



**DEPARTAMENTO JURIDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO**

K 2123 (394) 2015
K 1554 (302) 2015
K 1553 (297) 2015
K 1549 (117) 2015
K 726 (162) 2015
K 500 (138) 2015
S/K (117) de 2015
K 5781 (1020) 2015
K 6811 (1260) 2015

ORD.: 3009

44

MAT.: Niega lugar a la reconsideración de dictamen Nº 5163/83 de 22.12.2014

- ANT.:** 1) Instrucciones de 05.06.2015, de Jefe Departamento Jurídico
 2) Correo electrónico de 03.06.2015, de Fiscalizador UIPO;
 3) Carta de 05.06.2015, de Consejo Sur-Austral de Trabajadores Embarcados de la Marina Mercante COSATRAM;
 4) Carta de 07.05.2015 de FESIMAR;
 4) Instrucciones de 27.02.2015, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho
 5) Pase N° 303, de 18.02.2015, de Jefe de Gabinete Director del Trabajo;
 6) Ord. N° 145, de 17.02.2015, de Director Regional del Trabajo, Región de Los Lagos;
 7) Carta de 10.02.2015, de Presidente Asociación Regional de Armadores y Servicios Marítimos;
 8) Ord. N° 114, de 06.02.2015, de Director Regional del Trabajo, Región de Los Lagos;
 9) Carta, de 04.02.2015, de Gerente General de ARMASUR;
 10) Pase N° 235, de 09.02.2015, de Jefe de Gabinete Director del Trabajo;
 11) Pase N° 225, de 09.02.2015, de Jefe de Gabinete Director del Trabajo;
 12) Carta de 05.02.2014, de Presidente del colegio de Oficiales de la Marina Mercante, Universitaria, AG;
 13) Carta de 05.02.2015, de Presidente SITTRAMAR;
 14) Carta de 07.02.2015, de Presidente Sindicato de Oficiales Naviera FRASAL;
 15) Carta de 03.02.2015, de Presidente FENASIOOMECHI;
 16) Ord. N° 511, de 30.01.2015, de Jefe Departamento Jurídico, Dirección del Trabajo;
 17) Ord. N° 047, de 21.01.2015, de Director Regional del Trabajo, Región de Los Lagos;
 18) Carta, de 16.01.2015, de Gerente General de ARMASUR;
 19) Pase N° 91, de 19.01.2015, de Jefe de Gabinete Director del Trabajo;
 20) Presentación de 15.01.2015, de Director de Relaciones Públicas FESIMAR
 21) Presentación de 16.01.2015 de Gerente General de ARMASUR.

CONCORDANCIAS: Dictamen Nº 5163/83, de 22.12.2014

SANTIAGO,

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

17 JUN 2015

**A : SR. WALTER SANDOVAL NAVARRO
DIRECTOR DE RELACIONES PÚBLICAS FESIMAR
CALLE CASTRO N° 447 PUERTO MONTT**

**SR. MANUEL BAGNARA VIVANCO
GERENTE GENERAL ARMASUR
MIRAMAR N° 1460
PUERTO MONTT**

Mediante presentaciones de antecedentes 20) y 21) complementadas con carta de antecedente 18), solicitan de esta Dirección reconsideración del dictamen Nº5163/83 de 22.12.2014, el cual resolvió lo siguiente:

- 1) El capitán, el ingeniero jefe o quienes los reemplacen tienen derecho al descanso mínimo de ocho horas diarias previsto en el artículo 116 del Código del Trabajo;
- 2) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 108 del Código del Trabajo, las funciones que desempeña el capitán y el ingeniero jefe de máquinas deben considerarse como de labor continua y sostenida mientras permanezcan a bordo;
- 3) En el evento de producirse alteraciones al descanso del personal citado en el punto anterior, éstas no constituirán infracción a las normas laborales, y deberán retomarlo una vez terminada la eventualidad hasta su total cumplimiento;
- 4) El capitán y el ingeniero jefe se encuentran liberados, por la función que cumplen, de efectuar turnos de guardia de mar.

Finalmente el dictamen concluye que las empresas para cumplir con las normas legales y reglamentarias citadas y comentadas, deberán necesariamente aumentar sus dotaciones de personal embarcado.

La Federación de Sindicatos Marinos (FESIMAR), basa su petición de reconsideración en la circunstancia de que el dictamen referido los perjudica y que prontamente presentarán argumentos escritos para que este Servicio tome la decisión correspondiente, consideraciones que a la fecha no han sido entregadas.

