vigencia del Código Civil no estaban definidos los conceptos de embargos y medidas precautorias y se entendían términos sinónimos.
- El objeto del artículo 1464 del Código Civil es evitar la enajenación de bienes del deudor que están en garantía de un crédito de un tercero que abarca las medidas precautorias. En ese sentido, no hay diferencia entre las medidas cautelares de derecho común con el embargo preventivo de naves.
- Los privilegios marítimos terminan con la enajenación de la nave a un tercero. Si aceptamos la posibilidad de enajenar libremente la nave por parte del deudor, debemos aceptar que se extinga el privilegio y el consecuente arraigo por la venta de la cosa retenida. Claramente ese no fue el objeto del legislador al crear la institución del arraigo de nave.

A la misma conclusión llega Juan Pablo González Catalán al sostener que: *“El arraigo es un instrumento legal entregado por nuestro ordenamiento jurídico para hacer efectivo el derecho de persecución que detentan los privilegios marítimos...El arraigo tiene por objeto la inmovilización física y jurídica de la nave para garantizar el ejercicio de los derechos comprendidos*

en el crédito privilegiado y asegurar el cumplimiento de una decisión judicial que pueda ordenar su realización para el pago del o de los créditos involucrados.”¹⁴⁷

En consecuencia, la medida de arraigo debe entenderse incluida en el término embargo utilizado por el legislador en el artículo 1464 número 3 del Código Civil, por lo tanto, la enajenación de una nave arraigada adolece de objeto ilícito y el acto es anulable de nulidad absoluta. De ese modo se evita la salida de ese bien del patrimonio del deudor y la extinción del privilegio marítimo luego de transcurridos 90 días contados desde la enajenación voluntaria de la cosa. De otro modo, quedaría a la voluntad del deudor la extinción del arraigo por el término del privilegio marítimo.

E. Procedimiento de arraigo

El procedimiento cautelar para decretar el arraigo está tratado en los artículos 1231 y siguientes del Código de Comercio. En dichas normas se establecen normas de competencia y de procedimiento para decretar y alzar el arraigo.

Por todo lo señalado en cuanto a los fundamentos de la cautela, el principio fundamental que inspira este procedimiento de cautela es la celeridad.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ CATALÁN, Juan Pablo, ob. cit. pág 51.

En este apartado trataremos las normas de competencia y de procedimiento establecidos en el Libro III del Código de Comercio y en el siguiente trataremos de armonizar estas normas con el procedimiento laboral.

E.1. Normas de Competencia:

El acreedor tiene una opción para recurrir a un Tribunal a solicitar el arraigo de una nave determinada: Podrá solicitar la medida cautelar ante el juzgado civil de turno del lugar donde la nave se encuentre o recurrir al tribunal civil competente según las normas contenidas en el Libro III del Código de Comercio. Así lo establece el inciso primero del ya citado artículo 1231 del Código de Comercio.

Las normas de competencia que establece el Código de Comercio son, por ejemplo, el tribunal del lugar de matrícula de la nave, del lugar donde hubiese ocurrido el accidente causado por una nave de bandera extranjera, etcétera.

Dentro de estas normas de competencia señaladas, se puede pedir al respectivo tribunal que se decrete el arraigo de la nave en el mismo puerto donde se encuentre, en el puerto o lugar donde se espera que arribe y, para el caso de que el tribunal que conozca del procedimiento cautelar sea el mismo que deba conocer de la acción que se pretenda deducir, se puede pedir que se practique el arraigo en cualquier otro puerto al cual arribe la nave¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Código de Comercio; Art.1233: *“La retención o arraigo de que trata este párrafo, podrá solicitarse también respecto del puerto o lugar donde se espera que la nave arribe.*

E.2. Normas de Procedimiento:

En cuanto a las normas de procedimiento, debemos distinguir si se solicita antes o después de ejercitada la acción.

Si se solicita esta medida precautoria dentro de un proceso principal, las exigencias son menores debido a que ya se aclaró al tribunal y la contraparte estará notificada de la acción deducida. En este caso, al actor le bastará solicitar la medida, señalar el monto a garantizar y proponer la garantía sustitutiva del arraigo. Así lo establece el artículo 1236 del Código de Comercio¹⁴⁹.

