

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Subsistencia de la reserva legal de cabotaje de carga en Chile

Survival of the Chilean cargo cabotage legal reservation

Max Genskowsky Moggia 

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Claudio Barroilhet Acevedo 

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El objetivo de este artículo es aportar algunas ideas, argumentos y reflexiones al debate acerca de la conveniencia de mantener la reserva legal de cabotaje de carga marítima para las naves de bandera chilena. La metodología empleada consiste en el análisis de la reserva legal, su origen, críticas, defensas, función y efectos en la realidad socio económica nacional prevaeciente, así como su comparación con la situación imperante en algunos países extranjeros. Como resultado de este trabajo, hemos arribado a la conclusión de la conveniencia de mantener la reserva legal de cabotaje marítimo de carga para las naves de bandera chilena, por diversas razones económicas, sociales, geopolíticas y jurídicas. En especial, mientras no se proponga un mecanismo para asimilar las condiciones legales, laborales, tributarias y operacionales que rodean la actividad de los armadores nacionales, con las de sus competidores de pabellón extranjero, otorgando a aquéllos condiciones de competitividad equivalentes con las existentes en el mercado naviero internacional.

PALABRAS CLAVE

Cabotaje · carga · marina mercante · pasajeros · reserva legal · transporte terrestre.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to contribute with some ideas, arguments and reflections to the discussion about the convenience of the survival of the legal reservation of the maritime cargo cabotage for Chilean flagged vessels. The methodology employed is the analysis of the legal reservation, its origin, criticisms, defenses, function and effects in the prevailing national social and economic situation, as well as its comparison with the existing situation in some

foreign countries. As a result of this work, we have reached the conclusion of the convenience of maintaining the legal reservation of the maritime cargo cabotage for Chilean flagged vessels, due to many economic, social, geopolitical and legal reasons. In particular, as long as no mechanism is proposed in order to equate the legal, labor, tax and operational conditions that surround the operation of the national shipping lines, to those of its competing foreign flagged vessels, providing the former conditions of competition that are equivalent to those prevailing in the international shipping market for the latter.

KEY WORDS

Cabotage · cargo · legal reservation · Inland carriage · merchant fleet · passengers.

I. INTRODUCCIÓN

A 85 años desde nuestra primera ley de cabotaje, y (a casi dos años) tras la última modificación legal de la actual reserva estatutaria del cabotaje, continúa el debate acerca de la conveniencia (o inconveniencia) de mantener esta reserva, y de los actuales contornos que ella debería tener, en caso que ella subsista. Los razonamientos y argumentaciones esgrimidos por defensores y detractores de la reserva legal del cabotaje abarcan múltiples perspectivas, que van desde lo económico, histórico y social, pasando por aspectos técnicos, operativos, logísticos y laborales.

Cuando comenzamos a elaborar este artículo, buscábamos aportar algunas reflexiones y puntos de vista desde los cuales enfocar dicho debate, así como hacernos cargo de aquellos argumentos y razonamientos que ameritan un reenfoque o admiten algún comentario adicional. Sin embargo, a medida que avanzábamos en su desarrollo, fuimos derivando hacia la convicción de la conveniencia de mantener la reserva legal de cabotaje marítimo de carga, al menos para la zona de Puerto Montt al sur de Chile.

Dado que este trabajo versa, esencialmente sobre política legislativa, no constituye su propósito analizar en detalle el régimen de nuestra reserva legal de cabotaje ni sus excepciones, cuestión que solo se expone de manera somera, a efectos de elaborar nuestras reflexiones y comentarios. Asimismo, y por cuanto la discusión gira en torno al cabotaje de mercancías, no se examina la situación imperante en el cabotaje de pasajeros ni en el transporte internacional de mercaderías.

Finalmente cabe señalar que, durante la confección de este artículo, en agosto de 2021, se ingresó un proyecto de ley, mediante Mensaje 156-369 de S.E. el Presidente de la República, con el propósito de modificar la actual Ley de Fomento a la Marina Mercante y la Ley de Navegación,

“para fomentar la competencia en el mercado del cabotaje marítimo”¹. Si bien el propósito de este artículo no es comentar dicho proyecto de ley, aprovecharemos esta instancia para realizar una breve referencia al mismo.

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL CABOTAJE

1. Definición de cabotaje

El artículo 3 de la Ley de Fomento a la Marina Mercante (LFMM)² consagra la reserva legal de cabotaje y lo define, en sus primeros dos incisos, del modo siguiente: *“El cabotaje queda reservado a las naves chilenas, con las excepciones que señala esta ley. Se entenderá por tal el transporte marítimo, fluvial o lacustre de carga entre puntos del territorio nacional, y entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva. Se entenderá por cabotaje de pasajeros, el transporte marítimo, fluvial o lacustre de pasajeros, cuyo origen y destino sean puntos del territorio nacional y entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva. Las naves de pasajeros extranjeras podrán participar en el cabotaje marítimo entre puertos, siempre y cuando su capacidad de transporte sea igual o superior a 400 pasajeros, cuenten con capacidad de pernoctación a bordo y tengan como función el transporte de pasajeros con fines turísticos. La exigencia relativa a que el cabotaje de pasajeros por naves extranjeras debe desarrollarse solamente entre puertos no será aplicable a las recaladas de dichas naves en el Archipiélago Juan Fernández y en Isla de Pascua.”*

Hasta la dictación de la Ley N° 21.138³, en el año 2019, existía un concepto único de cabotaje, aplicable al transporte de carga y de pasajeros, que dicha ley dividió en dos nociones distintas, aunque con una formulación similar. Así, el cabotaje de carga es su transporte marítimo, fluvial o lacustre entre puntos del territorio nacional, y entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva. Por su parte, el cabotaje de pasajeros, a su vez, es su transporte marítimo, fluvial o lacustre, cuyo origen y destino sean puntos del territorio nacional, así como entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva. Según se puede apreciar, pese a la separación de las definiciones, ambas siguen siendo equivalentes *inter se* (salvo la lógica diferencia que el primero se refiere a la carga y el segundo a los pasajeros), e idénticas al antiguo concepto único.

¹ Boletín N° 14.532-15, de 17 de agosto de 2021.

² Decreto Ley N° 3.059. Diario Oficial de 22 de diciembre de 1979.

³ Ley N° 21.138. Diario Oficial de 26 de febrero de 2019.

2. Reserva legal de cabotaje

La regla general es que el cabotaje, tanto de carga como de pasajeros, queda reservado para las naves chilenas, que son aquellas que se encuentran matriculadas en el respectivo registro de naves, a cargo de la Autoridad Marítima nacional, de acuerdo a los artículos 11 y siguientes de la Ley de Navegación⁴, en especial, su artículo 13, que dispone: “*Inscrita la nave, será chilena y se entenderá nacionalizada para los efectos aduaneros, y podrá desde ese momento enarbolar el pabellón nacional, siempre que se cumpla con las exigencias que señala el artículo siguiente.*”

Esta reserva, de origen legal, significa que solo las naves chilenas pueden efectuar dicho transporte marítimo. Su transgresión se sanciona con una multa, aplicable al embarque que se efectúe contraviniendo la reserva, que puede alcanzar hasta del 100% del valor del flete de la mercancía. Esta multa puede hacerse efectiva, indistintamente, en contra de los usuarios (embarcadores), fletadores o de sus representantes en Chile, o armador de la nave extranjera o su agente en el país, aún si el servicio se contrata, pero no se embarca la carga, o si no se respeta el precio pactado, y sin perjuicio de la indemnización al afectado. Todo ello, de acuerdo al artículo 18 de la LFMM.

3. Excepciones a la reserva de cabotaje de carga

Existen dos situaciones de excepción a la reserva de cabotaje, dependiendo del volumen de carga a transportar.

Por una parte, para volúmenes de carga superiores a 900 toneladas, el usuario interesado en efectuar el transporte (léase cargador o embarcador) debe licitar públicamente el embarque, con admisión de navieras extranjeras. Para adjudicar la licitación, las ofertas de las naves mercantes extranjeras se aumentan en un porcentaje igual al del Arancel Aduanero y, si aplicado este aumento, la oferta de la nave extranjera es inferior a la de la nave chilena, o reputada chilena, se adjudica a la nave extranjera y se le comunica al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Los navieros chilenos que participen en la licitación están habilitados para reclamar dicha adjudicación, pero el Ministerio puede autorizar el transporte mientras está pendiente la resolución de la reclamación.