Por su parte, la asociación gremial Armadores del Sur (ARMASUR), también solicita reconsideración del dictamen Nº5163/83 de 22.12.2014, en base a los siguientes argumentos:

- 1) La guardia realizada por los capitanes y jefes de máquinas de la marina mercante es un derecho posible de renunciar, debido a que no está comprendido dentro de los derechos irrenunciables del Código del Trabajo;
- 2) El Decreto Ley N° 2.222 "Ley de Navegación" establece que tanto los capitanes y oficiales de la marina mercante, tienen dentro de sus obligaciones, cautelar por la seguridad de la nave;
- 3) Que tanto los capitanes como jefes de máquinas han realizado guardias en los últimos años, por lo que se debe aplicar en este caso en particular el principio del Derecho del Trabajo "*Primacía de la Realidad*".

4) Finalmente, concluyen que además el referido dictamen transgrediría el “Protocolo de Acuerdo sobre Jornada Laboral de Trabajadores Embarcados en Naves o Embarcaciones Mayores”, suscrito con la Federación de Sindicatos Marinos (FESIMAR) el 03.09.2014, en dicho documento se pacta un sistema de turnos de seis horas de descanso efectivo por seis horas de guardia, se otorga el referido descanso conforme a horas cronológicas, es decir, en periodos de veinticuatro horas y no por día calendario, acuerdan además que tanto los capitanes como jefes de máquinas estarán sometidos al mismo régimen que el resto de la tripulación.

Sobre el particular, cúmpleme informar a Ud. Que, con el objeto de recabar para efectos del estudio de la presente solicitud de reconsideración del dictamen todos los antecedentes sobre las condiciones contractuales y fácticas existentes entre los trabajadores embarcados de la marina mercante que realizan labores de cabotaje, entre las regiones de Los Lagos y Magallanes, con sus respectivos empleadores, se dispuso visita de fiscalización destinada a establecer en particular la forma como estas últimas ejercen su facultad de dirección respecto a las guardias de los oficiales y la forma como realizan sus descansos mientras se encuentran navegando.

Dicha fiscalización fue llevada a efecto por el fiscalizador señor Juan Araos Montes, funcionario de la Unidad Inspectiva Programada de Oficio (UIPO), trasladándose también a la zona el abogado de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, señor Gabriel Miranda Schleyer, a objeto de establecer un sistema óptimo de coordinación, ayuda y resolución en terreno de las dudas que surgieran en el procedimiento inspectivo.

Es así como, los profesionales mencionados se constituyeron en Puerto Montt en la empresa naviera Transmarchilay S.A, compañía naviera Cruz del Sur Ltda., Compañía Naviera Frasal S.A., empresa Luis Rigoberto Paredes Muñoz, Naviera Orca S.A., y la Empresa de Transporte de Mar Kochifas (Transmarko S.A.); y en Punta Arenas se fiscalizó la empresa Transbordadora Austral Broom S.A., encontrándose en todos los barcos fiscalizados iguales resultados. En efecto, revisados los libros pertinentes, se pudo establecer que, de acuerdo con el sistema de control de asistencia, todos los trabajadores que realizaban faenas a bordo de las naves inspeccionadas al momento de la visita, habían hecho uso de sus descansos.

No obstante lo anterior, al cotejar nuevamente la información contenida en los registros de asistencia con las bitácoras de a bordo, se constató que entre ellas no existía correspondencia alguna, ya que mientras el sistema de control de asistencia daba cuenta que los trabajadores estaban haciendo uso de sus descansos, las bitácoras de puente y máquina consignaban que se encontraban de guardia. Sin perjuicio de lo anterior se pudo constatar que, el único barco donde los oficiales cumplían con sus descansos de acuerdo a lo establecido en el Código del Trabajo fue el “Don Anestis”, perteneciente a la Empresa de Transporte de Mar Kochifas (Transmarko S.A.).

Cabe agregar, además, que la revisión de las referidas bitácoras, permitió advertir que en todos los barcos los Capitanes y los Jefes de Máquinas al momento de realizar sus guardias, también hacían las guardias del Primer Oficial de Puente y del Primer Oficial de Máquinas, respectivamente. Lo anterior, por cuanto no había el número necesario de personal embarcado para cubrir todas las plazas y realizar los descansos necesarios en los barcos fiscalizados.