Cuando se solicita el arraigo sobre una nave en una etapa prejudicial, los requisitos son mayores: el actor deberá expresar la acción que se propone ejercer, expresar someramente sus fundamentos, señalar el monto sobre el cual recaerá la medida y proponer la garantía sustitutiva al arraigo mismo.

Si el tribunal ante el cual se solicita el arraigo fuere competente para conocer de la acción que se pretende ejercitar, podrá pedirse que el arraigo o retención se practique en cualquier otro puerto al cual arribe la nave."

¹⁴⁹ Código de Comercio; Art. 1236: *"Cuando se tratare de una gestión prejudicial precautoria, el solicitante deberá expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos. Si la acción no se refiere a la tenencia o posesión de la nave sino al cobro de alguna prestación pecuniaria, el actor deberá señalar el monto y forma de garantía que estima suficiente para asegurar el resultado de la acción. Si la petición se formula simultáneamente con la demanda o en el curso del pleito, el actor indicará en ella su pretensión sobre el monto de la garantía y su forma de constitución.*

Tan pronto como se hubiere proporcionado la garantía solicitada, el tribunal alzará el arraigo sin más trámites. Procederá en igual forma si las partes estuvieren de acuerdo sobre dichos respectos. El tribunal podrá también calificar la suficiencia de la garantía que ofrezca el demandado, o dar tramitación incidental a esta materia. En todo caso, el monto de la garantía no podrá exceder al valor de la nave arraigada. La garantía que se otorgue subrogará a la nave como objeto exclusivo del privilegio respectivo."

En ambos casos nos enfrentamos, en mayor o menor medida, a una falta de certeza de la existencia o exigibilidad de la pretensión contenida en la acción ejercida o que se pretende ejercer. En ambos casos se solicita al tribunal que decrete una anticipación de la providencia definitiva para garantizar sus efectos. Es por ello que se deben acompañar antecedentes que constituyan una presunción del derecho que se reclama.

En este punto, la medida precautoria de arraigo, tanto la prejudicial como la precautoria propiamente tal, se separan de la regla general en esta materia. El Código de Procedimiento Civil exige, para que el tribunal pueda decretar una medida precautoria, que se acompañen antecedentes que constituyan una presunción grave del derecho que se reclama¹⁵⁰. Tanto en la regulación del Código de Enjuiciamiento como en el de Comercio se refieren a acompañar antecedentes que constituyan una presunción judicial, es decir, que permitan al juez deducir de un hecho conocido uno desconocido. La diferencia radica en la gravedad. Esta distinta ponderación se refiere a la posibilidad, mayor o menor, de obtener una sentencia favorable. Queda al juez ponderar la suficiencia de los antecedentes presentados para configurar una presunción del derecho que se reclama. Si se carece de los antecedentes suficientes, el tribunal podrá exigirle al actor que constituya una garantía suficiente por los eventuales perjuicios que podría causar con la medida si posteriormente resulta que la petición crecía de fundamentos. Así lo establece el citado artículo 1231 del Código de Comercio.

¹⁵⁰ Código de Procedimiento Civil; Art. 298: “Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.”

En cuanto a la normativa aplicable, el Código de Comercio no se basta a sí mismo y se remite a las normas relativas a las medidas precautorias del Código de Procedimiento Civil¹⁵¹. Por lo tanto, rige la carga para quien solicite la medida de arraigo de manera prejudicial de presentar la demanda en un plazo de 10 o 30 días. Esto ha causado problemas prácticos que no importan al tema que se está estudiando, pero que ciertamente es necesario tratar. El problema práctico se da en relación al arbitraje forzoso que establece el Código de Comercio para la mayoría de los conflictos de relevancia jurídica que surjan en materia de comercio marítimo. Es por ello que la carga de demandar, dentro del plazo de 30 días desde que se acepte la medida prejudicial se ha vuelto prácticamente imposible por requerir, primero, la constitución del tribunal arbitral. El profesor Barroilhet ha interpretado que la carga de demandar se cumple con la solicitud de nombramiento y designación del árbitro¹⁵².

En cuanto a la concesión del arraigo, tendrá lugar cuando se hayan presentado los antecedentes suficientes que hagan presumir la existencia de un crédito privilegiado sobre la nave. Si ello ocurre, el tribunal deberá decretarlo sin más trámite y sin dar traslado al deudor. El juez sólo podrá conceder o denegar la medida no pudiendo dilatar de ninguna manera el procedimiento. Si la concede, sin previa notificación al afectado, la comunicará por el medio más expedito posible a la autoridad marítima correspondiente para su cumplimiento¹⁵³.

¹⁵¹ Código de Comercio; Art. 1239: “*En lo no dispuesto en este párrafo o a falta de acuerdo de las partes, regirán para las medidas especiales de que aquí se trata, las normas sobre medidas precautorias de los títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.*”

¹⁵² BARROILHET, Claudio, ob cit pág 131.

¹⁵³ Código de Comercio; Art. 1235: “*El arraigo o retención de una nave se cumplirá mediante notificación a la autoridad marítima del lugar en que aquélla se encuentre, o por oficio o notificación al Director General*

El afectado con la medida podrá, una vez que haya tomado conocimiento de su otorgamiento, sustituirla por la garantía propuesta por el actor y liberar de esa manera la nave. En este caso se produce una subrogación legal y la garantía, que jamás podrá tener un valor mayor a la nave, pasará a ser el objeto del privilegio marítimo. El juez puede calificar la suficiencia de la garantía sustitutiva o darle tramitación incidental a la discusión con el afectado.

En cuanto al alzamiento del arraigo o la modificación, reducción o alzamiento de la garantía sustitutiva se tramitará como incidente y sin que su interposición suspenda los efectos de la resolución impugnada. Así lo disponen los artículos 1237¹⁵⁴ y 1238¹⁵⁵ del Código de Comercio.

F. El arraigo de naves en el procedimiento laboral

del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, si la nave no se encuentra dentro de la jurisdicción del tribunal que hubiere decretado la medida. No será necesaria notificación previa a la persona contra quien se solicita la medida.

En casos urgentes, podrá el tribunal comunicar el arraigo por telegrama, télex u otro medio fehaciente. Cuando se tratare de una gestión prejudicial, el arraigo deberá además notificarse a la persona contra la cual se solicita, dentro del plazo de diez días contado desde la resolución que lo concedió. Este plazo podrá ser prorrogado por el tribunal, por motivos fundados.

La falta de notificación dentro del plazo referido o de la última de sus prórrogas, producirá la caducidad automática del arraigo decretado, lo que será comunicado de oficio a la respectiva autoridad marítima”.

¹⁵⁴ Código de Comercio; Art. 1237: “La persona que ha constituido la garantía o a quien ella afecte, podrá solicitar en forma fundada y en cualquier momento, que se la modifique, reduzca o alce.

Las gestiones para alzar un arraigo no perjudican el derecho del peticionario para alegar u oponer posteriormente las excepciones o defensas que crea le competen. Tampoco se considerarán como renuncia al derecho de limitar responsabilidad conforme a los artículos 889 y siguientes”.

¹⁵⁵ Código de Comercio; Art. 1238: “La solicitud de oposición a una retención o arraigo, así como la de objeción al monto o forma de constitución de la garantía, se tramitarán como incidente y sin que su interposición suspenda los efectos de la resolución impugnada.

La petición sobre modificación, reducción o alzamiento de una garantía sustitutiva de un arraigo, se tramitará también como incidente.”

El nuevo procedimiento laboral establecido en virtud de la ley número 20.087 y publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de enero de 2006 establece y que modifica el Código del Trabajo se establece una gran libertad al juez para decretar cualquier medida cautelar que estime necesaria para asegurar el eventual resultado favorable de la acción deducida¹⁵⁶.

El inciso final del nuevo artículo 444 del Código de Trabajo señala que: *“Habiendo sido notificada la demanda, la función cautelar del tribunal, comprenderá la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objeto perseguido”*. La norma citada, si se analiza aisladamente, puede interpretarse en dos sentidos diversos: uno, que el nuevo procedimiento laboral, a diferencia del derecho común, crea una sola oportunidad para solicitar medidas cautelares que aseguren el eventual resultado favorable de la acción deducida: antes de notificar la demanda. Después de ello, la función cautelar del tribunal comprenderá la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o

¹⁵⁶ Código del Trabajo (modificado por la ley 20.087); Artículo 444: *“En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio. Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas.*

Las medidas precautorias se podrán disponer en cualquier estado de tramitación de la causa aun cuando no esté contestada la demanda o incluso antes de su presentación, como prejudiciales. En ambos casos se deberá siempre acreditar razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama. Si presentada la demanda al tribunal respectivo persistieran las circunstancias que motivaron su adopción, se mantendrán como precautorias. Si no se presentare la demanda en el término de diez días contados desde la fecha en que la medida se hizo efectiva, ésta caducará de pleno derecho y sin necesidad de resolución judicial, quedando el solicitante por este solo hecho responsable de los perjuicios que se hubiere causado. Con todo, por motivos fundados y cuando se acredite por el demandado el inminente término de la empresa o su manifiesta insolvencia, el juez podrá prorrogar las medidas prejudiciales precautorias por el plazo prudencial que estime necesario para asegurar el resultado de la litis.

Habiendo sido notificada la demanda, la función cautelar del tribunal comprenderá la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo perseguido.”

naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo perseguido.

Sin embargo, si se interpreta armónicamente la norma citada con el artículo 453 número 8 del mismo Código modificado, que prescribe: “*Se decretarán las medidas cautelares que procedan, a menos que se hubieren decretado con anterioridad, en cuyo caso se resolverá si se mantienen*”, debemos entender que se pueden decretar estas medidas de cautela después de notificada la demanda en la audiencia preparatoria. Por lo tanto, la lectura correcta del inciso final del artículo 444 debe ser que la facultad cautelar del juez, después de notificada la demanda, **además** abarca la prerrogativa de requerir información a cualquier persona. Por otro lado, el inciso tercero establece que las medidas precautorias se podrán disponer en **cualquier estado** de tramitación de la causa aún cuando no esté notificada la demanda e incluso antes de su presentación. En la audiencia de juicio, no se considera la discusión de cautelares.

En los nuevos procedimientos laborales, todas las providencias de cautela tienen un carácter de innominadas por cuanto las decreta y regula el juez según la necesidad y gravedad. Pero perfectamente puede aplicar una medida que esté regulada por la ley. Podrá así decretar el arraigo de una nave. Pero esa medida de arraigo será creada por el tribunal, podrá ser idéntica en cuanto a los requisitos y efectos a la regulada en el Libro III del Código de Comercio, pero aún así será una creación jurisprudencial. La función cautelar del juez en materia laboral es amplia y genérica¹⁵⁷.

¹⁵⁷ CANDIA GUZMÁN, Claudio. Reforma Procesal del Trabajo. Parte 1. Santiago, Chile. Editorial Metropolitana. 2006. pág. 155.

Para que el juez de letras del trabajo pueda decretar una medida de arraigo antes de notificar la demanda o antes de presentarla, el solicitante deberá acreditar razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama. En cuanto a acreditar el fundamento del derecho, debemos entender que NO se trata de acreditar el derecho por cuanto no tendría sentido anticipar la totalidad del juicio de certeza, sino que debe entenderse que se deben acreditar los argumentos para alegarlos. En ese sentido, no se aleja de las medidas precautorias de derecho común en las cuales el legislador exige que se configure una presunción grave del derecho que se reclama. En cuanto a acreditar la necesidad, el solicitante deberá demostrar que existe *el periculum in mora*, es decir, que existe un riesgo de que el demandado, en el transcurso del proceso, pierda sus facultades económicas y no pueda solucionar una eventual sentencia desfavorable. Tampoco pensamos que la palabra acreditar sea sinónima de lograr la convicción del juez porque de otra manera se exigiría al trabajador más de lo que se le exige a cualquier otro actor que para obtener una cautela provisional de sus derechos sólo debe acompañar antecedentes que constituyan a lo menos una presunción grave del derecho que se reclama.

Si el solicitante “acredita el fundamento y necesidad de su derecho”, el juez podrá decretar la medida solicitada antes de notificada la demanda o antes que se presente la misma. En el segundo caso, habrá un segundo examen de la medida en el momento en que se presente el libelo de la demanda: este examen recaerá sobre la necesidad de la medida y si persistieran las circunstancias en virtud de las cuales se decretó la medida, el juez la mantendrá, de lo contrario la dejará sin efecto. Por otro lado, si el demandante

no presenta la demanda antes de que se cumplan diez días de su concesión, quedará sin efecto de pleno derecho.

El solicitante también puede pedir que la medida precautoria se lleve a efecto sin previa notificación del demandado, pero en este caso la cautela quedará sin valor después de transcurridos cinco días sin que se haya comunicado al afectado.

A pesar de todo lo señalado, nada obsta para que el trabajador marítimo que tenga un crédito privilegiado sobre la nave solicite el arraigo según la aplicación de las normas del Libro III del Código de Comercio ante el juez civil de turno competente. De esta manera, la normativa marítima tendrá una aplicación directa y ciertas ventajas sobre el procedimiento laboral.

Estas ventajas son:

- El juez civil no entrará a examinar la necesidad ni proporcionalidad de la medida: debemos entender que de los créditos marítimos privilegiados el de menor cuantía será el de los trabajadores y la medida de arraigo recaerá sobre un objeto que tiene un valor económico mucho mayor. Imaginemos un oficial que ha sido despedido injustificadamente. Él pretende, por ese despido, una indemnización de tres millones de pesos. Ese crédito está privilegiado y le permite perseguir la nave que constituye su objeto. La nave puede costar varios millones de dólares. El legislador marítimo no tuvo en consideración la proporcionalidad de la medida y, para resguardar iniquidades, estableció la carga de solicitar conjuntamente con el arraigo, la garantía sustitutiva

del mismo, por lo que el afectado podrá reemplazar siempre el oneroso arraigo por la alternativa.´

- El demandante tendrá más días para presentar su demanda. En el procedimiento laboral tendrá diez y respecto de la medida prejudicial de arraigo decretada por el juez civil podrá tener hasta treinta.
- Para que el juez civil, aplicando el procedimiento establecido en el Libro III del Código de Comercio, pueda decretar el arraigo de una nave, el trabajador deberá acompañar antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama. Si no tiene esos antecedentes, podrá rendir una caución por los eventuales perjuicios que la medida haya causado si posteriormente se determina que su petición carecía de fundamentos. En cambio, siguiendo el nuevo procedimiento laboral, el demandante deberá acreditar el fundamento y necesidad de su derecho.

Debemos recordar que la nave la constituyen todas sus partes y que no pueden separarse de ella: no podemos obtener una medida precautoria sobre el motor o sobre el equipo de radio porque son inseparables por garantizar la navegabilidad de la misma. Es por ello que las medidas precautorias recaerán sobre toda la nave y no sobre sus piezas, dejando de lado la proporcionalidad de las mismas frente a la pretensión del actor.

G. Limitación de la responsabilidad del armador en materia laboral

El contrapeso de los créditos privilegiados y el derecho de persecución que tienen estos acreedores sobre la nave es el derecho del armador de limitar

su responsabilidad. Para ello, debe constituir un fondo cuyo monto está regulado por ley en razón al tonelaje de registro grueso de la nave.

En materia laboral, el armador no podrá limitar su responsabilidad respecto de los derechos laborales de la dotación de la nave¹⁵⁸. Sin perjuicio de ello, podrá hacerlo en caso de muerte o lesiones de personas por cuyos hechos es responsable el armador¹⁵⁹.

En relación con este capítulo, podemos señalar que el arraigo es una medida cautelar, pero con efectos que la hacen parecer una medida ejecutiva y que se encuentra plenamente vigente en el nuevo procedimiento laboral.

¹⁵⁸ Código de Comercio; Art. 893: “Las disposiciones de este párrafo relativas a limitación de responsabilidad, no se aplican:

1° A los créditos por auxilios o por contribución en avería gruesa, y

2° A los créditos del capitán, de los oficiales y miembros de la tripulación, o de cualquier otro dependiente del propietario o armador de la nave que se encuentre a bordo o cuyas funciones se relacionen con el servicio de la misma, y que se deriven de sus respectivos derechos laborales.”

¹⁵⁹ Código de Comercio; Art. 889: “El armador podrá también limitar su responsabilidad en los siguientes casos:

1° Por muerte o lesiones de toda persona que se encuentre a bordo de la nave para ser transportada y por las pérdidas, mermas o daños a los bienes de éstos que también se encuentren a bordo;

2° Por muerte o lesiones causados por toda persona por cuyos hechos es responsable el armador, sea que ella se encuentre o no a bordo de la nave.

Si la persona causante no se encontrare a bordo, sus hechos deberán necesariamente estar relacionados con la operación o explotación de la nave, o bien, con el carguío, transporte o descarga de los bienes transportados;

3° Por pérdidas, mermas o daños en otros bienes, incluyendo el cargamento, causados por igual calidad de personas, motivos, lugares y circunstancias que los indicados en el número precedente, y

4° Por toda obligación o responsabilidad resultante de los daños causados por una nave, a las obras de los puertos, diques, dársenas y vías navegables.”

CAPÍTULO IV

JURISPRUDENCIA DEL ARRAIGO EN MATERIA LABORAL

Al analizar el tema del arraigo como medio de garantizar y perseguir el cumplimiento de un crédito marítimo privilegiado de carácter laboral no hemos podido encontrar jurisprudencia de importancia al estudio.

Las razones de ello pueden ser la solvencia de las empresas marítimas chilenas de manera que el trabajador puede perseguir su crédito sobre otras cosas del empleador, perdiendo así su privilegio.

Por otro lado, el armador tratará de evitar el arraigo pagando o garantizando el cumplimiento de una eventual sentencia desfavorable.

Además, el escaso ejercicio de persecución de la nave para el cumplimiento de un crédito laboral podría llegar a constituir un abuso del derecho porque si se ejerce esa prerrogativa que da el privilegio naval, fuera de una situación de concurso de acreedores y existiendo otros bienes del

deudor, causaría un perjuicio enorme al deudor frente a ningún riesgo del acreedor.

Sin embargo, como se analizará en las conclusiones, debe tenerse presente que el legislador estableció la posibilidad de que el trabajador haga valer sus derechos sobre la nave sin tomar en cuenta criterios de proporcionalidad ni de necesidad y hay situaciones de hecho que harán legal y moralmente factible la petición y concesión del arraigo.

En el negocio marítimo, existen muchas empresas que tienen como propiedad o mera tenencia una sola nave. Son las llamadas *one ship company*. Es decir, todo el activo del naviero es la nave y los frutos que de ella obtiene. Atendida la indivisibilidad de la nave, no tendrá otra opción el trabajador que perseguirla para lograr el cumplimiento compulsivo de sus derechos.

Vimos también que el personal embarcado en naves menores puede hacer valer voluntariamente las normas del contrato de embarco. En esos casos no se da una desproporción muy grande entre el valor del objeto a perseguir y el crédito a garantizar.

A pesar de todo lo expuesto, por menor que sea el crédito privilegiado que pretenda hacer valer el trabajador marítimo, si se cumplen los requisitos señalados, el juez deberá conceder esta medida precautoria.

CONCLUSIONES

El derecho marítimo es un derecho especial y en su regulación laboral, es un derecho especialísimo. Las especiales condiciones en las que se desenvuelve el comercio en el mar hacen que la normativa protectora de los empleados sea mayor o, por lo menos, distinta.

Hemos concluido que los beneficiarios del privilegio sobre los créditos laborales marítimos son la gente de mar, es decir, aquellos trabajadores que tienen un contrato de embarco. A este contrato están sujetos los empleados que prestan sus servicios bajo un vínculo de subordinación y dependencia en naves mayores, además del capitán. También vimos que a los trabajadores embarcados en naves menores se les puede aplicar, por voluntad de las partes, las normas del contrato de embarco.

El privilegio marítimo del artículo 844 número 2 del Código de Comercio abarca todos los beneficios que derivan del contrato de trabajo por lo que se incluyen en él todos los créditos de origen laboral desde el momento en que se hacen exigibles y no desde el momento en que los declara así una sentencia. De otro modo, el privilegio estaría sujeto a la existencia de un título ejecutivo, requisito que no fue planteado por el legislador.

El arraigo de naves es una medida cautelar, pero de tal modo efectiva que puede, en ciertos casos, ser una verdadera medida ejecutiva que el

legislador ha puesto a disposición de la defensa de los derechos del trabajador. Ello ocurre porque afecta directamente al principal objeto de la fortuna de mar: la nave.

Al ser la nave una universalidad jurídica indivisible, la medida de arraigo recae sobre todos los objetos que la forman, no pudiendo separarse para ejecutar en ellos el crédito. Por lo tanto, se pierde cualquier oportunidad de hacer valer algún criterio de proporcionalidad entre el monto del crédito a cumplir y el objeto sobre el cual se va a realizar, y cualquier oportunidad de alegar alguna teoría del abuso del derecho.

El arraigo de nave, insistimos, es una medida cautelar con efectos tan graves que puede llegar a ser una verdadera medida ejecutiva a favor de los trabajadores embarcados. Ello ocurre porque un trabajador, en ningún caso, tendrá un crédito privilegiado de tal monto que pueda, por sí sólo, alcanzar la totalidad del valor de una nave mayor. Pero los perjuicios que se pueden causar al armador por un solo día de inmovilización de la nave son de tal cuantía por el pago de multas por atraso en la entrega de una carga, la pérdida de un contrato de transporte y el pago de los derechos portuario, que fácilmente pueden superar el crédito del trabajador. Ante este supuesto de hecho, antes que intentar el alzamiento de la medida o su sustitución por otra la garantía propuesta, es probable que se analice la posibilidad de pagar, antes de la sentencia declarativa, el crédito del trabajador. Cualquier otra alternativa mantendrá la nave inmovilizada algunas horas más.

De esta manera, se ha tratado y esperamos que se haya logrado, estudiar una forma especial de garantizar y hacer cumplir los derechos de los

trabajadores embarcados, sobre todo en aquellos casos límite en que el tiempo corre más rápido cuando la nave se echa a la mar para iniciar una nueva aventura.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) **BARROILHET ACEVEDO, Claudio.** El Arraigo de Naves, Especialmente el Arraigo de Nave Hermana. Santiago. Sociedad Editora Metropolitana. 1999.

- 2) **CABEZAS MEDINA, Francisco.** El Contrato Individual de los Trabajadores Embarcados o Gente de Mar. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho. 1996.
- 3) **CALAMANDREI, Piero.** Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires, Librería el Foro, 1996.
- 4) **CANDIA GUZMÁN, Claudio.** Reforma Procesal del Trabajo. Parte 1. Santiago, Chile. Editorial Metropolitana. 2006.
- 5) **CORNEJO FULLER, Eugenio.** Derecho Marítimo Chileno; Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: De la Navegación y el Comercio Marítimos. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2003.
- 6) **DIRECCIÓN DEL TRABAJO.** [en línea]
<<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/article-62956.html>>
- 7) **HUMERES NOGUER, Héctor.** Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 17ª Ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, T. 1, pág. 208.
- 8) **GARCIA CUELLO, Mauricio Andrés.** Análisis del Contrato de los Trabajadores Embarcados o Gente de Mar y Legislación Comparada. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). [en línea] Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2004
- 9) **GARCÍA INFANTE, Félix.** Derecho del Transporte Marítimo, Comentarios, Legislación Comercial y Administrativa. Valparaíso. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 1993.
- 10) **GENSKOWSKY MOGGIA, Maximiliano.** Diccionario de Derecho Marítimo. Santiago. Editorial Jurídica La Ley. 2003.

- 11) **GONZÁLEZ CATALÁN, Juan Pablo.** Del Arraigo de Naves en Chile. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 2002.
- 12) **MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos.** Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno; Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- 13) **MATURANA MIQUEL, Cristian.** Las Medidas Cautelares. Apuntes de Clase. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2004
- 14) **MEZA BARROS, Ramón.** Manual de Derecho Civil, De Las Obligaciones. 9ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- 15) **OIT.** Convenios y Recomendaciones sobre el Trabajo Marítimo. 3ª ed. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2000.
- 16) **REVISTA TÉCNICA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL.** Tratado Marítimo del Trabajo, Santiago, Chile. Ediciones Revista Técnica del Trabajo, 1969.
- 17) **RIPERT, Georges.** Compendio de Derecho Marítimo. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954.
- 18) **RODIÈRE, René y JAMBU-MERLIN, Roger.** Traité Général de Droit Maritime. Paris. Dalloz, 1978.
- 19) **RODRÍGUEZ NADRUZ, Juan Antonio.** De los Privilegios de la Gente de Mar, Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1946.
- 20) **THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio.** Manual de Derecho del Trabajo, 4ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