Por otra, tratándose de volúmenes de carga iguales o inferiores a 900 toneladas, no se exige licitación pública, sino que corresponde a la Autoridad Marítima nacional permitir el embarque en naves extranjeras, si no existe disponibilidad de naves de pabellón chileno, esto es, si ellas presen-

⁴ Decreto Ley N° 2.222. Diario Oficial de 31 de mayo de 1978 (en adelante, “LN”).

tan un atraso para embarcar superior a los 8 días (o 3 días, si son productos perecibles). Ello se acredita por medio de una comunicación que el Ministerio envía a la Autoridad Marítima, la que emite una resolución autorizando el embarque, que en el negocio naviero se conoce como *waiver*.

Sin embargo, hay una contra excepción, consistente en que la Autoridad Marítima local puede excluir a naves extranjeras del comercio del cabotaje, cuando existan razones suficientes para hacerlo. Esta decisión es susceptible de reconsideración ante el Director General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante.

Asimismo, existe una tercera situación que –no siendo una excepción formal–, en la *praxis* opera como excepción del transporte marítimo de cabotaje, que es aquella que se refiere al transporte de contenedores vacíos. Al respecto, los últimos dos incisos del artículo 3 de la LFMM disponen lo siguiente: “*El transporte de contenedores vacíos entre los puntos que indica el inciso primero de este artículo, sólo podrá realizarse por armadores u operadores extranjeros cuando exista idéntica facultad para las empresas navieras chilenas en los países de la nacionalidad y domicilio del respectivo armador u operador de la nave.*”

Con todo, si por nacionalidad y/o domicilio un armador u operador extranjero está vinculado a un grupo de países con una política naviera común, será necesario, además, que las empresas navieras chilenas estén facultadas para transportar contenedores vacíos en y entre los países del grupo de que se trate”.

Lo que parece constituir en la práctica una excepción al cabotaje para el caso de reciprocidad, esto es, autorizar a las navieras extranjeras para transportar contenedores vacíos en cabotaje, cuando sus países permitan a las navieras chilenas efectuarlos, fue objeto de una interpretación legal *ad hoc* para aclarar su verdadero sentido y alcance, a saber: “*que el transporte de contenedores vacíos no constituye cabotaje para los efectos de reserva de carga contemplada en dicho artículo (3°)*”⁵.

4. Excepciones a la reserva de cabotaje de pasajeros

Según el inciso segundo del artículo 3 de la LFMM existen dos excepciones al cabotaje de pasajeros. La primera corresponde a las naves extranjeras que participen en el cabotaje marítimo entre puertos, siempre y cuando su capacidad de transporte sea igual o superior a 400 pasajeros, cuenten con capacidad de pernoctación a bordo y tengan como función el transporte con fines turísticos. La segunda aplica al transporte por naves extranjeras

⁵ Artículo 47, Ley N° 18.899. Diario Oficial de 30 de diciembre de 1989.

y su recalada en el Archipiélago Juan Fernández y en la Isla de Pascua, aunque no se trate de puertos.

No constituye el objetivo de este artículo analizar la mecánica, los detalles legales y reglamentarios de la reserva de cabotaje, ni sus excepciones, sino que efectuar algunas reflexiones acerca de la situación actual de la misma y su vigencia, desde un punto de vista de política jurídica.

Para acometer dicha tarea, efectuaremos dos breves referencias previas: a los antecedentes históricos del cabotaje en Chile y la reciente modificación legal de la reserva, así como a lo que ocurre en el derecho comparado.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y RECIENTE REFORMA A LA RESERVA DE CABOTAJE

En uno de los estudios legales más recientes del cabotaje, la abogada Begoña Escoda Armijo⁶, dedica una sección especial a este tema, que puede resumirse en los siguientes hitos:

La Ley de Reserva de Cabotaje (1835) estableció una reserva total del cabotaje para las naves chilenas, pero se aplicó con excesiva laxitud, por circunstancias externas que afectaron a la oferta de transporte, como lo fue el descubrimiento del oro en California a mediados del Siglo XIX.

Ella fue sustituida por la Ley de Cabotaje N°3.841 (1922), que mantuvo la reserva del cabotaje para los armadores chilenos, pero permitió al Presidente de la República conceder a naves de otras naciones sudamericanas el derecho a hacer cabotaje, en la medida que existiera reciprocidad, y en tales países se otorgase la misma facultad a las naves chilenas.

Posteriormente, se dictó la Ley N°6.415 (1939), que reemplazó la anterior. Dicha normativa reservó el comercio de cabotaje para las naves chilenas, pero extendió la excepción, también basada en el principio de la reciprocidad, a las naves de aquellos países latinoamericanos que la concedieran a las nuestras, aunque sujeto a que ellas pertenecieran a personas naturales o jurídicas que cumplieran con las normas de nuestra ley relativas a la nacionalidad. Por lo tanto, estableció un principio de reciprocidad con mayores exigencias (no solo a nivel país, sino que también aplicado al propietario de la nave extranjera).

La particularidad de esta última ley es que contemplaba una excepción a la reserva, en aquellos casos de deficiencia de las empresas chilenas de cabotaje para atender las necesidades del país, en que el Presidente de la

⁶ ESCODA ARMIJO, BEGOÑA, *La reserva de cabotaje y su necesidad de actualización, Síntesis Final en Diplomado en Derecho del Mar y Marítimo* (VALPARAÍSO, PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO, 2018).

República podía autorizar a naves extranjeras para hacer cabotaje, en las mismas condiciones exigibles a las naves de pabellón patrio.

Asimismo, contenía un caso de reputación de naves, cuando sus propietarios fueran chilenos residentes, y estuvieran al mando de un capitán y oficiales chilenos, y tres cuartas partes de su tripulación fueran chilenos, pese a no estar registradas en el país.

Más adelante, le siguió la Ley N°12.041, sobre Fomento de la Marina Mercante Nacional (1956), que también contenía una reserva de cabotaje, pero establecía excepciones para los casos de deficiencia de las empresas chilenas de cabotaje para atender las necesidades del país. De este modo, la señalada ley permitía al Presidente de la República disponer que naves mercantes extranjeras efectuaran cabotaje. Asimismo, en caso de conflicto internacional que afectare seriamente la normalidad del comercio marítimo de Chile con el exterior, o de inminente peligro de tal conflicto, el mismo Presidente de la República podía autorizar el uso del pabellón nacional a naves que no cumplieran con los requisitos legales y se encontraran contratadas por firmas nacionales, a título transitorio.

En fin, la actual LFMM, cuyo artículo 3 fue recientemente modificado por la Ley 21.138, estableció excepciones a la reserva de cabotaje para pasajeros, según ya explicamos.

IV. BREVE REFERENCIA AL CABOTAJE EN EL DERECHO COMPARADO

Si bien no constituye el objeto de este artículo analizar *in extenso* la situación del cabotaje en el derecho comparado, haremos una somera alusión a la situación que, en general, impera en otros países marítimos en este punto.

En un informe que analiza el cabotaje a lo largo del planeta, *Seafarers Rights International*⁷ reporta que 91 países⁸ cuentan con reservas de cabotaje, entre los cuales destacan los siguientes: Argentina, Australia, Bra-

⁷ SEAFARERS' RIGHTS INTERNATIONAL, *Cabotage Laws of the World* (2018) [visible en internet: <https://seafarersrights.org/seafarers-subjects/cabotage/>]. Actualmente, dicho informe está siendo actualizado y expandido. *Seafarer's Rights International* es una organización sin fines de lucro inaugurada el año 2010, destinada a investigar y estudiar imparcialmente, en asuntos legales y operacionales de importancia para la industria marítima, con el propósito de "conducir investigación estratégica para apoyar una industria marítima eficiente y justa hoy y mañana" [visible en internet: www.seafarersrights.org/our-purpose].

⁸ El estudio citado parte del universo de 193 países miembros de las Naciones Unidas, pero este número se reduce a 140, al descartar los países mediterráneos que –por razones geográficas–, no necesitan ni pueden implementar el cabotaje marítimo. Véase SEAFARERS' RIGHTS INTERNATIONAL, cit. (n. 7), pp. 49 y 51.

sil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Corea, Costa Rica, Croacia, Cuba, Ecuador, Egipto, Emiratos Árabes, Eslovenia, España, Estados Unidos de Norteamérica, Filipinas, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Honduras, India, Indonesia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kuwait, Malasia, México, Marruecos, Nicaragua, Nigeria, Perú, Polonia, Portugal, República Árabe, República Dominicana, Rusia, Suecia, Tailandia, Uruguay, Venezuela, etc.