Ahora bien, establecido lo anterior, cúmpleme informar a Uds., lo siguiente:

En primer término, se hace necesario efectuar algunas precisiones en relación al Derecho Laboral, dentro de las características más importantes que posee esta rama de las Ciencias Sociales, es que constituye una base de garantías en beneficio de los trabajadores, cuyas normas consagradas en el Código del Trabajo, leyes y reglamentos complementarios son calificadas de Orden Público, es decir, son normas que el Estado considera primordiales para la paz social, consecuencia de lo anterior, es que los derechos establecidos en las leyes laborales son jurídicamente irrenunciables, por lo que la manifestación de voluntad del trabajador en el sentido de resignar alguno de ellos no produce ningún efecto legal y a falta de estipulación entre las partes del contrato que crean mejores condiciones laborales, los trabajadores tienen derecho a exigir las prestaciones legales establecidas en las leyes chilenas. En otros términos, el Derecho del Trabajo contiene condiciones mínimas que aseguran el respeto a las libertades y a la dignidad de los trabajadores.

Precisado lo anterior, debemos hacer presente que para una mejor comprensión de este informe, es necesario analizar por separado los argumentos sostenidos por las respectivas organizaciones que solicitan reconsideración:

1) La guardia realizada por los capitanes y jefes de máquinas de la marina mercante es un derecho posible de renunciar, debido a que no está comprendido dentro de los derechos irrenunciables del Código del Trabajo.

Es necesario comentar previamente que, la guardia que realizan los capitanes, jefes de máquinas, oficiales y el resto de los miembros de la tripulación, no es un derecho sino una obligación laboral, y esto es la existencia de un vínculo jurídico entre un empleador (sujeto activo de la obligación) y un trabajador (sujeto pasivo de la obligación), en virtud de la cual el primero tiene la facultad para exigir al segundo que haga o no haga una cosa determinada. En este caso en particular la obligación de hacer guardia se encuentra en la ley.

Respecto a la reconsideración planteada en este numeral por la asociación gremial, Armadores del Sur (ARMASUR), debemos destacar que el dictamen no excluye a los Capitanes y Jefes de Máquinas de la obligación de efectuar guardia, sino que precisa como deben realizarla.

Ahora bien, cabe recordar que en relación a las guardias del Capitán, el dictamen concluye que, éste es el jefe superior de la nave y posee las atribuciones de mando, gobierno, funcionamiento y seguridad de la misma, debiendo considerarse dicha labor como continua y sostenida mientras permanezca a bordo, por ende, no se encuentra obligado a cumplir turnos de guardia en los términos descritos en los artículos 9° y 10°, inciso 3° del Reglamento de Trabajo a Bordo de las Naves de la Marina Mercante.

En cuanto al Jefe de Máquinas establece que la función de este trabajador es adoptar las medidas necesarias que aseguren el buen funcionamiento del Departamento de Máquinas. Excepcionalmente, deberá realizar guardias cuando exista imposibilidad física de alguno de los ingenieros guardieros de navegación de cumplir su labor y sólo hasta el siguiente puerto de recalada, donde el armador tendrá la obligación de completar la dotación de ingenieros de la nave.

2) El Decreto Ley N° 2.222 “Ley de Navegación” establece que tanto los capitanes y oficiales de la marina mercante, tienen dentro de sus obligaciones, cautelar por la seguridad de la nave:

Es necesario precisar que el dictamen N°5163/83 de 22.12.2014, dispone lo siguiente:

“En cuanto al personal que compone la dotación de la nave, el inciso 1° del artículo 2 del Reglamento de Trabajo a Bordo de las Naves de la Marina Mercante Nacional, dispone:

“La dotación de una nave de la Marina Mercante se compone del Capitán, Oficiales y Tripulantes. El Capitán es el jefe superior de la nave, a cuyo mando y cargo está confiado su gobierno, funcionamiento y seguridad, en los términos que establece el Título V del Libro I del Código del Trabajo y la Ley de Navegación.”

Del texto transscrito se desprende que el Capitán es el jefe superior de la nave y posee las atribuciones de mando, gobierno, funcionamiento y seguridad de la misma y, en tal calidad, no se encuentra obligado a cumplir turnos de guardia en los términos descritos en el artículo 9° y 10°, inciso 3° del mismo cuerpo reglamentario citado.

3) Debido a que tanto los Capitanes como Jefes de Máquinas han realizado guardias de los oficiales guardieros en los últimos años, se debe aplicar en este caso en particular el principio del Derecho del Trabajo “Primacía de la Realidad”, para que sigan haciendo dichas guardias.

Antes que todo, es bueno aclarar que, “*La Primacía de la Realidad*” se encuentra dentro de lo que la doctrina llama “*Principio de la Protección*”, que tiene rango constitucional en Chile¹, este es un criterio fundamental que orienta a todo el Derecho Laboral, su fundamento está ligado con la propia razón de ser de esta rama del Derecho, disciplina que históricamente nació como consecuencia del hecho que, la libertad de contratación entre personas con desigualdad de poder económico conducía a serios abusos en reiteradas ocasiones.²

¹ Constitución Política de la República de Chile, artículo 19 N°s 16 y 19

² Lanata Fuenzalida, Gabriela, “*Contrato Individual de Trabajo*”, pág. 47, cuarta edición, AbeledoPerrot.