Dentro de los postulados y conclusiones de este estudio encontramos los siguientes⁹:

El cabotaje es mayoritario, existe en el 65% de los países que pueden tenerlo (91 Estados con mar).

El cabotaje se verifica en todas las regiones y continentes del mundo.

El cabotaje está presente en numerosos y diversos sistemas legales, políticos y económicos, y sus principios son comunes y atraviesan la distinción de países desarrollados y no desarrollados.

El cabotaje existe en el 80% de los países con acceso al mar.

Y el cabotaje se reconoce en el 70% de los Estados miembros del Consejo de la Organización Marítima Internacional (conocida por sus siglas “OMI”), es decir, en 28 de 40.

Además, la reserva de cabotaje se mantiene ante la proliferación de tratados de libre comercio. Así, los Estados que cuentan con una reserva de cabotaje, la mantienen y excluyen del ámbito del tratado (o sea, el cabotaje predomina sobre el acuerdo), o bien, la condicionan al principio de la reciprocidad (el cabotaje se le permite al país miembro del tratado de libre comercio que, a su vez, lo autorice en sus aguas al país que lo concede).

Un caso que llama la atención es el de la Unión Europea, donde existe una reserva legal de cabotaje, tanto para el transporte marítimo como para el terrestre, puesto que se adopta un enfoque integral respecto al transporte doméstico, reconociendo que ambos son medios sustitutivos de transporte y, por ende, competidores entre sí.

Esta reserva legal opera para el cabotaje doméstico (dentro de cada Estado miembro), mientras que el transporte internacional entre los distintos Estados miembros (intra Unión) se equipara a un transporte transnacional –y, en puridad, lo es–, reservándose para los transportadores de los distintos Estados miembros de la Unión, así como el transporte doméstico se reserva para los respectivos porteadores nacionales, residentes en el país de que se trate, con puntuales excepciones para el transporte terrestre, en relación con el número de movimientos de cabotaje y los plazos dentro de

⁹ SEAFARERS’ RIGHTS INTERNATIONAL, cit. (n. 7), p. 10.

los cuales ellos deben tener lugar¹⁰.

Tales limitaciones al acceso de los transportistas que son ajenos a la Unión Europea, para acarrear cargas intra-Unión, justifican su existencia –precisamente– en la necesidad de evitar abusos, o competencia desleal entre los transportistas de terceras naciones.

V. ANÁLISIS SOCIO ECONÓMICO DEL DERECHO EN MATERIA DE CABOTAJE

De lo explicado en los dos apartados anteriores, fluye que la reserva legal de cabotaje ha existido desde antaño en nuestro país, está presente en el derecho comparado, y es ampliamente aceptada en la mayoría de los países del mundo.

Ahora bien, constituyendo esta reserva de cabotaje una situación de un mercado cautivo, con fuente en la ley, es totalmente pertinente entrar en consideraciones económicas, para emitir una opinión acerca de la justificación de su subsistencia.

Realizaremos este análisis teniendo a la vista una postura concreta, contenida en la Revista Observatorio Económico N°140¹¹, y formulada a través de la siguiente interrogante: ¿a quién beneficia el transporte marítimo de carga sin libre competencia?

1. ¿De cuál cabotaje hablamos?

Para llevar a cabo un examen completo y acabado del cabotaje, es imprescindible delimitar adecuadamente el ámbito de la cuestión y no limitarlo a la denominada “reserva legal del cabotaje marítimo”, como un fenómeno económico-jurídico único y autónomo, ya que está circunscrito solo a un modo de transporte, el marítimo. Esto conduce –a nuestro entender– a conclusiones que distorsionan la realidad, tanto en el plano jurídico, como en los aspectos económico y social.

Así, estimamos que el enfoque adecuado no es entrar al debate acerca del cabotaje marítimo, sin analizar globalmente el transporte de cabotaje, en general. Ello involucra considerar también al transporte por carretera, ferrocarril y aéreo. En esta línea, según un estudio publicado en su oportu-

¹⁰ PARLAMENTO EUROPEO, *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. El transporte por carretera: internacional y de cabotaje* (2022) [visible en internet: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/127/el-transporte-por-carretera-internacional-y-de-cabotaje>].

¹¹ RUIZ-TAGLE VALDERRAMA, José Pedro, *El transporte marítimo de carga sin libre competencia: ¿a quién beneficia?*, en *Revista Observatorio Económico* 140 (2019) [visible en internet: <https://fen.uahurtado.cl/2019/articulos/transporte-maritimo-de-carga-sin-libre-competencia-¿a-quien-beneficia?>].

nidad por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT), sobre la base de las estadísticas del Banco Central de Chile y del Instituto Nacional de Estadísticas, acerca del sector del transporte en Chile, se concluyó que esta actividad representa un 7% del producto interno bruto, utilizando el 25% de la energía total consumida en el país, siendo los camiones el principal modo de transporte de mercaderías a nivel nacional¹².

Durante el año 2009, el transporte de mercancías en el territorio nacional movilizó un volumen total de 802.422413 toneladas de carga, de las cuales el transporte marítimo de mercancías solo representó el 13,2951% de ese total, con 106.683.050 toneladas movilizadas, mientras que el ferroviario fue responsable de 25.492.428 toneladas, equivalentes al 3,1769%, y el transporte aéreo 262.053, con un 0,0326%; todos esos medios contra las 669.984.892 toneladas, correspondientes al 83,4952%, transportadas por camiones, prácticamente quintuplicando al transporte de carga a través de los demás medios¹³.

Estas cifras son del todo pertinentes, si se tiene en cuenta que el artículo 7 del Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre dispone que¹⁴: *“Los vehículos de transporte por carretera habilitados por uno de los países signatarios no podrán realizar transporte local en territorio de los otros”*.

En otras palabras, también existe una reserva legal para el cabotaje terrestre por carretera, ya que los vehículos de transporte por carretera extranjeros (léase, camiones) no pueden efectuar cabotaje en Chile, como tampoco en los demás países miembros de este Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre, que son: Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Es por ello que, si el transporte marítimo representa el 13,29% y el transporte terrestre el 83,49%, respectivamente, del cabotaje nacional, volvemos a la pregunta con la que titulamos este acápite: ¿de cuál cabotaje hablamos?, o, dicho de otra manera, mal se puede analizar la subsistencia

¹² COMISIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA (CONICYT), *Investigación en Transporte en Chile, Áreas de Investigación y Capacidades, Informes de Estado del Arte* (2010) [visible en internet: https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2012/10/articles-40714_pdf.pdf].

¹³ Estos porcentajes han sido calculados sobre la base de cifras de la carga transportada por los diversos modos de transporte, contenidas en el documento citado en la nota anterior, p. 15, Tabla 3-I.

¹⁴ El Decreto N° 257 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 5 de marzo de 1991, promulgó el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre, adoptado el 1 de enero de 1990 por Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay. Diario Oficial de 17 de octubre de 1991.

de la reserva del cabotaje marítimo sin tomar en cuenta la reserva del cabotaje terrestre por carretera, porque ambos tipos de transporte son parte de un mismo cabotaje y, por tanto, de una misma reserva.

Este enfoque también es asumido por la Unión Europea, al regular el cabotaje, que ha sido reservado para los medios de transporte connacionales pertenecientes a la Unión, incluyendo tanto al tráfico marítimo como al tráfico por carretera, quedando ambos reservados para los vehículos y las naves que estén registradas en los países que pertenecen al acuerdo económico continental. La situación del transporte de cabotaje, dentro del espacio de la Unión Europea, nos muestra un claro ejemplo de una regulación global de éste, tanto en su fase marítima como por carretera, controlándose respecto a este último medio de transporte el porteo de mercancías dentro de los límites de los países de la Unión, llevado a cabo por empresas y camiones de otra nacionalidad, controlando incluso el paso a través de sus cruces fronterizos, usando sistemas de geoposicionamiento, y regulando los flujos a través de la autorización de un número máximo de transportes que pueden llevar a cabo los transportistas por carretera en otro país¹⁵.

Desde este prisma de análisis global, que involucra a todos los medios de transporte que pueden operar a nivel doméstico, discrepamos de la conclusión contenida en el trabajo de José Pedro Ruiz-Tagle antes citado, que postula que la reserva de cabotaje es una barrera que imposibilitaría la competencia en el cabotaje marítimo chileno, y que su supresión permitiría que empresas extranjeras participaran del cabotaje marítimo nacional, lo que generaría una caída en los precios de transporte, beneficiando a los consumidores¹⁶. Esta conclusión decae si se considera como cabotaje a todo el transporte doméstico, más allá del marítimo.

Por ello, no creemos que pueda afirmarse categóricamente que la existencia de una ley de reserva del cabotaje marítimo para la bandera nacional constituye un obstáculo a la libre competencia, si este medio de transporte es responsable solamente del 13,29% del movimiento total de la carga dentro del país, mientras que su competidor natural, el transporte por carretera a través de camiones, es encargado del movimiento del 83,49% del total de carga transportada en nuestro país.

La pertinencia y certeza de este enfoque se ratifica al analizar la expe-

¹⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. El transporte por carretera: internacional y de cabotaje* (2022), pp. 4 y 5 [visible en internet: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/127/el-transporte-por-carretera-internacional-y-de-cabotaje>].

¹⁶ RUIZ-TAGLE, cit. (n. II), p. 9.

riencia nacional con la denominada “Ley Arica”, que analizaremos más adelante.

2. *La situación del Sur de Chile*

Tratándose del cabotaje que se lleva a efecto desde la Región de Los Lagos hacia el sur de nuestro país, es importante tener en consideración que en esa zona existe una cantidad significativa de pequeñas navieras nacionales, de origen, capitales y tamaños regionales y/o familiares, las que cumplen una importante función socio-económica, tanto para contratar mano de obra y servicios, como para adquirir productos y ofrecer transporte de carga y pasajeros, brindando una conectividad en la zona sur austral del país, a tarifas razonables. Así, abrir las puertas a embarcaciones extranjeras, especialmente transnacionales, que cuentan con grandes capitales, podría significar, por razones de economías de escala, depredar a las pequeñas navieras domésticas, con el consiguiente impacto negativo en los planos económico y social.

Creemos que existen razones fundadas para vislumbrar que, de levantarse la reserva de cabotaje a lo largo de toda nuestra costa marítima, se producirá un efecto perjudicial para los pequeños armadores protagonistas de la industria naviera nacional en tal área del país, quienes conforman las comunidades sociales radicadas de Puerto Montt al extremo sur de Chile, las cuales constituyen una importante fuente generadora de empleo y el epicentro de una actividad económica de primerísima importancia en dicha zona.

Suprimir la reserva legal de cabotaje implica abrir este tráfico para naves de bandera extranjera, a las cuales no se les aplican las normas legales laborales, previsionales, sanitarias, tributarias ni fiscales que rigen a las naves de pabellón nacional. Así, podrían ingresar a este tráfico naves matriculadas en registros abiertos o pabellones de conveniencia, en circunstancias que: (i) generalmente no existen impuestos o controles fiscales, salvo el pago por el registro; (ii) existe libertad para reclutar a la tripulación, sin restricciones de nacionalidad y (iii) existe libertad para organizar las actividades corporativas del propietario de la nave¹⁷.

De ello deriva que las naves matriculadas en estos registros abiertos puedan estar tripuladas por dotaciones extranjeras con costos operacionales más baratos (*v. gr.*, sin sujeción a las normas laborales y previsionales nacionales), cuyos propietarios estén sujetos a menores o nulas cargas

¹⁷ STOPFORD, Martin, *Maritime Economics* (3ª edición, New York, Routledge, 2009), p. 671.

impositivas, y sus operadores y administradores queden bajo la tutela de autoridades marítimas que ejercen menos controles y restricciones, todo ello en comparación a las regulaciones y controles a las que se someten las naves chilenas, que conllevan costos económicos, ciertamente más altos. Asimismo, se trata de registros abiertos ante los cuales es considerablemente expedito y económico matricularse, así como darse de baja.

A nuestro juicio, esto comportaría un trato legal, laboral y económico más favorable hacia las naves extranjeras, en desmedro de las chilenas, porque aquellas pueden operar a costos menores, lo que –desde luego– distorsiona la libre competencia, cuestión sería especialmente perjudicial, tratándose los pequeños armadores nacionales que operan desde Puerto Montt hacia el sur.

3. Apertura del cabotaje y discriminación

En efecto, un principio básico de equidad implica otorgar a las naves de bandera nacional, condiciones de competitividad que sean similares y equivalentes a las que rigen para las naves extranjeras, de acuerdo a los regímenes aplicables a su pabellón. En este sentido, si se abriera el cabotaje a los extranjeros, habría que exigir a las naves foráneas ingresar a nuestros tráfcos internos en las mismas condiciones aplicables a las embarcaciones nacionales. Ello porque, si las naves extranjeras que ondean banderas de conveniencia o segundos registros, se sujetan a regímenes legales, laborales, previsionales, tributarios, operacionales y fiscales más laxos y menos onerosos, se podrá producir una desigualdad de trato y una discriminación perjudicial hacia los armadores de bandera nacional, quienes se encuentran sometidos a mayores y más costosas exigencias en estos aspectos.

A lo anterior, debe sumarse que, si los armadores extranjeros accedieran libremente al cabotaje de carga, ofrecerían fletes a menores tarifas que las de los armadores nacionales, simplemente porque tratándose de volúmenes inferiores a las 900 toneladas de carga, los armadores extranjeros hacen uso de economías de escala, y como sus costos de recalada en los puertos nacionales ya han sido absorbidos por los fletes del tráfico exterior, correspondientes al viaje de que se trate, el costo del cabotaje pasa a ser marginal. En otras palabras, el flete internacional de dichos armadores extranjeros subsidia al flete de cabotaje, en la medida que tales transportistas solo aceptarán volúmenes de carga destinados a puertos contemplados en sus itinerarios internacionales, que son regulares y previamente determinados, dentro de los cuales el cabotaje constituye un ingreso adicional.

Tratándose del transporte de volúmenes superiores a las 900 toneladas de carga, los armadores extranjeros –según explicamos– ya cuentan con

acceso a dichos embarques, a través del mecanismo de la licitación.

En consecuencia, por estas razones, de suprimirse la reserva legal del cabotaje de carga, y admitirse el ingreso de naves mercantes extranjeras al tráfico doméstico, en lugar de favorecerse la libre competencia (que hoy sí existe, si se atiende al cabotaje como un transporte global, por cualquier medio), se generaría una discriminación en perjuicio de las navieras nacionales, con un efecto depredatorio de los pequeños armadores nacionales, quienes navegan —especialmente— desde Puerto Montt hacia el sur, a manos de las navieras extranjeras.

4. *Cabotaje de pasajeros*

En lo que respecta al transporte de pasajeros, amén de la reciente modificación legal (Ley N° 21.138), se abrió la reserva del cabotaje de pasajeros para las naves extranjeras, cuya capacidad de transporte sea igual o superior a 400 pasajeros, que cuenten con capacidad de pernoctación a bordo y que tengan como función el transporte con fines turísticos; así como para el transporte de pasajeros y su recalada en el Archipiélago Juan Fernández y en Isla de Pascua.

Esta apertura del cabotaje de pasajeros para las naves extranjeras que operen con fines turísticos, es coincidente con el mencionado estudio de CONICYT, que plantea que dentro del universo del 100% del desplazamiento interurbano de personas, efectuado con fines de mera movilización o transporte (en oposición al realizado con propósitos turísticos o recreacionales), éste se distribuye entre los vehículos de carretera (60,9%), ferroviario (27,1%) y aéreo (11,1%), sin contemplar al transporte marítimo¹⁸.

5. *La experiencia internacional*

En nuestro entender, la premisa de que la apertura del cabotaje podría beneficiar a los usuarios o consumidores, a través de la rebaja de los fletes, es —a lo menos— rebatible, y probablemente sea errónea. Ello a la luz de sus efectos colaterales o secundarios, en el plano económico y social, especialmente los que afectarían desde Puerto Montt hacia el sur, a cuyo respecto pueden asimilarse las conclusiones del informe independiente *Seafarers Rights International* (SRI) del año 2018¹⁹, que reporta que 91 Estados integrantes de las Naciones Unidas, que representan aproximadamente el 80% de los Estados Miembros, tienen leyes de protección del cabotaje

¹⁸ CONICYT, cit. (n. 12).

¹⁹ SEAFARERS' RIGHTS INTERNATIONAL, cit. (n. 7).

que regulan la actividad extranjera en sus costas nacionales, incluyendo la mayor parte de las naciones más desarrolladas del mundo.

Tal como se explicó, dicho informe concluye que las leyes de cabotaje, orientadas a proteger la industria naviera local, aseguran la retención de puestos de trabajadores marítimos calificados y contribuyen a la preservación del conocimiento y la tecnología marítima. Además, refuerzan la seguridad nacional, a la par que promueven la competencia leal. Así, son comunes entre los países integrantes de las Naciones Unidas, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y legales, y en especial, en la mayoría de los Estados miembros de la Organización Marítima Internacional²⁰.

Uno de los países que mantiene la reserva al cabotaje, ya por más de un siglo, son los Estados Unidos de Norteamérica, a través de la denominada *Jones Act* (Ley Jones). Esta normativa contiene una reserva de cabotaje, tanto de pasajeros como de carga, para su transporte dentro de los puntos de su territorio (sea en forma directa o a través de un puerto extranjero), reservándolo a los buques, no solo de bandera norteamericana, sino que –además– hayan sido construidos en ese país, que sean de propiedad de una empresa nacional y en los que el cien por ciento de los oficiales y el 75% de los tripulantes sean ciudadanos estadounidenses. Por lo tanto, se trata de una reserva bastante estricta, incluso más que la nuestra. De hecho, en la práctica, estos requisitos desvían la demanda de transporte hacia el transporte doméstico por carretera, debido que actualmente la industria americana de construcción naval mercante es prácticamente inexistente²¹.

²⁰ SEAFARERS' RIGHTS INTERNATIONAL, cit. (n. 7).

²¹ RM FORWARDING, *Cabotaje marítimo con restricciones en EEUU* (2017), p. 2 [visible en internet: <http://rm-forwarding.com/2017/08/29/cabotaje-maritimo-ee-uu/>]. No existe consenso en los EE. UU. acerca de la ventaja o desventaja de mantener o suprimir la reserva, pero esta se mantiene ya por 100 años. Para mayores detalles acerca de este debate pueden consultarse: www.defensenews.com/opinion/commentary/2020/06/05/why-the-jones-act-is-still-needed-100-years-later/, y www.cato.org/publications/policy-analysis/jones-act-burden-america-can-no-longer-bear#one-hundred-years-too-many. Con ocasión de los huracanes Sandy (2012), Harvey e Irma (2017), la reserva se levantó temporalmente para Puerto Rico (con la finalidad de que naves extranjeras, especialmente, tanqueros, pudieran recalar en sus costas, ante la escasez de las naves de bandera norteamericana), pero –en los hechos– muy pocos navíos extranjeros recalcaron en sus costas, lo que dejó en carácter de incierto si el levantamiento de la reserva surtió o no efecto, o de contrario, si se justifica mantenerla. Véase: www.pbs.org/newshour/nation/jones-act-explained-waiting-means-puerto-rico.

6. Cabotaje y fomento a la Marina Mercante

La Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante²², dispone en su artículo 3, que: “*Corresponde a la Dirección: b) Velar por el desarrollo y eficiencia de la Marina Mercante Nacional, como, asimismo, por el estudio de la organización y desarrollo del transporte marítimo, fluvial y lacustre.*”.

Enseguida, dentro del preámbulo de la LFMM, se señala que ella se dictó considerando (*inter alia*) “que Chile requiere, por tanto, disponer de una Marina Mercante que le asegure un servicio eficiente tanto en el interior como hacia el exterior”, objetivo que se plasma en su artículo 1, al indicar lo siguiente: “*La Política naviera permanente de Chile es fomentar el desarrollo y favorecer la mantención de su Marina Mercante en armonía con el interés general. En tal sentido, el Estado de Chile propenderá a apoyar a las empresas navieras chilenas para obtener acceso a los mercados mundiales de transporte marítimo y para que transporten efectivamente desde o hacia Chile una parte relevante de las cargas marítimas*”. Entonces, el desarrollo de la Marina Mercante Nacional constituye un propósito al que se propende a través de la reserva de cabotaje.

Se trata de una óptica importante de ser destacada, puesto que notamos que, al analizar al cabotaje, se suele enfocar su tratamiento desde la perspectiva de la reserva legal de cabotaje, en circunstancias que ella es una manifestación de la idea de fomentar el desarrollo de la Marina Mercante Nacional. De hecho, el Decreto Ley N° 3.059 que la contiene, se titula Ley de Fomento a la Marina Mercante, y no ley de reserva de cabotaje. La reserva de cabotaje es solo un medio para estimular el desarrollo de la Marina Mercante Nacional.

Una política naviera nacional necesariamente estará destinada al logro de objetivos diversos, relacionados y complementarios entre sí, como es la seguridad nacional, sustentada en la reserva naval de la naves y sus dotaciones como coadyuvantes al esfuerzo en caso de conflicto con países extranjeros, y el mantenimiento de la cadena logística tratándose de catástrofes y emergencias nacionales en las que sea necesario movilizar, de manera rápida y eficaz, suministros, alimentos, apoyos médicos y sanitarios, etcétera, hacia las zonas extremas de nuestra geografía.

Para lograr lo anterior, se necesita contar con una Marina Mercante de bandera, que garantice, en todo momento y oportunidad, su presencia y disposición permanente en el territorio nacional, contribuyendo de manera decidida a su integridad. Asimismo, se requiere personal capacitado para

²² Decreto con Fuerza de Ley N° 292. Diario Oficial de 5 de agosto de 1953.

desempeñarse a bordo de los diversos tipos de naves, no solo en el país sino también en el extranjero, a través de la creación de empleos seguros, permanentes y adecuados, directa e indirectamente, no sometidos a los vaivenes del interés del mercado internacional de bodegas y fletes. En consecuencia, se debe promover un sistema de propiedad naval que contribuya permanentemente al desarrollo del país y a su capacidad de reacción para enfrentar los cada vez más frecuentes fenómenos catastróficos de la naturaleza.

En este sentido, el Título VII de la LN, “De la Reserva Naval”, dispone en su artículo 98 (en su parte relevante), que: *“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 cualquiera 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...”.

Y agrega el artículo 100: *“En caso de emergencia nacional o internacional, el Director, previo decreto del Presidente de la República, podrá tomar a su cargo la movilización de las naves mercantes y especiales, como también los servicios portuarios de todo el litoral, con arreglo a las disposiciones que dicte la Comandancia en Jefe de la Armada.”.*

Todo ello, sin abandonar la necesidad de aumentar sistemáticamente la seguridad de las naves, a fin de garantizar condiciones dignas de desempeño a bordo; la vida humana en el mar, y la protección del medio ambiente, promoviendo la captación de los mejores elementos humanos disponibles, así como los conocimientos necesarios para el progreso de la actividad y el país.

Al respecto, se comparten las razones esgrimidas en el informe de la Comisión de Zonas Extremas de la Cámara de Diputados, del que da cuenta la historia de la Ley 20.136²³, en cuanto que el cabotaje satisface una necesidad imprescindible para el desarrollo del país, desde el punto de vista geográfico, económico y de seguridad. Las naves y dotaciones de la Marina Mercante Nacional forman parte de la reserva naval de la República. Dichas naves, que estarán siempre e inmediatamente disponibles en caso de catástrofes naturales, emergencias, etc.²⁴, son las destinadas al cabotaje.

²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.136*, pp. 5 y ss. [visible en internet: www.bcn.cl/historiadelailey].

²⁴ Como sucedió con el volcán Chaitén, que inició un ciclo eruptivo en la madrugada del 2 de mayo del 2008, con una continua emisión de cenizas y gases, la que se agravó

En este contexto, es necesario considerar, además, el escaso número de naves nacionales dedicadas al comercio exterior; la fragilidad del sistema terrestre que se ve interrumpido por temporales y otros desastres naturales frecuentes en el país, en cuyo caso es necesario recurrir al cabotaje para solucionar los problemas de aislamiento y transporte del país. Asimismo, se debe tener en cuenta que este genera empleos directos e indirectos a más de 20.000 personas, tanto a bordo de las naves, en funciones administrativas, mantenimiento y construcción naval, servicios, escuelas de formación y centros de entrenamiento de las dotaciones nacionales, entre otros²⁵. Por otra parte, el cabotaje permite la adquisición de un *know how* de vital importancia para la administración del negocio marítimo y portuario, etc. Finalmente, la reserva legal de cabotaje se justifica sobre la base del respeto al principio de reciprocidad consagrado en la ley chilena, así como de la conveniencia de contar con capacidad de transporte en caso de necesidad del país, sea por crisis externas o disminución de la oferta de transporte marítimo internacional, y el respeto al principio reconocido en diversos convenios internacionales pactados por el país (con Alemania, Brasil, Canadá, China, México, Estados Unidos, entre otros).

En esta línea de análisis, suele argumentarse que la apertura al ingreso de navieras extranjeras permitiría que capitales y tripulantes “de mayor experiencia” en el negocio del transporte marítimo pudieran participar en nuestro transporte, mejorando el nivel de la industria marítima nacional. En nuestra experiencia, ello opaca la realidad de esta industria, toda vez que nuestros navieros se posicionan –reconocidamente– entre los más calificados de la región, con una preparación y liderazgo internacionalmente valorados, con la participación de la Autoridad Marítima de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante en el Consejo de las principales naciones marítimas de la Organización Marítima Internacional.

Muy por el contrario, de abrirse el cabotaje a las naves de bandera extranjera, podrían ingresar aquellas que flamean pabellones de conveniencia, cuyos costos operacionales son considerablemente menores a los de nuestra Marina Mercante Nacional (tema que ya explicamos con anterioridad). Esto podría generar un incentivo –perverso a nuestro juicio– a que las naves registradas en Chile migraran hacia pabellones de conveniencia,

en los meses siguientes, ocasión en la cual, la Armada de Chile, junto a las barcazas que normalmente navegan entre Chaitén, Chiloé y Puerto Montt, evacuaron a los habitantes hacia Castro, Quellón y Puerto Montt. Al respecto, puede consultarse: www.chile-catastrofes-tragedias.blogspot.com/2010/06/erupcion-del-volcan-chaiten.html.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.136*, p. 5 y ss. [visible en internet: www.bcn.cl/historiadelaley].

para abaratar costos y poder competir con las naves foráneas, lo que ciertamente afectaría la sobrevivencia de la Marina Mercante Nacional.

Es por ello que reiteramos la idea de reforzar el genuino enfoque de la reserva legal de cabotaje, por cuanto constituye un mecanismo de fomento y protección al Marina Mercante Nacional.

7. La experiencia de la “Ley Arica”

Otra consideración que debiera tenerse en cuenta es la propia experiencia histórica, a nivel nacional, como sucede con la denominada “Ley Arica”. En efecto, el artículo 34 de la Ley N°19.420²⁶, abrió el cabotaje de las cargas con origen y destino en el Puerto de Arica para las naves extranjeras. Sin embargo, esta excepción fue derogada por la Ley N° 20.136 del año 2006²⁷, atendido el perjudicial resultado práctico que ella produjo respecto del desarrollo de las actividades de la región que se buscaba favorecer. Así, esta medida dañó al transporte terrestre, con los consiguientes efectos en la cesantía del sector y en la economía local.

Lo que podemos calificar como el fracaso de esta apertura al cabotaje fue reconocido expresamente en los Informes de la Comisión de Zonas Extremas de la Cámara de Diputados²⁸, y de la Comisión de Transportes del Senado de la República²⁹, emitidos con ocasión de la tramitación parlamentaria de la Ley N° 20.136, que derogó el mencionado artículo 34 de la Ley N° 19.420.

Es necesario tener en cuenta, en todo caso, que las razones que motivaron la derogación del artículo 34 de la Ley N° 19.420, se basan en los perjuicios causados al transporte terrestre durante la vigencia de la citada disposición legal, por los importantes bolsones de cesantía en la economía local³⁰, los cuales se multiplicaron exponencialmente. Tratándose de una supresión de la reserva del cabotaje para el transporte marítimo entre Puerto Montt y Punta Arenas, esto sería aún más perjudicial, teniendo en

²⁶ Ley N° 19.420. Diario Oficial de 23 de octubre de 1995. Artículo 34: “Lo dispuesto en el artículo 3° del decreto ley N° 3.059, de 1979, no será aplicable en el caso de cargas que provengan o tengan por destino los puertos de la provincia de Arica”.

²⁷ Ley N° 20.136. Diario Oficial de 13 de diciembre de 2006. Artículo único: “Deróganse los artículos 34 de la Ley N° 19.420 y 2° de la Ley N° 19.478”.

²⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N°20.136, que elimina beneficio al transporte de cabotaje a las naves de bandera extranjera en el puerto de Arica* [visible en internet: www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5376].

²⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, cit. (n. 28).

³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, cit. (n. 28), Informe de la Comisión de Zonas Extremas de la Cámara de Diputados, p. 9 e Informe de la Comisión de Transporte del Senado, p. 4.

cuenta el número de personas empleadas en la Marina Mercante Nacional en este último caso³¹.

La experiencia vivida con la “Ley Arica” ratifica lo que venimos señalando, en el sentido que los estudios que recomiendan la apertura del transporte marítimo de cabotaje nacional, mediante la introducción de competencia extranjera, con el supuesto propósito de reducir el costo del transporte marítimo, suelen basar sus simulaciones y recomendaciones, teniendo en cuenta los volúmenes totales de cargas transportadas por la vía marítima (incluyendo las cargas masivas, líquidas y secas), pero sin distinciones de ninguna naturaleza en lo relativo a los demás medios de transporte, y en especial, el de carretera. Esto –en nuestra opinión– tiende a generar distorsiones en los resultados económicos generales de las medidas propuestas, tal como quedó demostrado con el artículo 34 de la Ley N° 19.420, que excluía de la reserva de carga de cabotaje a aquellas provenientes o destinadas a los puertos de la provincia de Arica, medida de fomento que no funcionó, sino que, por el contrario, solo dañó al transporte terrestre desde y hacia Arica, lo que obligó a su derogación.

8. *¿Apertura unilateral del cabotaje o reciprocidad?*

En relación con la importancia socio-económica de la reserva del cabotaje, la lógica parece indicar que no resulta útil ni conveniente abrir el cabotaje, de manera unilateral, para las naves de bandera extranjera, por cuanto una decisión de ese tenor, como se demostró con la experiencia de la “Ley Arica”, solo beneficiaría a los armadores extranjeros, si se impide a los armadores chilenos acceder al transporte de cabotaje en los principales mercados mundiales. Así ocurre, precisamente, en los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y la Unión Europea, todos los cuales mantienen leyes de reserva de carga para sus naves. En el caso del espacio económico europeo, la reserva no incluye solo el transporte de carga dentro de los países de la Unión, sino también el transporte de mercancías intra-europeo (entre dos países del espacio económico europeo), limitándose y regulándose de manera simultánea a los dos principales medios de transporte involucrados: tanto el transporte marítimo como el por carretera, ambos reservados a transportistas de la Unión Europea.

En esta misma línea, de considerar al cabotaje desde una perspectiva

³¹ El cabotaje al Sur del paralelo 41° (Puerto Montt al Sur) asciende, en general, a un total de 67.000 empleos directos e indirectos. Esto, según los datos del Boletín Estadístico de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, según se da cuenta en HURTADO, Paula y ANDINO, Salvador, *El cabotaje Sur Austral, de cara a posibles modificaciones en su marco normativo. Estudio para Armasur (s.l., 2018)*, p. 33.

global (marítimo y terrestre), y efectuar aperturas bilaterales (no unilaterales), basadas en el principio de la reciprocidad, el artículo 15 del Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre dispone³²: “*El presente Acuerdo no significa en ningún caso restricción a las facilidades que, sobre transporte y libre tránsito, se hubiesen concedido los países signatarios*”.

En última instancia, una apertura unilateral de nuestro país al transporte de cabotaje a las naves extranjeras, sin exigir reciprocidad para las naves nacionales en los países de origen de las primeras que accedan a nuestro cabotaje, ni una evaluación en conjunto a la reserva de cabotaje terrestre, desde un enfoque global, atentaría contra los principios de igualdad de oportunidades y reciprocidad, que tradicionalmente deben primar en el comercio internacional. Esto puede conllevar tarifas a precios predatorios y discriminatorios para la captación de las cargas de cabotaje, teniendo en cuenta la privilegiada posición en que respecto de ellas se encuentran los armadores extranjeros, por cuanto sus costos del transporte internacional subsumen a los del cabotaje, en beneficio de éste, lo que genera un efecto de subsidio del transporte internacional al cabotaje.

9. El argumento de la burocracia administrativa en el cabotaje

Uno de los argumentos que se esgrime en contra de la reserva de cabotaje marítimo, es que generaría una burocracia o exceso de trámites o dificultades administrativas, que encarecerían el transporte, tales como, programación para la recalada de las navieras en los puertos y su atraque en muelles, solicitud de servicios portuarios con antelación, contratación de empresas de muellaje, altos cobros portuarios de uso de puerto y tarifas de practicaje y pilotaje, etc.³³.

Sin embargo, si analizamos estos trámites, podemos apreciar que, o bien ellos no existen, o se ven notoriamente atenuados en el cabotaje marítimo nacional, por cuanto la mayor parte de éste se realiza entre puertos o terminales marítimos privados, respecto de los cuales no tienen aplicación las denominadas “dificultades administrativas”³⁴.

³² El Decreto N°257 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 5 de marzo de 1991, promulgó el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre, adoptado el 1 de enero de 1990 por Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, publicado en el Diario Oficial del 17 de octubre de 1991.

³³ ASTUDILLO, ELIZABETH, *Análisis de la Política de Cabotaje Marítimo de Carga en Chile* (Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 2020), pp. 27 y ss. [visible en internet: https://ingenieriaoceanica.uv.cl/images/stories/Memorias/2020/2020-08-10_ELIZABETH-ASTUDILLO-DEFENSA.pdf].

³⁴ ASTUDILLO, CIT. (n. 33), pp. 27 y ss.

VI. LA SITUACIÓN DE LOS CONTENEDORES VACÍOS Y DE LOS SEGMENTOS NACIONALES DEL TRANSPORTE TRANSNACIONAL

I. Contenedores vacíos

Tal como señalamos, la ley actual autoriza el cabotaje de contenedores vacíos, por armadores u operadores extranjeros, cuando exista idéntica facultad para las empresas navieras chilenas en los países de la nacionalidad y domicilio del respectivo armador u operador de la nave, esto es, sobre la base del principio de la reciprocidad.

Con todo, la LFMM ni su reglamento previeron una forma de control para el cumplimiento efectivo de la reciprocidad para los armadores nacionales, por lo que en la práctica se trata de una libertad de transporte de cabotaje de contenedores vacíos de carácter absoluto.

Por otra parte, la misma LFMM fue objeto de una ley interpretativa que declara que el transporte de contenedores vacíos no constituye cabotaje para los efectos de reserva de carga contemplada en su artículo 3°. Huelga decir que la redacción ambigua del precepto requirió de una ley interpretativa. Menester es, pues, efectuar algunas precisiones conceptuales.

En primer lugar, los contenedores no son carga ni mercancías, son unidades de transporte, esto es, son receptáculos, continentes o envases destinados a contener dentro de sí y a transportar mercancías o carga, que se estiba y consolida dentro de ellos.

Así lo reconoce, de manera expresa, el artículo 976 del Código de Comercio, ubicado dentro del § 3. Del contrato de transporte marítimo, Sección Primera: Definiciones, en el Título V, De los Contratos para la Explotación Comercial de las Naves del Libro III. Este precepto, en sus primeros incisos, dispone lo siguiente: “*Se entiende por mercancía toda clase de bienes muebles, comprendiendo también los animales vivos.*

Cuando las mercancías se agrupan en contenedores, paletas u otros elementos de transporte análogos, o cuando estén embaladas, el término mercancías comprenderá ese elemento de transporte o ese embalaje, si ha sido suministrado por el cargador”.

Aunque la ley prescribe que el contenedor no se considera carga (a menos que lo suministre el cargador)³⁵, esta norma no constituye una fic-

³⁵ En la *praxis*, la mayoría de los embarcadores no suministran los contenedores, sino que es el transportador marítimo quien los facilita a sus clientes para consolidar y transportar sus mercancías, ya que los cargadores no cuentan con contenedores en sus activos, ni les interesa asumir los trámites ni hacerse cargo de los costos propios de su posiciona-

ción, sino que recoge la realidad del negocio marítimo: el contenedor no es carga, es una unidad de transporte.

Por ello, al no considerarse carga, sino que unidades de transporte, el porteo de contenedores vacíos, dentro del territorio nacional, no constituye cabotaje. De la misma manera, el reposicionamiento que una naviera efectúa de los contenedores vacíos que posee u opera, tras serles restituidos por los consignatarios o destinatarios de sus transportes, no es un transporte de mercancías calificable de cabotaje.

Quizás, la única situación que podríamos considerar como un cabotaje de contenedores vacíos, sería el caso en que un naviero transporte contenedores vacíos, por mar, entre puertos o puntos que estén situados dentro del mismo territorio nacional, y que pertenezcan a otro naviero, transportador u operador de contenedores, a cambio de un flete u otro pago.

2. Segmentos nacionales del transporte internacional

Esta es otra situación que merece un comentario especial. En nuestro entender, aquellos segmentos del transporte marítimo que se llevan a cabo entre puertos o puntos situados dentro del territorio nacional, que conforman tramos que integran un transporte transnacional, constituyen parte de un todo que no es susceptible de ser considerado como cabotaje, porque son un componente de una secuencia mayor que los comprende y absorbe. Así, por ejemplo, el segmento marítimo entre los puertos de Arica y San Antonio, que forma parte de un transporte internacional cuyo origen es Shanghái y su destino final es Santiago, constituye un eslabón más de una cadena mayor, tal como lo sería el tramo Shanghái-Panamá, o Panamá hacia el sur.

Desde el punto de vista de la naturaleza del transporte, estamos frente a un transporte internacional o transoceánico, con puntos o puertos de origen y destino ubicados en países distintos, concebido y ejecutado como un porteo transnacional. Cada uno de los segmentos marítimos internos del mismo son partes de un todo, que acceden y adquieren la misma naturaleza jurídica del todo al que pertenecen.

Por lo tanto, ese segmento doméstico que integra un transporte internacional podría no ser considerado como cabotaje, asimilándolo al concepto aduanero. El ejemplo más clásico es, utilizando el caso que ya colo-

miento, esto es, de retornarlos a su punto de origen una vez que sean vaciados en destino. Es excepcional que un cargador sea dueño de los contenedores que emplean. Solo los productores de químicos, sustancias similares cuentan con *tanktainers*, o las destilerías de licores con *flexi-tanks*, para el porteo de sus productos, por poner un ejemplo, pero son situaciones bastante excepcionales.

camos, que la nave que proviene de Shangháí con destino al Puerto de San Antonio, a la cuadra de Arica enfrenta un paro portuario en San Antonio, paro que produce un cierre indefinido de ese terminal, razón por la cual el transportador decide descargar en Arica las mercancías destinadas a San Antonio, omitiendo recalar en este puerto (ya que está cerrado), a la espera que el paro se levante, el puerto se reabra, y pueda llevar las mercancías que bajó en Arica hacia su puerto de destino original: San Antonio. El problema es que si se considera este trayecto final (Arica-San Antonio) de manera aislada, se lo puede catalogar de cabotaje, aunque en puridad se trata de un mero segmento que compone un viaje internacional que es de mayor extensión, por lo que no debería ser considerado como cabotaje. De hecho, desde el punto de vista aduanero, se concibe como una importación, no un cabotaje.

En la *praxis*, si se califica este caso como cabotaje, al transportador marítimo solo le quedarían las opciones de enviar la mercancía por tierra desde Arica a San Antonio, contratar una nave de bandera nacional *ad hoc* para un viaje específico entre ambos puertos, o reexpedir la mercancía a un puerto extranjero, para volver a transportarla de regreso al destino original. Todas estas soluciones son más caras o lentas que permitirle al mismo transportador tomar la mercancía desde Arica y llevarla a San Antonio, costo o tiempo adicional que perjudica directamente al usuario o consignatario de la carga.

VII. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY DE FOMENTO A LA MARINA MERCANTE Y LA LEY DE NAVEGACIÓN

Tal como se adelantó, en agosto de 2021 se ingresó un proyecto de ley, con el propósito de modificar la actual Ley de Fomento a la Marina Mercante y la Ley de Navegación, “para fomentar la competencia en el mercado del cabotaje marítimo”³⁶.

Si bien el objetivo de este artículo no es adentrarse en el análisis detallado de este proyecto, de su lectura pueden desprenderse las siguientes observaciones.

El proyecto parte de un postulado que estimamos incorrecto, porque otorga condiciones más favorables a las naves extranjeras para el transporte de cabotaje frente a aquellas que rigen en el tráfico internacional.

Enseguida, asume que la ley laboral chilena se aplica territorialmente a las naves de bandera extranjera, por lo que ellas quedarían sometidas a las mismas condiciones de competencia que las chilenas, en circunstancias

³⁶ Boletín N° 14.532-15, de 17 de agosto de 2021.

que las relaciones laborales entre la dotación y los armadores de las naves extranjeras que ingresarían al servicio de cabotaje, al mantener su bandera seguirán sometidas a la ley de su bandera, mientras ingresan y permanezcan en las aguas nacionales. Por lo tanto, este trato laboral diferenciado a las naves extranjeras genera una nueva situación de discriminación, que atenta contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

Asimismo, en materia tributaria, tampoco las naves extranjeras que ingresan a las aguas nacionales se someterán a la ley tributaria chilena, por lo que, aboliéndose la reserva del cabotaje para las navieras chilenas, las navieras extranjeras pueden acceder a este tráfico, sin dejar de ser extranjeras ni establecerse en Chile.

Pareciera ser que incorporar naves y artefactos navales de bandera extranjera a la reserva naval de la República constituye un acto que es doblemente confiscatorio: desde el punto de vista de la nave y de la tripulación.

A mayor abundamiento, y en cuanto a la médula de proyecto, cual es derogar la reserva legal de cabotaje para el transporte de carga, lo consideramos dañino, muy especialmente para los pequeños navieros que operan desde Puerto Montt hacia el sur de Chile.

VIII. CONCLUSIONES

1. La reserva de cabotaje ha existido por siglos y a lo largo de todo el mundo; no es un fenómeno reciente, ni menos exclusivamente nacional. Actualmente, es mayoritario en el orden global, tanto entre países desarrollados como en los que están en vías de serlo, y es, además, transversal a los más disímiles sistemas legales, políticos y económicos.
2. A efectos de evaluar la subsistencia de la reserva legal de cabotaje, debe tenerse en consideración todo tipo de transporte: marítimo (que incluye al lacustre y fluvial), terrestre (por carretera y ferroviario) y aéreo, bajo una perspectiva integral, sin circunscribirse ni limitarse solo al cabotaje marítimo, enfoque que es empleado por la Unión Europea al reglamentar este fenómeno.
3. La reserva legal de cabotaje cuenta con excepciones, aplicables cualquiera sea el volumen de carga transportada (solo varía el *modus operandi* de las excepciones), que permiten a las navieras extranjeras acceder a los tráficos domésticos, sin que la reserva de cabotaje constituya una barrera infranqueable que suprima la libre competencia, más allá de un nivel razonable que proteja a la Marina Mercante Nacional, así como a la economía y el bienestar social de nuestra población, especialmente, al sur de Puerto Montt.

4. La experiencia de la Ley Arica evidenció las externalidades negativas de la eliminación de la reserva de cabotaje. Pero, tratándose de la zona que va desde Puerto Montt hacia el sur del país, de suprimirse la reserva de cabotaje, dichas externalidades podrían generar un fuerte y nocivo impacto socio económico, de mayores repercusiones que en el caso de Arica.
5. El segmento nacional del transporte dentro de un viaje internacional debiera asimilarse a éste y no reputarse cabotaje, aunque fácticamente comprenda porteo entre dos puertos chilenos.
6. El proyecto de ley que suprime la reserva legal del cabotaje adolece de los siguientes defectos: otorga condiciones más favorables a las naves extranjeras para el transporte de cabotaje que aquellas imperantes en el tráfico internacional; desconoce que las naves extranjeras que ingresen al cabotaje siguen sometidas a la ley laboral y tributaria de su bandera, lo que generaría una situación de discriminación, que atenta contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley; además de pretender incorporar naves y artefactos navales de bandera extranjera a la reserva naval de la República, lo cual constituye un acto confiscatorio contrario al Derecho Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ASTUDILLO, Elizabeth, *Análisis de la Política de Cabotaje Marítimo de Carga en Chile* (Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 2020) [visible en internet: https://ingenieriaoceanica.uv.cl/images/stories/Memorias/2020/2020-08-10_ELIZABETH-ASTUDILLO-DEFENSA.pdf].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20.136* [visible en internet: www.bcn.cl/historiadelaley].
- COMISIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA (CONICYT), *Investigación en Transporte en Chile, Áreas de Investigación y Capacidades, Informes de Estado del Arte* (2010) [visible en internet: https://www.conicyt.cl/wp-content/uploads/2012/10/articulos-40714_pdf.pdf].
- ESCODA ARMIJO, Begoña, *La reserva de cabotaje y su necesidad de actualización, Síntesis Final en Diplomado Virtual en Derecho del Mar y Marítimo* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2018).
- HURTADO, Paula y ANDINO, Salvador, *El cabotaje Sur Austral, de cara a posibles modificaciones en su marco normativo. Estudio para Armasur (s.l., 2018)*.

- PARLAMENTO EUROPEO, *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. El transporte por carretera: internacional y de cabotaje* (2022) [visible en internet: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/127/el-transporte-por-carretera-internacional-y-de-cabotaje>].
- RM Forwarding, *Cabotaje marítimo con restricciones en EEUU* (2017) [visible en internet: <http://rm-forwarding.com/2017/08/29/cabotaje-maritimo-ee-uu/>].
- RUIZ-TAGLE VALDERRAMA, José Pedro, *El transporte marítimo de carga sin libre competencia: ¿a quién beneficia?*, en *Revista Observatorio Económico* 140 (2019) [visible en internet: <https://fen.uahurtado.cl/2019/articulos/transporte-maritimo-de-carga-sin-libre-competencia-¿a-quien-beneficia?>].
- SEAFARERS' RIGHTS INTERNATIONAL, *Cabotage Laws of the World* (2018) [visible en internet: <https://seafarersrights.org/seafarers-subjects/cabotage/>].
- STOPFORD, Martin, *Maritime Economics* (3ª edición, New York, Routledge, 2009).

NORMATIVA CITADA

- Ley N° 21.138. Modifica el Decreto Ley N° 3.059, de 1979, para autorizar el cabotaje de pasajeros a cruceros de bandera extranjera, en los casos que señala. Diario Oficial de 26 de febrero de 2019.
- Ley N° 20.136. Elimina beneficio que indica para naves de transporte marítimo en el Puerto de Arica. Diario Oficial de 13 de diciembre de 2006.
- Ley N° 19.420. Establece incentivos para el desarrollo económico de las Provincias de Arica y Parinacota y modifica cuerpos legales que indica. Diario Oficial de 23 de octubre de 1995.
- Ley N° 18.899. Normas complementarias de administración financiera, de incidencia presupuestaria y de personal. Diario Oficial de 30 de diciembre de 1989.
- Decreto Ley N° 2.222. Sustituye Ley de Navegación. Diario Oficial de 31 de mayo 1978.
- Decreto Ley N° 3.059. Ley de Fomento a la Marina Mercante. Diario Oficial de 22 de diciembre de 1979.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 292. Aprueba la Ley orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante. Diario Oficial de 5 de agosto de 1953.
- Decreto N° 257, Ministerio de Relaciones Exteriores, de 5 de marzo de 1991. Promulga el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre adoptado el 1 de enero de 1990 por Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay. Diario Oficial de 17 de octubre de 1991.

SOBRE LOS AUTORES

Max Genskowsky Moggia es abogado y magíster en Ciencia Política Integrada, con mención en Análisis Político, por la Universidad Marítima de Chile y la Academia de Guerra Naval. Además, es profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: maxgenskowsky@vtr.net. <https://orcid.org/0000-0002-2682-1814>.

Claudio Barroilhet Acevedo es abogado y magíster en Derecho Marítimo por la Universidad de Tulane, New Orleans, Estados Unidos. Además es profesor de Derecho Marítimo y Derecho del Comercio Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: claudio@barroilhet.cl. <https://orcid.org/0000-0002-7741-7803>.