Ahora bien, el principio “*Primacía de la Realidad*”, es un criterio protector, que significa que, en un caso discordante entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos.³ Este criterio encuentra su fundamento en la inferioridad del trabajador, quien puede ser objeto de abusos que sólo pueden subsanarse con la primacía de los hechos sobre las formas, formalidades o las apariencias⁴. En este caso no podría aplicarse este principio pues como expusimos anteriormente, el Derecho Laboral contiene condiciones mínimas y los derechos establecidos en el Código del Trabajo, conjuntamente con sus leyes y reglamentos complementarios, son irrenunciables, por lo que la manifestación de voluntad del trabajador, ya sea en forma expresa o tácita, en el sentido de resignar alguno de ellos no produce ningún efecto legal.

Además, no podría aplicarse en este caso concreto el principio “*Primacía de la Realidad*”, pues infringe lo que establece el Reglamento de Trabajo a Bordo de las Naves de la Marina Mercante, que impide a los oficiales reemplazar al Capitán o al Jefe de Máquinas en sus funciones, y a su vez, el Capitán y el Jefe de Máquinas no pueden hacer la guardia de los oficiales guardieros, dadas las características de las funciones que estos cumplen a bordo de las naves de la marina mercante.

4) El dictamen Nº5163/83 de 22.12.2014, transgrediría el “Protocolo de Acuerdo sobre Jornada Laboral de Trabajadores Embarcados en Naves o Embarcaciones Mayores”, suscrito entre la Federación de Sindicatos Marinos (FESIMAR) y la asociación gremial Armadores del Sur (ARMASUR), el 03.09.2014.

En forma previa, es necesario hacer presente que el “*Protocolo de Acuerdo sobre Jornada Laboral de Trabajadores Embarcados en Naves o Embarcaciones Mayores*”, suscrito por las organizaciones recurrentes, en su numeral segundo, dispone:

“En consideración a lo anterior, se acuerda la celebración y suscripción del presente protocolo de trabajo cuyo objetivo será definir las regulaciones y condiciones bajo las cuales se ejercen las labores o servicios del personal embarcado en jornadas diarias de seis horas de trabajo, por seis horas de descanso efectivo, otorgándose este descanso conforme horas “cronológicas”, es decir, que en una jornada diaria de 24 horas cronológicas serán trabajadas en dos turnos de 6 horas cada uno, con dos turnos de seis horas efectivas de descanso en las modalidades que cada empleador acuerde con sus trabajadores embarcados. Asimismo, se acuerda que los Capitanes y Jefes de Maquinas de las respectivas embarcaciones o naves realizarán durante las navegaciones regionales, de igual forma que el resto del personal embarcado, labores de guardia.”

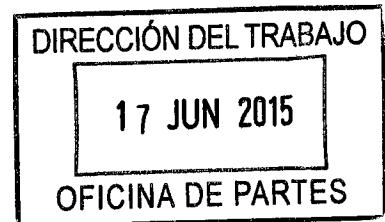
Ahora bien, en relación a lo suscrito por las respectivas organizaciones debemos recordar que, el artículo 116 del Código del Trabajo, previene:

³ Plá Rodríguez, Américo, “Los principios del Derecho del Trabajo”. Pág. 313, Ediciones De Palma. Buenos Aires., 1998
⁴ Gamonal Contreras, Sergio, “Fundamentos de Derecho Laboral”, Pág. 120, 121, Abeledo Perrot, 2011

"El descanso mínimo de los trabajadores a que se refiere este párrafo será de ocho horas continuas dentro de cada día calendario".

Del análisis de la norma legal precedentemente transcrita podemos colegir que los trabajadores embarcados que laboran en las naves de que se trata, tienen derecho a un descanso mínimo de 8 horas continuas dentro de cada día calendario, es decir, la ley expresamente establece un descanso mínimo. Esto no implica que la gente de mar deba trabajar las diecisésis horas restantes. Además, debemos recordar que, las pausas breves o pausas para tomar comidas no son imputables a las horas de descanso.

En consecuencia, en mérito a lo expuesto, doctrina y disposiciones legales citadas, cúmpleme informar a Uds. que se deniega la reconsideración del dictamen Nº5163/83 de 22.12.2014, por encontrarse ajustado a derecho.



JACC/RGR/GMS

Distribución:

- Jurídico - Partes
- Control - Boletín
- Divisiones D.T.
- Jefe Departamento de Fiscalización D.T
- Subdirector – U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo