



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO SOCIAL E INTERNACIONAL PRIVADO

TESIS DOCTORAL

COMPETENCIA EN TRANSPORTES



AUTOR:

MAURICIO RICARDO III TORTOLERO SERRANO

DIRECTOR:

PROFESOR DR. D. SANTIAGO AREAL LUDEÑA

MADRID, 2004



Esquema General*

COMPETENCIA EN TRANSPORTES

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. LA COMPETENCIA.

- I. Nociones y referencias económicas.
- II. Noción de competencia.
- III. Derecho de la competencia.
- IV. Políticas de competencia.

CAPÍTULO II. TRANSPORTES.

- I. Importancia económica.
- II. La competencia en los transportes.
- III. Las políticas comunitarias europeas en transportes y competencia.

CAPÍTULO III. TRANSPORTE TERRESTRE.

- I. Transporte terrestre en general.
- II. Transporte terrestre por carretera.
- III. Transporte terrestre por ferrocarril.

CAPÍTULO IV. TRANSPORTE MARÍTIMO.

- I. Introducción: importancia y características generales del sector.
- II. El mercado del transporte marítimo.
- III. Regulación del mercado del transporte marítimo.
- IV. Conferencias marítimas.
- V. Consorcios marítimos.
- VI. Políticas comunitarias europeas en el transporte marítimo.
- VII. Puertos.

CAPÍTULO V. TRANSPORTE AÉREO.

- I. Introducción: importancia y características generales del sector.
- II. Regulación en el transporte aéreo.
- III. La liberalización.
- IV. La cooperación en el transporte aéreo.
- V. Principales operaciones y acuerdos de cooperación.
- VI. Aeropuertos.

CAPÍTULO VI. COMPETENCIA EN TRANSPORTES EN MÉXICO.

- I. El Derecho de la competencia en México.
- II. Transportes en México.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.

* El trabajo es en torno a análisis comparativos de doctrina, legislación, políticas y jurisprudencia de Europa y Estados Unidos, principalmente, para al final llegar al caso particular de México.

COMPETENCIA EN TRANSPORTES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I. LA COMPETENCIA.	5
I. <u>Nociones y referencias económicas.</u>	5
1. <u>Mercado.</u>	5
2. <u>Competencia perfecta, monopolio y competencia imperfecta.</u>	7
3. <u>Competencia practicable.</u>	11
II. <u>Noción de competencia.</u>	14
III. <u>Derecho de la competencia.</u>	22
1. <u>Origen y evolución histórica-económica y jurídica.</u>	22
A) <i>Repaso histórico: antecedentes remotos, edad media, revolución industrial.</i>	22
B) <i>El Derecho de la competencia en los Estados Unidos.</i>	30
C) <i>El Derecho de la competencia en los países europeos.</i>	34
D) <i>El Derecho de la competencia en la Europa comunitaria.</i>	37
2. <u>Principales sistemas antitrust de influencia internacional.</u>	39
A) <i>El Derecho de la competencia en los Estados Unidos.</i>	46
a) <i>La Ley Sherman.</i>	46
b) <i>La Ley Clayton.</i>	48
c) <i>La Ley de la Comisión Federal de Comercio.</i>	49
d) <i>La doctrina per se.</i>	50
e) <i>La regla de la razón.</i>	52
f) <i>Autoridades estadounidenses responsables de la aplicación de las leyes de competencia.</i>	53
B) <i>El Derecho comunitario europeo de la competencia.</i>	54
a) <i>Normas de competencia en la Comunidad Europea.</i>	55
b) <i>Los tres regímenes europeos.</i>	57
c) <i>Derecho derivado.</i>	58



d) Aplicación de las normas de competencia.	60
e) Aplicación comunitaria.	60
f) Aplicación por los Estados miembros.	62
C) <i>Diferencias entre los sistemas legales norteamericano y comunitario europeo.</i>	64
a) Diferencias procesales.	64
a') <i>El papel del sistema judicial.</i>	64
b') <i>Demandas particulares.</i>	65
c') <i>Daños triplicados.</i>	67
d') <i>Sanción penal.</i>	67
b) <i>El Caso General Electric/Honeywell.</i>	68
3. <u>Funciones y objetivos del Derecho de la competencia.</u>	71
A) <i>Funciones de las normas antitrust en los Estados Unidos.</i>	73
B) <i>Funciones de las normas de competencia en Europa.</i>	76
a) <i>Particularidades en el Derecho comunitario europeo de la competencia.</i>	78
C) <i>Cuestiones básicas que delimitan las diferencias entre los sistemas antitrust comunitario y estadounidense.</i>	83
D) <i>Protección a los competidores o a la competencia.</i>	84
a) <i>Estados Unidos y la Robinson Patman Act.</i>	84
b) <i>La cuestión en el Derecho comunitario europeo.</i>	86
IV. <u>Políticas de competencia.</u>	89
1. <u>Contexto e importancia de las políticas de competencia.</u>	89
2. <u>Diversidad en las políticas de competencia.</u>	91
3. <u>Organización de la política de competencia.</u>	93
A) <i>Política represiva.</i>	93
B) <i>Política preventiva.</i>	94
C) <i>Política de fomento de la competencia.</i>	95
4. <u>Consideraciones en torno a los procesos de privatización.</u>	96
CAPÍTULO II. TRANSPORTES.	103
I. <u>Importancia económica.</u>	103

1. <u>Transporte, crecimiento económico y pobreza</u>	105
A) <i>Transporte y comercio</i>	106
B) <i>Transporte y crecimiento</i>	107
C) <i>Transporte y pobreza</i>	107
2. <u>Desarrollo sostenible</u>	109
3. <u>Transporte multimodal</u>	110
4. <u>Transporte y mundialización</u>	113
II. <u>La competencia en los transportes</u>	117
1. <u>La intervención del gobierno y eficiencia económica</u> . (aspectos económicos)	121
A) <i>Razones de la intervención pública</i>	121
B) <i>Consecuencias de la regulación</i>	123
C) <i>Creando presión competitiva</i>	126
D) <i>Factores que permiten la competencia y concurrencia en el mercado</i>	127
2. <u>Apertura a la competencia</u>	128
A) <i>Hechos precedentes</i>	128
B) <i>Apertura a la competencia y neoregulación</i>	130
C) <i>Sentido de la regulación económica</i>	131
D) <i>Mercados regulados. (competencia regulada)</i>	132
E) <i>Regulación: medio para promover la competencia</i>	133
F) <i>El modelo de competencia regulada en el servicio público del transporte</i>	134
G) <i>El problema de proteccionismo internacional del transporte</i>	134
H) <i>El servicio público del transporte</i>	135
I) <i>Liberalización y privatizaciones</i>	136
J) <i>Los papeles del sector público y privado</i>	138
a) <i>El papel de sector privado en la provisión de servicios</i>	138
b) <i>El papel de sector privado en la infraestructura</i>	140
c) <i>El papel continuado de las empresas del Estado</i>	141
3. <u>La privatización en los transportes</u>	142
A) <i>Significado y alcance del término "privatización"</i>	142

B) Origen de las políticas de privatización.	146
C) La teoría económica de la privatización.	149
D) Objetivos o finalidades de las privatizaciones.	150
E) Una problemática en las privatizaciones.	153
F) Resultados de las privatizaciones.	154
G) Aspectos sociales de las privatizaciones: Repercusiones sociolaborales.	155
H) Formas de privatización.	158
a) Privatización material.	158
b) Límites jurídicos de la privatización.	159
c) Privatización formal.	159
d) Privatización funcional.	161
e) Privatización indirecta mediante colaboración empresarial.	163
I) Servicios públicos estatales privatizables de transportes.	164
a) La construcción de infraestructuras.	165
b) Los servicios municipales de transporte público.	166
J) Privatización y concesión.	167
III. <u>Las políticas comunitarias europeas en transportes y competencia.</u>	169
1. <u>Importancia del transporte en la Europa comunitaria.</u>	170
2. <u>La política común de transportes (PCT) en el contexto del Tratado de la Comunidad Europea.</u>	171
3. <u>Problemas para llegar a una política común de transportes.</u>	174
4. <u>Evolución de la política común de transportes.</u>	176
A) <i>Primera etapa (1958-1983).</i>	177
B) <i>Segunda etapa (1983-1992).</i>	179
C) <i>Tercera etapa (1992 hasta la actualidad).</i>	180
5. <u>La aplicación de las normas de competencia en el transporte.</u>	182
A) <i>La cuestión de la exclusión de las normas comunitarias en transportes.</i> ...	182
B) <i>Los Reglamentos del Consejo.</i>	184
a) <i>El Reglamento Núm. 17/62.</i>	184

b) El Reglamento núm. 141/62.	185
c) El Reglamento núm. 1017/68. (transporte terrestre)	186
d) Los Reglamentos núm. 4056/86 (transporte marítimo) y 3975/87 (transporte aéreo).	188
C) <i>La jurisprudencia del TJCE</i>	191
6. <u>Necesidad de contar con políticas en transportes</u>	193
CAPÍTULO III. TRANSPORTE TERRESTRE	195
I. <u>Transporte terrestre en general</u>	195
1. <u>Introducción: características generales del sector</u>	195
2. <u>La intervención estatal en el transporte terrestre</u>	197
3. <u>Implicaciones de la reglamentación en el pasado reciente</u>	198
4. <u>Principales precedentes internacionales en la desregulación del transporte terrestre</u>	200
A) <i>La desregulación del transporte terrestre en Estados Unidos</i>	200
B) <i>La desregulación del transporte terrestre en el Reino Unido</i>	201
C) <i>La desregulación del transporte terrestre en otros países desarrollados</i> . ..	203
D) <i>La desregulación del transporte terrestre en América Latina</i>	204
5. <u>Regulación versus competencia</u>	207
6. <u>La regulación económica del transporte en la situación actual</u>	208
A) <i>Empresas privadas surgidas de la venta o concesión de empresas públicas que antes controlaban un mercado de transporte</i>	209
a) Las empresas con algunos poderes monopólicos.	209
b) La regulación de las empresas con algunos poderes monopólicos.	210
c) La privatización ferroviaria británica: el papel de las empresas de <i>leasing</i>	210
B) <i>Mercados desreglamentados</i>	211
a) Los problemas de un mercado desreglamentado.	211
b) Nuevas exigencias en mercados desreglamentados.	212
c) El modelo europeo para regular el transporte público.	214
II. <u>Transporte terrestre por carretera</u>	216
1. <u>Transporte terrestre por carretera de personas</u>	217

A) <i>La competencia en el transporte de personas.</i>	217
B) <i>Régimen de concesiones.</i>	219
a) <i>El servicio público y las concesiones.</i>	220
C) <i>Transporte urbano.</i>	222
a) <i>La regulación del transporte público urbano.</i>	223
a') <i>Los servicios de transporte público urbano.</i>	223
b') <i>Regulación y tipo de propiedad.</i>	225
b) <i>La desregulación británica y el sistema de licitación en Londres.</i> ..	227
a') <i>La experiencia británica.</i>	227
b') <i>Conclusiones de la experiencia británica.</i>	231
c) <i>Otras experiencias internacionales: Suecia y Francia.</i>	232
D) <i>Transporte interurbano.</i>	233
2. <u>Transporte terrestre de mercancías por carretera.</u>	235
A) <i>Principales precedentes internacionales de la desregulación en el transporte de mercancías por carretera.</i>	236
a) <i>Desregulación del transporte de mercancías por carretera en Estados Unidos.</i>	236
a') <i>La fuerte regulación y control en el transporte de mercancías por carretera.</i>	236
b') <i>La liberalización del sector.</i>	237
c') <i>Resultados de la desregulación en el transporte de mercancías por carretera.</i>	239
d') <i>Mejoras en la prestación de servicios como consecuencia de la desregulación.</i>	240
e') <i>Desregulación aún en transición.</i>	240
b) <i>Desregulación del transporte de mercancías por carretera en el Reino Unido.</i>	241
B) <i>Características generales del transporte de mercancías por carretera.</i>	241
C) <i>Otras características del sector.</i>	243
a) <i>Organización del mercado, subcontratación, concentración y cambios de estrategia.</i>	243
b) <i>Rentabilidad del sector.</i>	245

D) <i>Objetivos e instrumentos de la reglamentación.</i>	245
E) <i>El comportamiento del mercado en un contexto liberalizado.</i>	246
F) <i>Efectos de los cambios hacia mayor liberalización sobre los agentes económicos.</i>	249
a) <i>Empresas de transporte.</i>	249
a') <i>Grado de concentración.</i>	250
b) <i>Usuarios del transporte.</i>	251
a') <i>Precios.</i>	251
b') <i>Calidad de servicio.</i>	251
c) <i>Otros medios de transporte.</i>	251
a') <i>Efecto sobre el transporte privado.</i>	251
b') <i>Impacto sobre el ferrocarril.</i>	251
d) <i>Otros efectos.</i>	252
a') <i>Accidentabilidad.</i>	252
b') <i>Efectos medioambientales.</i>	252
f) <i>Administración pública.</i>	252
G) <i>Consideraciones finales.</i>	253
3. <u>Infraestructuras en el transporte terrestre por carretera.</u>	254
A) <i>Infraestructuras de transporte en general.</i>	254
B) <i>Monopolio natural y competencia.</i>	255
C) <i>Características de las infraestructuras carreteras.</i>	257
III. <u>Transporte terrestre por ferrocarril.</u>	260
1. <u>Algunos aspectos que denotan la importancia del transporte ferroviario.</u>	262
A) <i>Los ferrocarriles y el transporte internacional de carga intermodal.</i>	263
B) <i>Los ferrocarriles y el viaje aéreo internacional.</i>	263
C) <i>Ferrocarril de alta velocidad.</i>	264
2. <u>Características del transporte ferroviario.</u>	265
3. <u>Control y reglamentación de los servicios ferroviarios.</u>	268
4. <u>Reformas en el sector.</u>	270
5. <u>La privatización de los ferrocarriles británicos.</u>	270

6. <u>Separación de infraestructura y explotación de servicios.</u>	272
7. <u>Modelos de organización de la industria ferroviaria.</u>	274
8. <u>Política ferroviaria comunitaria europea.</u>	275
CAPÍTULO IV. TRANSPORTE MARÍTIMO.	283
I. <u>Introducción: importancia y características generales del sector.</u>	283
II. <u>El mercado del transporte marítimo.</u>	290
1. <u>Breve introducción histórica.</u>	290
2. <u>Tráfico de buques en la actualidad.</u>	291
A) <u>Tráfico de línea regular.</u>	292
B) <u>Tráfico de línea irregular o tramp.</u>	293
3. <u>Otras características en distintos sectores del transporte marítimo.</u>	293
III. <u>Regulación del mercado del transporte marítimo.</u>	294
1. <u>Antecedentes y evolución histórica.</u>	295
2. <u>Clasificación de las modalidades de intervención.</u>	298
A) <u>Medidas dirigidas al empleo del pabellón nacional.</u>	298
B) <u>Medidas financieras o fiscales de carácter general.</u>	300
C) <u>Medidas de reducción de los costes de explotación.</u>	301
D) <u>Medidas de aseguramiento del "control" nacional de la flota.</u>	302
E) <u>Medidas de establecimiento de segundos registros nacionales.</u>	303
3. <u>Las restricciones de concurrencia a los mercados.</u>	304
A) <u>Reservas unilaterales de pabellón.</u>	304
B) <u>El reparto multilateral de tráficos conferenciados de línea regular: el Código de Conducta UNCTAD.</u>	305
C) <u>La bilateralización de tráficos.</u>	308
4. <u>Los instrumentos internacionales de liberalización.</u>	309
A) <u>La liberalización mundial del transporte marítimo en el Acuerdo General del Comercio de Servicios.</u>	310
B) <u>El Código de liberalización y la recomendación de la OCDE.</u>	313
IV. <u>Conferencias marítimas.</u>	314
1. <u>Concepto.</u>	316

2. <u>Razones para el establecimiento de las conferencias marítimas.</u>	319
3. <u>Origen histórico de las conferencias marítimas.</u>	322
4. <u>Justificación económica del sistema conferenciario.</u>	328
5. <u>Examen de las prácticas conferenciadas y valoración de sus efectos anticompetitivos.</u>	333
A) <i>Pactos limitativos de la competencia intraconferencia.</i>	333
B) <i>Pactos limitativos de la competencia extraconferencia.</i>	335
V. <u>Consortios marítimos.</u>	339
1. <u>Concepto y contenido.</u>	342
2. <u>Naturaleza jurídica de los consorcios.</u>	344
3. <u>Efectos anticompetitivos de los consorcios.</u>	345
4. <u>Justificación de los consorcios y condiciones para su autorización.</u>	346
VI. <u>Políticas comunitarias europeas en el transporte marítimo.</u>	348
VII. <u>Puertos.</u>	356
1. <u>Concepto de puerto.</u>	357
2. <u>Características económicas de los puertos.</u>	361
3. <u>Clases de puertos.</u>	363
4. <u>La autoridad portuaria.</u>	366
5. <u>Servicios portuarios.</u>	368
6. <u>Gestión portuaria.</u>	370
7. <u>Competencia portuaria.</u>	373
8. <u>Políticas portuarias de la Unión Europea.</u>	376
CAPÍTULO V. TRANSPORTE AÉREO.	379
I. <u>Introducción: importancia y características generales del sector.</u>	379
1. <u>Otras características del mercado del transporte aéreo.</u>	385
A) <i>Características particulares respecto de otros modos de transporte.</i>	385
B) <i>La flota aérea mundial en la actualidad.</i>	387
II. <u>Regulación en el transporte aéreo.</u>	391
1. <u>El Convenio de Chicago.</u>	395
2. <u>Los convenios bilaterales.</u>	397

3. <u>Los acuerdos de entendimiento o <i>pool contracts</i>. (Cooperación entre compañías aéreas)</u>	399
4. <u>Consecuencias de la regulación.</u>	400
III. <u>La liberalización.</u>	402
1. <u>La Desregulación en los Estados Unidos de Norte América.</u>	404
2. <u>El proceso desregulador europeo.</u>	408
A) <u>Primer paquete de medidas.</u>	411
B) <u>Segundo paquete de medidas.</u>	412
C) <u>Tercer paquete de medidas.</u>	413
3. <u>Los acuerdos de cielos abiertos. (<i>open skies</i>)</u>	416
4. <u>Consecuencias de los procesos de liberalización.</u>	419
5. <u>Derecho de la competencia, liberalización y transporte aéreo.</u>	425
A) <u>Liberalización, competencia y seguridad.</u>	426
IV. <u>La cooperación en el transporte aéreo.</u>	427
1. <u>Cooperación estatal. (cooperación multilateral)</u>	428
2. <u>Cooperación internacional entre empresas de transporte aéreo.</u>	431
A) <u>Clases de cooperación.</u>	436
V. <u>Principales operaciones y acuerdos de cooperación.</u>	437
1. <u>Slots. (asignación de períodos horarios en los aeropuertos)</u>	437
2. <u>Handling o servicios de asistencia en tierra.</u>	442
3. <u>Pool.</u>	446
A) <u>Acuerdos de reparto de ingresos procedentes de servicios aéreos regulares.</u>	448
B) <u>Acuerdos de utilización conjunta de líneas. (o de explotación de servicios conjuntos)</u>	450
C) <u>Acuerdos de planificación conjunta y coordinación de horarios.</u>	451
4. <u>Interlining o acuerdos de combinación de pasajes.</u>	451
5. <u>Code sharing o utilización de códigos compartidos.</u>	454
6. <u>Sistemas informatizados de reservas.</u>	458
7. <u>Alianzas Globales.</u>	462
VI. <u>Aeropuertos.</u>	467

1. <u>Concepto de aeropuerto</u>	468
2. <u>Características económicas de los aeropuertos</u>	469
3. <u>Gestión aeroportuaria</u>	475
4. <u>Privatización de aeropuertos</u>	477
A) <i>Precedentes de la privatización aeroportuaria</i>	477
B) <i>Servicios susceptibles a privatización</i>	478
C) <i>Razones de las privatizaciones</i>	479
D) <i>Incidencias sobre la competencia</i>	480
CAPÍTULO VI. COMPETENCIA EN TRANSPORTES EN MÉXICO	485
I. <u>El Derecho de la competencia en México</u>	485
1. <u>Precedentes</u>	485
2. <u>La Ley Federal de Competencia Económica</u>	492
A) <i>Objeto y prohibiciones de la LFCE</i>	494
B) <i>Ámbitos excluidos de la aplicación de la LFCE</i>	498
3. <u>La política mexicana de competencia</u>	500
II. <u>Transportes en México</u>	502
1. <u>Transporte Terrestre</u>	503
2. <u>Transporte Marítimo</u>	507
3. <u>Transporte Aéreo</u>	510
CONCLUSIONES	519
BIBLIOGRAFÍA	527
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	549

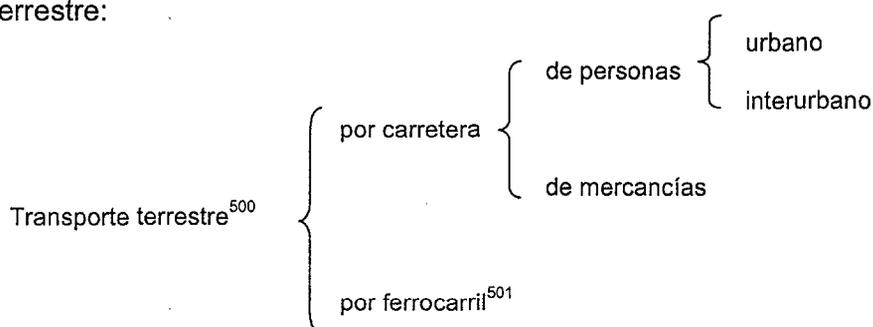
CAPÍTULO III. TRANSPORTE TERRESTRE.

I. Transporte terrestre en general.

1. Introducción: características generales del sector.

638. Una de las características más relevantes del transporte como sector económico es la distribución capilar de su actividad por todo el tejido económico, que hace posible el flujo físico de personas y mercancías en el proceso productivo.⁴⁹⁹

639. El transporte terrestre constituye hoy día la **forma dominante de transporte interno en la mayoría de los países**. Sin embargo, existen algunas diferencias notables entre las **distintas modalidades de transporte terrestre**, debido al conjunto diverso de factores que determinan su oferta y demanda, y a las características particulares de cada uno de estos modos. En este contexto, vamos a distinguir en el presente estudio los siguientes subsectores en el transporte terrestre:



640. En cada uno de estos subsectores del transporte terrestre hay que destacar igualmente el tema relativo a sus **infraestructuras**. Así, puede distinguirse para su análisis el tema de los **servicios** del transporte terrestre y el de sus **infraestructuras**.

641. En los últimos veinte años el sector del transporte terrestre en varios países ha experimentado **cambios institucionales muy significativos**, tanto con la **participación del sector privado** como con la **flexibilización de la**

⁴⁹⁹ La intensidad del uso o consumo de transporte en cada proceso específico de generación de demanda final o como *input* intermedio en la producción no es muy alta en relación con el valor de otros productos o *inputs*. Sin embargo, tiene una importancia estratégica en la actividad productiva por la imposibilidad de encontrar, a corto y medio plazo, productos sustitutivos del transporte que respondan a la demanda de acceso a las fuentes de aprovisionamiento y a los mercados de los productos, a partir de una pauta de localización de actividades. GARCIA ALCOLEA, Rafael. El transporte de mercancías por carretera en la economía española. La reglamentación económica y la problemática actual del sector. /en/ DE RUS, Ginés. *Economía y política del transporte: España y Europa*. Madrid. Ed. Civitas. 1992. p. 64.

⁵⁰⁰ En determinadas legislaciones, políticas y doctrinas, sobre todo en la comunitaria europea, se aborda también dentro del transporte terrestre el llevado a cabo vía navegable (fluvial), explicable éste por ser un tipo de comunicación común en la Europa central. No obstante, en el presente trabajo no abordaremos dicha forma de transporte.

⁵⁰¹ En el transporte por ferrocarril igualmente se distingue transporte de personas y de mercancías que serán analizados conjuntamente al abordar este subsector.

reglamentación económica, originando nuevas necesidades de regulación del mercado en general y de las entidades productoras en particular. **Los cambios más importantes se han dado en el transporte por carretera y por ferrocarril, y en sus infraestructuras.**

642. El análisis del sector que nos ocupa, sobre todo por lo que hace a temas de competencia, acusa de una gran **complejidad, por la coexistencia de valores públicos y privados** que conforman la actividad del transporte terrestre, ya por carretera, ya ferroviario, revistiendo esta materia una importancia vital en orden a su mejor desarrollo, no exenta en la realidad de ciertas quiebras y distorsiones, no superadas, en su mayoría fruto de la propia historicidad del sector del transporte terrestre, así como de toda una serie de características que, en su conjunto, lo dotan de una singularidad que, en definitiva, conforma a la vez sus propias ventajas e inconvenientes, como un todo indisolublemente unido.

643. Ahora bien, las **diferencias** existentes en la materia **entre el transporte ferroviario y el transporte por carretera**, son **notables, según el grado de intervención estatal** en los mismos, lo que en suma ha conformado su situación real actual, notablemente diferenciada.

644. En todo caso, ordenación del sistema de transportes, es sinónimo de ordenación del régimen de la **competencia** del sector, materia sobre la que giran todos los demás elementos que, en su conjunto, constituyen el establecimiento de una u otra clase de política de transportes, tanto en ámbitos nacionales o supranacionales.⁵⁰²

645. Por otra parte, transporte por carretera y transporte ferroviario, son modos que siempre han estado estrechamente relacionados, en los que el concepto de servicio público adquiere toda su virtualidad, constatándose en distintos niveles (nacionales o supranacionales⁵⁰³) que su ordenación igualmente se ha caracterizado por esta nota de su interrelación, razón por la que ambos modos pueden ser estudiados y contemplados en ocasiones conjuntamente.⁵⁰⁴

646. También hay que mencionar que en el transporte terrestre **existen actividades** que se presentan **en régimen de monopolio** (caso de las **infraestructuras**, principalmente), a menudo bajo control o propiedad del sector público, mientras que otras (como el transporte de mercancías por carretera), son desarrolladas en mercados con mayor apertura a la competencia. Esta diversidad de posibilidades organizativas introduce un grado notable de riqueza en el análisis económico del transporte terrestre, el cual, a pesar de contar con unas

⁵⁰² Las reglas de la competencia son de aplicación a todos los sectores, no obstante se han constatado importantes excepciones y limitaciones con referencia al transporte terrestre, y, dentro de éste, especialmente respecto del transporte ferroviario y del transporte regular de viajeros por carretera, en los que la noción de "servicio público" adquiere todo su valor y relevancia. Las empresas de transporte han de atenerse, pues, como cualquier otra empresa de los diferentes sectores, a las reglas que protegen la libre competencia.

En la Unión Europea, por consideración especial del sector transportes, el ordenamiento jurídico comunitario prevé condiciones especiales para la aplicación de los artículos 81 a 86 del TCE.

⁵⁰³ Como es el caso en la Unión Europea.

⁵⁰⁴ CASCALES MORENO, Fernando José. El Derecho de la Competencia interno y comunitario, de aplicación al transporte terrestre. *Ien/ Noticias de la Unión Europea*. Enero 2003. No. 216. p. 23 y 24.

características comunes, también presenta aspectos particulares en cada modalidad.

647. Así, aunque se comparten principios económicos comunes en las distintas modalidades del transporte terrestre, en algunos momentos un estudio separado de éstas, así como de sus infraestructuras, permite un análisis más completo de sus características y algunas de sus tendencias más recientes.

648. A continuación, antes de analizar cada subsector del transporte terrestre por separado, se expondrán aspectos generales relativos a la intervención estatal en el sector, así como algunos concernientes a su reglamentación y los precedentes a nivel internacional de la desreglamentación en el sector: Estados Unidos y Reino Unido⁵⁰⁵, otros países desarrollados y América Latina, y una consideración en torno a la competencia y a la situación actual de la regulación.

2. La intervención estatal en el transporte terrestre.

649. Mucho antes de la segunda guerra mundial, y con escasas excepciones, en el mundo entero se tendió a una creciente **participación del Estado** en el sector transportes, como operador o como reglamentador de las actividades de las empresas del sector. La participación del Estado como operador fue motivada inicialmente, en la mayoría de los casos, por la **insolvencia** de las empresas ferroviarias, tranviarias y otras, a raíz de factores como:

- i) los cambios tecnológicos en el transporte automotor y las carreteras;
- ii) el aumento de los ingresos (que fomentó la adquisición de vehículos particulares y redujo la demanda de medios colectivos), y
- iii) la dispersión en el uso del suelo (que restó competitividad a los medios tradicionales, obligados a transitar por vías fijas).

650. Además, en algunos países, como el Reino Unido o Argentina, fue la ideología política la que condujo a la operación estatal. Normalmente, **la reglamentación estatal antecede a la operación por parte del Estado**, empezando, en el caso del transporte terrestre mecanizado, con los ferrocarriles y los tranvías. En el caso de las empresas de tranvías estaba clara la necesidad de regulación en el área de la seguridad, por su uso compartido de las vías públicas con otros vehículos y con los peatones. Sin embargo, ya en el siglo XIX algunas autoridades municipales, preocupadas por la posición monopólica de las empresas⁵⁰⁶ impusieron sobre éstas un control tarifario o distintas medidas destinadas a garantizar la calidad del servicio a los usuarios.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ No obstante cuando más adelante se profundice en el análisis de cada subsector del transporte terrestre, se abordarán las experiencias de esos países, así como otras, relativas a esos subsectores en específico.

⁵⁰⁶ En América latina fue el caso de autoridades en Bogotá y Buenos Aires.

⁵⁰⁷ JARAMILLO, S. y PARRIAS, A. *Vida, pasión y muerte del tranvía en Bogotá*. Santafé de Bogotá. Universidad de los Andes. 1995. *apud*. THOMSON, Ian. La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre. *en/ Revista de la CEPAL*. Abril 1998. No. 64. p. 155. SCOBIE, J. *Del centro a los barrios, 1870-1910*. Buenos Aires. Solar/Hachette. 1977. *apud*. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 155.

En años posteriores, el control tarifario demasiado rígido contribuyó muy significativamente a la estatización o municipalización de las empresas de tranvías.⁵⁰⁸

3. Implicaciones de la reglamentación en el pasado reciente.

651. Generalmente, las empresas de propiedad estatal se han **autorregulado**, de conformidad con las disposiciones sobre seguridad, condiciones técnicas, principios tarifarios, etc., inscritas en los artículos legislativos que las habían creado. A veces, esto las ponía en **desventaja** frente a las empresas privadas activas en el mismo sector, las que no estaban obligadas a cumplir con las mismas normas o en determinados países, como en algunos latinoamericanos, no las cumplían porque el control o fiscalización era demasiado relajado.⁵⁰⁹

652. A las empresas autobuseras privadas se les aplicaba una serie de reglamentos dirigidos no solamente a materias técnicas o relacionadas con la seguridad, sino también al ámbito económico. Una preocupación implícita o explícita en dichos reglamentos era el temor de que las **acciones naturales** del mercado pudieran conducir a que algunos segmentos del mercado fuesen dejados desatendidos, o con servicios de una calidad inaceptable.

653. Particularmente en el transporte de pasajeros, para tratar de asegurar el suministro de servicios adecuados, los gobiernos licitaban concesiones u otorgaban permisos, que solían ser retenidos casi **permanentemente** por las mismas empresas. Luego, con el fin de proteger a los usuarios de los poderes monopólicos que de esa manera habían creado, las autoridades imponían sobre las empresas operadoras una serie de reglamentos sobre tarifas, frecuencias, transferencia de vehículos a otros servicios, etc.

654. En el caso particular del transporte interurbano de pasajeros, la imposición de **restricciones** sobre el número de empresas operadoras o las frecuencias en las distintas rutas hizo que, en momentos de alta demanda, los factores de ocupación ascendieran a los máximos factibles y muchos pasajeros potenciales simplemente no podían adquirir pasajes.⁵¹⁰

655. Por otro lado, cuando diferentes niveles de gobierno imponían sus respectivas normas reglamentarias, se daban **incongruencias** entre las de unos y otros; por ejemplo, las tarifas cobradas por los servicios correspondientes al gobierno nacional y por los paralelos administrados por un gobierno regional a veces diferían entre sí. Los intentos de resolver tales incongruencias llevaron a aplicar medidas

⁵⁰⁸ CEPAL. *El desarrollo del transporte público urbano en América Latina y el mundo*. Santiago de Chile. LC/G 1817. 1994. *apud.* THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 155.

⁵⁰⁹ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Argentina). *Estudio preliminar del transporte de la región metropolitana*. Buenos Aires. 1972. p. 176. *apud.* THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 154.

⁵¹⁰ En algunos países latinoamericanos incluso se recurría al mercado negro. CEPAL. *El transporte interurbano por bus en Argentina, Brasil y Chile: un análisis comparativo*. Santiago de Chile. LC/G 1662. 1991. *apud.* THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 154.

también **incoherentes**, como prohibir que los servicios de jurisdicción nacional o federal, durante sus recorridos por una provincia, pudiesen transportar a pasajeros desde un punto a otro dentro de esa provincia, aunque se detuvieran en ambos.

656. Se observa que hubo una tendencia a fijar tarifas relativamente bajas, especialmente en el transporte urbano, con el fin de reducir los gastos de movilización de los sectores de menores ingresos y/o limitar los índices de inflación.⁵¹¹

657. Junto con la incertidumbre legal que rodeaba a muchas de las operaciones, lo anterior trajo consigo varias **consecuencias desafortunadas**: por ejemplo, merma de las tasas de renovación de las flotas y coeficientes excesivos de ocupación de los autobuses. El resultado fue un servicio de tarifa baja y de calidad también baja. Además, en determinados países, como en algunos latinoamericanos, la situación propiciaba la creación de un **ambiente de deshonestidades** entre las autoridades fiscalizadoras y las empresas privadas, a fin de que se les autorizase aumentar sus tarifas.⁵¹²

658. En casos importantes, **los subsidios** que se concedían tanto a empresas del sector público como a privadas, **fomentaban la ineficiencia** y a veces llevaban a fugas financieras por distintos aprovechamientos de la situación para fines propios.⁵¹³ Un análisis referente a los países desarrollados concluyó que cada dólar, o su equivalente, destinado a la subvención del transporte colectivo urbano, beneficiaba a los usuarios sólo en 60 centavos; alrededor de 40 centavos del subsidio se perdía a través de sueldos más altos, la ocupación de un número excesivo de empleados, etc.⁵¹⁴

659. En los años ochenta, varias **empresas públicas** de transporte **operaban con déficit**.⁵¹⁵ Así, la situación institucional del transporte terrestre había llegado a una etapa en que era oportuno un **cambio fundamental**, que ya se ha dado (o ha comenzado a darse) en la mayoría de los países.⁵¹⁶ En otros, las reformas están

⁵¹¹ CEPAL. *Efectos de los subsidios, la reglamentación y las diversas formas de propiedad en la calidad y eficiencia operativa de los servicios de transporte urbano en América Latina*. Santiago de Chile. LC/L 675. 1992. *apud.* THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 154.

⁵¹² En un caso al menos, en la ciudad de Río de Janeiro, algunas empresas hicieron llegar a las autoridades datos falsos acerca de los volúmenes de pasajeros transportados, con el fin de que se les autorizaran tarifas más altas.

⁵¹³ CEPAL. *Efectos de los subsidios, la reglamentación y las diversas formas de propiedad en la calidad y eficiencia operativa de los servicios de transporte urbano en América Latina*. Op. Cit.

⁵¹⁴ BLY, P. WEBSTER, F. y POUNDS, S. *Subsidisation of urban public transport*. United Kingdom. Transport and road research laboratory. Inform SR 541. 1980. *apud.* THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 155.

⁵¹⁵ Por ejemplo, en esos años el déficit anual de las empresas públicas de transporte colectivo en México y Sao Paulo ascendía a más de 150 millones de dólares, en cada caso. CEPAL. *Efectos de los subsidios, la reglamentación y las diversas formas de propiedad en la calidad y eficiencia operativa de los servicios de transporte urbano en América Latina*. Op. Cit.

⁵¹⁶ Es el caso de los Estados Unidos y los países de la Unión Europea y también en América Latina destacan Argentina, Bolivia, Chile, México y Perú. En los países desarrollados, la reglamentación del transporte terrestre no ha sido radicalmente diferente a la de América Latina, pero ha funcionado mejor porque los mercados exhibían una relativa estabilidad, la burocracia era más eficiente y, además, en lo referente al transporte de pasajeros, en ocasiones era menor la importancia del transporte público frente al privado.

aún por llegar, atrasadas a veces debido a las trabas que imponen los intereses favorecidos por las reglamentaciones, como las empresas de autobuses que operan líneas cuyas concesiones nunca parecen abrirse a la competencia.

660. **La reforma** surgió en diferentes países, con mucha independencia entre un caso y otro. Entre los países desarrollados, destacan las innovaciones en los Estados Unidos y Gran Bretaña. Además, en Nueva Zelanda se hicieron cambios interesantes. En América Latina, Chile ocupó una posición de vanguardia. De todas estas experiencias hay mucho que aprender.

4. Principales precedentes internacionales en la desregulación del transporte terrestre.

A) La desregulación del transporte terrestre en Estados Unidos.

661. En el último cuarto del siglo XX se hicieron serios intentos para desregular el sector transporte en los Estados Unidos, a través de leyes como la Ley de revigorización y reforma regulatoria de los ferrocarriles (en 1976), que flexibilizó la fijación de flétes, y la Ley de desreglamentación aérea (en 1978), que puso en marcha un programa de liberalización de las tarifas y del ingreso a la actividad.

Luego, en 1980, la conocida Ley de *Staggers* concedió mayor libertad de acción a las empresas ferroviarias y la Ley de reforma de los transportadores motorizados flexibilizó algo la fijación de tarifas y el ingreso a la actividad en el transporte carretero de carga. Cuatro años después se aprobó la Ley de reforma regulatoria autobusera, que hizo lo mismo en el caso del transporte interurbano por buses (*Transportation Quarterly*, 1985).

662. Button⁵¹⁷ (1990) clasifica **la reglamentación estadounidense en tres categorías: i) la económica**, sobre tarifas, niveles de producción, número de productores, etc.; **ii) la social**, sobre seguridad, protección del consumidor, etc. y **iii) la antimonopolios**. Considera que la desregulación ha estado relacionada formalmente sólo con la primera de estas categorías, aunque también han habido algunas reinterpretaciones de la tercera que han desembocado en una desreglamentación parcial de hecho. (Cabe observar que el sistema de clasificación de Button es algo inusual, y, de hecho, cada una de las tres categorías comprende materias frecuentemente consideradas como pertenecientes al dominio de la economía).

663. Los argumentos de los economistas que cuantificaron el alto costo de la reglamentación constituyeron una motivación importante a favor de la desregulación. En algunos casos, pudieron comparar una actividad desreglamentada -por ejemplo, la aviación comercial en algunos Estados grandes- con otra donde regía la reglamentación. Además, hubo sugerencias de que la regulación tendía a beneficiar a las empresas ya establecidas o a los propios reguladores (Button, 1990).

⁵¹⁷ Citado en THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 156.

664. La **teoría de los mercados potencialmente abiertos** (*contestable markets*) enseñó que el libre acceso a un mercado pudo hacer que un oferente dominante actuara como si realmente tuviera que enfrentar competencia, aunque ésta fuera potencial más que real.⁵¹⁸

665. Otro factor que fomentó una consideración cada vez más seria de la posibilidad de desreglamentar fue un menor dinamismo en la economía, y las sugerencias de que el crecimiento se vería impulsado por una economía en que existieran mayores incentivos.

666. Los proponentes de la desregulación pudieron afirmar que los casos anteriores en que se había desreglamentado (por ejemplo, el del transporte camionero británico y el de diferentes subsectores en algunos Estados estadounidenses) habían sido generalmente exitosos.

B) La desregulación del transporte terrestre en el Reino Unido.

667. En el Reino Unido, la desreglamentación en el sector transporte tomó más tiempo que en los Estados Unidos, aunque hubo una concentración marcada de actividades en el área bajo el gobierno conservador, entre 1980 y 1996. En Gran Bretaña, el proceso involucró también la **desestatización** de los servicios de buses urbanos e interurbanos y del sistema ferroviario (además de los puertos y la aviación comercial). En los Estados Unidos, el sistema ferroviario nunca estuvo en manos estatales (salvo, transitoriamente, durante el rescate del Penn Central); tampoco los autobuses interurbanos; los urbanos siguen perteneciendo en muchos casos al sector gubernamental.

668. El transporte camionero británico se había dejado bastante desreglamentado en 1968, por un gobierno laborista, sin embargo, el primer paso definitivo hacia una desreglamentación general sólo se dio en 1980, con la aprobación de una ley que liberalizó el transporte autobusero no urbano⁵¹⁹ y promovió la privatización de las empresas operadoras públicas que participaban en el área.⁵²⁰ A mediados del mismo decenio se aplicaron medidas comparables en el transporte autobusero urbano no londinense. **En Londres, se privatizaron las empresas de buses pero, más que liberalizar la oferta, se introdujo un esquema regulado que incluía la licitación de los recorridos.**⁵²¹

⁵¹⁸ Button menciona que una consecuencia de la desregulación de la aviación civil fue la reducción de las tarifas en rutas principales, y el alza en rutas de menor volumen sin competencia. Es decir, en la práctica, la vigencia total de la *teoría de los mercados potencialmente abiertos* permanece, en algunas instancias, por verificarse. Ibidem.

⁵¹⁹ También denominado de larga distancia.

⁵²⁰ Esto hasta 1985.

⁵²¹ Inicialmente, se pretendió desreglamentar también en Londres. Luego, hubieron intercambios de opiniones e informes sobre la materia entre el Presidente del Directorio de la empresa estatal *London Transport* e instituciones tales como la Unidad de Transporte de la CEPAL, que por ejemplo, recomendó no desreglamentar en ciudades grandes, como Londres. No obstante no se sabe hasta qué punto influyeron las recomendaciones en el cambio de política. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 157.

669. La filosofía de privatización y desregulación se desarrolló considerablemente a lo largo de los once años de gobierno conservador de la señora Thatcher. Cuando este partido llega al poder en 1979 la **principal preocupación era eliminar las barreras a la competencia: promover el libre mercado en la creencia de que ello conduciría a la eficiencia.** Esta idea se recogía en un panfleto escrito en 1977 por el señor Norman Fowler (por entonces parlamentario conservador en la oposición), en el que argumentaba que **no había razón alguna que sustentara un sistema estricto de regulación** de cantidades que en aquellos momentos se aplicaba en la industria de autobuses. Posteriormente el señor Fowler se convirtió en primer Secretario de Estado para los Transportes, y una de las primeras piezas de desregulación del nuevo gobierno consistiría en la desregulación de los servicios de autobús de larga distancia. Existía un fuerte deseo para reducir la involucración del Estado al mínimo.

670. Con posterioridad se descubrieron nuevos motivos para la privatización en el programa del Gobierno conservador. *British Telecom* fue la primera gran utilidad en ser vendida. La experiencia alertó al Gobierno sobre el hecho de que la privatización generaba sumas sustanciales que eran consideradas como gasto público negativo. Estas contribuyeron a aliviar el tremendo problema de financiación del coste rápidamente creciente de la Seguridad Social, sin necesidad de incrementar demasiado la presión fiscal. También se desarrolló la noción de que la privatización permitiría a un grupo amplio de gente acceder a la propiedad de acciones. Se esperaba que esta gente mantuviese las acciones y por lo tanto fuesen simpatizantes de los valores vinculados al Partido Conservador.

671. Se descubrió que existía un **conflicto entre el deseo de promover la competencia y el de vender las utilidades públicas a buen precio para beneficio del Tesoro Público.** Esto resultó bien ilustrado con los casos de los autobuses en Londres y la privatización de *British Rail*.⁵²² En lo que al transporte terrestre se refiere, el proceso de desregulación se completó con la privatización de los ferrocarriles entre 1994 y 1997.

⁵²² GLAISTER, Stephen. Desregulación y privatización. /en/ DE RUS, Ginés y NASH, Chris. *Desarrollos recientes en la Economía del transporte*. Madrid. Ed. Civitas. 1998. p. 220 - 221.

672. El gobierno laborista que asumió el control político en 1997 no ha mostrado interés en volver a estatizar los ferrocarriles, aunque sí pretende **reforzar la regulación** de las empresas, o **usar la amenaza de una mayor regulación como mecanismo para fomentar una mayor preocupación por la calidad del servicio ofrecido al público o el aumento de las inversiones** (ver siguiente recuadro). Tampoco piensa reestatizar el sector autobusero, pero **sí regular** los servicios operados.

LA POSIBILIDAD DE MÁS REGULACIÓN COMO ESTÍMULO AL
COMPORTAMIENTO COMPETITIVO DE EMPRESAS EXISTENTES EN
MERCADOS MONOPÓLICOS.

La teoría de los mercados potencialmente abiertos se desarrolló y se aplica en el contexto del posible ingreso de nuevos competidores como estímulo al comportamiento competitivo de las empresas existentes que ejercen poderes monopolísticos. Sin embargo, el mismo comportamiento puede inducirse por la amenaza de una mayor regulación. Casos en que se adoptaron reacciones de este tipo son por ejemplo: la política tarifaria del *North Eastern Railway* inglés en el siglo pasado; una rebaja de tarifas (tras un alza que el Ministro del sector consideró injustificada) declarada por la agrupación de autobuseros urbanos de Santiago de Chile a principios de los años noventa; y los planes de inversión de algunas de las empresas ferroviarias británicas recientemente privatizadas, al asumir un gobierno laborista a mediados de 1997.⁵²³

C) La desregulación del transporte terrestre en otros países desarrollados.

673. Se observa en otros países europeos una cierta incompreensión de la lógica inherente a la desreglamentación y las privatizaciones británicas, a pesar de que ellas parecen haber sido generalmente exitosas. **En la Europa continental se da mayor importancia a materias como la integración de la red de transportes, y se llegó a estimar que los objetivos globales del Estado en el área del transporte se podían lograr más eficazmente si el propio Estado operaba el sistema.** En cuanto a infraestructuras, mientras en el Reino Unido se adopta el balance financiero como marco de análisis, al otro lado del Canal de la Mancha **la contribución al desarrollo** de las zonas en que ellas están ubicadas recibe una mayor atención.

674. En los países europeos continentales, **los cambios** que sí han ocurrido **provienen** principalmente de decisiones tomadas arriba, es decir, a nivel de **la Unión Europea** más que a nivel de los gobiernos de cada país.⁵²⁴ La experiencia

⁵²³ THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 157.

⁵²⁴ El Consejo Europeo de Lisboa de 28 de marzo de 2000 concluyó pedir a la Comisión, el Consejo y los Estados miembros, cada uno conforme a sus poderes respectivos, que "aceleren la liberalización en áreas como (...) el transporte", coincidiendo con esto la Comisión presentó una propuesta de Reglamento cuyo punto de partida es el desarrollo de la competencia en el transporte público. Once de los quince -hasta antes de la quinta ampliación- Estados miembros (Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y el Reino Unido) han introducido legislación o disposiciones administrativas que hacen posible la competencia en al menos parte de los mercados del transporte por autobús, autocar o ferrocarril urbano. Cinco Estados han hecho lo propio en el transporte por ferrocarril convencional (Alemania,

angloestadounidense se comenta mucho, pero ha orientado poco las políticas de otros países desarrollados. Una excepción destacada es la también anglosajona Nueva Zelanda, donde el proceso privatizador y desreglamentador muestra mucha similitud con el caso británico.⁵²⁵

D) La desregulación del transporte terrestre en América Latina.

675. En América Latina, la **desregulación comenzó en Chile**. A mediados de los años setenta, en este país se efectuó una reforma fundamental de la economía, que comprendió una **liberalización bastante completa** de las actividades económicas, incluida la de transporte. **El transporte camionero se desreglamentó primero, en 1975, mediante la aplicación de una ley antimonopólica.** (El gobierno anterior había controlado tanto la importación de camiones, concediendo un virtual monopolio a una marca española, como el ingreso a la actividad y el valor de los fletes). Luego, entre 1977 y 1979, **se liberalizó el ingreso, el egreso y las tarifas** del transporte interurbano por autobús. Después, mediante un proceso que solamente se completó en 1987, se hizo lo mismo en el ámbito urbano.⁵²⁶

676. Los promotores de esa desreglamentación chilena no fueron, en general, los técnicos o profesionales en el área de los transportes, sino los economistas generales seguidores de la escuela de Chicago, quienes suelen considerar indiscriminadamente muchos sectores de la economía. En una ocasión, el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, un general de la Fuerza Aérea de Chile, trató de mantener elementos de control cuantitativo sobre la flota de buses que operaba en Santiago, pero prevaleció la opinión contraria del Ministro de Hacienda, un ingeniero de ideas económicas neoliberales del modelo de Chicago.⁵²⁷

677. Cabe mencionar que, como parte de la desreglamentación en Chile, se hicieron intentos serios de maximizar la **eficiencia del mercado**, por ejemplo, a través de distintas medidas orientadas a brindar a los usuarios de los autobuses la información necesaria para elegir racionalmente entre los diferentes servicios ofrecidos, a defender los derechos de los usuarios, y a promover una conducta responsable de las empresas operadoras (a través del cobro de multas altas por extravío de equipaje en buses interurbanos, la consideración del pasaje como un contrato legal entre el transportador y el pasajero, etc.).

Italia, Portugal, Suecia y el Reino Unido). Comisión de las Comunidades Europeas. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable.* (Presentada por la Comisión) Bruselas. 26.7.2000 COM (2000) 7 final. p. 2 y 4.

⁵²⁵ Hasta las mismas empresas privadas han adquirido concesiones en ambos países: por ejemplo, la estadounidense *Wisconsin Central* en el transporte ferroviario de carga y la británica *Stagecoach* en el ámbito de los buses urbanos. *Ibidem*.

⁵²⁶ CEPAL. *Transporte interurbano de pasajeros en Chile: informe principal.* Santiago de Chile. LC/R 520 - rev 1. 1987. *apud.* THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre.* Op. Cit. p. 157.

⁵²⁷ THOMSON, Ian. *Urban bus deregulation in Chile.* London. London school of economics and political science. *Journal of transport economics and policy.* Vol. 26. n° 3. 1992. *apud.* THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre.* Op. Cit. p. 157.

678. La experiencia chilena de desreglamentación del transporte fue bastante criticada en otros países de la región, con razón en algunos casos y sin ella en otros. (El hecho de que las reformas fueran introducidas bajo un gobierno militar seguramente habrá contribuido a la cantidad de voces en contra). En el transporte de carga, las reformas chilenas no dieron por resultado una institucionalidad muy diferente a la de otros países de la región; sin embargo, en el transporte interurbano de pasajeros, durante varios años ni la política adoptada por Chile ni la situación resultante tuvieron contraparte en algún otro país de la región.

679. Aunque criticada en el extranjero, especialmente por los empresarios de países donde todavía les beneficiaba una legislación reglamentadora, cabe poca duda de que la nueva política chilena fue en general **exitosa**, llevando a servicios muy competitivos y eficientes. **Las empresas comenzaron a operar de manera rentable y los usuarios han podido elegir entre calidades diferentes de servicios**, cuyo nivel general es muy bueno, a tarifas también fluctuantes y en general inferiores a las cobradas en otros países.⁵²⁸

680. Además, en casi todas las ciudades chilenas se puede considerar **exitosa la desreglamentación**, aunque en los mayores centros urbanos, especialmente en Santiago, provocó una serie de **problemas** relacionados con el valor de las tarifas, la congestión y la contaminación del aire. Por el lado positivo, la cobertura del servicio mejoró notablemente. Aunque en los años noventa el gobierno chileno implantó en Santiago una reglamentación bastante diferente de la de quince años antes, es significativo que no se hayan introducido modificaciones importantes en la institucionalidad económica del transporte colectivo interurbano o en el urbano de otras ciudades.⁵²⁹

681. El único otro país que ha adoptado un esquema de desreglamentación tan completo como el chileno es el **Perú**, donde en la práctica **las medidas tuvieron un alcance aún mayor**, pues se autorizó la importación de vehículos usados, muchos de los cuales, traídos desde países asiáticos, fueron adquiridos por pequeños empresarios y puestos en servicio en Lima u otras ciudades. Por lo demás, el uso para el transporte colectivo de vehículos de un tamaño intermedio entre un automóvil y un bus pequeño, que quedó prohibido en Chile, no tiene restricciones similares en el Perú, donde se han multiplicado los vehículos conocidos como *Combi* (furgón para personas de la marca Volkswagen).

682. El Decreto Legislativo N° 640, del 25 de junio de 1991, que **eliminó “todos los obstáculos administrativos y legales que impidiesen el libre acceso de nuevos concesionarios...”** fue aplicado al transporte interurbano, donde en algunas rutas la inadecuada fiscalización de la condición mecánica de las unidades

⁵²⁸ CEPAL. *El transporte interurbano por bus en Argentina, Brasil y Chile: un análisis comparativo*. Op. Cit.

⁵²⁹ En Santiago de Chile la desregulación económica casi total en el transporte colectivo llegó a su fin a principios de los años noventa. El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones decidió identificar los servicios que convendría operar, y licitó su operación entre empresas del sector privado, constituidas normalmente sobre la base de los integrantes de las asociaciones de propietarios que anteriormente habían proporcionado los servicios. En general, la experiencia santiaguina ha sido bastante exitosa. THOMSON, I. Una evaluación crítica de algunos aspectos del desarrollo del sistema de transporte urbano en Santiago. *Actas del VII Congreso Chileno de Ingeniería de Transporte*. Santiago de Chile. Ed. Martínez Concha. 1995. *apud*. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 162.

o las deficiencias de las regulaciones de seguridad condujeron, en 1997, a la decisión de congelar transitoriamente el parque de vehículos.

Posteriormente, durante el mismo año un proyecto de Decreto Supremo, entre sus considerandos, señala que "el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros por carretera en ómnibus se encuentra en estado de emergencia", por los altos índices de accidentes y otros factores.⁵³⁰ El nuevo proyecto propone el restablecimiento de un sistema de concesiones.

683. En Lima, las municipalidades otorgan concesiones para operar recorridos de transporte colectivo, pero sin tener el propósito de limitar el parque de vehículos. De todos modos, muchas unidades operan sin concesiones. Se considera que en Lima Metropolitana, a mediados de 1997, funcionaban alrededor de 55 000 vehículos de transporte colectivo. Ya hay mucho interés a nivel metropolitano y municipal en la posibilidad de reordenar y racionalizar la red de rutas de transporte colectivo.

684. En Argentina, en 1992, se desreglamentó el transporte automotor interprovincial de pasajeros, con resultados que no fueron evaluados de una manera general hasta fines de 1997. Las empresas operadoras se quejan de baja rentabilidad, pero los usuarios podrían estar satisfechos con la nueva situación. Como suele ocurrir cuando se desreglamenta un servicio de transporte autobusero, la oferta ha aumentado más que la demanda y los coeficientes de ocupación han bajado. Siempre que la situación así creada no sea de desequilibrio, seguramente será preferida por los usuarios a la anterior.

La situación sólo podrá perdurar si los costos de explotación se hubiesen reducido a partir de la puesta en marcha de la reglamentación, permitiendo a las empresas obtener utilidades adecuadas a tasas de ocupación inferiores a las de antes, o si las utilidades anteriores hubiesen sido excesivas. En Argentina, el transporte colectivo urbano, de jurisdicción tanto federal como provincial y municipal, sigue sin cambios importantes en cuanto a reglamentación.

685. En Bolivia, el transporte interurbano de pasajeros por autobús se desreglamentó y hubo una significativa flexibilización reglamentaria en el ámbito urbano. Sin embargo, en América Latina, como todavía en algunos países europeos, los casos de desreglamentación todavía constituyen excepciones a la norma general.

686. Los chilenos se han llamado a sí mismos los ingleses de América Latina, en lo que toca a la desregulación del transporte en Chile y Gran Bretaña, y al relativo escepticismo que despertaron en muchos otros países latinoamericanos y en Europa continental.

⁵³⁰ CIDATT (Centro de investigación, documentación y asesoría del transporte terrestre). *El servicio público de transporte interprovincial de pasajeros por carretera en ómnibus*. Lima. Biblioteca de transporte. 1997. Vol. 7. *apud*. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 158.

5. Regulación versus competencia.

687. Habitualmente se ha justificado la intervención pública y la regulación por parte del Estado, en las infraestructuras y servicios de transporte, por su posible carácter de **monopolio natural**, por las externalidades que conlleva su uso o por las obligaciones de **servicio público**. La explotación del consumidor, el cierre de líneas o la distribución modal ineficiente son algunos de los resultados nada deseables que surgen cuando se producen fallos del mercado asociados a un funcionamiento libre o desregulado del mismo.

688. Sin embargo, aunque permanecen la lógica y la relevancia de los argumentos económicos en defensa de la regulación, como correctora de estos fallos del mercado, **la forma en la que actualmente se concibe la intervención pública en el transporte**, después de una larga experiencia en la misma, **ha cambiado en la mayoría de los países, considerándose la introducción de competencia como un mecanismo más de acción y un objetivo básico a disposición de los gobiernos.**

689. Al igual que en otras industrias, la regulación económica del transporte adopta múltiples posibilidades. Una de las intervenciones más habituales consiste en la **limitación de precios**, haciendo que éstos se sitúen a niveles diferentes de los establecidos por el libre juego de la oferta y la demanda. Si los mercados de transporte funcionasen libremente y sin distorsiones, los precios llevarían a cabo su función **asignativa** de una manera natural. Ésta se produciría a partir de la interacción descentralizada y anónima entre actividades de compraventa de servicios o usos de las infraestructuras de transporte, ofertados por empresas que desean obtener el mayor beneficio posible, y las actividades de consumo realizadas por usuarios que buscan satisfacer sus necesidades de movilidad personal o de transporte de mercancías.

El precio de mercado reflejaría entonces la coincidencia entre los deseos de ambos tipos de agentes, por lo que al producirse el intercambio en los mercados de transporte la sociedad se está poniendo de acuerdo en una misma valoración relativa de los recursos empleados en dicha actividad. Cuando este funcionamiento sin distorsiones de las fuerzas del mercado en las industrias del transporte no se produce y el precio de equilibrio se fija externamente se generan **desequilibrios que afectan al funcionamiento eficiente de la industria.**⁵³¹

⁵³¹ **La demanda de servicios de transporte por parte de los usuarios se encuentra relacionada con sus precios.** Cuanto más caro es el transporte, se viaja menos. Y por lo que hace a la oferta de servicios, si los precios son altos, más empresas están dispuestas a ofertarlos. De análisis económicos se desprende que la libre interacción entre la oferta y la demanda genera un punto de equilibrio, mientras que la fijación de precios superiores a los del mercado genera un exceso de oferta (hay más empresas que desean prestar el servicio que las que la sociedad demanda).

Los efectos del exceso de oferta creado por la regulación de precios se han manifestado no sólo en el transporte de viajeros, sino también en el de mercancías. Las empresas se encuentran con un exceso de capacidad en el corto plazo que empeora sus posiciones financieras y las hace competir en otros factores distintos del precio (niveles de calidad, seguridad, etc.). DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*. Madrid. Ed. Síntesis. 2001. p. 59 - 61.

690. Alternativamente, y aunque a veces también se acompaña de la regulación de precios, también ha sido frecuente la **regulación del acceso al mercado**. En algunas modalidades, como el transporte de mercancías por carretera, existen en la actualidad pocas limitaciones a la libre entrada de empresas, pero en otras, como en **el transporte urbano y en el regular interurbano, muchos países aún controlan el número de operadores que pueden acceder al mercado**.

Se puede dar lugar a que las regulaciones de este tipo favorezcan a las empresas establecidas y no beneficien a los ciudadanos, resultando los mismos **efectos de un monopolio**, que al limitar la competencia genera precios y beneficios superiores a los que se observarían en un mercado competitivo.

691. En la industria del transporte de mercancías y de viajeros, las restricciones de entrada (a través de limitaciones del número de licencias para operadores) han provocado aumentos en el tamaño medio de los vehículos (camiones o autobuses más grandes), distorsionándose la capacidad de éstos con relación a la demanda.

692. En la mayoría de los servicios de transporte, la experiencia de los últimos años demuestra que **no es necesaria la regulación de precios y acceso** si se consigue que la competencia garantice resultados socialmente deseables. Bajo los supuestos de libre entrada y salida, información perfecta e inexistencia de externalidades el funcionamiento competitivo puede garantizar que los consumidores disfruten de precios bajos compatibles con la cobertura de costes, incluyendo una tasa normal de rendimiento de la inversión para las empresas.

693. **La mayoría de los servicios de transporte pueden ser ofrecidos por operadores privados en competencia abierta**. La industria del transporte de mercancías es un buen ejemplo de cómo las fuerzas del mercado pueden solucionar de forma eficiente el complejo problema de conectar millones de combinaciones origen - destino moviendo una gran cantidad y variedad de materias primas y bienes intermedios y finales en economías altamente especializadas. Los consumidores también se han beneficiado de la desregulación y del ambiente competitivo en el que se desenvuelve el transporte.⁵³²

6. La regulación económica del transporte en la situación actual.

694. Podemos distinguir en la actualidad, una problemática en la regulación del sector, toda vez que en los últimos tiempos, nos encontramos, cada vez más, por un lado, ante **empresas privadas** surgidas de la venta o concesión de empresas públicas que antes controlaban un mercado de transporte; y por otro lado, ante **mercados desreglamentados** (debido a que la reglamentación anteriormente impuesta sobre las operadoras privadas fue eliminada, o se considera restrictiva y está a punto de ser reformada).

⁵³² Ibidem. p. 61 - 63.

A) Empresas privadas surgidas de la venta o concesión de empresas públicas que antes controlaban un mercado de transporte.

a) Las empresas con algunos poderes monopólicos.

695. En el caso de empresas surgidas de la venta o concesión de empresas públicas que antes controlaban un mercado de transporte, **éstas suelen ubicarse de nueva cuenta ejerciendo poderes monopólicos en el mercado** que operan. Conviene entonces disponer de instrumentos legales específicos para garantizar que no exploten esos poderes en su propio beneficio y en contra de los intereses de la comunidad.

696. La manipulación de sus propios fletes podría hacer que una empresa ferroviaria internalizara para sí misma una proporción demasiado alta de los excedentes de sus clientes cautivos. Lo mismo puede suceder en el caso de una carretera cuya administración se concesiona a una empresa privada, a la cual se le permite el cobro de peajes.

697. Salvo en casos excepcionales, **el poder monopólico** de la empresa transportista **está lejos de ser total**, por la existencia de opciones de transporte menos atractivos para el cliente (por ejemplo, los camiones, que se presentan como una alternativa a los trenes, o las rutas alternativas a una carretera concesionada). Sin embargo, aunque los camiones puedan transportar también productos voluminosos, como los minerales, lo harían a **costos superiores**; y las rutas alternativas **pocas veces** constituyen **opciones convenientes**.

698. Quizás el Estado no siempre tenga que preocuparse demasiado por la distribución de las utilidades entre, por ejemplo, una empresa ferroviaria y otra minera.⁵³³ Sin embargo, **el cobro de altos fletes podría perjudicar el progreso económico**, y no limitarse a influir en la distribución de los frutos de ese progreso entre las partes. Por ejemplo, **el cobro de fletes muy superiores a los costos marginales podría desincentivar la inversión** en nuevas minas, que sí se haría si los fletes ofrecidos fuesen más modestos.

699. La empresa monopolista ferroviaria, en el caso del ejemplo, podría cobrar fletes inferiores a los clientes nuevos, lo que provocaría acusaciones de tratamiento discriminatorio, además de desincentivar nuevas inversiones por parte del cliente tradicional. Este último podría resolver su problema obteniendo del gobierno la concesión para operar el ferrocarril, en la licitación correspondiente, o posteriormente de quien se la adjudicara. Si lo hiciera, rebajaría los fletes que se cobraría a sí mismo, y los subiría para sus competidores, con resultados opuestos a los de la situación descrita en el párrafo anterior, pero con iguales perjuicios a sus competidores.

⁵³³ Vale señalar que un cliente minero puede depender de una empresa ferroviaria para el transporte de sus productos, o viceversa si el tráfico minero es de importancia primordial para el ferrocarril. Un ejemplo interesante de esto es el del complejo minero *CentroMin*, en la sierra central peruana, y el Ferrocarril Central; ambos son empresas estatales en vías de ser privatizadas. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 160.

De todos modos, el cobro de altos fletes, que maximizaría los ingresos de la empresa ferroviaria, podría desviar una parte del tráfico a las carreteras, con un **costo social** que podría ser **considerable** por: i) aumentos en los accidentes de tránsito, ii) destrucción de pavimentos debido a los altos tonelajes por eje de los camiones, y iii) demoras causadas a los ocupantes de vehículos livianos atrapados detrás de camiones lentos en los caminos que atienden los pueblos mineros.

b) La regulación de las empresas con algunos poderes monopólicos.

700. En algunos casos, conviene que los gobiernos mantengan algún derecho a intervenir en los fletes cobrados, quizás garantizando que mantengan alguna relación razonable con los costos marginales correspondientes, para asegurar un tratamiento no discriminatorio entre clientes y para mantener la rentabilidad de las empresas dentro de límites razonables.

701. En el caso de empresas privadas surgidas de la venta o concesión de empresas públicas que antes controlaban un mercado de transporte, los reglamentos legales generales, antimonopólicos y otros no son suficientes, entre otras razones, por la naturaleza confidencial de los contratos comerciales (un cliente no podrá saber cuánto se le está cobrando al otro). En los contratos de concesión es necesario asegurar que la empresa monopolista no aproveche esta condición y que a la vez siga teniendo incentivos para mejorar la calidad de sus servicios y reducir sus costos.

702. En los Estados Unidos, el problema se resuelve, esencialmente, definiendo una **tasa de rentabilidad razonable para la empresa monopolista**. En el Reino Unido, el principio preferido es el de **fixar la escala de tarifas** que la empresa está autorizada a cobrar por un período de cinco años, expresada en un número de puntos porcentuales inferior o superior al índice de precios al consumidor.⁵³⁴

Las dos opciones tienen sus ventajas y desventajas. La estadounidense permite asegurar el interés de los inversionistas y mantener la rentabilidad aunque haya fluctuaciones inesperadas en el costo de los insumos, pero si la rentabilidad permitida se fija en un valor un poco superior al de mercado, podría incentivar a las empresas a hacer inversiones innecesarias, meramente para maximizar la rentabilidad de su capital. Bajo la opción británica, las empresas tendrían mayores incentivos para reducir sus costos, pero a veces no es fácil definir los reajustes autorizados en sus tarifas.

c) La privatización ferroviaria británica: el papel de las empresas de *leasing*.

703. En el caso particular de los **ferrocarriles británicos**, el **sistema de privatización separa la administración de la infraestructura ferroviaria y la operación** de los trenes. Una empresa naturalmente monopólica, llamada *Railtrack*, administra las vías, y más de 20 otras empresas operan los trenes, en

⁵³⁴ POWELL, T. Tendencias internacionales en la privatización y desregulación del transporte: experiencias de nuevas autoridades de control. /en/ *Seminario sobre autoridad de control en el sector transporte*. Buenos Aires. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos. 1992. *apud*. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 160.

sectores diferentes de la red. El regulador de los ferrocarriles (*Rail Regulator*) requiere que *Railtrack* reduzca sus cobros en 2% real por año, tomando en cuenta las economías posibles en los costos de mantenimiento.

704. La variación en las tarifas de pasajeros que cobran las empresas operadoras con poderes monopólicos, especialmente las que ofrecen servicios urbanos o suburbanos, también está sujeta a valores reales máximos.⁵³⁵

705. La privatización ferroviaria británica contempla distintos mecanismos para asegurar un nivel adecuado de competitividad e incentivos para la operación de servicios de una calidad satisfactoria. Por ejemplo, las concesiones de los servicios de pasajeros duran entre siete y quince años; al final del período, habrá una relicitación. Algunas empresas operadoras están negociando para obtener que se extienda el período de su concesión, a cambio de realizar inversiones adicionales a las contratadas. Es una característica de la privatización ferroviaria británica que las empresas operadoras no están obligadas a adquirir sus propios equipos; inicialmente, todo el material rodante estuvo en manos de **empresas de leasing**, que también se han privatizado.

706. Existe además, la opción de adquirir equipo nuevo a través de alguna de las empresas de *leasing*, de las cuales hay tres. Algunos operadores prefieren adquirir sus equipos nuevos mediante tales empresas, mientras otros compran directamente, o a través de sus casas matrices.

B) Mercados desreglamentados.

a) Los problemas de un mercado desreglamentado.

707. En el caso de mercados desreglamentados (subsectores del transporte en que la reglamentación anteriormente impuesta sobre las operadoras privadas ha sido eliminada, o es considerada restrictiva y está a punto de ser reformada), **el monopolio potencial podría ser también un problema.** Por ejemplo, en el transporte interurbano de pasajeros, una empresa ya predominante podría tratar de liquidar a otras con menor capacidad financiera, cobrando tarifas muy reducidas hasta hacerlas retirarse del mercado.

708. Situaciones de ese tipo se han dado por ejemplo en Chile, en el mercado del transporte de autobuses o en la aviación comercial, y han llegado a los tribunales. En el plano internacional, acciones semejantes de la *Pan American* y la *British Airways*, efectivamente eliminaron la amenaza comercial presentada por la incipiente aerolínea *Laker*.

709. Las empresas grandes podrían defenderse contra la competencia también de otras maneras, por ejemplo, construyendo una terminal propia y abandonando la

⁵³⁵ GLOVER, J. *National railways: A guide to the privatised railway*. UK. Ian Allan Publishing, 1996. *apud*. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 161.

terminal usada por las demás empresas, o haciendo que sus servicios corran siempre unos pocos minutos antes que los demás.⁵³⁶

En varios casos podría darse una unión monopólica en virtud de acuerdos entre empresas operadoras destinados a controlar las tarifas o restringir la oferta. Normalmente tales acuerdos no toman la forma de documentos escritos y es difícil comprobar su existencia.⁵³⁷

710. Especialmente respecto al transporte urbano, la desregulación también puede crear sobreoferta, al incentivarse excesivamente el ingreso de nuevas operadoras por el no pago de los costos marginales sociales que provocan.⁵³⁸ Dichos costos se relacionan con la congestión de tránsito, la contaminación del aire y los accidentes. Algo similar puede suceder en el transporte camionero: los impuestos que se le cobran normalmente no cubren los costos viales correspondientes, en el caso de los vehículos de mayor peso por eje.

711. En subsectores del transporte en que la reglamentación anteriormente impuesta sobre las operadoras privadas ha sido eliminada, o es considerada restrictiva y está a punto de ser reformada, **el mercado, permanecería al parecer potencialmente abierto**, por la falta de barreras evidentes al ingreso de nuevas operadoras. Sin embargo, una barrera latente -como la amenaza de una guerra de precios o algo por el estilo- podría desalentar efectivamente el ingreso de nuevas empresas.

En el caso de empresas surgidas de la venta o concesión de empresas públicas que antes controlaban un mercado de transporte, el transportista puede discriminar entre diferentes grupos de clientes, pero esta opción no suele estar al alcance de las empresas del caso referido en el párrafo precedente.

b) Nuevas exigencias en mercados desreglamentados.

712. Cabe poca duda de que la reglamentación de antaño aminoró la motivación comercial de las empresas. **El problema que deberá enfrentarse ahora en el transporte es cómo regularlo de manera que garantice la competitividad del mercado y beneficios sociales que superen los costos sociales causados**, todo ello sin estrangular la mayor eficiencia que la privatización y la desreglamentación están destinadas a generar y permitiendo que las empresas privadas usen toda su capacidad de iniciativa para desarrollar mercados y reducir costos.

713. En los mercados desreglamentados, según ya se ha dicho, una empresa grande podría intentar dominar el mercado, y las operadoras podrían unirse, formal

⁵³⁶ En América Latina llegan haber situaciones de daños materiales, por ejemplo, en ocasiones los parabrisas o neumáticos de los vehículos de nuevos competidores aparecen misteriosamente rotos. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 161

⁵³⁷ Ha habido casos en que las entidades operadoras del transporte llegaban a entendimientos para el alza coordinada de las tarifas. Por ejemplo, así sucedió en Santiago de Chile durante los años ochenta y en Lima diez años después. Ibidem.

⁵³⁸ En estos casos por "sobreoferta" entendemos la oferta que se produciría en casos en que los operadores no tuviesen que pagar la totalidad de los costos sociales marginales atribuibles a sus acciones.

o informalmente, con ese mismo propósito. **Las leyes antimonopolios pueden limitar tales tendencias**, aunque a veces es difícil comprobar la existencia de acciones monopólicas, especialmente si no hay testimonios escritos o grabados de la aparente actuación coordinada de las empresas operadoras.⁵³⁹

714. Ante una empresa dominante que trata de liquidar a otras menores que participan en el mismo mercado, estas últimas podrían ganar en un juicio, pero solamente después de haber sido liquidadas (como sucedió con la aerolínea *Laker*). Una manera de resolver parcialmente problemas de este tipo es obligar a la empresa mayor a pagar una **indemnización superior a los daños sufridos** por las liquidadas, como se hace en los Estados Unidos.

715. Suele suceder que una empresa funcione transitoriamente con pérdidas, a fin de liquidar al competidor, entre otras cosas, **reduciendo las tarifas** a valores inferiores a los costos y operando servicios que partan pocos minutos antes que los de la empresa rival, para quitarle pasajeros; y que una vez liquidada la competencia, suba las tarifas, a veces a valores bastante superiores a los costos. Una forma de desalentar tales prácticas es **exigir que cada cambio de tarifa, de itinerario o de frecuencia se anuncie anticipadamente**. Esto significaría, al menos, que la empresa liquidadora tendría que seguir ofreciendo sus rebajas especiales durante un periodo posterior al retiro de sus competidores.

En Gran Bretaña, las empresas de autobuses tienen la **obligación de informar a la autoridad de las modificaciones en sus servicios a lo menos 42 días antes de aplicarlas**; esto se exige para que la autoridad tenga tiempo de licitar (con subsidio) servicios socialmente útiles que el mercado deje de suministrar, y también de producir itinerarios de los servicios, pero serviría también para reducir la incidencia de un comportamiento depredador.

716. Por lo que hace a la **duración de las concesiones** para operar servicios de transporte, cabe señalar que **si los plazos son largos las empresas podrían construir sus propias instalaciones** para el mantenimiento de las unidades, **pero se debilitaría la competitividad del mercado y las empresas tendrían menores incentivos para ofrecer una buena calidad de atención a sus clientes**.⁵⁴⁰ Es probable que, de contar tales empresas con talleres propios, el mantenimiento de los autobuses sería mejor que si recurrieran a talleres comerciales, sobre todo si cada propietario contrata individualmente con ellos los servicios de mantenimiento de su unidad o unidades.

717. Una vía de salida del debate sobre las bondades de plazos cortos o largos para las concesiones podría ser la creación de **empresas de leasing de talleres**, que los arrendarían a las empresas asignatarias de las concesiones. Por lo que sabemos, esto no se hace en parte alguna; el caso del *leasing* del material rodante

⁵³⁹ Si los usuarios son pocos y bien organizados, podrían llevar a cabo investigaciones destinadas a comprobar la existencia de prácticas anticompetitivas que les perjudicaran. Sin embargo, los pasajeros de autobuses son múltiples y no suelen estar organizados, aunque en varios países se han constituido recientemente instituciones dedicadas a la defensa de los intereses de los consumidores.

⁵⁴⁰ En la capital chilena, la duración máxima de las concesiones es de siete años, al final de los cuales cada recorrido se relicita.

ferroviario en Gran Bretaña no es diferente en principio, salvo que los talleres son inmuebles en tanto que dicho material ferroviario puede trasladarse de un lado a otro.⁵⁴¹

La solución chilena adoptada en Santiago de la licitación de recorridos es una opción para resolver también el problema de la expansión, probablemente excesiva, del parque de vehículos que trae consigo la desregulación del transporte. Algunos, como mejora a esta opción, se pronuncian por involucrar un cobro a cada autobús de un peaje que refleje los costos sociales de la congestión, la contaminación y los accidentes causados por su presencia en las calles.⁵⁴²

c) El modelo europeo para regular el transporte público.

718. En la Unión Europea la Comisión distingue los siguientes modelos para regular el transporte público terrestre.⁵⁴³

i) **Mercados cerrados**, en los cuales los operadores de transporte gozan de la protección de derechos exclusivos y no se enfrentan nunca a la competencia de otros transportistas.

ii) **Competencia controlada**, en la cual los derechos exclusivos están vigentes por unos períodos determinados y se adjudican mediante concurso.

iii) **Desregulación**, situación en la que no existen derechos exclusivos.

719. La experiencia en los Estados miembros, confirmada por estudios llevados a cabo por encargo de la Comisión, demuestra que **gracias a la competencia controlada pueden conseguirse**, con las salvaguardias adecuadas, **servicios más atractivos con costes inferiores**. No parece probable que esta situación suponga una obstrucción al cumplimiento de los cometidos concretos asignados a los operadores de transporte, incluido el logro de un servicio público de alto nivel.

Desde el punto de vista de la eficiencia, el informe de investigación Isotope⁵⁴⁴ reveló que **en los mercados cerrados el coste de producción de los servicios es el más elevado**, con una media de 3,02 euros por kilómetro-autobús en 1996. En el caso de la **competencia controlada** el coste era de 2,26 euros⁵⁴⁵, mientras que en el de la **desregulación** se reducía a 1,44 euros.⁵⁴⁶

Según el estudio, los niveles de sueldo no difieren significativamente en los casos de **competencia controlada** y de **mercados cerrados**. Los sueldos inferiores del

⁵⁴¹ THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 162

⁵⁴² Ibidem.

⁵⁴³ Comisión de las Comunidades Europeas. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable*. Op. Cit. p. 4 - 7.

⁵⁴⁴ "Mejora de la estructura y la organización de las operaciones de transporte urbano de viajeros en Europa", informe final, 1997. Citado en la propuesta de reglamento.

⁵⁴⁵ Ejemplos extraídos de Francia y de los países nórdicos.

⁵⁴⁶ Servicios de autobús del Reino Unido, excluidos los de Londres e Irlanda del Norte.

servicio de autobús del Reino Unido explican parte de la diferencia de costes en una situación de **desregulación** si se compara con la **competencia controlada**, pero no toda.

720. La mejor forma de medir los cambios en cuanto al atractivo de los servicios consiste en estudiar las tendencias del número de viajeros. Son cifras que hay que tratar con cierta cautela, pues es difícil desentrañar los efectos de los diversos factores. En particular, no se dispone de datos sobre los cambios en materia de gastos de transporte. No obstante, pese a estas limitaciones, merece la pena señalar que en los seis Estados miembros en los que la **competencia controlada** es desde hace varios años el modelo reglamentario, para una parte significativa del mercado de autobuses y/o autocares⁵⁴⁷, **el uso de estos modos de transporte**, medido en kilómetros-viajero, **augmentó** un 14% entre 1990 y 1997. En cambio, el incremento fue del 5% en los ocho Estados miembros en los que el **mercado cerrado** es la norma general⁵⁴⁸, mientras que en el Estado miembro en que la desregulación es el enfoque más común⁵⁴⁹, el uso de dichos modos de transporte disminuyó un 6%.

La razón principal del escaso atractivo de los **servicios desregulados** parece ser que, al no existir derechos exclusivos, se dan unas condiciones de servicio inestables y unos niveles de integración reducidos. Estudios del mercado del autobús en el Reino Unido, realizados inmediatamente antes y después de la desregulación⁵⁵⁰, muestran que el cambio de régimen vino seguido de un acusado descenso del uso (que llegó a más del 20% durante 5 años en las áreas metropolitanas), y concluyen que este fenómeno no puede explicarse en su totalidad por los cambios de las tarifas, los niveles de servicio, la propiedad de vehículos privados o el desempleo. Parece que la inestabilidad y la pérdida de integración desempeñan también un papel clave.

721. En conclusión, estos datos sugieren que, en **comparación con la competencia controlada**:

- Los **servicios desregulados** son más **baratos**, pero tienen un atractivo sustancialmente inferior.
- El grado de atractivo de los **mercados cerrados** para los viajeros es similar, pero su **precio es superior**.

La Comisión señala⁵⁵¹ que el aumento de la **competencia controlada es el medio para lograr un servicio público de alto nivel**. La experiencia y los estudios referidos anteriormente muestran que las diversas estrategias aplicadas por los

⁵⁴⁷ Dinamarca, Finlandia, Francia, Portugal, España y Suecia.

⁵⁴⁸ Austria, Bélgica, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos.

⁵⁴⁹ Reino Unido.

⁵⁵⁰ *A review of the second year of bus deregulation*. WJ Tyson. 1989. *Bus deregulation - the metropolitan experience*. Transport Studies Unit. University of Oxford, 1990; *Bus deregulation - 5 years on*. WJ Tyson, 1992. *apud*. Comisión de las Comunidades Europeas. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable*. Op. Cit. p. 5.

⁵⁵¹ En la propuesta de reglamento antes citada.

Estados miembros para regular el transporte público han producido distintos resultados y disparidades en cuanto a la apertura del mercado y al grado de obtención de niveles de calidad elevados, especialmente en situaciones donde los presupuestos públicos están sometidos a presiones. Estas disparidades presentarán inevitablemente obstáculos para el funcionamiento sin problemas del emergente mercado del transporte público.⁵⁵²

Así pues, La Comisión Europea considera que resulta **importante actualizar el actual marco jurídico** para asegurar el cumplimiento eficaz de los objetivos de interés general (en especial, el logro de servicios de transporte público adecuados), **introduciendo la competencia controlada.**

II. Transporte terrestre por carretera.

722. Dentro del transporte terrestre el de carretera es el que tiene mayor protagonismo en la mayoría de los países.⁵⁵³ En cuanto a la gestión empresarial, en principio, la explotación de los servicios de transporte por carretera se lleva a cabo con **plena autonomía** económica, gestionándolos de acuerdo con las condiciones en su caso establecidas, a su riesgo y ventura.⁵⁵⁴

No obstante, es ilusorio pretender que este principio tenga siquiera un carácter general considerando las limitaciones con las que se enfrenta, toda vez que ha sido objeto de una **considerable regulación normativa.** Así, cuestiones como los

⁵⁵² Por otra parte, las disparidades pueden conducir a infracciones del principio de igualdad de trato entre los nuevos operadores multinacionales, en el seno comunitario.

⁵⁵³ Los ordenamientos jurídicos de los Estados generalmente hacen una clasificación de distintas modalidades de transporte por carretera. En el marco de la Unión Europea, el Reglamento (CE) n° 11/98 del Consejo de 11 de diciembre de 1997 que modifica el Reglamento (CEE) n° 684/92 por el que se establecen normas comunes para los transportes internacionales de viajeros efectuados con autocares y autobuses. (Diario Oficial n° L 004 de 08/01/1998 p. 1 - 9), distingue las siguientes modalidades: 1) Servicios regulares. Son aquellos que aseguran el transporte de personas con una frecuencia y un itinerario determinados; estos servicios pueden recoger y dejar viajeros en paradas previamente fijadas. Junto a los transportes regulares que podríamos definir como "ordinarios", el Reglamento también prevé otros regulares especializados. Concretamente, se refiere al transporte regular de trabajadores, al de escolares y estudiantes y al de militares. 2) Servicios discrecionales. Este tipo de servicios, antes llamados ocasionales, son los servicios que no corresponden a la definición de servicio regular tanto normal como especializado, y que se caracteriza fundamentalmente por el hecho de transportar grupos formados por encargo o por el propio transportista. 3) Servicios de transporte por cuenta propia. Los transportes por cuenta propia son los transportes realizados con fines no comerciales ni lucrativos, por una persona física o jurídica, siempre que: a) la actividad de transporte sólo sea una actividad accesoria de la persona física o jurídica; b) los vehículos utilizados sean propiedad de la persona física o jurídica o hayan sido comprados a plazos por ella o estén sujetos a un contrato de arrendamiento a largo plazo y sean conducidos por un miembro del personal de la citada persona física o jurídica o por la propia persona física. ARANA GARCÍA, Estanislao. El transporte público de viajeros por carretera en la Unión Europea: El progresivo camino hacia la liberalización del sector. /en/ *Noticias de la Unión Europea*. Enero 2003. No. 216. p. 10 y 11.

⁵⁵⁴ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Transporte por carretera. /en/ *Noticias de la Unión Europea*. Enero 2003. No. 216. p. 54. Igualmente, para D. Fernando José Cascales Moreno, "el marco jurídico específico del transporte por carretera, en el que la iniciativa privada ha venido teniendo un claro protagonismo (salvo con referencia al transporte urbano) es, con referencia a la materia que nos ocupa, de contenido ampliamente liberalizado (...)". CASCALES MORENO, Fernando José. *El Derecho de la competencia interno y comunitario, de aplicación al transporte terrestre*. Op. Cit. p. 30.

precios⁵⁵⁵ y condiciones del transporte, las condiciones técnicas y de seguridad, las condiciones sociales y las condiciones fiscales han sido objeto de atención.

1. Transporte terrestre por carretera de personas.

723. En la actualidad, la histórica función urbana de concentrar actividades en un mismo lugar, reduciendo con ello la necesidad de desplazarse, está siendo reemplazada por una situación en la que la localización de los servicios de ocio, las viviendas, las tiendas y los centros de trabajo, genera una **creciente necesidad de viajar**.

724. El marco regulador del transporte y cualquier medida relacionada con el mismo establecida por la legislación, como las normas de acceso al mercado, los servicios públicos, las ayudas o subvenciones, son fundamentales para que tanto las medidas políticas sobre el transporte como las decisiones de las empresas e inversiones en el transporte tengan efecto.⁵⁵⁶

725. Entre finales de los años setenta y fines de los noventa **cambios notables** han ocurrido en el **ambiente institucional** del transporte terrestre, sobre todo en cuanto a la **distribución de las operaciones entre los sectores público y privado**. Así, los Estados cuentan con varias opciones para estructurar sus mercados, desde el tradicional sistema de planificación, propiedad y explotación pública hasta el de competencia totalmente abierta con ausencia de controles.

A) La competencia en el transporte de personas.

726. La oferta de transporte **debe regirse** por el sistema de **competencia y libre concurrencia**. (conforme a actuales sistemas políticos y legales). En esta línea, **únicamente podrán permitirse actuaciones de exclusividad** en los mercados de transporte de viajeros, cuando se trate de servicios cuya naturaleza o características determinen que su establecimiento o continuidad exijan, **para**

⁵⁵⁵ Generalmente las Administraciones de transportes pueden establecer tarifas obligatorias o de referencia para los transportes públicos. Éstas pueden establecerse a través de cuantías únicas o bien de límites máximos, mínimos o ambos. Por tanto, solo en caso de no existir tarifas, la contratación deberá realizarse a los precios usuales o de mercado del lugar en que la misma se lleve a cabo. No obstante, la falta de tarifas obligatorias no ha sido óbice para la aplicación de regímenes de precios intervenidos establecidos en la legislaciones de control de precios, cuando la repercusión de los mismos en los sistemas económicos lo justifica. Igualmente, los transportes públicos prestados mediante concesión administrativa, generalmente están sujetos a tarifas máximas obligatorias que se determinarán en los correspondientes títulos de concesión o autorización (transportes públicos regulares); de la misma forma, servicios de transporte público discrecional de viajeros en autotaxis, también se encuentran sometidos a tarifas obligatorias. También los transportes públicos ferroviarios de viajeros están regularmente sujetos a tarifas obligatorias. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Transporte por carretera*. Op. Cit. p. 54 y 55.

⁵⁵⁶ En la Unión Europea el régimen de los transportes por carretera y que constituyó el primer reglamento de liberalización lo es el Reglamento 1191/69, que fue objeto de adaptaciones por el Reglamento 1893/91. En el año 2000 la Comisión Europea propuso un nuevo Reglamento que pretende sustituir a los mencionados y dar un paso más en el camino liberalizador y de mayor desarrollo a la competencia en el transporte público. (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable).

asegurar una adecuada satisfacción de las necesidades de la sociedad, la exclusión del régimen de competencia y concurrencia.

727. No obstante, los sistemas de acceso a los mercados del transporte vienen restringiéndose o condicionándose por las Administraciones. **Los ordenamientos en la materia**, en principio, **parecen orientarse hacia sistemas reglados** en la determinación de los presupuestos que justifican dichas restricciones o condicionamientos, concretamente la presencia de desajustes entre la oferta y la demanda que impliquen unas condiciones del mercado tales que no quede asegurada la correcta prestación de las actividades o servicios. Pero llega a excepcionarse este régimen "cuando existan razones de política económica general ligadas a la mejor utilización de los recursos disponibles" o "cuando el funcionamiento del sistema de transportes en su conjunto pueda ser perjudicado".⁵⁵⁷

728. Las **medidas limitativas** pueden establecerse bajo alguna o algunas de las siguientes modalidades:⁵⁵⁸

- **Condiciones:** Concretamente, el otorgamiento de los títulos con imposición de determinadas condiciones, obligaciones modales o restricciones de circulación.

- **Cupos o contingentes máximos:** Fijación de cupos o contingentes máximos de las distintas clases de títulos habilitantes a expedir en los períodos que se señalen.

- **Suspensión o limitación temporal del otorgamiento de nuevos títulos.**

Los repartos de los cupos o contingentes, o la fijación de las condiciones, obligaciones o restricciones, según sus diversas modalidades, deben realizarse de acuerdo con criterios preestablecidos de carácter objetivo, quedando en todo caso prohibido a las Administraciones el otorgamiento o distribución discrecional de los correspondientes títulos habilitantes.⁵⁵⁹

La contingentación supone una limitación cuantitativa en el acceso al mercado y parte de que "los mecanismos de mercado son incapaces de realizar un ajuste

⁵⁵⁷ En España la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (BOE 31 de julio de 1987), dispone en su artículo 49.1.- Como regla general, la oferta de transporte se regirá por el sistema de libre concurrencia. Esto, no obstante el sistema de acceso al mercado del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias del mismo, podrá ser restringido o condicionado por la Administración, en las formas previstas en esta Ley, en los siguientes supuestos:

a) Cuando existan desajustes entre la oferta y la demanda que impliquen unas condiciones del mercado tales que no quede asegurada la correcta prestación de las actividades o servicios.

b) Cuando en una situación de mercado equilibrado el aumento de la oferta sea susceptible de producir los desajustes y disfunciones expresados en el apartado a) anterior.

c) Cuando el adecuado funcionamiento del sistema de transporte exija un dimensionamiento idóneo de la capacidad de las empresas.

d) Cuando existan razones de política económica general ligadas a la mejor utilización de los recursos disponibles.

e) Cuando el funcionamiento del sistema de transportes en su conjunto pueda ser perjudicado.

⁵⁵⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Transporte por carretera*. Op. Cit. p. 55.

⁵⁵⁹ Por ejemplo así lo dispone en España la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, en su artículo 51.2.

conveniente entre la oferta y la demanda". La contingentación consiste en la limitación del número de autorizaciones que se conceden en un período dado, y viene afectando a los vehículos pesados de transporte público de ámbito territorial nacional (transporte pesado nacional). "La contingentación presupone un régimen de autorización administrativa y una compartimentación de los distintos ámbitos territoriales de actividad, de los tipos de vehículos y una separación estricta del transporte por cuenta propia (servicio privado) y el transporte por cuenta ajena (servicio público)."⁵⁶⁰

729. De lo expuesto que, desde el punto de vista de la liberalización del mercado de los transportes, se consideren a veces los **mecanismos** mencionados, como **opuestos a un régimen de libre competencia**. En este sentido, se ha llegado a decir que la contingentación ha dado lugar en la práctica a un "sumidero al que acuden excedentes de otros sectores en crisis, provocando una expansión desmesurada del sector del transporte": **"la política de contingentación se ha revelado como totalmente ineficaz** a la hora de intentar estructurar el sector, ya que no ha impedido la entrada al mismo de un número importante de empresas que actúan en la absoluta ilegalidad y en la práctica podemos afirmar que la contingentación no existe". De ahí que "a estas alturas tener miedo a la liberalización no deja de constituir una paradoja".⁵⁶¹

B) Régimen de concesiones.

730. En la mayoría de los ordenamientos, de los distintos tipos de transporte regulados, **sólo los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general tienen la consideración de servicios públicos**.⁵⁶² Esto conlleva a decir que en el transporte terrestre existe por un lado un **"servicio público en sentido estricto"** (el transporte público regular permanente de viajeros de uso general) **y un conjunto de actividades libres o liberalizadas (las demás)**.⁵⁶³

731. Por otro lado, hay que mencionar que las reglas con las que se trata de favorecer la competencia en el mercado del transporte de viajeros por carretera incluyen también al transporte urbano, regional y al de cercanías.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ GARCIA ALCOLEA, Rafael. *El transporte de mercancías por carretera en la economía española. La reglamentación económica y la problemática actual del sector*. Op. Cit. p. 73.

⁵⁶¹ OCHOA, M.A. *Ante la inmediata liberalización*. Madrid. Anuario del transporte 1997. Transeditores. 1998. p. 104, 110 y 112. *apud.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Transporte por carretera*. Op. Cit. p. 55 y 56.

⁵⁶² Son también servicios públicos los transportes urbanos colectivos, los cuales hay que mencionar, son susceptibles de municipalización. También son servicios públicos las estaciones de transporte por carretera (generalmente de titularidad municipal), cuya gestión se realiza normalmente mediante gestión indirecta por concesión administrativa.

⁵⁶³ DE LOS MOZOS, I y GARCÍA DE COCA, J.A. *Liberalización del transporte en España*. Ien/ ARIÑO ORTIZ, G. *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid. 1999. p. 233.

⁵⁶⁴ En el caso de las ciudades medias donde predomina la gestión del transporte urbano mediante concesión no habría ningún problema pudiéndose extender el supuesto del transporte interurbano. Sin embargo en las grandes ciudades donde lo normal es que la gestión del transporte urbano tenga lugar por empresas municipales, la situación será diferente.

a) El servicio público y las concesiones.

732. Los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de las Administraciones, debiendo ser admitidas a su utilización todas aquellas personas que lo deseen y que cumplan las condiciones reglamentarias establecidas.⁵⁶⁵

733. Por otro lado, hay que mencionar que **el transporte público necesita ser fomentado por varias razones**. En primer lugar, porque la actual hegemonía del vehículo privado ha hecho que se produzcan unos efectos no deseables como la congestión⁵⁶⁶, la contaminación⁵⁶⁷ y los accidentes. El transporte público parece reducir todos estos efectos negativos. Se necesita menos espacio, contamina menos y se consume menos energía. Así, **debe ser la intención de las instituciones gubernamentales impulsar el transporte público** de viajeros dentro de una estrategia integrada de transporte. Debe llegarse a establecer una red que permita a la gente reservar su automóvil para trayectos en los que la flexibilidad y la independencia de movimiento resulten aspectos prioritarios.⁵⁶⁸

734. Ahora bien, **la prestación de los servicios públicos de transporte de uso general sigue**, en términos generales, **el régimen de gestión propio de los servicios públicos**. Se reconocen las distintas fórmulas de gestión directa o indirecta, aunque como **regla general se piensa en el sistema de concesión**. La necesidad de que los servicios salgan a concurso aunque estén siendo gestionados directamente por empresas municipales, puede ayudar a mejorar la prestación de servicio urbanos.

735. En la Unión Europea, la Comisión estima que el **sistema de concesiones** -en el que los servicios se someten a licitación abierta pero dentro de un marco operativo definido- **puede crear un clima en el que las empresas encuentren alicientes para aumentar la calidad** manteniendo la integración de los sistemas.

⁵⁶⁵ El Reglamento 1191/69, en su artículo 2.1 ofreció indirectamente una definición de servicio público al disponer que: "Se entenderá por obligaciones de servicio público, las obligaciones que la empresa del transporte no asumiría o no haría en la misma medida ni en las mismas condiciones si considerara su propio interés comercial".

⁵⁶⁶ En Europa se calcula que la congestión supone un 2% del PIB. Es decir, cuatro veces lo que se gasta en transporte público de viajeros en toda la Comunidad. Se calcula que la velocidad de circulación en las grandes ciudades ha disminuido tanto que la ha situado a límites inferiores a cuando se circulaba con vehículos de tracción animal. ARANA GARCÍA, Estanislao. *El transporte público de viajeros por carretera en la Unión Europea: El progresivo camino hacia la liberalización del sector*. Op. Cit. p. 14.

⁵⁶⁷ Se calcula que el tráfico por carretera genera o es el causante del 62% de las emisiones de monóxido de carbono, del 50% de las de óxido de nitrógeno, del 33% de las de hidrocarburos y del 17% de las de dióxido de carbono. Ibidem.

⁵⁶⁸ Esto es lo que en la Unión Europea es conocido como la red de ciudadanos. Un red que trata de apoyar a los muchísimos ciudadanos que, por razones de edad, discapacidad o por dificultad para moverse, no disponen de vehículo propio y necesitan una red de transporte público eficaz (ello además con las otras externalidades como contaminación, congestión o accidentes). Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social: "Desarrollar la red de ciudadanos: Importancia de un transporte de pasajeros regional y local de calidad y contribución de la Comisión al respecto" COM 1998. 431 final - No publicado en el Diario Oficial-.

La Comisión es partidaria de basar la adjudicación de contratos en un sistema de licitación pública transparente y válido para toda Europa.⁵⁶⁹

736. En particular, la gestión pública directa de un servicio sin la realización del correspondiente concurso procederá cuando la gestión indirecta resulte inadecuada al carácter o naturaleza del mismo o sea incapaz de satisfacer los objetivos económicos o sociales que se pretenda conseguir, o cuando aquélla venga reclamada por motivos de interés público concreto o de carácter económico social. La “**competencia regulada**” mediante la adjudicación de concesiones administrativas es el sistema ideal para la gestión del transporte público de viajeros por carretera.⁵⁷⁰

737. En Europa se pretenden establecer formas de compensación a los operadores del transporte por el coste de cumplir los requisitos de servicio público y en el que se pueden conceder derechos exclusivos para la explotación del transporte público de viajeros.⁵⁷¹

738. En el ámbito de lo público es preciso encontrar el equilibrio entre una necesaria y efectiva liberalización de la economía (mercados en competencia) y un irrenunciable logro de la sociedad que reclama en materia de transportes terrestres un servicio público tan indispensable como accesible a todos; un servicio público que pretende constituirse en garantía de calidad del transporte y utiliza mecanismos transparentes en las relaciones entre los poderes públicos y las empresas.

739. En este contexto y toda vez que en este sector el modelo más recomendable a seguir es el de la **competencia por el mercado**, basado en la técnica de la concesión administrativa, se pueden adoptar medidas en cuanto a sus plazos para avanzar y perfeccionar el sistema. Así, **la reducción de plazos en las concesiones administrativas parece una línea acertada.**⁵⁷² Sin embargo, no deben tratarse todos los supuestos de manera uniforme. **El establecimiento de plazos únicos para todas las concesiones no parece ni conveniente ni proporcionado.**⁵⁷³

⁵⁶⁹ ARANA GARCÍA, Estanislao. *El transporte público de viajeros por carretera en la Unión Europea: El progresivo camino hacia la liberalización del sector*. Op. Cit. p. 15.

⁵⁷⁰ Ibidem.

⁵⁷¹ Comisión de las Comunidades Europeas. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable*. Op. Cit. p. 12. (artículo 10)

⁵⁷² Por lo que hace a los plazos de las concesiones en España, en el reciente Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y de los transportes, se ha modificado la LOTT estableciendo unos nuevos plazos concesionales que comprenden un mínimo de 6 años y un máximo de 15, rebajando los máximos legales anteriores que se situaban en 20 años. Con ello la legislación ha intentado introducir un mecanismo de flexibilidad para las futuras concesiones. En cambio, en el ámbito europeo la Comisión Europea, en su propuesta de Reglamento presentada ante el Consejo de Ministros de Transporte, sobre adjudicación de contratos de servicio público en materia de transporte, propone un plazo en los contratos de servicio público de cinco años e incluso que los ya existentes dejen de ser válidos en el plazo de tres años a partir de su entrada en vigor.

⁵⁷³ Mucho más acertado parece como lo hace la legislación española que establece una horquilla entre un plazo mínimo y otro superior.

Los plazos de la duración de los derechos exclusivos **deben ser en función de las características de cada concesión** y, por tanto, de las necesidades de amortización tanto de vehículos como de instalaciones de cada caso.

740. El transporte urbano también debe verse afectado por estos vientos de renovación. La introducción de **plazos más reducidos** en estas concesiones parece, no sólo, posible sino **recomendable**. La necesidad de que este tipo de servicios salgan a concurso aunque esté siendo gestionado directamente por empresas municipales, puede **ayudar a mejorar la prestación** del servicio urbano, tan necesitado de mejoras en muchas ciudades.

C) Transporte urbano.

741. El transporte público es, por razones de eficiencia y equidad, una pieza central en el funcionamiento cotidiano de las ciudades y el modelo más extendido en el mundo concede a la intervención pública un papel decisivo en la planificación y control de la red.

742. Los servicios de transporte público de viajeros se ofrecen **en régimen de monopolio en la mayoría de las grandes ciudades** del mundo.⁵⁷⁴ Aunque con un grado variable de integración e intervención pública, el modelo es similar en casi todos los países: sistema concesional, coexistencia de empresas públicas y privadas, déficit de explotación y una preocupación creciente sobre el futuro de esta industria cuya demanda está estancada y cuyos resultados afectan al conjunto de la sociedad por sus efectos positivos en la reducción de la congestión urbana y en la garantía del derecho a la movilidad básica de los ciudadanos.

743. Las dificultades de financiación de los déficit de explotación y la desconfianza creciente en la empresa pública como modelo organizativo para la gestión de servicios en las ciudades, ha vuelto a replantear las bases sobre las que debería asentarse esta actividad económica, y la mejor manera de articular la relación entre el papel de la iniciativa privada y la modalidad de intervención pública que se considera necesaria en esta industria.

744. En este contexto, la desregulación en el Reino Unido constituye una experiencia singular, ofreciendo como resultado una reducción de costes que alcanza el 25% en la provisión de servicios de transporte público mediante la introducción de competencia en las ciudades (excepto Londres); sin embargo, la respuesta de la demanda ha sido muy pobre, por problemas de información e inestabilidad, convirtiéndose la desregulación en el Reino Unido en un **paradigma** de las dificultades de introducir **competencia directa** en esta industria.

745. Los resultados de la experiencia europea, estadounidense, canadiense, australiana y en el área de Londres muestran que la **competencia indirecta** a través de los concursos públicos para adjudicar derechos temporales de monopolio

⁵⁷⁴ Las empresas que prestan servicios de transporte público urbano en la mayoría de las ciudades del mundo han estado tradicionalmente protegidas de la competencia bien porque eran de propiedad pública o bien porque, aún siendo de gestión privada, los plazos concesionales eran tan prolongados que convertían a las empresas en monopolios de hecho en sus respectivas ciudades y áreas metropolitanas.

(concesiones) han abaratado los costes sustancialmente sin perder el control público de la red. Uno de los pilares del éxito del sistema de competencia indirecta es la reducción de los plazos concesionales.

746. La literatura económica presenta argumentos sólidos en favor de la consideración de las líneas de **transporte público de viajeros** como **monopolios naturales**, o si uno es escéptico con esta posición teórica, la experiencia que nos brinda la desregulación británica es concluyente en cuanto a la **pobreza de los resultados obtenidos de la competencia directa en la carretera**.

Aún aceptando que las líneas de transporte público urbano son monopolios naturales, hay que considerar cuál es el tipo de regulación más adecuado. La aproximación más razonable parece ser la de **introducir competencia por el mercado** para beneficiarse de la reducción de costes en los vehículos-km, manteniendo y perfeccionando el control público de la red de transporte para evitar los efectos negativos de la competencia sobre el carácter integrado de dicha red. Además, la no existencia de economías de escala **permite la explotación** de los servicios de una red de transporte **por dos o más empresas en lugar de por una sola** como ha venido ocurriendo en el pasado.⁵⁷⁵

Si se mantiene el carácter integrado de la red de líneas de transporte y una agencia pública ejerce el control de la misma, el carácter público de las empresas que gestionan grupos de líneas de dicha red deja de ser un elemento positivo, especialmente si la evidencia disponible en el país o en la región sugiere una mayor eficiencia de la iniciativa privada en la producción de vehículos-km.

a) **La regulación del transporte público urbano.**

a') **Los servicios de transporte público urbano.**

747. La provisión de servicios de transporte público de viajeros se presenta en régimen de monopolio en la mayoría de las grandes ciudades del mundo. Aunque con un grado variable de integración y control, los regímenes de regulación existentes en los países de nuestro entorno comparten un conjunto de características comunes.⁵⁷⁶

i) Los servicios de transporte público urbano son ofrecidos por **monopolios protegidos por barreras a la entrada legales**.

ii) La extensión y configuración de la red, el nivel de servicio y la estructura tarifaria son **controladas por organismos públicos** de ámbito local, provincial o regional.

⁵⁷⁵ DE RUS, Ginés y NOMBELA, Gustavo. Desregulación y privatización del transporte público urbano en España. /en/ HERCE A. José y DE RUS, Ginés. *La Regulación de los Transportes en España*. Madrid. Ed. Civitas. 1996. p. 195.

⁵⁷⁶ DE RUS, G. Regulación y competencia en el transporte urbano: teoría y evidencia. /en/ *Los problemas del transporte metropolitano: un análisis de casos*. Madrid. Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. 1993. p. 151 - 181.

iii) La propiedad pública y privada de las empresas se alternan en diferentes ciudades dentro de un mismo país; asimismo, el tamaño de las empresas varía en un amplio rango que se configura en función de la población de las ciudades.

iv) Aunque algunos operadores cubren costes, la financiación pública de los déficit es práctica habitual.

748. A pesar de que la mayoría de las empresas son privadas, las ciudades más grandes suelen tener sus **servicios de transporte público ofrecidos por empresas públicas**. Exceptuando el Reino Unido, donde la libertad de entrada al mercado le convierte en una experiencia única, los derechos de explotación en régimen de monopolio (contrato o concesión) oscilan entre los tres años y la duración indefinida. Es frecuente una duración de las concesiones superior a cinco años, siendo práctica común su renovación automática.⁵⁷⁷

749. Aunque los sistemas de licitación se utilizan con generalidad en muchos países, la extensión del derecho exclusivo de monopolio es demasiado larga en muchos casos⁵⁷⁸, como para poder hablar de competencia en el proceso de adjudicación de servicios. **La concesión prácticamente ilimitada parece haber sido un esquema común** en el pasado reciente y en algunos países continúa siéndolo.

Otros países han introducido recientemente un mayor grado de competencia reduciendo los períodos de los contratos y concesiones. Por ejemplo, Suecia ha establecido mínimos de tres años mediante subasta o contratos. Existe evidencia empírica sobre reducciones de costes en torno al 20% cuando se introduce un sistema de licitación y subasta.⁵⁷⁹

750. Generalmente, los monopolios regulados en el transporte público no están amenazados por ningún tipo de competencia potencial que presione a los operadores para producir eficientemente. No suele haber objetivos bien definidos para las empresas; **prácticamente la totalidad de los operadores se benefician de subvenciones** al conjunto de la explotación con las dificultades de seguimiento y los riesgos de utilización ineficiente del dinero público que este sistema implica.

En algunos casos se **subvencionan los precios a determinados grupos sociales** (por ejemplo, jubilados) o se **otorgan ayudas a la inversión en equipo**. También se dan casos de asignación de subvenciones a líneas rurales o para servicios no comerciales adjudicados en competencia. No obstante, a pesar de la existencia de estas modalidades de subvención, hay que insistir en que el sistema más extendido, y el de mayor significación por la cantidad de financiación pública que supone, es el de la **subvención global por déficit**.

⁵⁷⁷ Suiza tiene, por ejemplo, un período previo de prueba de tres años al que pueden seguir diez años más de contrato. Dinamarca ha introducido contratos de cinco años.

⁵⁷⁸ Toda vez que, como hemos mencionado, los plazos de las concesiones llegan a ser muy largos.

⁵⁷⁹ BEESLEY, M y GLAISTER, S. Bidding for tendered bus routes in London. *Conference on competition and ownership of bus and coach services*. Australia. 1989. *apud.* DE RUS, Ginés y NOMBELA, Gustavo. *Desregulación y privatización del transporte público urbano en España*. Op. Cit. p. 152; GLAISTER, Stephen. *Desregulación y privatización*. Op. Cit. p. 287.

751. En cuanto al sistema tarifario en las distintas ciudades, el esquema general es el siguiente: **un precio único** en las áreas urbanas con algún tipo de discriminación de segundo grado basada en abonos y tarjetas de viaje. El **sistema de precios por zonas** y en función de la distancia se utiliza en las grandes ciudades y en los servicios interurbanos, respectivamente. La tarificación de acuerdo con la intensidad de la demanda y las restricciones de capacidad (*peak pricing*) no suele ser una práctica general.

752. Una descripción que trata de esquematizar el modelo de provisión del transporte público en una ciudad media, puede ser la siguiente: un **operador**, público o privado, ofrece los servicios de transporte colectivo **protegido** por barreras legales a la entrada. La competencia potencial de otros operadores aspirantes a entrar en el mercado no supone una amenaza real a la empresa establecida, ya que la **duración de la concesión** o del contrato es **muy larga** y la renovación prácticamente automática. Una vez que la configuración de la red está decidida y los precios y servicios aprobados, los **costes suelen ser poco controlados** por el organismo público correspondiente, por lo que es **muy posible que se produzca con ineficiencia** productiva. El sistema de precios basado en una tarifa base con descuentos estará inevitablemente asociado a las **subvenciones** cruzadas al existir en la red servicios con costes diferentes.

La regulación económica que se aplica a esta modalidad de transporte, **afecta** por tanto, a los determinantes de la estructura de una industria: **la libertad de entrada y salida, la fijación de precios y la calidad del servicio.**

b) Regulación y tipo de propiedad.

753. En el presente, las dificultades para financiar los déficit de las empresas, más la creciente desconfianza en la empresa pública, como forma organizativa de gestionar los servicios de transporte público en las ciudades han vuelto a replantear las bases sobre las que debería asentarse esta actividad económica, y la mejor manera de articular la relación entre el papel de la iniciativa privada y la modalidad de la intervención pública que, con un diferente grado de intensidad, se considera necesaria en esta industria.

754. Meyer y Gómez Ibáñez⁵⁸⁰ ofrecen una descripción de las **etapas** por las que históricamente ha pasado esta **relación entre iniciativa privada e intervención pública:**

i) La primera etapa está ligada a la **aparición de la industria**, y en ella los servicios se prestan generalmente por numerosas empresas pequeñas que tienen un número limitado de vehículos en propiedad.

⁵⁸⁰ MEYER, J.R. y GÓMEZ-IBÁÑEZ, J.A. Transit bus privatization and deregulation around the world: some perspectives and lessons. *International Journal of transport economics*. Vol. XVIII. N° 3. 1991. p. 231 - 258. *apud.* DE RUS, Ginés y NOMBELA, Gustavo. *Desregulación y privatización del transporte público urbano en España*. Op. Cit. p. 155.

ii) Etapa caracterizada por **fusiones y absorciones** de las empresas pequeñas consolidándose un grupo de pocas compañías que dominan la industria y que generalmente no tienen solapamiento entre sus respectivas redes de líneas, es decir, son redes de líneas generalmente independientes unas de otras con pocas zonas en común.

iii) En esta fase se introduce la **regulación** de los precios y se **controlan** mediante concesiones las rutas y la entrada en la industria. La regulación a menudo viene asociada a una percepción de la autoridad pública de un creciente poder de mercado de las empresas establecidas, aunque también en otros casos puede ser la respuesta a las demandas del público en períodos de inflación general y de importantes subidas de tarifas. Otro argumento dentro de esta fase de regulación es la llamada **competencia destructiva** o caótica en la que sufre la estabilidad, la seguridad y la fiabilidad del servicio.

iv) La cuarta fase es aquella en la que empieza haber una tendencia general de **reducción en la rentabilidad** de las empresas privadas.

v) Se producen **retiradas de capital y recortes en los servicios**. En esta fase la rentabilidad baja porque empieza haber un aumento del índice de motorización (coches por habitante) y también por la resistencia de los gobiernos en épocas de inflación general a permitir aumentos de tarifas; por lo que llegamos a la espiral conocida de descenso de la demanda, reducciones de los índices de ocupación y, al no permitir aumentos de precios, pérdida de rentabilidad de las empresas. Los servicios que quedan empiezan a sufrir las consecuencias de este recorte en la rentabilidad de las empresas, por lo que empiezan a utilizarse generalmente flotas con una edad mayor, menor mantenimiento y limpieza, etc. Generalmente también en esta etapa tenemos líneas en zonas urbanas que suelen estar muy congestionadas, con autobuses con un índice de ocupación muy elevado, y en las zonas periféricas o no hay servicio o hay unos servicios mínimos que no satisfacen a la población en general.

vi) En una sexta fase, **la autoridad pública generalmente se hace cargo de las empresas privadas** que no desean renovar su flota y no están dispuestas a mantenerse en el mercado.

vii) Empiezan a generalizarse las **subvenciones**, como única manera de mantener y expandir los servicios sin elevar excesivamente los precios y generalmente este aumento de subvenciones empieza a aceptarse por la población cuando están asociados a la propiedad pública. En los países desarrollados este aumento de las subvenciones es necesario para mantener unos servicios que se ofrecen con una demanda estancada o en descenso.

viii) La octava fase se caracteriza por un aumento de la **ineficiencia** productiva y un aumento en el coste medio de la prestación de los servicios por parte de las compañías públicas. A menudo los salarios crecen por encima de la media del país, la productividad del trabajo se reduce debido generalmente a exceso de mano de obra y la utilización de los vehículos también baja por un inadecuado mantenimiento, incluso por una falta de gestión adecuada. Este aumento de los

costes llega a un punto en el que las subvenciones llegan a ser una carga significativa para la autoridad pública.

ix) La autoridad pública empieza a hacer frente al dilema de tener que incrementar las **subvenciones** o bien aumentar los precios o reducir los servicios de acuerdo con sus restricciones presupuestarias.

x) Algunas ciudades alcanzan la décima fase, en la que se resuelve este dilema **retornando la responsabilidad de la prestación de los servicios al sector privado**, es decir, mediante la **privatización**, lo que se acompaña normalmente con un recorte importante de las subvenciones públicas con el convencimiento de que un aumento de la eficiencia en el sector privado permitirá reducir la necesidad de financiación pública sin necesidad de recortar servicios o incrementar los precios. En la mayoría de los casos se sigue manteniendo la regulación pública de los precios y el control de la red, de manera que en cierto modo se está pasando a la tercera fase que hemos descrito. Sin embargo, en el caso de Inglaterra se elimina la regulación de precios y se introduce libertad de entrada, con lo que se pasa directamente a la segunda fase.

b) La desregulación británica y el sistema de licitación en Londres.

a) La experiencia británica.

755. Con las propuestas de desregulación del transporte público urbano en el Reino Unido en los años ochenta se produjo un **debate** académico interesante **entre los defensores de mantener la regulación** como la mejor manera de proveer los servicios de transporte público a la población **y aquellos que proponían la desregulación y la privatización** como la política alternativa para reducir el déficit público, aumentar la eficiencia y servir mejor a los consumidores.⁵⁸¹

756. Los argumentos fundamentales en favor de la desregulación eran la **necesidad de reducir el gasto público y aumentar la eficiencia** en la industria a través de la introducción de competencia que permitiría reducir costes, eliminar las subvenciones cruzadas, introducir innovación y atender mejor las necesidades de los usuarios.

757. Los argumentos en contra se basaban en una argumentación teórica central: **los servicios de transporte público se prestan mejor como un conjunto integrado y controlado por una agencia pública**, por lo que la competencia directa en la carretera puede reducir el bienestar al fomentar prácticas que erosionan el carácter integrado de la red.

758. Nueve años después, la experiencia británica tiene dos vertientes de interés: la desregulación total en el Reino Unido, exceptuando el área de Londres, y la

⁵⁸¹ Académicos como Banister, Gwilliam, Nash, Mackie, Beesley y Glaister debatieron estos temas dos años antes de que la desregulación fuese un hecho irreversible.

liberalización controlada que se ensayó en Londres. En general, la desregulación y la privatización del transporte público urbano produjo los siguientes resultados:⁵⁸²

En primer lugar, hubo una reducción importante de los costes de producción (en torno a un 25%) que permitió que casi el 80% de toda la red de líneas de transporte público urbano se explotaran comercialmente sin subvenciones; las subvenciones cruzadas se redujeron y fueron sustituidas por subvenciones externas o explícitas, los precios se mantuvieron constantes, hubo una expansión espectacular de las frecuencias con introducción de vehículos de menor tamaño (minibuses). Todos estos efectos positivos se vieron ensombrecidos por un resultado sorprendente como es que el número de viajeros transportados se quedó prácticamente estancado debido a la inestabilidad en el mercado que crearon los cambios frecuentes en los cuadros de servicios y la entrada y salida de empresas, perdiéndose gran parte de los beneficios esperados por un aumento tan importante en la oferta (aumento de la calidad por reducción de los tiempos de espera).

759. La desregulación del transporte público urbano en autobús que el gobierno británico implantó a partir del año 1985 en todas las ciudades y áreas metropolitanas de Gran Bretaña no afectó al área de Londres, que quedó al margen de la introducción de la política de liberalización aplicándole una política de transportes diferente al resto del país. A continuación, se describe el **sistema de licitación en Londres**⁵⁸³:

La compañía *London Transport*⁵⁸⁴ se dividió en varias organizaciones, una **autoridad central** de planificación y varias compañías que eran las propietarias de los autobuses y el metro.⁵⁸⁵ Poco a poco fueron sacándose a concurso la mayoría de las líneas de autobuses en grupos de líneas.⁵⁸⁶ Para 1996, prácticamente un tercio de las líneas de Londres habían sido adjudicadas mediante el procedimiento de licitación, y así el Gobierno ha tenido el propósito de ir aumentando el número de líneas a concurso cada año un 5% adicional.

760. El sistema pivota sobre una **autoridad central** que se encarga de planificar toda la red de transporte, publica y distribuye la información sobre horarios y rutas,

⁵⁸² DE RUS, Ginés y NOMBELA, Gustavo. *Desregulación y privatización del transporte público urbano en España*. Op. Cit. p. 158.

⁵⁸³ El comienzo de este cambio de modelo debe situarse en la *London Regional Transport Act* británica de 1984. En ella se estableció para Londres un sistema de licitación competitiva de pequeños segmentos de la red.

⁵⁸⁴ Antes de la *London Regional Transport Act* de 1984, la empresa pública *London Transport* explotaba prácticamente la totalidad del transporte urbano en la ciudad, con niveles de eficiencia y resultados financieros bastante bajos.

⁵⁸⁵ La *London Transport* actualmente es la **autoridad** local responsable de la mayor parte del transporte en Londres. La *London Buses Limited* es una compañía subsidiaria de la *London Transport* (y *holding* privado que agrupa a varias empresas con sus respectivas concesiones de transporte) que controla, administra y dirige los autobuses en Londres. *The role of London Buses Limited is to manage bus services in London, plan bus routes, specify service levels and monitor service quality. London Buses Limited. Freedom of Information. Transport for London. Publication Schedule. Version 1. March 1st, 2003. 1.* (Edición también en Internet integrada en el sitio web: <http://www.transportforlondon.gov.uk/tfl/downloads/pdf/LBL%20Publication%20Schedule%20v1.pdf>). *London for Transport manages London's buses, the Underground, the Docklands Light Railway (DLR) and London Trams. It also runs London River Services, Victoria Coach Station and London's Transport Museum.* (http://www.tfl.gov.uk/tfl/abt_tfl.shtml).

⁵⁸⁶ Concesiones de duración media inferior a cinco años.

siendo responsable del buen funcionamiento de la red.⁵⁸⁷ Las empresas que ahora son subsidiarias de *London Transport*, pero que acuden a los concursos como entidades independientes, compiten por los grupos de líneas que salen a concurso en igualdad de condiciones con las privadas. Los adjudicatarios son los responsables de la gestión de la provisión del servicio de acuerdo con la planificación que ha hecho la compañía *London Transport*.

761. La experiencia muestra que las compañías de autobuses que eran subsidiarias (pertenecen a *London Transport* pero funcionan como compañías independientes) han ganado aproximadamente el 60% de los concursos; el restante 40% está en manos de compañías que son totalmente privadas.

762. En muchos casos se han revisado los salarios y las condiciones de trabajo en estas nuevas condiciones competitivas, algunas incluso han cerrado; existen compañías pertenecientes a *London Transport* que no han podido aguantar la competencia en el mercado con otras empresas y han tenido que cesar la actividad; y otras compañías, igual que muchas privadas, han salido airoso del proceso de competencia y son titulares de contratos. Estos contratos tienen una duración aproximada de tres años y aproximadamente ha habido cuatro ofertas para cada contrato que ha sido sacado a concurso.

763. Aunque no se han conseguido reducciones de costes equivalentes a las obtenidas en el resto del país, gracias a la desregulación total (en torno a un 25%) sí se ha conseguido una media de alrededor de un 11% de reducción en los costes con respecto al coste de la antigua *London Transport*; dicho coste sería el que hubiese habido en caso de haber seguido prestando los servicios con la compañía pública existente antes de esta nueva política de introducir competencia por el mercado. Esta reducción del 11% en los costes es neta, una vez descontados los costes administrativos asociados al nuevo sistema de regulación (costes de administración e inspección y control de la actividad del ganador del concurso durante su funcionamiento).

764. El sistema de licitación se ha basado en un tipo de contrato de tres años en el que *London Transport* especificaba la frecuencia deseada y una estructura de precios dada, así como el tipo de vehículos que tenía que usarse (grande, pequeño o mediano), admitiendo algún tipo de flexibilidad sobre la especificación de los pliegos de condiciones. *London Transport* ha pedido también en algunos casos que se hagan ofertas dobles sobre la base de vehículos nuevos o vehículos usados con el fin de evitar competencia desleal entre distintas ofertas que utilizaban antigüedades distintas de la flota.

El hecho de que se hagan estos contratos a través del sistema de concurso público y que se haga sólo por el lado de los costes y no de los ingresos, que son responsabilidad exclusiva de la agencia central de planificación, ha permitido que tanto las líneas rentables como las deficitarias puedan salir a concurso sin ningún tipo de problema y ser adjudicadas.

⁵⁸⁷ También es propietaria de algunos elementos de infraestructura, como paradas de autobús.

765. Uno de los problemas importantes es asegurarse que las empresas se ajusten a lo que se ha especificado en los contratos que unen a la agencia planificadora con la empresa subsidiaria. Dicha misión está encomendada a un grupo de **inspectores que controlan las operaciones**. Hay además una serie de especificaciones escritas sobre los indicadores de resultados que las empresas deben obtener y un sistema de penalización para infracciones de cualquier tipo. Ha habido casos, por ejemplo de operadores, tanto operadores independientes pero pertenecientes a *London Transport* como privados, cuyos contratos han sido cancelados por obtener unos pobres resultados.

766. *London Transport* suministra las máquinas expendedoras y canceladoras de billetes para asegurar que tanto los ingresos como el número de viajeros que se transportan estén adecuadamente controlados y evitar así el fraude.

Los contratos están relacionados solamente con los costes de explotación y hay también un sistema de incremento anual en los contratos de acuerdo con el incremento del precio de los factores de producción.

767. Un problema potencial importante es asegurar la **imparcialidad de la autoridad** encargada de la presentación y adjudicación de los concursos, es decir, del proceso de selección de las empresas adjudicatarias. Hay un peligro de que esta autoridad central, que es la propia *London Transport*, sesgue sus decisiones en favor de las empresas que están ligadas a *London Transport* como subsidiarias, sin embargo, existe la creencia en la industria de que *London Transport* está actuando con imparcialidad. La imparcialidad no sólo implica que hay que adjudicar el concurso con independencia de la propiedad de la empresa, sino que también tiene que haber garantía de igualdad de trato a todas las empresas en la renovación de los contratos, de manera que una vez que han pasado los tres años y se vuelve a sacar a concurso ese contrato no hay por qué suponer que hay una posición de ventaja por el hecho de haber sido adjudicataria en un período anterior.

De las primeras líneas que *London Transport* sacó a concurso ya hay algunas en su segundo o tercer período de contrato, y la experiencia demuestra que ha habido una renovación regular de empresas adjudicatarias.

768. Otro problema del sistema de concesión es que la pérdida potencial del contrato puede causar incertidumbre en la dirección de los empleados que puede perjudicar a la renovación del capital y a la productividad de la empresa. Ha habido casos en los que algunas empresas subsidiarias de *London Transport* han tenido que cerrar locales enteros cuando han perdido el trabajo, pero generalmente esta renovación de contratos y el hecho de que el tamaño de los paquetes de líneas que se sacan a concurso sea relativamente pequeño ha hecho que se minimice el problema.

b) Conclusiones de la experiencia británica.

769. La experiencia de desregulación británica nos permite distinguir las siguientes conclusiones:⁵⁸⁸

i) La nueva situación tras la desregulación puede caracterizarse como **competencia imperfecta**. Tanto las líneas urbanas como las interurbanas parecen haber sido demasiado pequeñas para sostener a muchos operadores y se ha producido **concentración** en el mercado y **colusión** entre los operadores, lo que ha conducido a precios elevados que hacen **necesaria la intervención** para evitar la concentración y la colusión.

ii) La competencia por obtener derechos de monopolio limitados temporalmente a través de los **procesos de licitación** es una vía importante para prevenir el retomo a la operación monopolística, como ha ocurrido en una mayoría de líneas con la desregulación. Por consiguiente, la conclusión es que **el sistema de licitación gana puntos dentro de las alternativas a la regulación estrictamente pública y con propiedad pública**.

iii) Hay ciertas **economías de red** particularmente en grandes áreas urbanas, y en esas condiciones la entrada puede ser difícil ya que las empresas establecidas tienen ventajas por estar establecidas en dicha red, por facilidad de interconexiones, etc.; por consiguiente, las empresas instaladas pueden anticipar la entrada y combatir a los rivales que quieren entrar en el mercado.

iv) Finalmente, hay que ir a formas más imaginativas de contratos que incluyan las condiciones que se establecen en los mismos y su longitud, para reducir los costes irre recuperables de los entrantes potenciales en el mercado, por ejemplo a través de **sistemas de leasing** para los autobuses, como ha ocurrido en el caso de *London Transport* en su sistema de licitación descrito más arriba.

770. Como resumen podemos decir que **la desregulación ha ayudado notablemente a la reducción de las barreras a la entrada y ha permitido, en un primer lugar, el florecimiento de la competencia**. Pero posteriormente la industria se ha reestructurado en unidades mayores a través de las fusiones y de la formación de *holdings* que controlan redes de líneas completas, los costes se han reducido significativamente, las redes de líneas han sido racionalizadas con una

⁵⁸⁸ BANISTER, D. BERECHMAN, J. y DE RUS, G. "Competitive regimes within the European bus industry." *Transportation research*. A, 26A (2). 1992. p. 167 - 178. *apud*. DE RUS, Ginés y NOMBELA, Gustavo. *Desregulación y privatización del transporte público urbano en España*. Op. Cit. p. 158. Estos autores distinguen además de lo mencionado que "La estrategia de *hit and run* no es una opción realista ya que había que avisar con 42 días de antelación de la intención de entrar en el mercado o cambiar los precios, en beneficio naturalmente de la empresa establecida. Para aumentar la competencia en la industria habría que acortar este tipo de plazos o simplemente eliminarlos". Nosotros consideramos que la obligación de informar a la autoridad 42 días antes de modificar servicios (por ejemplo, cambios de tarifas), es una manera de desalentar prácticas depredatorias anticompetitivas (por ejemplo, reducir tarifas debajo de los costos y una vez eliminada la competencia se suben a valores muy superiores), además de que también serviría para que la autoridad licite servicios socialmente útiles que el mercado deje de suministrar o itinerarios de servicios que corran la misma suerte.

clara asignación de los costes en aquellas líneas donde se generan dichos costes, eliminándose las subvenciones cruzadas. La innovación también ha tenido lugar a través de la introducción de minibuses y de servicios de mayor calidad en beneficio, en este caso, de los consumidores.

No obstante, hubieron inestabilidad y falta de información para los consumidores, lo que provocó períodos de desequilibrios que hicieron que el aumento importante que se produjo en las frecuencias y en la calidad de los servicios no se haya traducido en aumentos de bienestar. Los subsidios también se redujeron notablemente, pero la demanda estuvo prácticamente estancada o incluso se redujo.

771. A pesar de lo anterior, la experiencia británica nos introdujo una nueva forma de organización en la industria, alternativa al tradicional monopolio público subvencionado: **la competencia por el mercado**, mecanismo de innovación en el transporte urbano, así como en el interurbano, que ofrece beneficios de reducción de costes y permite mantener y perfeccionar el control público en las redes de transportes, así como la explotación de los servicios por dos o más empresas en lugar de por una sola como venía sucediendo en el pasado.

c) Otras experiencias internacionales: Suecia y Francia.

772. En 1989, tras una profunda reforma de la legislación sobre el transporte en sus 24 condados, Suecia siguió el ejemplo desregulador británico, aunque optó por la **licitación de grandes segmentos de mercado**. En cada condado se estableció **una única autoridad controladora** de los servicios de transporte de viajeros. Esta autoridad tiene la opción de renovar el contrato a las empresas establecidas sin necesidad de licitación, o bien convocar un concurso público sobre la base de unos términos predeterminados que incluyen rutas, horarios y tarifas.

El riesgo comercial es asumido por la autoridad de transporte, quien garantiza unos ingresos mínimos al operador. Algunas ciudades, como Gotemburgo, no han sacado a licitación todo el mercado, sino partes importantes de éste, y preferentemente a empresas diferentes, lo que ha generado un clima competitivo sin comprometer la planificación integrada del transporte.

773. Frente a las experiencias liberalizadoras de Reino Unido y Suecia, un tercer tipo de sistema, extendido en Francia, consiste en la **licitación de redes enteras** y el establecimiento de contratos de explotación. Por ejemplo, en la organización del transporte urbano francés (fuera del área de París), participan **una autoridad única** (controlada por un municipio o conjunto de municipios), que es **responsable de la definición de la política de transportes, y la empresa que explota los servicios en régimen de monopolio**. La relación entre ambas está regida por un **contrato de explotación** en el que se especifican el alcance y la calidad de los servicios, las tarifas, las limitaciones al servicio público y la remuneración a los operadores, asumiendo el municipio en la mayoría de los casos el riesgo comercial. **La duración de la concesión es variable**, pero más larga que los casos británico y

sueco. Normalmente se establecen condiciones específicas para la realización de inversiones por parte del concesionario, y la renovación suele ser automática.⁵⁸⁹

D) Transporte interurbano.⁵⁹⁰

774. En el transporte interurbano de pasajeros ha sido muy **poco significativa la operación estatal**. Han sido pocos los casos de participación de empresas públicas en el transporte autobusero no urbano de personas.⁵⁹¹ Es quizá en este subsector del transporte terrestre por carretera donde mejor se adaptan las palabras de D. Fernando José Cascales Moreno, cuando se refiere a que el marco jurídico en la materia es de contenido **ampliamente liberalizado**.⁵⁹²

Vale aclarar que los gobiernos han participado en el transporte interurbano de pasajeros con mayor grado, pero en el llevado a cabo por las vías férreas y aéreas. Aunque el transporte autobusero interurbano no ha sufrido cambios relevantes de propiedad, en lo que se refiere a la reglamentación ha experimentado reajustes fundamentales en algunos países.

775. En esta modalidad de transporte también paso **momentos de reglamentaciones** gubernamentales por lo que hace a **tarifas, control de capacidades y frecuencias**. Las empresas básicamente asumían el papel de contratistas, o sea, de operadoras de servicios definidos por las autoridades, y tenían pocos incentivos para mejorar la calidad del transporte ofrecido o de desarrollar iniciativas en su comercialización. Un observador de esa época comentó que la reglamentación, entonces contemporánea, impedía el ingreso de nuevos empresarios, inhibía la competencia, generaba pocos incentivos para mejorar el servicio y actuaba en contra del uso eficiente de los escasos recursos disponibles en el sector.⁵⁹³

Entre las razones para mantener una fuerte reglamentación puede citarse la influencia de las empresas ferroviarias, que presionaron para que el transporte camionero no tuviera mayores libertades comerciales que ellas.

776. En lo que hace a los cambios de hacia la desregulación del sector también es importante la experiencia británica. Una de las primeras actuaciones del primer Gobierno conservador de la señora Thatcher en 1980 consistió en la desregulación de los servicios de autobús de larga distancia (diferentes de los servicios locales,

⁵⁸⁹ Este modelo, similar al utilizado en otros países como Holanda, España e Italia, completa la caracterización de la organización del transporte público de viajeros en Europa. DE RÚS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*. Op. Cit. p. 86.

⁵⁹⁰ Algunos aspectos tratados anteriormente guardan relación con este modo de transporte (competencia en el transporte de personas, régimen de concesiones, servicio público, ...)

⁵⁹¹ Cuba es de los pocos países en que ha sido importante la operación estatal de esa categoría de transporte.

⁵⁹² CASCALES MORENO, Fernando José. *El Derecho de la competencia interno y comunitario, de aplicación al transporte terrestre*. Op. Cit. p. 30.

⁵⁹³ GONZÁLEZ NARVÁEZ, C. La desregulación del autotransporte federal en México y sus perspectivas. *Autoridad de control en el sector transporte*. Buenos Aires. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. 1992. *apud*. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 154.

también denominados servicios de transporte por etapas) definidos como aquellos con una longitud mínima del viaje por pasajero de 15 millas.

La mayoría de los servicios eran operados por la empresa estatal *National Bus Company*. Esta también realizaba la mayoría de los servicios locales. Los servicios debían contar con una licencia para la ruta servida que era emitida por un cuerpo cuasi-judicial, el Comisariado de Tráfico. Estos restringían cantidades y controlaban las tarifas. Bajo la nueva legislación todas las restricciones sobre cantidades y precios fueron eliminadas; la regulación residual se refiere a la relativamente poco controvertida regulación de seguridad. Sin embargo, la *NBC* no fue privatizada.

777. Inicialmente se produjo una entrada competitiva a gran escala en el negocio. Las tarifas disminuyeron bastante y el volumen de servicio se incrementó. Otros atributos de la calidad del servicio también cambiaron, el producto se diferenció con la introducción de vehículos de lujo que contaban con televisor y azafata a bordo. Sin embargo, la competencia fue rápidamente contrarrestada por la *NBC* que resurgió como el operador dominante. Esto se debió a tres factores. Primero, la *NBC* contaba con operadores de autobuses buenos y experimentados, capaces de reaccionar ante la competencia mejorando su propia eficiencia. Segundo, se les concedieron **derechos exclusivos** para el uso de las mayores terminales existentes, en particular, Victoria en el centro de Londres, donde el 25% de los pasajeros transbordaban. Tercero, **se alegaba que utilizaban el beneficio obtenido en el negocio local para subsidiar el negocio de larga distancia.**

Las dos últimas características mencionadas, eran **fallos claros de la desregulación**: fallo al reconocer que si uno va a confiar en las fuerzas competitivas para que dirijan el mercado, entonces debe procurar que no haya barreras sustanciales a la competencia. Los fallos fueron corregidos con el Acta de 1985: la *NBC* fue dividida en un gran número de compañías distintas y se previno la subsidiación cruzada oculta. El acceso en igualdad de condiciones a las terminales quedó garantizado.

778. Desde entonces, los beneficios de la desregulación de los autobuses expresos (de larga distancia o interurbanos) parecen haberse estabilizado. Las tarifas son en general menores y los niveles de servicio han mejorado en relación a la situación de predesregulación.⁵⁹⁴ La desregulación y privatización de los autobuses de larga distancia puede considerarse como un éxito en el Reino Unido.⁵⁹⁵

779. A nivel internacional un tema discutido en el transporte interurbano es el del **cabotaje**, de importancia y trascendencia en aquellos países que lo permiten, como aquellos miembros de la Unión Europea. El cabotaje regula la posibilidad o posibilidades que tienen los transportistas de prestar servicios de transporte de

⁵⁹⁴ *British Rail* respondió ante la competencia de los autobuses reduciendo drásticamente las tarifas, especialmente donde había exceso de capacidad, y con iniciativas de *marketing* en aquellos segmentos de mercados en los que los autobuses son particularmente fuertes: los jóvenes y los ancianos.

⁵⁹⁵ GLAISTER, Stephen. *Desregulación y privatización*. Op. Cit. p. 236.

viajeros dentro de un Estado diferente del que se encuentre establecido normalmente como empresario.⁵⁹⁶

Otro tema de interés dentro del transporte interurbano lo es el de sus **infraestructuras**, que abordaremos más adelante dentro del análisis de infraestructuras en el transporte terrestre por carretera.

2. Transporte terrestre de mercancías por carretera.

780. El transporte de mercancías por carretera por mucho tiempo estuvo sometido a una **regulación cuantitativa** con restricciones a la entrada y tarifas obligatorias.⁵⁹⁷ Tradicionalmente se ha considerado que el transporte de mercancías por carretera era uno de los servicios de transporte que requería mayor grado de control, ya que las escasas barreras naturales a la entrada hacían que una competencia excesiva pudiera poner en peligro los estándares mínimos de nivel de servicio y calidad.

781. En los últimos años, a raíz de la creciente evidencia empírica en contra de estos argumentos, este **control regulatorio ha disminuido** y la evolución del sector de carga por carretera en la mayoría de los países se ha caracterizado por una demanda creciente de servicios de transporte más flexibles y de mayor calidad, capaces de operar de forma multimodal sobre redes cada vez más complejas y extensas. **La razón aducida para ese control era que la libre competencia podría ser dañina en el sector**, dando lugar a inestabilidades y desequilibrios que perjudicasen a los consumidores y empresas.⁵⁹⁸

782. Con respecto a la política de precios, en el pasado reciente se establecían **tarifas obligatorias**. Este mecanismo tenía como objetivo el que no existiera la amenaza de competencia agresiva en precios ni abusos de posición de dominio entre operadores. Poco a poco se fue llegando a la convicción de que esta industria tenía como principal objetivo asegurar la oferta de capacidad óptima y hacer la estructura de la industria más flexible. Estos objetivos serían más fáciles de alcanzar introduciendo nuevas medidas de liberalización en los vigentes sistemas regulatorios.

⁵⁹⁶ En la Unión Europea esto es permitido a transportistas comunitarios en territorio de la Comunidad. El régimen aplicable a esta materia está contenido en el Reglamento (CE) n° 12/98 del Consejo de 11 de diciembre de 1997, por el que se determinan las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro. Diario Oficial n° L 4 de 8/1/1998 p. 10 - 14.

⁵⁹⁷ En los años setenta y ochenta. MATAS PRAT, Anna. Efectos de la desregulación del transporte de mercancías por carretera. /en/ HERCE A. José y DE RUS, Ginés. *La regulación de los transportes en España*. Madrid. Ed. Civitas. 1996. p. 203.

⁵⁹⁸ En la Comunidad Europea de los seis miembros fundadores de 1957 prevaleció claramente la idea de controlar precios y niveles de competencia en los servicios de transporte de mercancías por carretera. El criterio predominante era el aplicado en Francia y Alemania, a cuya posición más favorable a la regulación completa de la entrada al sector se oponían los criterios más flexibles de los Países Bajos. En 1973, cuando Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido se integran en la Comunidad, sus respectivos sectores del transporte de carga por carretera tenían características más liberales que las de sus nuevos socios. Su rechazo al sistema de tarifas obligatorias obligó a la Comunidad a reformar su posición, al tiempo que se comprobaba que la amenaza potencial de colapso del mercado en caso de introducción de mayor competencia no era cierta.

783. Las experiencias de desregulación iniciadas en Estados Unidos y luego seguidas en otros países, mostraron que **sistemas de libre competencia, con controles sobre la calidad, podrían ofrecer más ventajas que desventajas.** Cabe distinguir que aunque la industria del transporte de mercancías estuvo fuertemente regulada y ha estado sometida a controles gubernamentales, los casos de operación estatal de transporte de carga, en economías de mercado son sumamente raros.⁵⁹⁹

A) Principales precedentes internacionales de la desregulación en el transporte de mercancías por carretera.

a) Desregulación del transporte de mercancías por carretera en Estados Unidos.

a) La fuerte regulación y control en el transporte de mercancías por carretera.

784. El gobierno federal de los Estados Unidos ha estado regulando precios y competencia en el transporte interestatal, desde que el Congreso creó la Comisión de Comercio Interestatal (ICC) para supervisar la industria ferroviaria en 1887. Los camiones fueron puestos bajo el **control** de la ICC en 1935, tras persistentes presiones por parte de los reguladores de los Estados, la propia ICC, y en especial los ferrocarriles, que habían estado perdiendo negocio ante las compañías de transporte por carretera.

785. La Ley de Transportes por Carretera de 1935 requería que los nuevos camiones obtuvieran un "certificado de conveniencia y necesidad pública" de la ICC. Los camiones que ya operaban en ese año podían obtener automáticamente los certificados, pero sólo si documentaban su servicio anterior, y la ICC era muy restrictiva a la hora de interpretar las pruebas de servicio.

Las nuevas compañías de transporte, por su lado, hallaban extremadamente difícil obtener los certificados. La ley requería que los transportistas por carretera presentaran todas sus tarifas ante la ICC treinta días antes de hacerlas efectivas. Cualquiera, incluido un competidor, podía inspeccionar esas tarifas. Si las tarifas propuestas eran protestadas por otro transportista (como un camionero, un transportista fluvial regulado o un ferroviario), la ICC suspendía normalmente esas tarifas, pendiente de una investigación sobre su legalidad.

786. En 1948 el Congreso autorizó a los camioneros a fijar concertadamente sus tarifas cuando aprobó, con el veto del presidente Truman, la Ley *Reed-Bulwinkle*, que eximía a los transportistas de las leyes antimonopolio. De 1940 a 1980, **obtener o ampliar un permiso para transportar bienes era casi imposible de conseguir**, a menos que nadie se opusiera a la solicitud. Aunque el servicio propuesto no fuera ofrecido por los transportistas ya existentes, la ICC sostenía que

⁵⁹⁹ Por razones básicamente ideológicas, se formaron empresas camioneras estatales en el Reino Unido a fines de los años cuarenta, y en Bolivia a mediados de los ochenta, pero sin que hubiera justificación económica alguna, y sin que las empresas existentes estuviesen amenazadas de una insolvencia que aconsejara un rescate gubernamental. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 153.

un camionero certificado que expresara el deseo de transportar esos bienes tenía que tener la oportunidad preferente de hacerlo; al nuevo solicitante le era denegada. El efecto era ahogar la competencia de nuevos transportistas. Adquirir los derechos de un transportista ya existente se convirtió en el único enfoque práctico para poder entrar en un mercado en particular.

787. En los años setenta el permiso para transportar ciertos bienes por ciertas rutas se vendía por cientos de miles de dólares. Puesto que la Comisión desaprobaba el "tráfico" de derechos, era hostil a las fusiones y compras, e intentaba restringir los permisos tanto como era posible. El resultado era a menudo extraño.⁶⁰⁰ En algunos casos los transportistas tenían que desviarse cientos de kilómetros de su camino, añadiendo muchas horas o incluso días al transporte.

788. **La regulación de la ICC redujo la competencia e hizo que el transporte por carretera se volviera ineficiente.** Las rutas y los productos que podían ser transportados por ellas estaban meticulosamente especificados. Los camioneros con autorización para transportar un producto, como tejas, de una ciudad a otra, carecían a menudo de autorización para transportar nada en el viaje de regreso.

b) La liberalización del sector.

789. Los estudios demostraron que **la regulación incrementó significativamente costes y tarifas.** Las tarifas no sólo eran más bajas sin la regulación, sino que la calidad del servicio, tal como era juzgada por los expedidores, también era mejor. Los productos exentos de regulación se transportaban a tarifas de un 20 a un 40% por debajo de las de los mismos productos sujetos a los controles de la ICC.⁶⁰¹

790. Las comparaciones entre el muy regulado transporte por carretera en Alemania Occidental y los Estados Unidos y el transporte por carretera no regulado en Gran Bretaña, junto con el ligeramente regulado en Bélgica y los Países Bajos, mostraron que **las tarifas en los países muy regulados eran un 75% más altas** que en las naciones con mercados más liberalizados. Así, en los Estados Unidos un cierto número de economistas se mostraron críticos con la regulación del transporte por carretera desde el principio mismo.⁶⁰²

791. En 1962, el presidente John Kennedy fue el primer presidente que envió un mensaje sobre el transporte al Congreso recomendando una **reducción de la regulación** de las tarifas del transporte de superficie. En noviembre de 1975 el presidente Gerald Ford apeló a la legislación para reducir la regulación del

⁶⁰⁰ Por ejemplo, a un camionero con permiso para viajar de Cleveland a Buffalo que compraba otro camión o los derechos de transporte para ir de Buffalo a Pittsburgh se le requería que transportara los bienes destinados a Pittsburgh a través de Buffalo, aunque la ruta directa fuera considerablemente más corta. GALE MOORE, Thomas. Desregulación del transporte por carretera. /en/ HENDERSON, David. R. *Enciclopedia Fortune de Economía*. p. 420.

⁶⁰¹ Por ejemplo, las tarifas reguladas para transportar pollos cocinados, comparadas con las tarifas no reguladas para los pollos crudos sin desplumar (un producto similar) eran casi un 50% más altas. Ibidem.

⁶⁰² James C. Nelson, en una serie de artículos iniciada en 1935, encabezó el ataque. Walter Adams, un demócrata liberal, siguió con una crítica importante en la *American Economic Review*. Los profesores John R. Meyer de Harvard, Merton J. Peck de Yale, John Stenason y Charles Zwick, fueron los autores de un libro muy influyente: *La economía de la competencia en las industrias del transporte*, publicado en 1959.

transporte por carretera. Hizo seguir esto con el nombramiento de varios comisionados para la ICC que favorecían la competencia. A finales de 1976, estos comisionados plantearon una política más competitiva en la ICC, una postura raras veces articulada en las ocho décadas anteriores de regulación del transporte. El presidente Jimmy Carter siguió el camino emprendido por Ford nombrando varios enérgicos abogados desreguladores y apoyando una legislación encaminada a reducir la regulación del transporte por carretera.

792. Tras una serie de reglamentaciones de la ICC que reducían el control federal de los camioneros, y tras la desregulación de la industria de las líneas aéreas, el Congreso, espoleado por la administración Carter, aprobó en 1980 la Ley de Transporte por Carretera. Este acto limitó la autoridad de la ICC sobre los camioneros. Tanto el Sindicato de Camioneros como las Asociaciones Norteamericanas de Camioneros se opusieron fuertemente a la desregulación, y descabezaron con éxito una serie de esfuerzos para eliminar todos los controles económicos. Apoyando la desregulación había una serie de expedidores, abogados de los consumidores entre los que se encontraba Ralph Nader, y liberales como el senador Edward Kennedy.

793. Probablemente el factor más significativo a la hora de forzar al Congreso a actuar fue el que los comisionados nombrados para la ICC por Ford y Carter se inclinaban de cualquier modo por la desregulación de la industria. El Congreso tenía que actuar, o lo haría la ICC. El Congreso actuó a fin de codificar algunos de los cambios de la comisión y limitar otros. La Ley de Transporte por Carretera de 1980 descontroló sólo en parte el transporte por carretera. Pero, junto con la liberal ICC, libero sustancialmente la industria.

794. La Ley de Transporte por Carretera hizo significativamente mucho más fácil para un camionero conseguir un certificado de conveniencia y necesidad pública. La Ley de Transporte por Carretera requirió también a la comisión que eliminara la mayor parte de las restricciones sobre los artículos que podían ser transportados, sobre las rutas que podían usar los camioneros y sobre la región geográfica que podían servir. La ley autorizó a los camioneros a fijar libremente sus tarifas dentro de "una zona de razonabilidad", lo cual significaba que los camioneros podían aumentar o disminuir sus tarifas desde los niveles fijados en un 15% sin que nadie les dijera nada, y les animaba a registrar independientemente sus tarifas con incluso cambios de precios más grandes.

c) Resultados de la desregulación en el transporte de mercancías por carretera.

795. La desregulación ha funcionado bien. Entre 1977, el año anterior a que la ICC empezara a descontrolar la industria, y 1982, las **tarifas** de las cargas de los camiones **cayeron** un 25% en términos reales ajustados a la inflación. La Oficina General de Contabilidad halló que las tarifas cargadas por LTL (carga menor de la de un camión) habían descendido entre un 10 y un 20%, con algunos expedidores informando de descensos de hasta un 40%. Los ingresos por tonelada de carga descendieron un 22% de 1979 a 1986.

796. Un estudio sobre expedidores indica que creen que la calidad del servicio mejoró también. Un 77% de los expedidores estudiados se mostraron a favor de la desregulación del transporte por carretera. Los expedidores informaron que los transportistas se mostraban mucho más dispuestos a negociar tarifas y servicios que antes de la desregulación.

Los camioneros han experimentado con nuevas opciones de precios y servicios. Han reestructurado rutas, reducido regresos en vacío, y proporcionado estructuras de tarifas simplificadas.

797. En sus argumentos contra la desregulación, las Asociaciones Norteamericanas de Transporte por Carretera predijeron que el servicio declinaría y que las comunidades pequeñas hallarían difícil obtener ningún servicio bajo el nuevo régimen. De hecho, el servicio a las comunidades pequeñas ha mejorado, y las quejas de los expedidores han disminuido.⁶⁰³ Un estudio de 1982 de la ICC sobre el efecto del descontrol parcial sobre ciudades pequeñas y partes remotas del país halló que la **calidad del servicio había mejorado** o había permanecido no afectada por la desregulación.

798. El incremento de la competencia ha impulsado la voluntad de las firmas de transporte de salirse si es necesario de su ruta para recoger o entregar su carga. El número de nuevas firmas se ha incrementado espectacularmente. En 1990 el número total de transportistas con licencia excedía de cuarenta mil, considerablemente más del doble del número autorizado en 1980.

La ICC había concedido también licencias a nivel nacional a casi cinco mil transportistas. El valor de los derechos para operar concedidos por la ICC, que en su tiempo se cifraban en cientos de miles de dólares cuando tales autorizaciones eran casi imposibles de obtener de la comisión, han caído en picado hasta casi cero ahora que los derechos son fáciles de obtener.

799. **El transporte intermodal ha crecido espectacularmente** desde 1980: de 1981 a 1986 creció un 70%. La capacidad de ferrocarriles y camiones de desarrollar una extensa red de transporte de tráilers sobre vagones planos es un resultado directo de la Ley de Transporte por Carretera y la Ley de Seguimiento (1980), que liberaron parcialmente a los ferrocarriles.

La industria del transporte por carretera ha hecho poco uso de la provisión de tarifas por zonas, y en vez de ello ha optado por la presentación independiente, que se ha incrementado de forma enorme. Estas presentaciones independientes han incrementado la competencia de precios. Estas presentaciones, por definición, no son aprobadas a través de oficinas de tarifas.

Los camioneros han podido así recortar sus tarifas principalmente mejorando la eficiencia: reduciendo los regresos en vacío, eliminando los rodeos, flexibilizando los precios, y reduciendo en aproximadamente un 10% la proporción de empleados que son conductores y ayudantes.

⁶⁰³ La ICC ha informado que en 1975 y 1976 se ocupó de 340 y 390 quejas, respectivamente, contra camioneros; en 1980 tuvo que ocuparse tan sólo de 23 casos, y de sólo 40 en 1981. Ibidem. 421.

d') Mejoras en la prestación de servicios como consecuencia de la desregulación.

800. Uno de los principales beneficios para la economía de la desregulación del transporte por carretera ha sido la caída sustancial en el coste de manejar y mantener existencias. Puesto que los transportistas son más capaces de ofrecer un **servicio de entrega a su debido tiempo y un servicio más flexible**, los fabricantes pueden encargar los componentes justo en el momento de ser usados y los minoristas pueden recibirlos justo a tiempo para venderlos. Como resultado de ello, las existencias en los almacenes son menores. Sin la regulación parcial resultado de la ley de 1980, estos cambios no hubieran sido posibles.⁶⁰⁴

e) Desregulación aún en transición.

801. La ley federal aludida, requiere todavía que los nuevos transportistas soliciten certificados de conveniencia y necesidad públicas. Todas las tarifas tienen que ser pasadas por la Comisión. La mayoría de los Estados siguen haciendo cumplir estrictos controles de entrada y precios sobre el transporte inter-estados. Estos controles causan ineficiencia. Un resultado es que en algunos casos, transportar productos desde ultramar resulta más barato que transportar los mismos productos desde el interior de los Estados Unidos.⁶⁰⁵

El seguir con la obligación de registrar las tarifas da como resultado costes más altos.⁶⁰⁶ Aunque el registro de tarifas no condujo a precios más altos, el requisito añade papeleo y confusión.⁶⁰⁷ La ley actual autoriza también a los camioneros a confabularse con las oficinas que publican las tarifas del transporte por carretera de la región para aumentar las tarifas. En cualquier otra industria, estos acuerdos

⁶⁰⁴ En 1981, las existencias almacenadas representaban el 14% del PNB; un estudio halló que, debido a las mejoras en los servicios de transporte rastreables hasta la Ley de Transporte por Carretera de 1980 y la Ley de Seguimiento, el total descendió hasta un 10,8% en 1987, con un ahorro de unos 62.000 millones de dólares. Una estimación más conservadora del Departamento de Transporte es que los beneficios para la industria de los Estados Unidos en transporte, ventas y almacenaje se sitúan entre los 38.000 y los 56.000 millones de dólares al año. Ibidem. 422.

⁶⁰⁵ Transportar pantalones vaqueros desde El Paso, Texas, a Dallas, por ejemplo, cuesta un 40% más que transportar los mismos pantalones vaqueros desde Taiwán hasta Dallas. Ibidem.

⁶⁰⁶ Las tarifas para el transporte de comida para perros, que está regulado, es entre un 10 y un 35% más alto que las tarifas no reguladas de alimentos para otros animales. Los platos preparados de pollo, pavo y pescado pueden transportarse libres de regulación, pero los platos congelados con una hamburguesa en vez de un muslo de pollo requieren tarifas de transporte que son entre un 20 y un 25% más altas. Cuando la comisión dictaminó que las botellas y los barriles metálicos de cerveza vacíos estaban exentos bajo el calificativo de "transporte de contenedores usados, vacíos", los costes de transportar esos envases vacíos descendió entre un 20 y un 30%.

⁶⁰⁷ Por ejemplo, es preciso publicar las tarifas para cacahuets "tostados y salados en su cáscara", pero el camión que lleva cacahuets "sin cáscara, salados, no tostados o de otro tipo" está exento de la necesidad de registrarse. Los camiones deben someter sus tarifas por llevar caballos para espectáculos, pero no caballos de exhibición. Los transportistas por carretera tienen que relacionar sus precios con la ICC para llevar traviesas de ferrocarril cortadas longitudinalmente, pero no si están cortadas transversalmente.

violarían las leyes antimonopolio. Aunque cualquier transportista individual puede presentar tarifas separadas, una oficina de publicación de tarifas que presente tarifas más altas conduce a presiones sobre todos los transportistas para alzar sus precios.

La desregulación del transporte por carretera todavía no ha terminado. Según un estudio, abolir todos los controles federales restantes ahorraría a los transportistas unos 28.000 millones de dólares al año.⁶⁰⁸

b) Desregulación del transporte de mercancías por carretera en el Reino Unido.

802. El transporte de mercancías por carretera fue regulado en el Reino Unido en 1930 a través de un sistema cuasi-judicial de cuantificación de licencias. **Los aspirantes a la posesión de licencias debían justificar la necesidad de nuevas licencias**, mientras que las empresas establecidas (incluyendo los ferrocarriles) podían establecer objeciones. Las licencias a menudo se rechazaban sobre la base de que los nuevos servicios extraerían ingresos del ferrocarril. **El sistema causaba distorsiones**, con muy grandes y bastante pocas empresas. Las operaciones por cuenta propia fueron restringidas con menor severidad que los contratos de alquiler.

803. Después de la guerra gran parte de la industria era propiedad del Estado. Tan pronto como en 1953 el entonces Gobierno conservador intentó privatizar la carga por carretera de larga distancia, pero no se consiguió comprador para todos los vehículos. Según la Ley de 1968 (una importante pieza de legislación laborista) el sector quedó desregulado en su conjunto de modo efectivo, con la excepción del control sobre precios que fue finalmente eliminado en 1980 por los *tories*. El resto de las propiedades estatales fueron vendidas con un éxito destacable en 1982.⁶⁰⁹

804. Existe ahora sólo un requerimiento para poseer una licencia de operador que es el de cumplir con las normas sobre seguridad del vehículo y sobre horario de los conductores. La industria disfruta de muchas de las características clásicas de una **industria competitiva** con rendimientos crecientes a escala y entrada libre: beneficios bajos, un movimiento sustancial debido a la entrada y salida de empresas en la industria, empresas de distinto tamaño. Una gran parte de la producción se realiza por empresas con un solo vehículo cuyo propietario actúa de conductor. Por lo que hace a los beneficios de la desregulación se han observado también reducciones en costes.

B) Características generales del transporte de mercancías por carretera.

805. Para una correcta comprensión del papel de la reglamentación económica en el transporte de mercancías por carretera, es interesante dar antes algunas ideas generales sobre la importancia y las características más relevantes del transporte

⁶⁰⁸ Un estudio del Departamento de Transporte efectuado por investigadores de la Escuela Wharton de la Universidad de Pensilvania estimó que abolir la regulación estatal ahorraría otros 5,000 a 12.000 millones de dólares. Ibidem. p 423.

⁶⁰⁹ GLAISTER, Stephen. *Desregulación y privatización*. Op. Cit. p. 234.

de mercancías por carretera, destacando algunos temas clave para situar el contexto general en el que el sector desarrolla su actividad:⁶¹⁰

i) El transporte de mercancías por carretera en países de nuestro entorno se ha desarrollado en un ambiente muy competitivo y su aportación al despegue económico de las naciones en épocas de crisis ha sido importante. **Su flexibilidad y capacidad de adaptación a la demanda lo han convertido en el modo de transporte básico para el transporte de mercancías en el interior de los países**, con una presencia muy relevante en los distintos ámbitos geográficos, intervalos de distancia y tipos de mercancías.⁶¹¹

ii) El sector de transporte de mercancías por carretera es un sector muy **heterogéneo y complejo**, difícil de encuadrar en unas ideas y normas de carácter general. Dentro del mismo tienen cabida **subsectores y submercados** muy diferenciados, donde el tipo de relación del profesional del transporte con el cliente tiene formas muy diversas. Desde la relación personal y directa hasta formas complejas de intermediación y subcontratación. La **complejidad económica y técnica** del sector da lugar al carácter compartimentado de la normativa reglamentaria, que, con mayor o menor acierto, trata de delimitar áreas de actuación homogéneas. De aquí las múltiples **divisiones de la actividad: cuenta ajena / cuenta propia; transporte ligero / pesado; ámbitos local / nacional / internacional; carga completa / carga fraccionada.**

iii) El sector tiene una **estructura empresarial muy atomizada**, donde son mayoría las empresas artesanales, transportistas autónomos, y las empresas de tamaño pequeño y medio. Si en vez de analizar la estructura global del sector nos centramos en el transporte pesado de ámbito nacional, la atomización ya no es tan acusada. En todo caso, cuando se habla de estructura empresarial se hace referencia a la estructura definida en función de la posesión de los vehículos y las autorizaciones, que tiene poco que ver con la estructura de la oferta en el mercado, mucho más concentrada en los grandes subsectores -nacional/pesado- por la existencia de un alto grado de intermediación.

iv) Otra característica es la **escasa profesionalidad** de la oferta del sector, con empresarios y trabajadores con escasa formación y preparación y de edad relativamente elevada.

v) En el transporte por carretera, **la oferta de infraestructura se mantiene en manos de la Administración**. Su uso por los vehículos, que pertenecen a particulares y empresas, está **sujeto a las normas técnicas y de seguridad** establecidas y, con la excepción de los tramos de peaje, su utilización no conlleva el pago directo de una tasa por el uso de la infraestructura. Indirectamente,

⁶¹⁰ GARCIA ALCOLEA, Rafael. *El transporte de mercancías por carretera en la economía española. La reglamentación económica y la problemática actual del sector*. Op. Cit. p. 69 - 71 y 93.

⁶¹¹ La carretera concentra su actividad en los sectores que gozan de una mayor tasa de crecimiento económico, mientras que el ferrocarril ha perdido tráfico en todos los segmentos de mercado, excepto en el transporte por contenedor que constituye el sector más dinámico y que puede competir en el tráfico a media y larga distancia con la carretera. MATAS PRAT, Anna. *Efectos de la desregulación del transporte de mercancías por carretera*. Op. Cit. p. 212.

mediante tasas fijas e impuestos específicos puede considerarse que el transporte público y privado que usa las carreteras está pagando los costes en que incurre.

v) Las tendencias generales más importantes en el transporte de mercancías giran en torno a los siguientes elementos: un desarrollo relativo mayor del transporte de productos manufacturados y mercancías diversas en relación con el transporte de graneles y productos pesados; una organización de la distribución articulada alrededor de grandes plataformas logísticas; un gran desarrollo de las formas de acondicionamiento para el transporte, sobre todo de los contenedores, adaptadas al transporte multimodal o combinado, generando importantes aumentos de productividad mediante nuevas tecnologías de automatización y, finalmente, la operatividad del concepto de servicio global que incluye el conjunto de la cadena de transporte e integra todos los aspectos comerciales y administrativos ligados al transporte. En general, se está pasando de los criterios estrictos de "coste de transporte" que dominaban en el transporte de mercancías a un entorno definido por unas pautas de decisión más complejas, en las que **domina el concepto de calidad del servicio** y la percepción de ésta por el cliente a partir de criterios de elección difícilmente cuantificables.

vi) El transporte de mercancías por carretera va a conservar, y posiblemente aumentar, su **importancia en el mercado** durante los próximos años. Algunos estudios de prospectiva que han diseñado escenarios basados en una mayor reglamentación del transporte por carretera y un fuerte impulso al ferrocarril, basándose en una política de transporte con más preocupación medioambiental, vienen a confirmar el mantenimiento de una posición preponderante del transporte por carretera.

C) Otras características del sector.

a) Organización del mercado, subcontratación, concentración y cambios de estrategia.

806. Para operar de manera eficiente a nivel nacional, la empresa de transporte debe contar con una cierta **capacidad de organización y una red comercial extensa**. Estas necesidades son tanto más importantes a medida que el transporte se integra en una cadena logística más amplia y, sobre todo, para el transporte de carga fraccionada. En este contexto aparecen determinadas economías de escala que exigen un tamaño mínimo eficiente.⁶¹²

807. Por otro lado, las empresas tienden a reducir los componentes fijos dentro de su estructura de costes y ello incluye la sustitución de vehículos propios por la subcontratación de vehículos ajenos, lo cual les otorga un mayor margen de flexibilidad. Por las anteriores razones, la organización del mercado se configura cada vez más a través de un **intermediario que subcontrata** el transporte y se encarga de todas las operaciones complementarias cada vez más complejas. Generalmente, se establece una relación estable entre el intermediario -agencia o gran empresa- y el transportista autónomo.

⁶¹² Ibidem. p. 220.

808. La subcontratación de transporte es un mercado que funciona de manera competitiva, la agencia tiene capacidad de imponer el precio que el autónomo cobra por viaje y es en este segmento donde aparece el problema de competencia excesiva.⁶¹³ En relación a las agencias intermediarias, y de acuerdo con la experiencia internacional, existe un elemento de poder de mercado. La competencia es imperfecta. Existen, por ejemplo, ventajas de localización respecto a la ubicación de los almacenes y el precio se fija en función del tipo de usuario, de la mercancía y de la localización de la demanda.

809. Las grandes empresas de transporte tradicionales extienden su actividad hacia operaciones complementarias. El transporte se configura como un elemento más de la cadena logística. En los últimos años se han apreciado cambios en las estrategias. En efecto, las empresas amplían su arca de actuación a partir del establecimiento de soluciones logísticas para todo un territorio y, a menudo, a través de la compra de empresas ya existentes que cuentan con sus propios clientes, almacenes y sistemas de distribución. Esta estrategia conduce a una ampliación del número de depósitos en todo el país con la finalidad de establecer una red que aumente la eficiencia y minimice los costes. Así pues, se observa una expansión tanto en el número de actividades como geográfica que en ocasiones va aparejada a la especialización en ciertos productos o grandes clientes.

810. Por otro lado, siguen existiendo las agencias de carga completa cuya principal función es la de intermediar entre el cargador y el transportista, frente a la imposibilidad de éste de obtener cargas de retomo y cubrir el proceso de financiación y seguro de riesgo de la mercancía. En general, se considera un segmento no competitivo, las empresas tienen un nivel de capitalización bajo y se prevé su progresiva absorción por parte de las grandes compañías de transporte o agencias de carga fraccionada.

811. Se considera que la tendencia en un futuro será un aumento del grado de concentración del volumen de negocios, aunque ello no implique necesariamente una concentración en el número de operadores, dado el recurso a la subcontratación. Estos cambios vienen impulsados por el propio desarrollo del mercado y se han observado en países como Estados Unidos o el Reino Unido.⁶¹⁴

812. Las administraciones son conscientes de la importancia del tamaño de las empresas para ofrecer un sistema de transporte competitivo y, por ello, la política de transporte ha buscado un **aumento de la concentración**. Las medidas utilizadas han sido la imposición de restricciones a la obtención de nuevas licencias y el impulso a la creación de cooperativas de transporte. En ambos casos el éxito es reducido y, si se logran aumentos en el tamaño, éstos en general son insuficientes.⁶¹⁵

⁶¹³ Ibidem.

⁶¹⁴ Esta tendencia se ve impulsada cuando se eliminan las restricciones a la entrada.

⁶¹⁵ Ibidem.

b) Rentabilidad del sector.

813. El sector transporte se caracteriza por una baja tasa de rentabilidad, sobre todo en determinados segmentos del mercado. En las operaciones que incorporan un mayor valor añadido (carga fraccionada, distribución), el margen de beneficios esperados es superior. Sin embargo, estas empresas se enfrentan a unos costes fijos elevados: costes de administración y manipulación, clasificación de la carga, costes de instalaciones y terrenos.

El comportamiento de los precios junto con el aumento de costes salariales, seguros y financieros, ha ejercido presión sobre los márgenes de beneficios, que en ocasiones se agudizan en períodos depresivos, y que se han traducido en un aumento de las suspensiones y quiebras de empresas. El fuerte acceso al capital ajeno en la financiación ha jugado también un papel significativo en este proceso.⁶¹⁶

D) *Objetivos e instrumentos de la reglamentación.*

814. El principal objetivo de la reglamentación económica del transporte de mercancías por carretera ha consistido siempre en **ejercer una influencia directa sobre el tamaño de la oferta, tratando de encontrar su ajuste con la demanda de transporte**. A la existencia de desfases entre el despliegue de la oferta (número de vehículos y su capacidad de carga) y la demanda, desfases que alcanzan proporciones especialmente graves en las fases depresivas del ciclo económico, se añaden argumentos que tratan de explicar la tendencia del sector hacia un sobredimensionamiento crónico de la oferta (baja relación capital fijo/variable, facilidad de acceso, coyunturas de desempleo, dificultad de desinversión, etc.).

815. A partir de este diagnóstico, se juzga a los mecanismos del mercado incapaces de realizar un ajuste conveniente entre oferta y demanda, que evite la competencia "ruinosa" que deteriora el nivel de tarifas y provoca una descapitalización progresiva del sector. Existe, por tanto, una resistencia a la baja de la oferta que la sitúa permanentemente en un punto de equilibrio precario.⁶¹⁷ El instrumento reglamentario para paliar esta situación ha sido siempre la **contingentación**, es decir, la limitación del número de autorizaciones que se conceden en un período dado.

816. Como es lógico, esta *contingentación* no suele ser de carácter general y tiende a ser selectiva, centrándose en los ámbitos del transporte en que se juzga más necesario este tipo de intervención. Se aplica, sobre todo, en el área de actividad de los vehículos pesados de transporte público de ámbito territorial nacional (transporte pesado nacional) y mucho menos al transporte por cuenta propia, a los vehículos ligeros y a las actividades de transporte que se limitan al ámbito local.

⁶¹⁶ Ibidem. p. 234

⁶¹⁷ GARCIA ALCOLEA, Rafael. *El transporte de mercancías por carretera en la economía española. La reglamentación económica y la problemática actual del sector*. Op. Cit. p. 73

La *contingentación* presupone un régimen de autorización administrativa y una compartimentación de los distintos ámbitos territoriales de actividad, de los tipos de vehículos y una separación estricta del transporte por cuenta propia (servicio privado) y el transporte por cuenta ajena (servicio público).⁶¹⁸

817. Países intervencionistas⁶¹⁹, que han utilizado argumentos en favor de las restricciones de oferta, justifican la *contingentación* como un instrumento válido de la política de transportes para defender la posición del ferrocarril en el mercado de transporte de mercancías, fuertemente erosionada por la competencia de la carretera.

818. Otro objetivo de la reglamentación económica del transporte, que las Administraciones han estado asumiendo, quizá de forma secundaria, es la disminución del alto nivel de atomización empresarial de un sector con una mayoría de efectivos encuadrados en empresas individuales o todo lo más familiares. Este objetivo es un lugar común en la lista de prioridades del sector, en el que actualmente se insiste como elemento clave de competitividad de cara a mercados integrados por el surgimiento de bloques comerciales supranacionales.⁶²⁰

El instrumento para conseguir este objetivo es la **restricción del acceso al mercado** de nuevos transportistas y el **trato discriminado** a las empresas existentes en función de su tamaño para el acceso a nuevas autorizaciones o actividades, que suelen acompañar y matizar al instrumento central de la *contingentación* de autorizaciones.

819. Como puede suponerse, toda la normativa sobre otorgamiento de autorizaciones al integrar estos objetivos acaba teniendo una gran complejidad y variedad de situaciones y tratamientos. Desde la máxima simplicidad y transparencia cuando la actividad está liberalizada, hasta lo oscuro y complejo en las áreas más reglamentadas (transporte nacional e internacional).

820. Como complemento a estos instrumentos de *contingentación* y de limitación de acceso al mercado, el tercer elemento de la intervención es la **imposición de un marco tarifario de obligado cumplimiento**, que trata de contener sobre todo el deterioro tarifario provocado por conductas anticompetitivas y por otro lado, para dar respuesta a algunos problemas estructurales que plantea el desequilibrio de flujos de transporte y la posibilidad de obtener o no cargas de retorno.⁶²¹

E) El comportamiento del mercado en un contexto liberalizado.

821. Tal como se ha puesto de manifiesto la regulación cuantitativa no corrige adecuadamente las imperfecciones del mercado y además tiene efectos laterales no deseados. Ello obliga a plantearse la cuestión de si es preferible un mercado imperfecto o una regulación imperfecta. La respuesta depende esencialmente de la

⁶¹⁸ Ibidem.

⁶¹⁹ Como Francia, Alemania e Italia, en Europa.

⁶²⁰ En Europa es el caso del Mercado Único Europea.

⁶²¹ Este marco tarifario se aplica sólo al transporte pesado de larga distancia, ya que en otros ámbitos la casuística es mucho mayor y sería muy compleja la elaboración de cuadros oficiales de tarifas.

magnitud de los fallos de mercado, que pueden ser evaluados para aquellos países que cuentan con un sistema de transporte liberalizado.

822. Los **efectos negativos** esperados de la desregulación son:

i) Aumento de inestabilidad del mercado con un impacto negativo sobre los ingresos del sector y el número de quiebras.

ii) Disminución de la calidad del servicio, fundamentalmente a través de la utilización de vehículos más viejos.

iii) Aumento del grado de accidentabilidad y mayores costes medioambientales.

iv) Asignación incorrecta del tráfico entre ferrocarril y carretera.

823. La experiencia derivada de los países donde se ha liberalizado el mercado sugiere que **los beneficios de la desregulación superan los efectos negativos de la misma**. En el Reino Unido la liberalización cuantitativa del mercado data de 1968 y, por lo tanto, la situación actual puede considerarse definitiva.

Mackie y Tweddle⁶²² revisan, el desarrollo del sector en un contexto desregulado en el que se mantienen las restricciones cualitativas con el fin de corregir los efectos externos. En relación a los **tres resultados que más preocupan de la desregulación**, los autores concluyen:

i) Entre los pequeños operadores existe inestabilidad y el número de quiebras es significativo, los niveles de inversión son bajos y la rentabilidad es muy sensible a los cambios en la demanda. Sin embargo, son características comunes a otros sectores y no precisan tratamiento a través de la restricción a la entrada.

ii) Se evidencian problemas de seguridad que exigen una regulación cualitativa estricta y dura, además de que esta contribuirá para evitar conductas anticompetitivas en el mercado.

iii) Del mismo modo, es preciso controlar los efectos medioambientales derivados de los centros de operación. Los autores sugieren que probablemente sea más efectivo controlar estos aspectos a través de la legislación que afecta a las actividades industriales que a través de un sistema de licencias.

824. Por otro lado, la industria se ha desarrollado y ha cambiado enormemente en los últimos años como consecuencia de aspectos exógenos, como los cambios en la estructura económica, el crecimiento de los mercados nacionales, las mejoras tecnológicas, el desarrollo de la red de carreteras y las mejoras en la explotación del vehículo y en los sistemas utilizados para distribuir bienes. **Aunque la desregulación no ha sido un factor desencadenante de los cambios, ha facilitado su desarrollo**. Una de las contribuciones más importantes de la

⁶²² TWEDDLE, G y MACKIE, P.J. *Review of the regulation of road freight in the UK*. Documento de trabajo, 95-06. FEDEA. 1995. *apud*. MATAS PRAT, Anna. *Efectos de la desregulación del transporte de mercancías por carretera*. Op. Cit. p. 240.

desregulación ha sido la de permitir una flexibilidad completa en la naturaleza del contrato entre productor, distribuidor y minorista de acuerdo con las características del mercado.

825. La estructura industrial comprende desde las grandes empresas a los autónomos que actúan bien en áreas locales, bien subcontratados. Aunque las mayores empresas controlan la industria, existen en número suficiente para otorgar una competencia efectiva en el mercado, tanto en términos de coste como en servicios ofrecidos.

826. La experiencia desreguladora en Estados Unidos es también positiva. El mercado estaba sometido a una severa regulación, que se traducía en distorsiones en los precios e ineficiencia técnica. El mayor beneficiario de la regulación era el segmento de carga fraccionada, con rentas extras y salarios más altos.

Se evalúa positivamente el resultado de la liberalización iniciada en 1980. **Para los usuarios la regulación favoreció una caída del precio, una disminución del tiempo de viaje y una mejora en la fiabilidad.** Adicionalmente, las empresas pudieron adoptar decisiones de producción y almacenaje más eficientes como respuesta a estos cambios, a las mejoras tecnológicas y a la calidad del servicio.

827. La liberalización tiene efectos negativos sobre las empresas de transporte. En el segmento de carga completa se han evidenciado algunas quiebras y absorciones. En la carga fraccionada se produce una caída de los ingresos derivada de una mayor competencia y un aumento de los costes. El aumento de los costes de explotación está relacionado con la mejora de la calidad del servicio, necesaria para mantener la cuota de mercado.

828. La regulación ha creado más incentivos para acercar la oferta a las nuevas necesidades de la demanda con una coordinación más efectiva entre la actividad productiva y los servicios de transporte.⁶²³ Respecto al factor trabajo se ha asistido a una pérdida de puestos de trabajo y a una reducción de los salarios en el segmento de carga fraccionada y trabajadores sindicados.

829. En común los mercados de transporte de mercancías por carretera **funcionan correctamente y la desregulación ha fijado precios óptimos**, no obstante, se advierte que en carga fraccionada existe peligro de acciones anticompetitivas en los precios dado el fuerte grado de concentración en el mercado y que el sector público deberá promover la seguridad y fijar una política de inversiones y precios eficientes en las carreteras. Sin embargo, esto no parece constituir una razón suficiente para regular el mercado.

La evidencia disponible para países con una larga tradición liberalizadora como el Reino Unido sugiere que la competencia existe y es suficiente para mantener el precio igual al coste marginal. El grado de concentración es más elevado en el segmento de carga fraccionada y en el transporte a larga distancia.

⁶²³ Se han favorecido técnicas *just-in-time* y cambios en las políticas de gestión de *stocks*.

F) Efectos de los cambios hacia mayor liberalización sobre los agentes económicos.

830. A continuación examinamos posibles efectos de cambios hacia una mayor liberalización⁶²⁴ del transporte de mercancías por carretera, en países de nuestro entorno, sobre los agentes económicos. Los cambios esperados de una liberalización del mercado dependen de la situación que originó el proceso regulador y de las características y severidad de las restricciones vigentes.

a) Empresas de transporte.

831. **Se prevé que la liberalización dará lugar a nuevas entradas.** Las empresas actuales defienden más o menos activamente los sistemas de contingenciación, para evitar mayor competencia y la pérdida de mercados reservados de que algunas disfrutaban. La liberalización de la entrada se contempla más negativamente por parte de las empresas de carga general -donde la competencia será más fuerte- y son los autónomos los que defienden con mayor vehemencia la contingenciación. Desde distintos ámbitos se apunta hacia una caída en los precios como efecto inmediato; exceptuando colectivos específicos, no se espera un gran impacto de la supresión de las tarifas obligatorias.⁶²⁵

832. **La entrada se espera en aquellos sectores más especializados** en los que las nuevas empresas tendrán ventajas comparativas sobre las existentes. Es previsible que las nuevas empresas desplacen a otras ya existentes con bajo nivel de capitalización y eficiencia. Por ello, podemos asistir a un aumento de la inestabilidad traducida en **mayores quiebras y absorciones**, lo que ya ha ocurrido en algunos países.

832. Los efectos más importantes se esperan en las empresas de tamaño medio, que, por un lado, no llegan a disfrutar de las economías de densidad y, por otro, carecen de la flexibilidad de la pequeña empresa. Es previsible un **aumento de la cooperación** entre empresas de tamaño medio y pequeño.

833. En las etapas recesivas del ciclo económico aflorará una **mayor inestabilidad**, resultado que está avalado por la evidencia internacional.⁶²⁶ Unos requisitos cualitativos más estrictos a la entrada, cualificación personal y capacidad financiera, mitigarán el problema y a la vez ayudarán a aumentar el grado de profesionalización y el nivel de capitalización de las empresas.

834. De la desregulación se espera un **aumento de la eficiencia**. En primer lugar, es previsible un **aumento de los ratios de productividad** física como consecuencia de la desaparición de las ineficiencias derivadas de la regulación. De igual forma, **no parecen existir razones para mantener la separación entre transporte nacional y local en un contexto liberalizado**. Dado que tal medida implica la ampliación del radio de acción de empresas ya establecidas supondrá un

⁶²⁴ Desaparición de las restricciones a la entrada y la eliminación de tarifas obligatorias.

⁶²⁵ MATAS PRAT, Anna. *Efectos de la desregulación del transporte de mercancías por carretera*. Op. Cit. p. 243.

⁶²⁶ Principalmente Estados Unidos y Gran Bretaña.

fuerte aumento de la competencia en el mercado de autónomos y por ello exige un cambio gradual.

835. Igualmente, de la liberalización cabe esperar un **aumento de la eficiencia** dinámica de las empresas en aspectos tales como productividad, nivel de innovación tecnológica y calidad en la gestión. **La competencia favorece el desarrollo del sector dotando a las empresas de una mayor flexibilidad.**

836. Son previsibles **cambios de estrategia para ajustarse a las necesidades de la demanda**: diversificación y especialización en productos, destinos o grandes clientes, extensión hacia actividades de distribución y almacenamiento, emergencia de empresas logísticas, empresas rápidas de carga general, creación de redes de distribución a nivel nacional y, en algunos casos, internacional y tendencia a la subcontratación que puede venir acompañada de una práctica creciente de "franquicias" a partir del crecimiento de las grandes empresas.

Estos cambios exigen mayores dotaciones de capital físico y humano en la empresa, incorporación de equipos de gestión más cualificados y diversificados, para hacer frente a las nuevas circunstancias con políticas más agresivas para ganar cuota de mercado.

Los cambios en la estrategia de explotación, y por lo tanto en los costes, deben venir de las grandes empresas del sector, que también son la fuente de nuevas formas de operación, aunque su crecimiento no debe articularse necesariamente a partir de vehículos propios. Las innovaciones tecnológicas y logísticas serán más intensas para la empresa de carga fraccionada.

a) Grado de concentración.

837. La evidencia de Estados Unidos y Australia sugiere un importante proceso de concentración en la carga fraccionada y larga distancia. Aunque no en todos los países se dan las mismas condiciones -distancias largas, volúmenes de tráfico pequeño entre las grandes ciudades-, la consecuencia más probable de la desregulación será un aumento del grado de concentración que variará de acuerdo con el segmento de mercado.⁶²⁷

Este previsible aumento del grado de concentración debe situar a las empresas en una mejor capacidad de competir, con un mejor aprovechamiento de las economías de red, dado que existe un margen para la mejora de la eficiencia y la calidad.

⁶²⁷ En la Unión Europea la mayor concentración se prevé para el tráfico intracomunitario -con el predominio de compañías holandesas y belgas que necesitan establecer redes muy amplias- y en carga fraccionada. En carga general el tamaño no aparece como una ventaja *per se* y no se espera un mercado dominado por grandes empresas. Ibidem. p. 245.

b) Usuarios del transporte.

a) Precios.

838. **El aumento de la competencia ocasiona reducciones del precio**, aunque no son previsibles caídas tan pronunciadas como las experimentadas en Estados Unidos a raíz de la disminución de los costes salariales. Cabe esperar también una reducción, consecuencia de la reorganización del sector, aunque es frecuente que las mejoras de eficiencia se trasladen a mejoras en la calidad más que a caídas del precio.

A juzgar por la experiencia de otros países, la desregulación provoca cambios e innovaciones en la formación de precios y tipos de contrato, aumentando la diversidad y acercando el precio a los costes. Por otro lado, existe una tendencia decreciente en los precios consecuencia de las mejoras en la eficiencia que, en parte, está impulsada por el propio proceso desregulador y, en parte, por las mejoras en la infraestructura.

b) Calidad de servicio.

839. Las mejoras en la eficiencia se traducirán en una disminución del tiempo de viaje y en una mayor fiabilidad. Adicionalmente, la competencia favorecerá cambios en las decisiones de almacenaje y distribución de las empresas usuarias a raíz de los cambios en las estrategias de transporte, las mejoras tecnológicas y la introducción de innovaciones.

En Estados Unidos parte de las mejoras en la calidad se han derivado de una serie de innovaciones como servicio nocturno, en festivos y control de la carga a lo largo del recorrido gracias a la aplicación de la informática.

c) Otros medios de transporte.

a) Efecto sobre el transporte privado.

840. La supresión de la restricción a la entrada provocará una **disminución del transporte** por cuenta propia. Sigue existiendo un campo para el transporte privado sobre todo en **segmentos especializados que el público todavía no cubre**. Las empresas buscan en el transporte propio independencia, estabilidad y fiabilidad, que pueden perder si entran en el negocio del transporte.

Es cierto, no obstante, que el transporte público, gracias a una mejora de calidad, compite de manera creciente y gana cuota de mercado al transporte privado. Una mayor competencia derivada de la desregulación impulsará este fenómeno.

b) Impacto sobre el ferrocarril.

841. No se espera que la liberalización de la carretera tenga un gran impacto en el ferrocarril y es posible que este responda con una política más agresiva.

d) Otros efectos.

a) Accidentabilidad.

842. **No existe evidencia clara que confirme una caída del nivel de seguridad en la carretera una vez se liberalicen estos mercados.** La experiencia más negativa fue en Australia al proceder a una desregulación no planificada. Por otro lado, existe una tendencia al incumplimiento de las normas legales en el sector para reducir los costes de operación. Este comportamiento es más frecuente en las empresas pequeñas ya que sobre ellas recae la mayor presión competitiva. Por ello es recomendable reforzar las regulaciones cualitativas que afectan al nivel de seguridad e intensificar las labores de inspección.

b) Efectos medioambientales.

843. Las empresas tienen incentivos a incumplir la normativa que afecta los efectos medioambientales relacionados con el ruido, congestión y emisión de gases. Por ello, es necesario formular regulaciones cualitativas con controles más estrictos que garanticen los niveles de externalidad deseados.

Atendiendo a los efectos externos que genera el transporte son precisas políticas de precios e impuestos que aseguren la asignación correcta del tráfico entre medios de transporte y garanticen unos niveles óptimos en relación a dichos efectos. No obstante, dadas las dificultades para diseñar estos precios deberá complementarse con regulaciones de carácter cualitativo que impongan determinados estándares al transporte por carretera e incluso, en casos extremos, puede ser necesario acudir a medidas restrictivas. A nivel internacional existe la presión de países como Suiza y Austria que han impuesto restricciones más duras para el tráfico de carreteras.

f) Administración pública.

844. Los cambios previstos en relación al transporte de mercancías afectan al papel que las Administraciones deberán o podrán jugar en el mercado. Los procesos de liberalización suponen una mayor importancia de ciertos factores de competitividad, los cuales pueden ser escasos en algunas empresas. Por ello, es conveniente que las Administraciones dirijan ayudas a potenciar dichos factores: nivel de formación, capacidad de gestión, informatización de las empresas, establecimiento de redes comerciales y desarrollo de nuevos servicios.

Adicionalmente, el impulso de ciertas inversiones en infraestructura favorecería la eficiencia y/o calidad del sector. Entre otras, se señalan las mejoras en la red viaria y en las áreas de servicio y las Centrales Integradas de Mercancías, que facilitan las labores de grupaje, clasificación y distribución.

845. De las experiencias observadas se desprende que **las Administraciones deben seguir interviniendo en el mercado para corregir los efectos externos:** nivel de seguridad y efectos medioambientales. Asimismo, **la competencia genera efectos en el comportamiento de los agentes económicos que merecen un**

seguimiento y atención periódica e incluso algún tipo de corrección; entre estos efectos cabe señalar el riesgo de inestabilidad en el mercado y la posibilidad de comportamientos no competitivos en la carga fraccionada. Una vez que se abandona el control cuantitativo del mercado el énfasis debe ponerse sobre la regulación cualitativa. A la Administración le corresponde también fomentar la asignación correcta entre medios de transporte alternativos.

846. Las Administraciones controlan los mercados a través de la concesiones de licencias o autorizaciones, para cuya obtención el solicitante debe cumplir con una serie de objetivos referidos a su propia persona y capacidad financiera, al mantenimiento de los vehículos, características del centro de operaciones y otras instalaciones susceptibles de generar externalidades y compromiso de cumplir con la normativa vigente en materia de seguridad. Los requisitos dependen de las características del transporte y el nivel de facturación de las mismas.

847. Los cambios en los papeles de las Administraciones exigen un nivel de información sobre distintas variables, no disponibles en estos momentos. El transporte de mercancías por carretera es un sector que mantiene un elevado grado de opacidad y la información oficial es escasa.⁶²⁸

G) Consideraciones finales.

848. La evidencia presentada para distintos países sugiere que **los beneficios de la desregulación superan sus desventajas.** De la liberalización se espera una **reducción de los costes y un aumento de la eficiencia,** cuya magnitud depende de la severidad de la regulación y de las características del mercado.

Se prevén beneficios positivos derivados de un aumento de los *ratios* de productividad al eliminar las ineficiencias generadas por la propia regulación. En segundo lugar, **la liberalización facilitará los cambios en las estrategias** de las empresas dotándolas de una mayor flexibilidad para adaptarse a las nuevas exigencias de la demanda. Es previsible un **aumento del grado de concentración** en los segmentos de carga fraccionada y transporte internacional.

849. La supresión de la contingentación de la entrada da lugar a nuevas entradas y a un aumento de la competencia que tiene consecuencias negativas sobre las empresas existentes durante un período transitorio. La mayor competencia en el mercado ejercerá una presión a la baja sobre los precios. Sin embargo, no cabe esperar grandes reducciones ya que la posibilidad de disminuir los costes de explotación es moderada.

850. La reorganización del sector debe permitir **aumentos en la eficiencia que repercutan en una mejora de la calidad, innovaciones en el servicio y una mayor diversidad en los contratos y tarifas acordados.**

⁶²⁸ Hay datos que son aconsejables las administraciones dispongan: la evolución y características de la demanda, volumen de transporte, tipo de producto, distancias recorridas y su distribución en el territorio. Información que permita no sólo estimar los cambios en la demanda sino también sus características, el cálculo de los principales *ratios* de productividad y la estructura de los costes y la rentabilidad de los distintos segmentos de mercado. Sin embargo, las empresas se reservan suministrar este tipo de datos. Ibidem. p. 251.

851. **La liberalización cuantitativa del mercado no implica que éste deba funcionar sin ninguna regulación.** La necesidad de intervención se deriva de los efectos externos negativos que genera el transporte de mercancías por carretera en relación a los costes medioambientales y a la seguridad vial. La Administración deberá cambiar su papel regulador atendiendo a las nuevas necesidades.

3. Infraestructuras en el transporte terrestre por carretera.

A) Infraestructuras de transporte en general.

852. La dotación de infraestructuras siempre ha ocupado un papel protagonista entre los factores determinantes del crecimiento económico. De hecho, tradicionalmente se ha defendido como instrumento determinante del desarrollo de un país en general, y en particular, de cada una de sus regiones.⁶²⁹ ⁶³⁰ Las infraestructuras de transporte **son la parte del sector transporte que pertenece al sector público de la economía**, y en la mayoría de los países constituyen además la parte más importante del transporte público.⁶³¹ Además, las infraestructuras de transporte son una importante fuente de ingresos para la mayoría de los gobiernos.

853. Por otro lado, otra característica de las infraestructuras, y en específico las relativas a transporte por carretera y por ferrocarril, es que han constituido, con pocas excepciones, **actividades fuertemente subvencionadas.**

854. La economía se beneficia de las infraestructuras públicas de diversas maneras. En primer lugar, durante la realización de los proyectos ligados a las mismas y, especialmente, durante su operación. De manera relevante se ven beneficiados los usuarios del *stock* de capital público, sean éstos individuos que utilizan los servicios de las infraestructuras o empresas, es decir, las infraestructuras vienen a satisfacer numerosas necesidades del conjunto de agentes de la economía por lo que los importes destinados a su realización adquieren un volumen considerable, generalmente bajo la iniciativa del sector público, pues son frecuentes los casos de "fallo de mercado" en esta materia, o bajo su estrecha regulación.

855. El uso de las infraestructuras públicas por parte de las empresas, en general, aumentará la productividad de sus propios factores productivos (capital y trabajo). Respecto a las economías territoriales, locales y regionales, las infraestructuras de transportes constituyen elementos vitales para su desarrollo e interrelación con otros centros de actividad más o menos distantes.

⁶²⁹ La inversión en infraestructuras se ha defendido tradicionalmente como instrumento esencial al servicio del desarrollo económico de un país o de una región. En esta línea cabe otorgar un papel protagonista al nivel de infraestructuras en la competitividad económica. MORENO MORENO, Ma. Carmen y DE PABLOS ESCOBAR, Laura. *Infraestructuras del transporte terrestre y competitividad*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Documento de trabajo 9710. 1997. p. 1 - 3.

⁶³⁰ Existe un consenso considerable por parte de los economistas en torno a esta opinión.

⁶³¹ OWEN JANSSON, Jan. Teoría y práctica de la tarificación de infraestructuras de transporte y del transporte público. /en/ DE RUS, Ginés y NASH, Chris. *Desarrollos recientes en la Economía del transporte*. Madrid. Ed. Civitas. 1998. p. 133.

856. Las infraestructuras de transporte por carretera, permiten una conexión virtualmente continua del territorio con las redes que constituyen y poseen por lo tanto gran capilaridad. La característica de red es lo que hace de las infraestructuras de transporte especialmente productivas.⁶³²

857. Las infraestructuras de transporte se caracterizan por la presencia de elementos fijos e indivisibles cuya construcción y puesta en funcionamiento requiere, por lo general, de una inversión elevada.⁶³³ Ello conlleva que sea necesario analizar su **papel dentro del sistema de transporte** de acuerdo con dos grandes dimensiones. La primera, vinculada a las **limitaciones de capacidad**, es cómo se toman las decisiones de inversión⁶³⁴ y financiación, teniendo en cuenta los diferentes grados de implicación en tales decisiones del sector público y del sector privado. La segunda es su posible **carácter de monopolio y la necesidad de regulación económica** que esta situación puede conllevar. Estas dos dimensiones resultan muy importantes debido al fuerte impacto de las políticas de infraestructura en las redes de transporte.

B) Monopolio natural y competencia.

858. En el pasado reciente, ha sido frecuente etiquetar como **monopolio natural** la mayor parte de las **infraestructuras** de transporte con el fin de justificar la eliminación de la competencia por imperativo legal. Así **se protegía** de empresas rivales **a monopolios**, generalmente de propiedad pública, que recurrían con frecuencia a los presupuestos del Estado para financiar tanto las obligaciones de servicio público (atender a los usuarios menos rentables por motivos de equidad, por ejemplo), como las ineficiencias derivadas de su alejamiento de la presión competitiva del mercado.

859. En las infraestructuras, durante los últimos años se ha ido abriendo paso en la Economía del Transporte, la necesidad de **distinguir** entre los **elementos fijos de la misma (infraestructura en sentido estricto)**, y el resto (**superestructura**). Por ejemplo, en el caso de un puerto, esta clasificación permite separar, por un lado, entre rompe olas, diques y red viaria del puerto, y por otro, las grúas, almacenes, equipos móviles de carga y descarga, avituallamiento, etc. **La naturaleza económica de cada uno de estos dos grupos de factores difiere con respecto al grado de competencia que es posible y aconsejable introducir en su provisión y explotación.** Ésta depende de la importancia de la integración técnica de la actividad considerada y de la oportunidad de operar con una única empresa.

860. En general **siempre es deseable introducir competencia**, ya sea *en* el mercado o bien *por* el mercado. La primera consiste en **libertad de entrada y**

⁶³² HERCE, José A. y SOSVILLA RIVERO, Simón. *Efectos económicos de las inversiones ferroviarias en España en el periodo 1991-2007*. Madrid. Documento de trabajo 2002-25. FEDEA. 2002. p. 2.

⁶³³ Sin embargo, todas ellas tienen algunos elementos económicos específicos que deben analizarse por separado (carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos).

⁶³⁴ Las inversiones carreteras y ferroviarias forman parte apreciable de los planes de infraestructuras en cualquier país avanzado. Se materializan en una mayor y mejor dotación de infraestructuras de este tipo que, a su vez, forman parte del *stock* de capital público de un país, región, etc. Ibidem.

salida y determinación de precios y calidad de servicios por la interacción de la oferta y la demanda, aunque es posible cierta intervención que establezca estándares de calidad, por ejemplo, sin alterar la esencia del mecanismo competitivo.

La segunda consiste en **competir por el derecho a ser el único oferente**. Se trata de un concurso público mediante el cual las empresas interesadas hacen sus ofertas y el Estado decide, de acuerdo con criterios previamente establecidos y anunciados, quién es el mejor oferente. La competencia se establece únicamente *ex ante*, ya que una vez adjudicado el concurso una sola empresa operará en la industria, de acuerdo con las bases del concurso.

861. En el caso de las infraestructuras de transporte se ha puesto de manifiesto que incluso aunque haya ventajas significativas por tener una sola empresa (es decir, la actividad es un monopolio natural), **no hay por qué recurrir necesariamente a la solución tradicional de eliminar la competencia.**⁶³⁵

862. En estas circunstancias, **dos nuevas vías de regulación** han sido abundantemente utilizadas. En primer lugar, resulta a veces posible proceder a la llamada **desintegración vertical**, que consiste en la separación entre la infraestructura y la superestructura de transporte. Por ejemplo, en el caso de los ferrocarriles, esto implicaría separar las vías férreas y las estaciones, por un lado, y los propios servicios de transporte prestados con el material rodante. Un ejemplo extremo de este proceso se encuentra en la reforma de *British Rail* en 1984 en el Reino Unido. De una sola empresa ferroviaria, integrada verticalmente, se ha pasado a más de cincuenta empresas diferentes, con funciones bien delimitadas: explotación de la infraestructura, prestación de servicios de carga o de pasaje, alquiler de vagones y locomotoras, mantenimiento, etc. Este proceso -utilizado conjuntamente en algunas infraestructuras con desintegración horizontal o geográfica- ha ayudado a crear nuevas oportunidades para la oferta competitiva de servicios de transporte tradicionalmente considerados como monopolios naturales.

En segundo lugar, una vez que el problema se ha reducido a las actividades que son monopolio natural en sentido estricto, y se hallan actividades cuyo ahorro potencial de costes, procedente de la coordinación y la integración, es mayor que las ganancias derivadas de la introducción de competencia, resulta posible introducir **competencia por el mercado** a través de **concesiones o licencias por períodos limitados**. La provisión y explotación de la mayor parte de las infraestructuras de transporte camina actualmente por esta vía de evolución, caracterizada también por una creciente participación privada y en la que los aspectos económicos específicos de cada una de las infraestructuras, marcan las formas de organización y regulación en cada caso.

863. No obstante lo anterior, **no debe descuidarse** que tras los procesos de licitación de concesiones, **la empresa privada concesionaria** de un ferrocarril o una carretera **puede ejercer algunos poderes anticompetitivos**, no sólo discriminando injustificadamente entre los usuarios de sus servicios sino también

⁶³⁵ DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*. Op. Cit. p. 45.

desincentivando la producción económica o desviando el transporte a otro medio de un costo real superior. **Conviene entonces que los contratos de concesión restrinjan las posibilidades de que el concesionario aproveche dichos poderes en su propio beneficio** y en contra de los intereses de la comunidad, y que a la vez mantengan los incentivos para que eleve su eficiencia.

864. La desreglamentación de un mercado podría llevar a que un operador dominante, o un grupo de operadores, use su influencia o capacidad financiera para eliminar la competencia, lo que las leyes antimonopolios deben impedir. Sin embargo, a veces éstas deben reforzarse, por ejemplo, con la facultad de aplicar a los infractores medidas punitivas o disuasivas.

C) Características de las infraestructuras carreteras.

865. La existencia de sistemas de carreteras y autopistas complejas y en buenas condiciones es de vital importancia para el funcionamiento integral del sistema de transporte y el desarrollo de la sociedad que éste sustenta. La construcción, mantenimiento y operación de la red viaria presenta problemas económicos de interés como los desajustes de capacidad, los problemas de financiación, o la posibilidad de abuso de poder de dominio por parte de las empresas explotadoras. Por ello, al menos **cinco factores** deben considerarse cuando se analiza la importancia de las carreteras dentro del sistema de transporte.⁶³⁶

i) La adecuada relación entre la oferta y la demanda.

866. La búsqueda de la relación adecuada entre la oferta (de capacidad) y la demanda (de viajes) en las infraestructuras viarias constituye la principal característica económica de las carreteras, ya que de ella se derivan las demás. Las tasas de crecimiento de los ritmos de tráfico y el cambio en la distribución modal de transporte en beneficio de la carretera, han sido el origen de los **dos problemas viarios** que afectan a la mayoría de los países. El primero de ellos es la **constante presión para ampliar la capacidad de la red** a través de la construcción de nuevas carreteras y de la mejora de las existentes. Esto conlleva dificultades desde el punto de vista de la financiación y organización de la explotación, cuya solución supone una parte muy importante de la política de transporte de todos los países. El segundo problema es la **congestión y la existencia de otros costes externos** asociados al transporte por carretera, como los accidentes de tráfico ligados a insuficiencias de capacidad o a problemas de calidad de la infraestructura viaria. **Estos dos problemas afectan tanto a las decisiones de inversión y financiación como a la gestión eficiente del sistema viario.**

⁶³⁶ CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*. Op. Cit. p. 46.

ii) Las decisiones de inversión y financiación.

867. **El proceso completo de construir y explotar una carretera comprende varios tipos de decisiones:** en primer lugar, se planea su construcción; en segundo lugar, cómo se financia (incluyendo si los usuarios pagan por su utilización), y finalmente, quién la construye y explota.

En el conjunto de decisiones antes mencionadas, para la provisión de carreteras, **concurren responsabilidades públicas y privadas**, debiendo estar delimitadas cada una de ellas. Así, **la decisión de la provisión es siempre pública** con independencia del tipo de carretera del que se trate. Sin embargo, **la construcción es generalmente privada**, puesto que, aunque la carretera no esté concesionada a una empresa privada, en la actualidad raramente el sector público se involucra en la construcción de una obra de estas características. **En lo que respecta a la financiación, ésta depende de la naturaleza privada o pública de la explotación.** Como se observa en el cuadro que citamos al pie, cuando la construcción y explotación son privadas, la financiación también lo es. Por último, con respecto a los **peajes**, estos pueden adoptar la forma habitual o tratarse de peajes sombra (utilizados en el Reino Unido y otros países), en los que el Estado paga a la empresa explotadora (privada) en función del tráfico de vehículos.⁶³⁷

La incorporación del sector privado financiando, construyendo y explotando las carreteras, ha sido la vía que los gobiernos han encontrado para reducir la presión que la obra pública ejerce sobre unos presupuestos cada vez más ajustados.⁶³⁸

iii) La eficacia y eficiencia del sistema viario.

868. Otra de las características relevantes de las carreteras como infraestructura de transporte es que **la traslación al sector privado de responsabilidades en su construcción y explotación no garantiza que éstas proporcionen a la sociedad las asignaciones de recursos más eficientes posibles.** Ello se debe, fundamentalmente, a que los objetivos que los gobiernos persiguen cuando diseñan y explotan una red viaria, no tienen por qué coincidir con los de los agentes privados implicados en su construcción, mantenimiento y operación.

⁶³⁷ **Delimitación de responsabilidades en la provisión de carreteras:**

<i>Tipo de carretera</i>	<i>Decisión provisión</i>	<i>Construcción</i>	<i>Financiación</i>	<i>Pago usuario</i>	<i>Explotación</i>
Libre	Pública	Privada*	Pública	No	Pública
Peaje (privado)	Pública	Privada	Privada	Sí	Privada
Peaje (público)	Pública	Privada*	Pública	Sí	Pública
Peaje (sombra)	Pública	Privada	Privada	No	Privada

Fuente: DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*. Madrid. Ed. Síntesis. 2001. p. 47

⁶³⁸ De los más de 50.000 kilómetros de carreteras de gran capacidad existentes en Europa, el 33% está sometido a regímenes de concesión. Esto no significa que el sector privado explote un tercio de las autopistas, puesto que un 73% de los kilómetros concesionarios corresponden a empresas públicas. En la Unión Europea, la proporción de carreteras concesionadas varía entre países, siendo España, Francia e Italia quienes utilizan en mayor medida el sistema concesional. En España, por ejemplo, están concesionados el 27,5% del total de vías de gran capacidad, y el 82% de los kilómetros concesionados los explotan empresas privadas. *Ibidem*. p. 47.

Desde el punto de vista de la economía pública, a una red de carreteras se le exige que realice con eficacia su **función de conectar la multitud de puntos de actividad del territorio**. Se trata de garantizar el desplazamiento de personas y bienes en condiciones razonables de calidad y seguridad. Sin embargo -y en esto sí que interviene el sector privado- **el sistema debe ser también eficiente, lo que tiene tres dimensiones**. **Primero**, la construcción, mantenimiento y operación de la red debe conseguirse al mínimo coste posible para unos estándares prefijados de calidad. **Segundo**, el uso de la red viaria debe tarificarse de manera que los precios reflejen los costes que los diferentes tipos de vehículos imponen a la red, permitiendo al mismo tiempo la adecuación entre capacidad y demanda que evite el racionamiento vía colas; y en caso de que así se requiera, la recuperación de los costes totales sin pérdidas innecesarias de desplazamientos realizados. **En tercer lugar**, la eficiencia requiere que el sistema se adapte a las necesidades de la sociedad a largo plazo, con mejoras y ampliaciones de capacidad que respeten las restricciones impuestas por la protección del medio ambiente.

iv) Las externalidades del sistema de carreteras.

869. Los objetivos descritos no coinciden necesariamente con los fines que persiguen los diferentes agentes sociales. Puede asumirse que **los gobiernos siempre desean tener carreteras adecuadas al mínimo coste y que su uso se realice de acuerdo con los principios de eficiencia económica**. Sin embargo, **la eficiencia no es el único objetivo de un gobierno** y puede afirmarse, incluso, que a menudo ésta es un objetivo de segundo orden si se compara con la importancia concedida a otros asuntos.

Los usuarios desean disponer de carreteras en buen estado, no congestionadas y de uso libre. En sus demandas ejercerán presión para que el Estado construya autopistas, con independencia de los flujos de tráfico y la viabilidad económica de los proyectos.

Por su parte, las empresas constructoras buscan la mayor rentabilidad posible para sus recursos. Para el sector privado que construye, mantiene y explota carreteras a través de concesiones, la búsqueda del mayor beneficio posible viene facilitada por asimetrías de información sobre demanda y costes. La producción y explotación pública directa podría ser una solución al problema del comportamiento del concesionario en estas condiciones; sin embargo, los tradicionales problemas asociados a la gestión pública de infraestructuras (ineficiencia en costes y mayores dificultades para aplicar los precios requeridos para el equilibrio financiero) son importantes en las carreteras y han dado lugar a un incremento en las formas de participación privada en las mismas.

v) La participación privada en las carreteras.

870. Como última característica económica relevante de las carreteras debe reconocerse que en la actualidad -aunque con diferentes matizaciones en cada país- **existe cierta desconfianza en el sector público como mejor productor y explotador directo de nuevas carreteras**.

La experiencia internacional muestra que es posible conseguir ahorros importantes con la participación privada en este sector, por lo que muchos países han considerado más razonable **especializar la función del gobierno en la regulación y en el control** de las condiciones en las que la iniciativa privada se involucra en esta actividad.

La firma de un contrato entre el Estado y la empresa es la forma habitualmente utilizada para incorporar al sector privado a la construcción y explotación de las carreteras. **El diseño de un contrato adecuado, que recoja con claridad las condiciones de explotación, precios, duración y la eventualidad de una renegociación o rescate, es fundamental para evitar tanto la conducta oportunista de la empresa como la del regulador público.** Ambas disfunciones acabarían elevando los peajes; bien indirectamente, al elevar el coste de capital, o simplemente imposibilitando la participación privada al crear un entorno demasiado arriesgado para los inversores.

En cuanto a los métodos de licitación del concurso, aunque en la experiencia internacional predomina la utilización del método del mínimo peaje, los problemas surgidos, principalmente, a partir de la incertidumbre que se genera con la predicción de la demanda, han dado lugar al desarrollo de nuevos sistemas cada vez más perfeccionados.

III. Transporte terrestre por ferrocarril.⁶³⁹

871. Los servicios transporte ferroviario, históricamente, y como es bien conocido, conservando su titularidad pública, han sido explotados indirectamente a través de la institución de la concesión administrativa, en régimen de exclusividad. Los procesos de ordenación del ferrocarril se han caracterizado por su connotación existente (a menudo política), en cada momento, de lo público o de lo privado.⁶⁴⁰

El sector ferroviario, que en sus orígenes se correspondió con un claro acento de la iniciativa privada, dentro de una concepción del Estado liberal, ha pasado, pues, en sus más de 150 años de historia, por distintas idas y venidas en relación con esta consideración, que ha venido conformando **el esquema de la competencia del sector** hasta nuestros días.

872. Así, junto con las ideas iniciales de un sector contemplado como **servicio público, animado tanto en la construcción de infraestructuras, como en la explotación de los servicios a través de la iniciativa privada**, por medio de concesiones administrativas otorgadas en **exclusiva** a estos efectos, han venido confluyendo regímenes muy distintos de carácter mixto, en los que el Estado participaba junto con la iniciativa privada en la construcción y diseño de las infraestructuras, manteniéndose la explotación de los servicios por medio de

⁶³⁹ En este tema se analizan conjuntamente los servicios e infraestructuras ferroviarias.

⁶⁴⁰ Esta dualidad ha tenido una u otra efectividad, en función del desarrollo general de la economía, por cuanto que a períodos de mayor auge se corresponde una más acusada participación presupuestaria estatal, en tanto que a los de crisis, una ordenación más relevante de los capitales privados. CASCALES MORENO, Fernando José. *El Derecho de la competencia interno y comunitario, de aplicación al transporte terrestre*. Op. Cit. p. 34.

empresas privadas, e incluso de configuración radicalmente liberalizadora, que contemplaron al ferrocarril como una industria más (no como servicio público), que habría de caer totalmente dentro del campo de la iniciativa privada, no correspondiendo al Estado facultad alguna sobre el mismo.

873. **El fracaso** de esos regímenes, seguramente, **se debió a una concepción económica del ferrocarril equivocada, pues la rentabilidad de las inversiones ferroviarias no puede calcularse en función de la inversión inicial en relación con un plazo concesional**, ya que los progresos tecnológicos que desde el inicio han afectado positivamente al ferrocarril, requieren de fuertes y constantes inversiones, siendo esta la principal razón de la situación de quiebra de las compañías privadas ferroviarias.

874. Es por esta razón de crisis generalizada de las compañías ferroviarias privadas, así como en algunos países por la necesidad de reducir la dependencia de este sector de capitales extranjeros, que se produjeron **importantes intervenciones (de rescate generalmente)** en el ferrocarril por parte del Estado, asumiendo este su gestión. El factor que puede hacerse extensivo en la mayoría de los países, en los que se concretaron procesos de nacionalización, ha sido el relativo al desequilibrio económico del sector.⁶⁴¹

875. La industria ferroviaria evolucionó durante el siglo XIX casi exclusivamente a partir de compañías privadas que se consolidaron o fusionaron a lo largo del tiempo. En la mayoría de los países, los gobiernos nacionales o locales se hicieron cargo finalmente de los ferrocarriles, y se los trató como **servicios públicos**.⁶⁴² De esta forma, manteniéndose su carácter público, en la mayoría de los países los ferrocarriles han estado **inmersos en situaciones de absoluto monopolio**, por haberse reservado el Estado *ex lege*, la gestión directa de este medio de transporte.

876. No obstante lo anterior, desde fines de los años setenta a fines de los noventa, han habido **cambios** en cuanto a la distribución de operaciones en el transporte ferroviario, entre los **sectores público y privado**. Se estima que en pocos años, sólo en países donde el transporte ferroviario es de poca importancia, seguirá siendo el sector estatal el que opere los trenes.⁶⁴³ Generalmente, las vías férreas (infraestructura) han continuado siendo propiedad del Estado,⁶⁴⁴ pero la operación ferroviaria esta pasando a manos de concesionarios privados.

⁶⁴¹ Pues bien, puede afirmarse que estas mismas razones económicas son las que aún hoy en día lógicamente limitan una apertura más amplia y más rápida del sector ferroviario. Ibidem.

⁶⁴² Una excepción importante fue Estados Unidos, donde la casi totalidad con excepción de unos pocos transportistas ferroviarios de carga pequeños, sigue permaneciendo en el sector privado, en tanto que los transportistas de pasajeros son entidades públicas fuertemente subsidiadas por sus gobiernos nacionales patrocinantes. MOLITORIS, Jolene. El alcance mundial del transporte por ferrocarril. /en/ *Perspectivas Económicas. El Transporte Internacional Impulsa la Economía Mundial*. Periódico electrónico del Departamento de Estado de Estados Unidos. Volumen 5, Número 3, octubre de 2000. p. 20

⁶⁴³ En América latina es el caso de países como Paraguay, Uruguay y Venezuela.

⁶⁴⁴ En el mundo hay dos países donde todos los trenes de las redes principales corren por cuenta de empresas privadas: Gran Bretaña y Bolivia. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 152.

877. Así, en la actualidad las **políticas** aplicables a este sector están teniendo una **matiz liberalizadora**, que consideramos es acertada y esperanzadora, **que aunque la apertura en este medio de transporte es difícil y compleja**, se adecua a la realidad conociendo hoy los errores producidos en el pasado. Resultando necesarias estas políticas para revitalizar el funcionamiento del transporte ferroviario y permitir nuevas y progresivas metas según su fortalecimiento vaya constituyendo una realidad.

878. Resulta notorio que en esta nueva etapa la iniciativa privada está teniendo una importancia relevante, ya que la libertad en la prestación de estos servicios requiere de **empresas privadas interesadas**⁶⁴⁵, significándose que no puede dejarse de destacar la **importante novedad que a nivel general supone, respecto de la materia del Derecho de la competencia**, la efectividad de competencia entre distintas operadoras dentro de un mismo tráfico, extremo que es el que conlleva la verdadera competencia, y que va más allá de la histórica apertura a la iniciativa privada de ciertas clases de tráficos o servicios, pero en régimen de explotación en exclusiva, lo que mejorará la gestión de las operadoras y redundará en la calidad de los servicios.

1. Algunos aspectos que denotan la importancia del transporte ferroviario.

879. Los ferrocarriles transportan con eficiencia enormes cantidades de bienes y gran número de pasajeros, y sirven para complementar los modos de transporte por agua, tierra y aire. Más aún, la tecnología ferroviaria moderna ofrece la promesa de que los ferrocarriles sean aún más valiosos en el futuro, a medida que los usuarios de transporte en todo el mundo exijan más y más velocidad, confiabilidad, capacidad y eficiencia.

El rápido crecimiento del comercio mundial ha hecho cada vez más atractivo el transporte por ferrocarril, particularmente el transporte intermodal de carga, debido a las distancias más largas involucradas en el movimiento internacional y a las **ventajas de costo que los ferrocarriles ofrecen** sobre los camiones para estos recorridos más extensos. Mientras tanto, del lado del transporte de pasajeros, con el crecimiento impresionante de los viajes internacionales por aire, el aumento simultáneo de la congestión de carreteras y la disponibilidad creciente de servicios ferroviarios de alta velocidad, los ferrocarriles locales y interurbanos han adquirido mayor importancia como recolectores y distribuidores de viajes aéreos intercontinentales. Al mismo tiempo, se considera al ferrocarril de alta velocidad como posible sustituto del transporte aéreo de corta distancia, lo que dejaría libre en los aeropuertos capacidad para vuelos atender intercontinentales y otros de larga distancia.

⁶⁴⁵ En Estados Unidos, donde como antes mencionamos la casi totalidad del transporte de carga es gestionada por empresas privadas, las fusiones de empresas en este sector han denotado aumentos de productividad. En el resto del mundo, para que esto último ocurra se realizan esfuerzos a través de por lo menos privatizaciones parciales. MOLITORIS, Jolene. *El alcance mundial del transporte por ferrocarril*. Op. Cit. p. 23

A) Los ferrocarriles y el transporte internacional de carga intermodal.

880. Los ferrocarriles ya tienen alcance intercontinental, aunque sus vías se detengan a la orilla de los océanos. **Representan componentes importantes del sistema de transporte mundial de carga intermodal.** Los ferrocarriles pactan cada vez más alianzas comerciales con compañías marítimas y de camiones para proveer a sus clientes la combinación de modalidades más económicas. Los transportistas de carga cada vez más brindan estas funciones combinando combinaciones de servicios de transporte.

881. En Estados Unidos el transporte intermodal ya es de gran importancia, y dentro de este el tráfico de contenedores es un segmento de crecimiento muy rápido del negocio de transporte ferroviario de cargas. **Es innegable la ventaja adicional de usar una tripulación de dos maquinistas y sólo unas pocas unidades de locomotoras poderosas para transportar 200 contenedores** desde el puerto de Long Beach en California hasta la ciudad de Chicago, en Illinois, a unos 3.600 kilómetros de distancia, en comparación con 100 camioneros y los camiones para transportar 100 remolques dobles. Esa es la razón por la cual la mayor parte de las compañías de transporte por camión de Estados Unidos despachan sus remolques o contenedores por ferrocarril y usan sus camiones para recoger y entregar la carga.⁶⁴⁶

882. El movimiento de contenedores a través de las fronteras en América del Norte y Europa ha recibido un impulso adicional gracias al Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) y a la Unión Europea. En Europa, los miembros de la UE buscan armonizar los estándares de sus ferrocarriles para facilitar el movimiento de esos contenedores por ferrocarril.

883. Los gobiernos también reconocen el **beneficio público** que representa la **mejor seguridad y protección del ambiente** asociada con la promoción del transporte en contenedores, como una alternativa al transporte en camiones.⁶⁴⁷

B) Los ferrocarriles y el viaje aéreo internacional.

884. Los viajes intercontinentales se cuentan entre los segmentos de más rápido crecimiento de los viajes por aire, paralelamente con el aumento del ingreso disponible y del comercio mundial. Llegar y salir de los grandes aeropuertos en áreas de congestión de tráfico se va convirtiendo en un problema que podría limitar

⁶⁴⁶ Ibidem. p. 20.

⁶⁴⁷ La línea de Betuwe es uno de los proyectos prioritarios de la Unión Europea (proyecto adoptado por el Consejo Europeo de Essen en diciembre de 1994). Consiste en una línea para la circulación de mercancías entre Rotterdam y la frontera alemana. Este proyecto hace frente a un gran número de dificultades políticas y medioambientales y su construcción conlleva numerosas ventajas económicas. De acuerdo a un memorándum elaborado por la Unidad de Información y Comunicación de la DG de Energía y Transportes en 2003, el proyecto estará concluido por completo para 2010. Vía libre nº 382, diciembre de 1995 <http://www.vialibreffe.com/hemeroteca/382/revista/internacional2.htm>; Memorándum "Proyectos prioritarios para la red transeuropea de transportes de cara a 2020" (Informe del Grupo de Alto Nivel), de la Dirección General de Energía y Transportes. Comisión Europea. http://europa.eu.int/comm/ten/transport/revision/hlg/2003-06-30-memo_es.pdf

el crecimiento de la aviación y del comercio mundial. **Los responsables de los aeropuertos buscan una solución en el servicio ferroviario.**

Los principales aeropuertos construidos recientemente en ciudades asiáticas como Osaka y Hong Kong tienen, como parte del complejo, un nuevo vínculo ferroviario. En Europa, un número de aeropuertos existentes han sido vinculados por ferrocarril a los principales centros urbanos a los cuales sirven.⁶⁴⁸

En Estados Unidos, donde los aeropuertos son más ubicuos que en Europa o Asia, el uso del ferrocarril -e incluso del transporte público en general- para llegar hasta el terminal aéreo, es mucho menos común, aunque hay disponible algún tipo de acceso ferroviario en 13 aeropuertos.⁶⁴⁹

C) Ferrocarril de alta velocidad.

885. Las líneas ferroviarias de alta velocidad como el Tren de Gran Velocidad (TGV) en Francia, el InterCity Express (ICE) en Alemania y el servicio Acela en el nordeste de Estados Unidos, ya están conectadas con grandes aeropuertos, pero hay otra manera en que los trenes de alta velocidad pueden facilitar los viajes internacionales: por medio de la sustitución de viajes en avión por viajes en tren, incluso cuando el ferrocarril no sirve a un aeropuerto. En Europa el viaje en tren ya es el modo preferido de muchos viajes internacionales, y las líneas de alta velocidad le han permitido al ferrocarril retener o aumentar su porción del mercado en ciertos pares de ciudades, incluso mientras los viajes en avión aumentan en otras partes. Quizás los mejores ejemplos sean los servicios Eurostar entre París, Bruselas y Londres.

El ferrocarril de alta velocidad también facilita los viajes internacionales incluso cuando sirve pares de ciudades enteramente dentro de las fronteras de una nación, al atraer viajeros que, de otra manera, usarían aviones, liberando por lo tanto la capacidad de los aeropuertos para acomodar más vuelos internacionales. Esto es particularmente aplicable a América del Norte, donde las oportunidades de hacer viajes internacionales por tren son escasas. Un estudio reciente de la Administración Federal de Ferrocarriles de Estados Unidos determinó que si se construyen sistemas ferroviarios de alta velocidad en corredores entre ciudades, los beneficios para aquellos que no utilizan el ferrocarril resultaría de una disminución de la congestión en los aeropuertos.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ El uso de acceso ferroviario de pasajeros excede el 30% en Oslo, Ginebra, Munich y Zurich, y el 25% en Londres (Heathrow), Francfort y Amsterdam. En algunos casos, como París, Lyon y Francfort, hay disponibles vínculos ferroviarios no sólo con las líneas ferroviarias locales sino también con líneas interurbanas, algunas de ellas líneas de alta velocidad, que sirven a otras ciudades. MOLITORIS, Jolene. *El alcance mundial del transporte por ferrocarril*. Op. Cit. p. 21.

⁶⁴⁹ El Aeropuerto Nacional Ronald Reagan de Washington es el que presenta, con mucho, el empleo más elevado de ferrocarril subterráneo, con el 13%. Sin embargo, debido a la previsión de congestión futura, los organismos de aeropuertos y tránsito siguen planificando y construyendo vínculos ferroviarios, incluso los que se encuentran en construcción en San Francisco, California, y Newark, Nueva Jersey, y otro programado para Providence, Rhode Island. Ibidem.

⁶⁵⁰ Ibidem.

2. Características del transporte ferroviario.

886. Al igual que otras infraestructuras de transporte (carreteras, puertos, aeropuertos), los ferrocarriles comparten muchas de sus características y condicionantes. Sin embargo, salvo algunas excepciones, las empresas ferroviarias se han organizado habitualmente como **monopolios públicos verticalmente integrados en los que los servicios de transporte (de carga y de pasaje) se explotaban conjuntamente con la gestión de la infraestructura**. Esto hace que el transporte ferroviario pueda analizarse doblemente tanto desde la perspectiva de una infraestructura de transporte como de un servicio de transporte.

887. Existen varias características económicas que definen los principales aspectos del transporte por ferrocarril.⁶⁵¹ Estos elementos ilustran las peculiaridades propias de este sector, y constituyen de manera conjunta los principales factores que deben tenerse en cuenta en el análisis del papel del transporte por ferrocarril en el sistema de transporte.

i) La naturaleza multiproducto del transporte ferroviario.

888. Las compañías ferroviarias son **empresas multiproducto** que ofertan diferentes tipos de transporte, tanto de pasajeros como de bienes. **En el caso de las mercancías**, además del tradicional transporte a granel o de grandes volúmenes, las compañías ofrecen también trenes de carga completa, servicios postales y de paquetería, así como servicios de transporte intermodal. **En el caso de los pasajeros**, el transporte de larga distancia se ofrece juntamente con servicios de carácter urbano o local, regional, y en algunos casos, junto a trenes de alta velocidad.⁶⁵²

ii) Los costes del transporte ferroviario.

889. Se distinguen **cuatro grandes categorías de costes** en el transporte por ferrocarril⁶⁵³: **costes operativos**, que incluyen los costes de provisión de los

⁶⁵¹ De acuerdo con Button, citado en DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*. Op. Cit. p. 56.

⁶⁵² El carácter multiproducto de los ferrocarriles tiene diferentes implicaciones. Por ejemplo, la asignación de los costes entre los diferentes servicios resulta una tarea complicada. Muchos de los costes de los trenes de larga distancia (no sólo los relativos a la infraestructura sino también a algunos costes variables) son compartidos por diferentes tipos de tráfico. Además estos costes conjuntos coexisten con otros que son independientes del nivel de *output* ofertado. Así, los costes comunes de mantenimiento del sistema de señalización de una determinada línea no se modifican ante variaciones en la proporción del tráfico de los diferentes servicios. Si bien algunos elementos del coste pueden ser asignados a un tráfico en particular (como el de pasajeros), muchos de ellos no pueden serlo (costes de energía, trabajo, etc.) Por tanto, la interdependencia entre los diversos costes requiere que las decisiones sobre precios y servicios sean simultáneas, lo cual hace que en la práctica cualquier tarea de regulación sea todavía mucho más compleja. Otro elemento importante derivado del carácter multiproducto del transporte ferroviario es el análisis de la llamada *subaditividad* de la función de costes de una compañía. Una función de costes es *subaditiva* cuando la oferta de diferentes servicios por una única empresa es más eficiente (es decir, se ofrece a un menor coste) que si dichos servicios fuesen ofertados por dos o más empresas. Este concepto permite discutir si es más eficiente una única entidad que integre tanto la infraestructura como los servicios, o bien disponer de dos entidades diferentes, que oferten la infraestructura y los servicios de manera separada. Esta segunda opción es la más aceptada en la actualidad. Ibidem. p. 57.

⁶⁵³ Siguiendo a Waters, citado por Ginés de Rus y Javier Campos. Ibidem.

servicios ferroviarios (energía, mano de obra, mantenimiento y amortización del material de transporte); **costes derivados** de la infraestructura viaria y de los sistemas de señalización (que incluyen los costes de funcionamiento, mantenimiento y depreciación de las infraestructuras); **costes derivados** de las estaciones y terminales; y **costes administrativos**.⁶⁵⁴

iii) La infraestructura ferroviaria.

890. A pesar de existir competencia limitada entre compañías rivales a comienzos del siglo XIX en Europa, y de una forma más duradera en Estados Unidos, se reconoce generalmente que el transporte por ferrocarril es un **monopolio natural**. La razón más importante que lo justifica son los **elevados costes fijos de la infraestructura**. Incluso un nivel mínimo de servicio en un trayecto requiere la existencia de una vía, con todos los trabajos inherentes a ello, como movimientos de tierras, nivelación, tendido, etc., y los servicios de todo tipo. Conforme crece el tráfico, se hacen necesarias nuevas mejoras, tales como vías de cruce adicionales, aumento de la señalización y estaciones o terminales mayores.⁶⁵⁵

Sin duda lo anterior, es la razón principal por la que los estudios de costes de los ferrocarriles revelan economías crecientes con la densidad de tráfico. Además, el alto nivel de costes irre recuperables en la infraestructura ferroviaria parecen convertir al transporte por ferrocarril en un **mercado no impugnabile**. Sin embargo, esta opinión ha sido rebatida recientemente.⁶⁵⁶ Se argumenta que la causa básica del monopolio natural del ferrocarril reside únicamente en la infraestructura, y que no existe razón alguna por la que la provisión de servicios sobre esta infraestructura no pueda ser suministrada por compañías ajenas al monopolio en un contexto competitivo o al menos *impugnabile*.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Los costes operativos para las compañías suponen el mayor porcentaje del total, seguidos de los de la infraestructura viaria y la señalización. La asignación de todos estos costes entre los múltiples *inputs* y *outputs* de una compañía ferroviaria es una tarea compleja y a menudo dicha tarea se caracteriza por un elevado grado de arbitrariedad.

⁶⁵⁵ En la actualidad las implementaciones de vías doble, que ha dado lugar a separar las circulaciones de los trenes en dos direcciones, alcanza importantes economías de escala, consiguiéndose multiplicar por cuatro la capacidad del sistema por menos del doble del coste iniciado.

⁶⁵⁶ STARKIE, D. Privatization without fears. *Economic Affairs*. 1984. *apud.* NASH, Christopher. La política ferroviaria en la Comunidad Europea. /en/ DE RUS, Ginés. *Economía y política del transporte: España y Europa*. Madrid. Ed. Civitas. 1992. p. 98. Por su parte, D. Ginés de Rus y D. Javier Campos, también señalan que, al igual que en el caso de puertos y aeropuertos, el concepto de monopolio natural ha sido revisado ampliamente a partir de la introducción de nuevas ideas dentro del análisis económico. La aparición de la teoría de los *mercados atacables* contribuyó a establecer una definición más precisa del monopolio natural, limitando éste a los casos en los que la función de costes fuese *subaditiva*. Esto implica que la duplicación de la infraestructura ferroviaria es por lo general ineficiente (y por tanto que se caracteriza como un monopolio natural); si bien, una vez la red viaria ha sido implementada, el coste de operativo de los diferentes servicios y trenes puede ser ofertado eficientemente por más de una empresa. DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*. Op. Cit. p. 56 y 57.

⁶⁵⁷ Sin embargo, parece que hay economías de escala tanto en la provisión de servicios como en la infraestructura. Por ejemplo, incrementos en los niveles de tráfico permiten la explotación con trenes más largos y con mayores cargas, servicios más frecuentes, trenes directos sin necesidad de transbordo y con mayor número de destinos, etc. Así, se ha encontrado que la mayor parte de las economías por densidad del tráfico tienen su origen en la explotación más que en la infraestructura. NASH, Christopher. *La política ferroviaria en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 98.

iv) *La indivisibilidad de la oferta ferroviaria.*

891. Aunque la posibilidad de separación vertical entre la infraestructura y los servicios disminuye algunos de los problemas asociados al monopolio natural, **la industria ferroviaria se caracteriza por ser intensiva en capital y presentar indivisibilidades**. Las unidades de capital (material de transporte, vías y estaciones) sólo pueden modificarse en variaciones discretas o indivisibles (la adición de un nuevo tren o vagón, por ejemplo).

Por el contrario, la demanda varía en unidades mucho más pequeñas. Por tanto, incrementos (reducciones) en la oferta pueden exceder los aumentos (disminuciones) de la demanda, provocando problemas de exceso de capacidad. Otra implicación de las indivisibilidades de los activos ferroviarios consiste en que los proyectos de innovación y mejora de la infraestructura son en muchos casos aplazados, y únicamente se llevan a cabo en pequeñas y discretas variaciones.

Las empresas **raramente cambian la estructura completa** de su red, la cual en, muchos países refleja las condiciones del pasado, cuando las condiciones del tráfico eran radicalmente distintas a las actuales. De este modo, es habitual que se opte por renovaciones parciales que habitualmente introducen asimetrías técnicas dentro de un país o una región, que acaban acentuando el problema de las indivisibilidades y de las inflexibilidades.

v) *El transporte ferroviario como servicio público.*

892. El concepto del transporte por ferrocarril como un **servicio de carácter público y social**, independiente de su rentabilidad, no se basa en razones históricas y de organización ni en las características técnicas del propio transporte. Sin embargo, este aspecto crucial de la industria ha determinado la organización de la misma y su evolución durante los últimos cien años.

El bajo nivel de resistencia de las ruedas sobre las vías hizo que este medio de transporte fuera altamente eficiente en el gasto de energía y particularmente barato. Esto permitió que, a partir de los primeros años de la revolución industrial, los ferrocarriles crecieran rápidamente como el primer medio de transporte de masas, sobre todo en el caso del tráfico de pasajeros. Razones de carácter militar e industrial permitieron que en muchos países se impusiera alguna forma de **intervención pública**.

El control público sobre el ferrocarril vino acompañado de **obligaciones de servicio público**, definidas como el servicio obligatorio de determinadas rutas (a veces no rentables económicamente), horarios específicos o la cobertura a determinados productos o áreas estratégicas. La razón última de este control, que todavía permanece en nuestros días, es que el ferrocarril se considera como un mecanismo integrador que elimina barreras geográficas en ciertas áreas, ayuda al desarrollo económico de las zonas más desfavorecidas, e incluso supone una garantía de transporte para segmentos particulares de la población.

vi) *Las externalidades en el sistema de transporte.*

893. La consideración del transporte ferroviario como un servicio público se justifica a menudo con el argumento de que se trata de una industria caracterizada por un volumen de externalidades negativas claramente inferior al de otros medios de transporte, principalmente la carretera.

Existe una abundante literatura empírica que demuestra que bajo condiciones de elevada demanda, los costes externos derivados de la congestión, accidentes e impacto ambiental (ruido, impacto visual, polución, etc.) podrían reducirse significativamente mediante la transferencia de una parte relevante del tráfico de carreteras al tráfico ferroviario.

La actual distribución del tráfico terrestre, claramente favorable a la carretera, se explica parcialmente por el hecho de que los usuarios de ésta no internalizan completamente los costes sociales que provocan. Muchos economistas sugieren la imposición de tasas por congestión o polución que tengan en cuenta este efecto.⁶⁵⁸ Sin embargo, cuando estos mecanismos no son factibles o políticamente viables, puede ser recomendable una disminución en las tarifas ferroviarias con el objeto de mejorar la distribución intermodal del tráfico en términos sociales.

894. El análisis conjunto de estas características del transporte ferroviario sugiere que su estudio dentro del sistema de transporte debe realizarse dentro de un marco general en el que se tengan en cuenta no sólo sus características técnicas y organizativas como infraestructura de transporte, sino también su **carácter como servicio**, afectado por tanto por los procesos de liberalización y desregulación.

3. Control y reglamentación de los servicios ferroviarios.

895. La llegada de los ferrocarriles mejoró de manera muy importante la accesibilidad de las personas a los lugares donde quisieran ir y redujo considerablemente los costos del transporte de bienes. Aunque las empresas ferroviarias cobraban tarifas monopólicas, los precios del transporte ferroviario todavía eran inferiores a los que regían antes, de modo que en los primeros días la regulación no se orientó hacia las materias económicas.

896. Luego se empezó a olvidar cómo era el mundo antes del arribo de las empresas ferroviarias y a tomar conciencia de que a veces éstas actuaban de manera monopólica o discriminatoria, lo que motivó la aplicación de una reglamentación económica.

897. Lo anterior, ocurrió a nivel nacional en los Estados Unidos en 1887, con el establecimiento de la Comisión Interestatal de Comercio, cuyos poderes se

⁶⁵⁸ Se ha observado que las cuotas de mercado en pasajeros transportados por ferrocarril han descendido. Como en varios países desarrollados, la razón de este descenso relativo es debido a la explosión de viajes en coche derivados del incremento del coche propio. En el mercado de mercancías ha sucedido algo similar, que de nuevo, gran parte de este descenso se debió a la espectacular expansión del desplazamiento de mercancías por carretera, pero también fue debido al aumento de las mercancías transportadas por otros medios. NASH, Chris y PRESTON, John. El transporte por ferrocarril en Europa y el futuro de RENFE. /en/ HERCE A. José y DE RUS, Ginés. *La regulación de los transportes en España*. Madrid. Ed. Civitas. 1996. p. 282.

ampliaron en 1935 al transporte carretero de pasajeros y de carga. Esta ampliación se debió en parte a la influencia de las empresas ferroviarias, que presionaron para que el transporte camionero no tuviera mayores libertades comerciales que ellas.

898. En el Reino Unido, el Parlamento comenzó a interesarse en la reglamentación de los ferrocarriles mucho antes, en 1835, y al llegar a 1914 éstos probablemente eran la **actividad económica más reglamentada en ese país**.⁶⁵⁹ Hay que decir que, las características del transporte ferroviario condujeron a cierto grado de homogeneidad en los métodos de reglamentación y control del transporte ferroviario en la mayoría de los países.

899. Generalmente, se consideraba que el poder monopolístico exigía la regulación de los precios de los servicios ferroviarios y la obligación para las empresas de transporte de realizar cualquier tráfico que les fuera demandado a dichos precios. El cierre de servicios de pasajeros requería la aprobación gubernamental, que era frecuentemente denegada, exigiendo la compensación de los servicios que producían pérdidas por otros rentables.

900. **La competencia fue también reglamentada** siendo la protección del tráfico ferroviario un factor importante en la reglamentación del tráfico de pasajeros y mercancías por carretera. No obstante, en la mayoría de los países **los ferrocarriles incurrieron en déficit** a lo largo de los años sesenta y setenta. Al mismo tiempo, como características típicas, los ferrocarriles tenían una serie de **obligaciones en materia social** con su plantilla, sobre derechos pasivos heredados de los días del pasado en que el ferrocarril tenía un número de trabajadores mucho mayor, la imposibilidad de acuerdos de reducción de empleo, etc. Para completar el cuadro, en algunos países las compañías ferroviarias fueron forzadas a financiar su déficit mediante el recurso al **endeudamiento**, con la consiguiente posterior acumulación de dificultades financieras, hasta que en algunos casos⁶⁶⁰ los balances de las compañías ferroviarias perdieron todo parecido con la realidad.

901. Así, posteriormente se optó por **reorganizar a los ferrocarriles como entidades mercantiles autónomas**⁶⁶¹, con balances realistas independientes, con un mínimo de obligaciones de servicio público, pero con una apropiada contraprestación económica cuando tales contraprestaciones fuesen atendidas y se ha tratado que los gobiernos no interfieran en los mecanismos del mercado dando subvenciones, excepto bajo condiciones específicas.

⁶⁵⁹ DYOS, H y ALDCROFT, D. British transport: an economic survey from the seventeenth century to the twentieth. Harmondsworth. U.K. Penguin Books. 1969. *apud*. THOMSON, Ian. *La evolución del papel del Estado en la regulación del transporte terrestre*. Op. Cit. p. 156.

⁶⁶⁰ Por ejemplo en la República Federal de Alemania.

⁶⁶¹ En algunos países estaban dirigidos directamente por departamentos del Gobierno.

4. Reformas en el sector.

902. En la mayoría de los países se están considerando realizar reformas en los ferrocarriles. En parte, esto es debido a su **decepcionante funcionamiento** en términos de atracción de cuota de mercado y sus déficit cíclicos. De cualquier modo, la popularidad de las reformas del ferrocarril pueden ser también atribuida a la nueva perspectiva de la economía de los ferrocarriles. Tradicionalmente **la industria del ferrocarril ha sido vista como un monopolio natural**, que ha requerido subsidios del Gobierno. **Una revisión de la economía del ferrocarril critica este punto de vista tradicional sobre tres bases diferentes:**⁶⁶²

i) Aunque la provisión y uso de la infraestructura ferroviaria pueda considerarse un monopolio natural⁶⁶³, se argumenta que los operadores ferroviarios tienen costes constantes. Las implicaciones para la política ferroviaria, de esta revisión, son que la operación y las infraestructuras serían separables y la operación puede, si se desea, ser fragmentada entre algunas compañías.

ii) Aún si la operación ferroviaria, en un país en particular, es ofertada por una única empresa, resultará una solución competitiva si la industria es perfectamente *impugnable*. Los principales supuestos para que esto sea cierto son que la entrada a la industria sea a bajo coste (en la práctica, puede haber problemas respecto al acceso al material rodante y al personal capacitado), y sean posibles entradas del tipo *hit-and-run* (los establecidos no pueden reaccionar rápidamente a la entrada).

Si estos supuestos se mantienen, entonces la competencia potencial, de otros operadores ferroviarios, de otros modos de transporte o de otros productos y actividades, asegurará precios competitivos. Como resultado, **se argumenta que las regulaciones que limitan la entrada al mercado ferroviario deberían ser eliminadas y fomentadas las políticas de acceso libre.**

iii) Se ha argumentado que las empresas públicas altamente subsidiadas son intrínsecamente **ineficientes**. Como resultado, la privatización de ferrocarriles y la reducción de subsidios promoverán la eficiencia en costes.

Esta revisión de la economía de los ferrocarriles ha tenido lugar con especial intensidad en Gran Bretaña.

5. La privatización de los ferrocarriles británicos.

903. Tras su creación en 1948, *British Rail* era la empresa encargada de suministrar servicios de transporte de carga y de pasajeros -tanto interurbano como suburbano- en el Reino Unido. En las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el transporte ferroviario comenzó a perder cuota de mercado con respecto a otros modos alternativos, particularmente en los casos del transporte de mercancías y de viajeros de larga distancia y regionales.

⁶⁶² NASH, Chris y PRESTON, John. *El transporte por ferrocarril en Europa y el futuro de RENFE*. Op. Cit. p. 271.

⁶⁶³ Teniendo costes medios decrecientes.

904. Aunque el gobierno suprimió rutas poco rentables durante los años sesenta y modernizó tanto las vías como la maquinaria durante los setenta, *British Rail* continuó precisando de importantes subvenciones públicas para subsistir. Como solución a este problema, el gobierno británico optó finalmente por la privatización. El gobierno británico anunció su intención de privatizar los ferrocarriles a través de un Libro Blanco publicado en 1992 cuyas propuestas, con pequeñas modificaciones, se convirtieron en la *Railway Act* de 1993. Aunque las medidas contenidas en esta Ley comenzaron a ser aplicadas el 1 de abril de 1994 el proceso de privatización no culminó hasta el 31 de marzo de 1997, fecha en la que cesó de operar la empresa pública.

905. Las líneas básicas elegidas supusieron un enfoque pragmático en el que se conjugó el **deseo de introducir el máximo nivel de competencia posible** y el de disminuir los impactos producidos en la actividad. De esta manera, se creó un laboratorio donde se desarrolló un experimento ferroviario de gran envergadura, guiado por la **ideología del libre mercado**. A partir de 1994, *British Rail* fue dividida en aproximadamente unas setenta compañías diferentes, de las cuales las más importantes son las siguientes:

i) *Railtrack* es la empresa que posee y gestiona las infraestructuras (incluyendo el terreno y las estaciones) y señalización. Se autofinancia a través de las tarifas cobradas a los usuarios de las infraestructuras.⁶⁶⁴ En un principio, el capital de *Railtrack* pertenecía principalmente al Estado, todas sus acciones estaban en manos del Secretario de Estado. Dichas acciones fueron vendidas al sector privado en la primavera de 1996.⁶⁶⁵

ii) *Siete Operadores Privados de Carga* (FOC). Aunque muchos servicios de carga no eran rentables, se esperaba que al dividirlos en los grupos propuestos pudieran autofinanciarse, de manera que no fuera necesario subvencionarlos.

iii) Los servicios de pasajeros se dividieron en *25 Operadores de Trenes* (TOC), cada uno de los cuales se especializaría en una ruta determinada. Los contratos para prestar estos servicios (por un mínimo de 12 años) se conceden bajo un sistema de licitación pública competitiva, considerándose al operador que demande menos subsidios.^{666 667}

⁶⁶⁴ Es decir, *Railtrack* cubre todos los costes acceso con lo que pagan los usuarios (lo que está sujeto a regulación).

⁶⁶⁵ *Railtrack* es responsable de la programación central de horarios y de la coordinación de todos los movimientos de trenes, de la señalización y planificación y de asegurara la inversión en infraestructura. Es también responsable de la seguridad de las operaciones en la red, bajo la supervisión del *Health and Safety Executive*.

⁶⁶⁶ El *Franchising Director* es quien define las franquicias para los trenes de pasajeros, que son ofertadas por medio de licitaciones competitivas. El *Franchising Director* ha establecido que el requerimiento de servicios de pasajeros se encuentre en el centro del acuerdo de franquicia. Comprende dos componentes: un nivel mínimo de servicios a realizar por el operador de forma garantizada y el grado de flexibilidad sobre este nivel que permitirá al operador desarrollar y mejorar sus servicios aún más.

⁶⁶⁷ Estudios sobre la estructura de costes de los ferrocarriles británicos muestran que una división en tres o cuatro operadores hubiera sido más eficiente. PRESTON, J. M. "The Economics of British Rail Privatization: An Assessment." *Transport Reviews*. 1996 vol. 16, n.º. 1, p. 1-21. *apud.* RAMOS MELERO, Rodolfo. *La privatización del ferrocarril británico: una visión crítica*. Madrid. Universidad San Pablo-Ceu. 2003. p. 9. (Edición también integrada en el sitio web: <http://www.uem.es/info/ee/jec8/Datos/documentos/comunicaciones/UE/Ramos%20Rodolfo.PDF>)

iv) *Tres empresas de gestión del material rodante (ROSCO)*, las cuales ceden en *leasing* dicho material a las TOC.⁶⁶⁸ La creación de las ROSCO como empresas totalmente privadas estaba pensada para aumentar la competencia por las franquicias de las TOC, de manera que los potenciales inversores no se vieran disuadidos por la barrera de entrada y salida que supone disponer en propiedad del material rodante.

v) Finalmente, se formaron aproximadamente doce empresas privadas de mantenimiento y equipamiento de las infraestructuras, las cuales competirían entre sí en la prestación de servicios tanto a *Railtrack* como a las ROSCO

6. Separación de infraestructura y explotación de servicios.

906. Como antes se mencionó, la posibilidad de **separación vertical** entre la infraestructura y los servicios disminuye algunos de los problemas asociados al monopolio natural. Una de las ventajas de la separación de la infraestructura y los servicios de transporte está en que se coloca al transporte ferroviario en una posición similar a la carretera, particularmente en lo que se refiere a la **planificación de las infraestructuras y al sistema de tarificación por su uso.**⁶⁶⁹ Otra cuestión ventajosa de la separación, es que **se permite la entrada de la competencia en la explotación de los servicios ferroviarios.**

907. A menudo se argumenta que uno de los grandes problemas para asegurar una explotación y *marketing* eficientes en los servicios ferroviarios es que los mismos son suministrados por monopolios del sector público. No obstante lo anterior, **es posible introducir la competencia en la provisión de los servicios**, puesto que como antes se señaló, el **único elemento de monopolio natural en el transporte ferroviario reside en la infraestructura.**

908. En el caso de los servicios de transporte, **la competencia puede tener lugar sobre las vías con diferentes compañías circulando en las mismas rutas. Para los servicios subvencionados la competencia puede articularse mediante un sistema de licitación y subasta.**⁶⁷⁰

909. Una cuestión previa en el análisis sobre la separación de la infraestructura y servicios en este sector, fue el debate relativo a si resultaba eficiente contar con **compañías integradas verticalmente**, responsables tanto de la infraestructura como de la explotación.

⁶⁶⁸ Los términos de estos contratos de *leasing*, bajo los cuales los operadores acceden al uso de vehículos, no están sometidos a regulación.

⁶⁶⁹ Específicamente, los Gobiernos deben analizar las propuestas de inversión en infraestructuras sobre una base común de análisis coste-beneficio y fijar el precio por el uso de las mismas utilizando un mismo criterio de acuerdo con el coste social. NASH, Christopher. *La política ferroviaria en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 113.

⁶⁷⁰ Esta es en general la posición de la industria de transporte de viajeros por carretera en Gran Bretaña desde la liberalización de 1986. Ibidem. p. 115.

910. Una postura, en la que se incluían generalmente las empresas ferroviarias que habían explotado conjuntamente infraestructuras y servicios, contestaba a lo anterior casi invariablemente que sí. Su argumento era que la relación entre los servicios explotados y el material rodante utilizado con la cantidad, calidad y características técnicas de la infraestructura, era tan íntima que ambas cuestiones necesitan ser planificadas conjuntamente por la misma organización.⁶⁷¹

911. Otra postura fue la de la experiencia británica, que cuando se comenzó a desregular la *British Rail* fue sectorizada esta empresa (1982). El sistema de dirección por sectores hizo posible desarrollar líneas mucho más claras de control de los sistemas de dirección, identificando los directivos responsables de sector y subsector por cada servicio de pasajeros o de tráfico de mercancías, sin importar límites geográficos regionales. También este sistema permitió un control más férreo sobre los activos como consecuencia de un aumento en la especialización de los bienes de activos encomendados a los sectores y subsectores, y al desarrollo de sistemas de determinación de costes y presupuestos que hicieron a los directivos directamente responsables de los costes en los que se incurría y los ingresos que generaban. Las ventajas de *marketing* de poder poner a un solo director como responsable de una corriente de tráfico completa fue particularmente notable.⁶⁷²

Posteriormente, la *Railway Act* de 1993, que llevaría a la privatización de la *British Rail*, proponía que la propiedad de las infraestructuras y la operación debían estar separadas, pasando las infraestructuras a propiedad de *Rail-Track*, que inicialmente fue empresa pública pero que posteriormente se privatizó en mayo de 1996.⁶⁷³ **El gobierno británico consideró que la separación entre la infraestructura y la explotación de servicios era un requisito fundamental para ofrecer unas mayores oportunidades de incorporación del sector privado a la actividad ferroviaria.** En este sentido, es preciso señalar que **si un operador de servicios posee la infraestructura estaría en una posición inmejorable para impedir la entrada de los competidores** (por ejemplo, cobrando precios abusivos por el acceso, retrasando deliberadamente los trenes de la competencia, dando siempre preferencia a los trenes propios, etc.).

912. En la actualidad la separación de infraestructuras y explotación de servicios en el transporte ferroviario ya ha sido adoptada en otros países. La experiencia de Suecia ha sido también referencia. Los ferrocarriles suecos han sido divididos en dos organizaciones totalmente separadas: *Affärs-SJ*, que realiza la explotación, y

⁶⁷¹ Por ejemplo, el número apropiado de vías en una determinada relación, la localización de los puntos de cruce o las velocidades máximas de circulación dependen enteramente de las características de los servicios que se pretenden establecer. Conseguir velocidades más altas exige una combinación cuidadosamente seleccionada de inversiones en infraestructura y material rodante.

⁶⁷² NASH, Christopher. *La política ferroviaria en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 116.

⁶⁷³ No cabe duda que pesaron razones políticas en esta decisión del Partido Conservador, que se realizó antes de las elecciones. En efecto, por un lado los ingresos por la venta de Rail Track servirían para financiar una rebaja impositiva y por otro con la venta de las acciones infravaloradas los compradores alcanzarían jugosas ganancias. RAMOS MELERO, Rodolfo. *La privatización del ferrocarril británico: una visión crítica*. Op. Cit. p. 2.

Banverket, que proporciona la infraestructura. En este país los sistemas concesionamiento han servido para fomentar la competencia.⁶⁷⁴

913. En la Unión Europea, el Consejo⁶⁷⁵ consideró que la **separación entre la explotación de los servicios de transporte y la administración de la infraestructura, contribuirá a mejorar la eficacia de la red de los ferrocarriles y a integrarlos en un mercado competitivo, y para mantener una estructura sana de las empresa del sector, favoreciendo también esta separación el fomento del transporte combinado.**

Así, el Consejo se pronunció por una reorganización del sector, en la que en todos los casos, la administración de cada una de las actividades ferroviarias se lleve a cabo por separado y con contabilidades aparte, que cada compañía opere con regímenes de empresas independientes que les permita actuar con arreglo a criterios comerciales y adaptarse a las necesidades del mercado.

7. Modelos de organización de la industria ferroviaria.

914. Atendiendo al nivel de participación privada en la gestión del ferrocarril y al grado de integración vertical de la infraestructura y los servicios, **resulta posible distinguir cuatro grandes modelos de organización de la industria ferroviaria.**

915. **Monopolio público integrado** es dirigido por una empresa pública con responsabilidad conjunta sobre la infraestructura ferroviaria y la provisión de servicios y constituye -al igual que ocurría en el transporte urbano- la forma tradicional de organización del sector.

916. Con mayor nivel de participación de la iniciativa privada, se encuentra el **ferrocarril organizado por unidades de negocio**, en el que se realiza una separación funcional entre los distintos mercados servidos (larga distancia, alta velocidad, etc.).⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ NASH, Chris y PRESTON, John. *El transporte por ferrocarril en Europa y el futuro de RENFE*. Op. Cit. p. 307.

⁶⁷⁵ Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios. Diario Oficial n° L 237 de 24/08/1991 p. 25 - 28

⁶⁷⁶ La reorganización emprendida por RENFE en España en los años noventa es un buen ejemplo de este modelo. En 1991 RENFE adoptó un nuevo modelo de organización. La Compañía se organiza en 12 Unidades de Negocios, que se clasifican del siguiente modo:

<i>Operadores de Transporte:</i>	<i>Pasajeros</i> - AVE - Largo Recorrido - Cercanías - Regionales <i>Mercancías</i> - Cargas Completas - Transporte Combinado - Paquetería
<i>Proveedores de Servicios:</i>	- Estaciones y Servicios Conjuntos - Mantenimiento de Material Rodante - Tracción
<i>Gestión de la Infraestructura:</i>	- Mantenimiento de la Infraestructura - Circulación

917. El tercer modelo consiste en el **acceso competitivo a la infraestructura**, en el que sin comprometer demasiado el carácter público del ferrocarril, se opta por una clara separación entre la infraestructura y los servicios, pudiendo ocurrir que diversas empresas compartan una misma infraestructura en régimen de concesión o contrato de explotación.

918. El último modelo, **ferrocarril con peaje**, consiste en la desintegración vertical completa en empresas diferentes de los servicios de transporte y la infraestructura ferroviaria, la cual puede además privatizarse (como en el Reino Unido) o mantenerse en manos públicas (como en Suecia).

Modelos de organización de la industria ferroviaria				
		Participación privada		Ejemplo
		Menos	Más	
desintegración vertical	más		Ferrocarril con peaje	Reino Unido, Suecia
			Acceso competitivo a la infraestructura	Unión Europea
			Organización por unidades de negocio	España, Italia
	menos		Monopolio público integrado	Modelo tradicional

Fuente: DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*.⁶⁷⁷

8. Política ferroviaria comunitaria europea.

919. En un primer momento los ferrocarriles no parecía ser terreno abonado para las iniciativas integradoras y liberalizadoras comunitarias, debido a que no existía, de hecho, un verdadero mercado internacional de transportes ferroviarios, sino simplemente una yuxtaposición de mercados nacionales en los cuales las compañías de ferrocarril ejercían un monopolio de derecho.

La reforma de RENFE que separa verticalmente unidades de negocio intenta fomentar la relación comercial entre las distintas unidades creando un mercado interno, en lugar de mantener un control administrativo. Sólo otra compañía europea, NS (Trenes de los Países Bajos), ha ido tan lejos en esta dirección; en particular, en ella existen tres unidades de negocios (Pasajeros, Mercancías y Patrimonio) y tres unidades de servicio (Infraestructuras, Tracción y Material Rodante). Las unidades de negocio comercian con las unidades de servicio. NASH, Chris y PRESTON, John. *El transporte por ferrocarril en Europa y el futuro de RENFE*. Op. Cit. p. 272.

⁶⁷⁷ DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*. Op. Cit. p. 87.

Los ferrocarriles europeos, con el apoyo incondicional de sus gobiernos, y con sus propios mecanismos privados de coordinación (como la Unión Internacional de Ferrocarriles, UIC, o la Comunidad de Ferrocarriles Europeos) parecían impermeables a las iniciativas comunitarias.

920. **La intervención** se hizo, sin embargo, necesaria once años después de la entrada en vigor del tratado. **Con el fin de controlar el enorme déficit acumulado** por las compañías ferroviarias, el Consejo adoptó en 1969 ciertas normas comunes para la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias⁶⁷⁸ y disposiciones relativas a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público.⁶⁷⁹

921. El cambio orientado a la adopción de decisiones integradas en la industria ferroviaria europea, comienza en febrero de 1984, a través de una propuesta de modificación de la Decisión 75/327, que trataba sobre el saneamiento de la situación financiera de los ferrocarriles. En aquel momento, la Comisión admitió que buena parte de los **problemas que sufría el sector ferroviario**, en términos de **baja productividad y pérdida constante de cuota de mercado** frente al transporte por carretera, se debía a la política desintegrada desarrollada hasta entonces por los Estados miembros, reconociendo implícitamente por tanto la necesidad de crear de una política común en materia de transporte ferroviario.

A pesar de este compromiso, hasta la década de los noventa no comienzan a promulgarse normas de suficiente alcance en el sector, las cuales se concretan en las tres directivas emanadas de la Comisión que a continuación se resumen:⁶⁸⁰

- Directiva 91/440 (1991)
- Principios generales de la política ferroviaria.
 - Garantiza el derecho de acceso a la infraestructura para servicios internacionales.
 - Primeras provisiones sobre separación de infraestructura y servicios.
- Directiva 95/18 (1995)
- Condiciones comunes de entrada.
 - Criterios para la concesión de licencias ferroviarias.
- Directiva 95/19 (1995)
- Asignación de capacidad en la infraestructura.
 - Precios de acceso en condiciones no discriminatorias para todos los operadores.

⁶⁷⁸ Reglamento (CEE) núm. 1192/69 del Consejo, DOCE 1969 L 156. p. 8.

⁶⁷⁹ Reglamento (CEE) núm. 1191/69 del Consejo, DOCE 1969 L 156. p. 1, modificado por el Reglamento (CEE) núm. 1893/91 del Consejo, DOCE 1991 L 169. p. 1.

⁶⁸⁰ Desde el año 2000 la Comisión Europea ha estado preparando una nueva directiva sobre infraestructuras que afecta particularmente a las ferroviarias. De los borradores provisionales que se conocen se desprende un mayor interés de la Comisión por aclarar las cuestiones relativas a la tarificación correcta de las infraestructuras y la regulación del acceso a las mismas. La nueva directiva sugiere además la creación de una institución de carácter supranacional que conceda los permisos de circulación. En cualquier caso, el grado de liberalización del ferrocarril en cada país comunitario sigue siendo muy distinto, lo cual obstaculiza el desarrollo de medidas de armonización. DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El Sistema de Transporte Europeo: Un análisis Económico*. Op. Cit. p. 89.

922. En la práctica, no es posible hablar de un comienzo real de la política ferroviaria europea hasta la Directiva 91/440 de 1991, en la que se establecieron como **principios generales de la Política de Transportes Común sobre ferrocarriles** los siguientes:

i) Necesidad de acometer una **reorganización** de las empresas ferroviarias nacionales, **redefiniendo las responsabilidades genéricas de los Estados y de las compañías.**

ii) Establecimiento del concepto de **libertad de acceso a las infraestructuras** ferroviarias, tanto para las empresas nacionales como multinacionales, públicas o privadas. De este modo, la empresa explotadora de las infraestructuras tendría que abonar un canon por la utilización de las mismas y éstas dejaban de verse como un bien privativo de una u otra empresa.

iii) **Implantación de medidas** para garantizar la seguridad, mejorar la circulación y promover el desarrollo de nuevas tecnologías.

iv) **Potenciación del transporte combinado**, favoreciendo los intercambios de mercancías entre la carretera y el ferrocarril, planteando además la creación de una red de transporte combinado en el ámbito comunitario.

v) **Protección del medio ambiente**, destacando las ventajas en materia de ecología del ferrocarril frente a la carretera.

vi) **Desarrollo y reestructuración de la industria relacionada con el ferrocarril**, reforzando la posición de la industria comunitaria frente a terceros países.

vii) **Reconocimiento de la función social** que cumplía el ferrocarril, tanto por su capacidad de transporte como por el volumen de personas que trabajan en él.

viii) **Necesidad de desarrollar la red europea de alta velocidad**, para lo cual se haría imprescindible la unificación de infraestructuras y equipos en el medio plazo.

923. La principal novedad de la Directiva 91/440 fue la exigencia de la adopción obligatoria de los principios anteriores por parte de las legislaciones nacionales de los Estados miembros a partir del 1 de enero de 1993. **El modelo ferroviario comunitario apostaba por un sistema de acceso competitivo a las infraestructuras** que tuviera en cuenta el diferente estado de desarrollo y condiciones iniciales a las que se enfrentaban los Estados miembros.

924. La Directiva 91/440 consagraba además **el principio de la desintegración vertical de las infraestructuras, separándolas de la explotación comercial de la misma.** Esta separación era obligatoria en el aspecto contable -permitiendo una asignación separada de costes- y voluntaria desde el punto de vista de la organización de las empresas. Una vez conseguida la desintegración, la directiva promovía además la creación de contratos de servicio público entre los listados y las compañías para regular las actividades de gestión de la infraestructura y los servicios de regionales y cercanías. El resto de los servicios de transporte

ferroviario deberían autofinanciarse. La desintegración llevaba también asociada la garantía de libre acceso y tránsito a las infraestructuras ferroviarias de los países europeos, en un principio para determinados tráficos y condiciones de empresas.

925. A partir de la entrada en vigor de la Directiva 91/440 se aceleró la evolución de la normativa ferroviaria comunitaria. En 1995 el Consejo adoptó dos directivas que desarrollaban los principios anteriores en lo referente a los **derechos de acceso a las infraestructuras ferroviarias**. Así, ante la necesidad de conseguir una aplicación uniforme y no discriminatoria en toda la Comunidad de estos derechos, la Directiva 95/18 creó una licencia comunitaria para las empresas ferroviarias cuando éstas realizasen los servicios contenidos en la Directiva 91/440.

Además, se estableció el carácter obligatorio de la obtención de estas licencias, prohibiendo expresamente la prestación de los servicios de transporte ferroviario si no se había recibido el permiso correspondiente al servicio de que se tratase. A partir de este momento, cualquier empresa tendría derecho a solicitar, y en su caso recibir, una licencia en el Estado miembro en el que se encontrase establecida. Al igual que en el transporte por carretera, las empresas ferroviarias solicitantes deberían acreditar una serie de requisitos relativos a la honorabilidad, capacidad financiera y competencia profesional, así como cobertura de su responsabilidad civil. La licencia tendría validez mientras la empresa cumpliera estos requisitos, correspondiendo a la autoridad otorgante la comprobación del cumplimiento de los mismos. En caso de incumplimiento, la autoridad podría suspender o revocar la licencia.

926. Por su parte, la Directiva 95/19 tenía por objeto definir los principios y procedimientos que deberían seguirse para la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria y la percepción de los correspondientes cánones de utilización. Según esta directiva, correspondería a los Estados la designación del organismo encargado de la adjudicación de las capacidades de infraestructura. Su misión se concretaba en dos principios: primero, garantizar que las infraestructuras ferroviarias se adjudicasen con procedimientos equitativos y no discriminatorios, y segundo, asegurar que el procedimiento de adjudicación permitiera una utilización eficaz y óptima de las infraestructuras.

La Directiva 95/19 establecía también la necesidad de que las **cuentas** del administrador de la infraestructura estuvieran **equilibradas**, debiendo figurar por separado los ingresos por cánones percibidos más las contribuciones estatales, por un lado, y los gastos de mantenimiento de la infraestructura, por otro. Se planteaba asimismo, un principio genérico relativo a la fijación del precio de utilización de las infraestructuras, según el cual los cánones percibidos por el administrador de las mismas se fijarían por los países atendiendo a la naturaleza del servicio, su duración, la situación del mercado y la naturaleza y estado de deterioro de las infraestructuras. Correspondería a los Estados miembros la adopción de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para adaptar las normativas nacionales al ordenamiento comunitario. El plazo inicial previsto para esta adaptación finalizó en junio de 1997.

927. A partir de las directivas de los años 1994 y 1995, las líneas de actuación más recientes de la política ferroviaria comunitaria han venido definidas en un libro blanco presentado por la Comisión en julio de 1996 titulado "Una estrategia para revitalizar los ferrocarriles comunitarios."⁶⁸¹ La Comunidad entendía en esta **declaración de principios** que el ferrocarril debería tener un papel más importante en la movilidad de la sociedad europea, para lo cual **se consideraba que deberían aprobarse una serie de medidas encaminadas a la revitalización del sector**. Estas medidas se agrupaban en cinco grandes áreas:

i) **Cargas financieras del ferrocarril**. El objetivo de la Comisión es que en el futuro las empresas ferroviarias puedan desarrollar una **gestión independiente respecto a los Estados**, lo cual es posible únicamente con una estructura financiera saneada y con un sistema de subsidios transparentes. Se señala que los Estados tienen la responsabilidad de conseguir la viabilidad financiera de las empresas, para lo cual deberían asumir la deuda histórica de las mismas. Además se establece la necesidad de desarrollar un sistema de fijación de precios común para los diferentes modos de transporte, si se desea lograr una competencia intermodal sin distorsiones.

ii) **Establecimiento de un mercado competitivo para el transporte ferroviario**. El libro blanco planteaba la necesidad de extender los derechos de acceso a las infraestructuras establecidos en la Directiva 91/440 a todos los tráficos de mercancías y servicios internacionales de viajeros. En el caso específico de los servicios interiores de viajeros, la Comisión acordó estudiar propuestas concretas para introducir la competencia en este tipo de tráficos, entendiendo que debería compatibilizarse la necesidad de una mayor competencia con el carácter de servicio público de determinados tráficos. Además de esto, el libro blanco entendía que se hacía necesario profundizar en la **separación de las actividades de gestión de la infraestructura y prestación de servicios de transporte**, para lo cual propuso que la separación no fuera sólo en el ámbito contable, sino que incluyese también la división de las empresas en unidades orgánicas diferentes, con una gestión y cuentas anuales diferenciadas. De esta manera el modelo de acceso competitivo se acercaría más al de ferrocarril "con peaje" utilizado en Suecia o el Reino Unido. Simultáneamente, una tercera propuesta era el desarrollo de un nuevo marco institucional para la regulación ferroviaria, considerando la posibilidad de crear una Agencia de los Ferrocarriles Europeos.

iii) **El ferrocarril como servicio público**. El libro blanco se muestra a favor de un planteamiento del ferrocarril como servicio público, según el cual **los Estados miembros garantizarían la prestación del servicio de transporte ferroviario en mercados no rentables, pero de interés social**. Para ello, la Comunidad plantea la necesidad de que se establezcan contratos de servicio público que regulen la prestación de dichos servicios eliminando las tradicionales imposiciones unilaterales de los Estados. Se pretende incrementar así la transparencia y la eficacia de los ferrocarriles europeos, ya que a través de esos contratos se pueden establecer los objetivos en términos de *output* y calidad que deben cumplir las

⁶⁸¹ COM, 1996a.

empresas y cuantificar la remuneración que obtienen los Estados o los subsidios que deben pagar por la prestación de los servicios específicos pactados.

iv) **Integración de los sistemas nacionales.** El libro blanco planteaba la necesidad de desarrollar una colaboración entre las diferentes partes implicadas (Estados, Comunidad Europea, empresas ferroviarias e industrias suministradoras) para conseguir esta integración supranacional. En el marco de esta colaboración deberían elaborarse medidas que facilitasen la interoperabilidad y la armonización técnica ferroviaria, permitiendo así crear también un mercado único de equipamientos.

v) **Política social.** Finalmente, el libro blanco reconocía que la mejora de la competitividad de muchas empresas ferroviarias europeas pasaba por una reducción de plantillas. La Comisión planteaba que **la responsabilidad de afrontar el coste de estos procesos debía ser asumida por los Estados**, si bien podrían tenerse en cuenta las ayudas comunitarias.

928. La respuesta al libro blanco de las empresas ferroviarias agrupadas en la Comunidad de los Ferrocarriles Europeos ha sido positiva en términos generales, si bien no existe unanimidad de criterios y se plantean numerosas objeciones a algunos de los puntos expuestos por la Comisión. Existía una **opinión favorable al acceso libre a las infraestructuras**, pero lógicamente desfavorable a todas las medidas destinadas a aumentar la responsabilidad que debían asumir los operadores.

En la actualidad, el debate continúa abierto en muchos de los aspectos planteados por el libro blanco, lo cual ha impedido que en los últimos años se hayan tomado nuevas medidas efectivas encaminadas a su desarrollo. Durante este período, las diferentes legislaciones nacionales han ido adaptando progresivamente los principios comunitarios, avanzando en la reforma de sus empresas ferroviarias y en la separación de infraestructura y servicios (particularmente en España y Francia). Algunos países, como el Reino Unido, Suecia y Alemania han potenciado el libre acceso a la infraestructura en los tráficos de carga, pero otros aún se oponen. Esto hace que en la actualidad coexistan en la Unión varios modelos ferroviarios distintos, lo que permite hablar de una industria ferroviaria europea de varias velocidades en la que la integración en un verdadero Mercado Único aún tardará en llegar.

CAPÍTULO IV. TRANSPORTE MARÍTIMO.

I. Introducción: importancia y características generales del sector.

929. El transporte marítimo ha sido la **base** en la que se han asentado las posiciones de diversos Estados y bloques regionales en la **economía mundial**. Este medio de transporte sigue siendo un **componente esencial del tejido comercial y cultural** de las naciones y agrupaciones de éstas, así como una **importante fuente de empleo**.

930. El transporte marítimo es la acción de llevar personas o cosas por mar de un punto geográfico a otro a bordo de un buque con un fin lucrativo.⁶⁸² La oferta y la demanda rigen la economía; el transporte marítimo juega un papel relevante en ésta. Evidentemente, allí donde se crea una necesidad aparece una demanda a la que se dirigirán ofertas; seleccionadas las ofertas, se trasladarán los productos necesarios. Así, el transporte se encuadra en el mercado económico como hilo conductor del movimiento de las mercancías.⁶⁸³ Parte del transporte puede ser marítimo; así lo es en muchos mercados y de ahí su lógica conexión con la economía.

931. El transporte marítimo se utiliza en más de las tres cuartas partes del comercio mundial, moviendo el 80% de su volumen.⁶⁸⁴ El sector marítimo tiene, pues, un **ámbito internacional** y es dinámico. La internacionalización del transporte marítimo en los últimos años se ha manifestado con los **cambios de propiedad y de gestión de los buques**, la creación de nuevos registros, los adelantos técnicos y la contratación de tripulaciones procedentes de culturas diferentes que no siempre se expresan en el mismo idioma.⁶⁸⁵

⁶⁸² ROMERO, Rosa. *El transporte marítimo*. Barcelona. Logis Book. 2002. p. 18.

⁶⁸³ D. Luis Miguel Guérez Roig señala que para personas el transporte marítimo ha dejado de ser un medio habitual de transporte, a excepción de aquellos que residen en zonas insulares o de fuerte tradición en el empleo del transporte marítimo de personas, como pueden ser los países nórdicos. Este autor no cree descabellado atribuir tal situación a que **el transporte marítimo ha perdido la batalla y quizá la guerra, en lo referente al transporte de personas**, que sólo piensan en él como un medio de ocio y diversión, náutica de recreo o cruceros. **No obstante, por lo que hace a mercancías, el transporte marítimo cobra una indudable importancia.** GUÉREZ ROIG, Luis Miguel. El transporte marítimo en la Unión Europea. /en/ *Noticias de la Unión Europea*. Junio 2000. No. 185. p. 117. El sector de los transbordadores es el único donde el transporte regular de pasajeros reviste gran importancia económica. ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 223.

⁶⁸⁴ La Unión Europea y los Estados Unidos, en aproximadamente 90 y 95%, respectivamente, dependen de este medio de transporte para su comercio exterior. CASCALES MORENO, Fernando José. La política común de transporte marítimo. /en/ *Noticias de la Unión Europea*. Junio 2000. No. 185. p. 93. Hoja informativa: la función de la industria marítima en Estados Unidos. /en/ *Perspectivas Económicas. El Transporte Internacional Impulsa la Economía Mundial*. Periódico electrónico del Departamento de Estado de Estados Unidos. Volumen 5, Número 3, octubre de 2000. p. 53. (Edición también en Internet integrada en el sitio web: <http://usinfo.state.gov/journals/ites/1000/ijes/ijes1000.pdf>)

⁶⁸⁵ La marina mercante mundial está integrada por unos 86.000 buques de 100 o más toneladas de registro bruto. Las flotas más importantes por su tonelaje están matriculadas en las Bahamas, China, Chipre, Estados Unidos, Federación de Rusia, Grecia, Japón, Liberia, Malta, Noruega, Panamá y Singapur. Más de 1,2 millones de marineros trabajan en buques de más de 100 toneladas o esperan embarcar en ellos. Unos dos tercios proceden de Asia. Se tiende claramente a contratar a gente de mar de países en desarrollo. Entre los principales países proveedores de gente de mar figuran China, la República de Corea y Filipinas. Se contrata asimismo a

932. Tan sólo un tercio de este planeta es área continental: el resto se encuentra cubierto por mares y océanos; de ahí que el transporte marítimo haya sido desde antaño, y continúe siendo en la actualidad, un medio muy utilizado. La disposición geográfica de las zonas acuáticas repartidas por todo el globo ha homogeneizado muchas prácticas del transporte marítimo, ya que los buques navegan por todas ellas.

933. La globalización del mercado, de la información y, por ende, del transporte marítimo ha conducido a la creación de un mercado cada vez más internacional. En aras a una mayor practicidad, esta internacionalización ha dejado eco aunando **estrategias económicas, políticas y sociales** que, si bien se han adaptado al particularismo propio de cada región, no por ello se han apartado de un marco general universal. El transporte en general y el transporte marítimo en particular se amoldan a esta internacionalización con el establecimiento de líneas regulares allí donde el tráfico lo reclame, o bien ofertando fletes para mercados ocasionales y concretos.

El transporte, importante pilar de la globalización, ha facilitado la compra y venta de mercancías, materias primas y componentes en casi todos los lugares del mundo. En este contexto, el transporte marítimo ha desarrollado **un importante papel en el intercambio de mercancías voluminosas y de valor relativamente bajo.**⁶⁸⁶

934. El transporte marítimo es posiblemente el sector comercial más internacional que existe.⁶⁸⁷ Las regulaciones nacionales han tenido menos relevancia, frente a la gran trascendencia en este sector, que han adquirido los acuerdos internacionales adoptados en organizaciones como la OMC⁶⁸⁸, la OCDE⁶⁸⁹, la OMI⁶⁹⁰, la OIT⁶⁹¹, la UNCTAD⁶⁹², o en bloques económicos como la Unión Europea, TLCAN⁶⁹³ o

un número creciente de marineros de Polonia y de la Federación de Rusia. Mucha gente de mar trabaja a bordo de buques que no están matriculados en su país de origen. *Transporte marítimo, puertos, pesca, transporte interior*. Organización Internacional del Trabajo (OIT). <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/sector/sectors/mariti.htm>

⁶⁸⁶ Para 1999, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) estimó que el tráfico marítimo de mercancías alcanzó la cifra de 5,355 millones de toneladas. De esta cifra, el 42% correspondió a la carga transportada en buques tanque y el 24% al transporte, como carga seca a granel, de los principales productos básicos que, por lo general, no se transportan en contenedores. En líneas generales, en la actualidad el 50% de la carga general se transporta en contenedores. Según estimaciones, para el segundo decenio del siglo XXI, la proporción oscilará entre el 65% y el 75%. *Transporte marítimo*. Ministerio de transportes. Brasil. <http://www.transportes.gov.br/bit/estudos/iirsa/textos/44-51marit.pdf>

⁶⁸⁷ Al respecto el profesor D. Ignacio Arroyo sostiene que "el tráfico marítimo es por vocación un tráfico internacional". ARROYO, Ignacio. *Estudios de Derecho marítimo*. Barcelona. J. M. Bosch Editor. 2001. p. 344.

⁶⁸⁸ Organización Mundial del Comercio, también conocida por sus siglas en lengua inglesa WTO (*World Trade Organization*).

⁶⁸⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, o en inglés OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*).

⁶⁹⁰ Organización Marítima Internacional, también conocida por sus siglas en lengua inglesa IMO (*International Maritime Organization*).

⁶⁹¹ Organización Internacional de Trabajadores, también conocida por sus siglas en lengua inglesa ILO (*International Labour Organization*).

⁶⁹² Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo o *United Nations Conference for Trade and Development*.

MERCOSUR⁶⁹⁴. Sin embargo, la globalización, impulsada en gran medida por unos avances tecnológicos florecientes -que han desarrollado también notablemente otros medios de transporte como el aéreo, el ferroviario o el transporte por carretera-, ha creado unos **fuertes competidores al transporte marítimo**. Este transporte ha dado respuesta a esta competencia mediante un **alto grado de especialización** que, exigida por el mercado, se ha extendido a todos los tipos de transporte en general, de manera que éstos se coordinan para ser un elemento de la economía más importante e interesante.

935. Los barcos pueden explotar las economías de su tamaño con ventaja respecto a otros medios de transporte -un típico barco de altura puede alcanzar un tamaño similar al de una catedral-. De esto se deduce que, **para grandes cantidades de mercancías y para largas distancias, el transporte marítimo es el medio de transporte más barato**. Este medio transporta, e indudablemente continuará transportando, la mayor parte del comercio internacional.

936. Los barcos no solamente se mueven internacionalmente, sino que además **son activos de movilidad internacional** en el sentido de que **pueden ser propiedad de cualquier país**, y por lo general, rápidamente transferibles. Esto ha ocurrido desde hace siglos: en la época del gran imperio marítimo español algunos navieros británicos registraron sus barcos en España para poder transportar mercancías en ese imperio. Desde entonces, tal práctica se ha expandido mucho más y varios **países pequeños** (los más conocidos Liberia, Panamá, Chipre y Bahamas)⁶⁹⁵ permiten a aquellos barcos que hayan sido construidos, adquiridos y tripulados en cualquier otro lugar, usar su registro marítimo nacional como **“pabellón de conveniencia”**.^{696 697}

Los procedimientos de registro son sencillos y no se grava el beneficio; sin embargo, es siempre necesario pagar la cuota de registro, la cual provee divisas a los países de pabellón de conveniencia. No significa que estos países tengan grandes conocimientos en la administración marítima; por ejemplo, pueden haber firmado las convenciones de la OMI pero no obligar a cumplirlas.

⁶⁹³ Tratado de Libre Comercio de América del Norte o en inglés NAFTA (*North American Free Trade Agreement*).

⁶⁹⁴ Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

⁶⁹⁵ En el año 2000 los registros de estos cuatro países suministraban sus banderas a un 40% de la flota mundial. 15 años antes esa proporción alcanzaba sólo un 28%. HOFFMANN, Jan. *Tendencias en el transporte marítimo internacional y sus implicaciones para América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas - CEPAL. Documento de trabajo del Comité de Puertos de la Comunidad Andina. Septiembre 2000. p. 8. (Edición también en Internet integrada en el sitio web: http://www.eclac.cl/transporte/perfil/Tendencias_TMaritimo.pdf)

⁶⁹⁶ **Registros o banderas de conveniencia -flags of convenience (FOC)-**. Para nombrarlos también se acude a los términos **“banderas libres”**, **“banderas de complacencia”**, **“banderas tolerantes”**, **“banderas baratas”**, **“banderas de oportunidad”**, **“banderas de necesidad”**, **“banderas piratas”**, **“banderas fantasmas”**, **“pahonlib”**, **“registros abiertos”**, etc. Por su parte, la UNCTAD alude habitualmente a los **“países de libre matrícula”**. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Madrid. Marcial Pons. 1995. p. 380.

⁶⁹⁷ Históricamente se habían producido casos de cambios de nacionalidad de los buques en atención a los intereses de los propietarios, pero hasta la Segunda Guerra Mundial no se había dado un abanderamiento masivo en registros con los que el propietario del buque no poseía una relación auténtica. *Ibidem*. p. 379.

En un sentido estricto, estos barcos no están libres de impuestos. Primero, hay que pagar la cuota de registro, que, aunque modesta, es suficiente para pagar el coste de las empresas comerciales que dirigen los registradores y proveer un excedente de divisas. Segundo, los barcos pueden visitar países que exijan impuestos sobre la carga, en el sentido de que parte de la actividad del barco se desarrolla en su jurisdicción. En tercer lugar, cualquier beneficio distribuido está sujeto a impuestos en el país de residencia de los accionistas.

937. Frecuentemente existen sospechas (y a veces más que sospechas) de que los motivos para registrar los barcos bajo bandera de conveniencia tiene muy **poco que ver con la exención del impuesto sobre el beneficio. Los motivos parecen ser debidos a que no se paga cuota a la seguridad social ni otras cargas relacionadas con el empleo** como la contribución al fondo de pensiones; además, se evita el poder de los sindicatos y, sobre todo, **se ahorra dinero en medidas de seguridad**. Algunos barcos de pabellón de conveniencia están con frecuencia mal financiados, mal tripulados y con problemas de mantenimiento; varios de sus propietarios se esconden tras compañías consistentes en poco más que una placa. Otros, por el contrario, son un buen ejemplo de cómo se deben gestionar los barcos.⁶⁹⁸

Especialistas en la materia como el profesor D. Jesús Baena Baena⁶⁹⁹, señalan que el principal motivo de esta fuga de buques a los denominados registros o banderas de conveniencia es fundamentalmente económico: **reducir los costes operativos del buque.**⁷⁰⁰

938. Ante esta situación, **la competencia de los barcos de bandera de conveniencia ha sido fuertemente sentida por los barcos de bandera tradicional, la mayoría de los cuales se encuentran en países desarrollados**. Los registros tradicionales han visto crecer el fenómeno hasta convertirse en el principal problema para su existencia⁷⁰¹, lo que ha dado lugar al empleo de **políticas proteccionistas estatales** -en esencia las de reserva de bandera y ayudas estatales- que si bien en un principio lograron compensar los menores

⁶⁹⁸ En resumen, se necesitan investigaciones sobre las motivaciones de estas compañías, pues hay mucha evidencia contradictoria y, como en muchos otros temas marítimos, demasiadas opiniones. GOSS, Richard. La política marítima en la Comunidad Europea. /en/ DE RUS, Ginés. *Economía y política del transporte: España y Europa*. Madrid. Ed. Civitas. 1992. p. 231.

⁶⁹⁹ BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 380.

⁷⁰⁰ Conforme a un estudio del Comité de Transportes de la OCDE, los factores que diferencian las flotas de pabellones o banderas de conveniencia, son los siguientes: a) el país de matriculación autoriza a ciudadanos extranjeros a ser propietarios o controlar sus buques mercantes; b) la matriculación es fácil de obtener; c) los beneficios derivados de la explotación del buque no están sujetos a ningún impuesto local, sólo se perciben unos bajos derechos de matriculación y tasa anual por tonelaje; d) el país del registro no necesitará para su comercio la flota inmatriculada en sus registros dada su pequeña potencia económica; e) los buques pueden ser tripulados con dotaciones extranjeras; y f) tradicionalmente el país de pabellón o bandera de conveniencia ha carecido de medios personales y técnicos para imponer en sus buques el respeto a sus propias reglamentaciones o a las normas internacionales en materia de seguridad, navegabilidad o laborales, pero hoy día se dan excepciones a esto. Ibidem.

⁷⁰¹ La competencia intensa en el mercado de los fletes internacionales ha sometido a empresas de todas partes del mundo a una enorme presión para reducir los costos. *Hoja informativa: la función de la industria marítima en Estados Unidos*. Op. Cit. p. 53.

costes registrales, laborales y fiscales⁷⁰² de los registros de conveniencia, hoy día no consiguen detener el abandono de los pabellones tradicionales⁷⁰³, mucho más cuando en el marco de la OMC se augura una mayor liberalización de los servicios.⁷⁰⁴

939. Los más perjudicados por el florecimiento de los pabellones de conveniencia han sido los trabajadores de países desarrollados.⁷⁰⁵ En defensa de sus intereses, la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF) ha seguido fundamentalmente **dos estrategias**.⁷⁰⁶ En un primer momento, trató de conseguir la **abolição de tales registros y boicoteó los buques matriculados en ellos** - mediante la negación del denominado "*blue certificate*"-, pero no tuvo éxito como lo confirma, a nivel internacional, la ambigua redacción del texto final de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar de 29 de abril de 1958, que en la práctica permitió registrar buques en países con los que sus propietarios sólo tenían una relación nominal.⁷⁰⁷ En una segunda fase, la ITF presionó a las organizaciones internacionales para que **regulasen los estándares mínimos** en materia de seguridad aplicables a todos los buques, pero la elevación de dichos mínimos por medio de normas emanadas por la OMI y la OIT no logró tampoco detener el crecimiento del tonelaje matriculado en registros de conveniencia, pues no se puede decir de los buques inscritos en ellos que sean siempre subestándares.

⁷⁰² La experiencia británica por lo que hace a modificaciones en la fiscalidad, otorgando tratos favorables (hasta exenciones sobre los impuestos) a la industria marítima, no produjo efectos significativos en el tamaño de su marina mercante. Estudios llevados en Cardiff (particularmente por el doctor Peter Marlow) tienden a mostrar dos resultados. El primero es que los numerosos cambios que han tenido lugar en el régimen fiscal británico con relación a los barcos han tenido muy poca incidencia en el volumen de inversión actual en nuevos barcos. El segundo es que es imposible mostrar la existencia de una relación significativa entre los cambios de régimen fiscal y el crecimiento actual de las flotas. GOSS, Richard. *La política marítima en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 235 y 238.

⁷⁰³ En los últimos años **países desarrollados**, como Estados Unidos y casi todos los de la Unión Europea, **han visto reducir considerablemente sus flotas** (en cuanto a tonelaje y a cantidad de barcos), algunos a menos de la mitad. FERNÁNDEZ ANTONIO, José Ramón. *La marina mercante española ante el Mercado Único Europeo*. /en/ DE RUS, Ginés. *Economía y política del transporte: España y Europa*. Madrid. Ed. Civitas. 1992. p. 252. *Hoja informativa: la función de la industria marítima en Estados Unidos*. Op. Cit. p. 53.

⁷⁰⁴ BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 381.

⁷⁰⁵ Los barcos de pabellón de conveniencia pueden utilizar tripulaciones más baratas procedentes de los países en desarrollo. GOSS, Richard. *La política marítima en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 240. Cuatro países (China, Filipinas, Indonesia y Turquía) suministran alrededor de un 40% de los marinos del mundo. Para el año 2005, se pronostica que esto aumente a un 48%. HOFFMANN, Jan. *Tendencias en el transporte marítimo internacional y sus implicaciones para América Latina y el Caribe*. Op. Cit. p. 8.

⁷⁰⁶ BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 381.

⁷⁰⁷ Conforme afirman Ruiz Soroa y Díaz Sánchez, la exigencia de un vínculo efectivo entre el Estado y el buque hace referencia a un estadio posterior a la concesión de la nacionalidad e implica que el Estado debe ejercer un control y jurisdicción sobre los buques a los que libremente concedió la nacionalidad. RUIZ SOROA, José María y DÍAZ SÁNCHEZ, Jacinto. Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el Derecho marítimo y laboral español. /en/ *Anuario de Derecho Marítimo*. Vol. IV. 1986. p. 105. Por su parte, el Convenio UNCTAD sobre las condiciones de inscripción de los buques, de 7 de febrero de 1986, da libertad al Estado de matrícula para la regulación de la propiedad de los buques que enarbolan su bandera, si bien establece que dicha reglamentación debe permitir al Estado ejercer de manera efectiva su jurisdicción y control sobre tales buques (art. 8). *Apud*. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 382.

940. Vencidos en la lucha por la protección de los registros tradicionales, los países perjudicados por los pabellones de conveniencia han **centrado sus esfuerzos en impedir la pérdida del control sobre los buques por razones de defensa, económicas y sociales**. De esta manera, junto a los registros tradicionales o primeros registros han surgido los “segundos registros”, también denominados “off shore”, “bis”, “B” o “internacionales”, que sujetan a los buques a la legislación del país, pero modificada para permitir la disminución de sus costes operativos.⁷⁰⁸

A favor de las mencionadas políticas proteccionistas podría argumentarse, siguiendo una línea más de los economistas continentales que británicos, que el **transporte, incluyendo el marítimo, es parte inherente de la política de desarrollo nacional**. Pero se podría responder diciendo que **países como Australia, Canadá y Nueva Zelanda han prosperado usando el transporte marítimo de otras naciones para su comercio internacional**.⁷⁰⁹

941. Puede afirmarse que los sistemas de apoyo y protección para las industrias marítimas nacionales han llevado a elevados gastos y a notorios niveles de ineficiencia, tanto en las líneas marítimas internacionales subvencionadas de Estados Unidos o en el comercio nacional protegido (cabotaje) de Australia, Canadá o Estados Unidos, y que algunos de tales países están lentamente intentando emerger de tales políticas, normalmente con gran cantidad de impedimentos. También puede afirmarse que los intentos de fomentar flotas mercantiles practicando la discriminación de bandera han sido por lo común igualmente dolorosos e inútiles y que recientes acciones para abolirlo han tenido generalmente éxito. Cuando los economistas se acercan al mundo real llegan a la convicción de que la intervención no produce los resultados esperados.⁷¹⁰

942. La falta del establecimiento de políticas de ordenación para el transporte marítimo, sustentadas en los **principios de la libre competencia**, que sustituyesen

⁷⁰⁸ Países europeos han instaurado registros que: 1) están situados en territorios bajo la soberanía del Estado en cuestión pero con un régimen jurídico especial como -como es el caso de **Canarias** o **Madeira**-, o incluso que excluyen las normas comunitarias europeas -como es el caso de **registros británicos establecidos en los territorios dependientes del Reino Unido** (Anguila, Bermudas, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán e Islas Falkland, Gibraltar, Montserrat, Santa Elena, Islas Turcas y Caicos, Islas del Canal y en su momento Hong-Kong), el francés de Kerguelen o el de las Antillas Holandesas-. 2) se articulan en una segunda lista en el registro ordinario nacional -DIS danés y el ISR alemán, que siguieron el ejemplo del gran éxito del DIS noruego-. 3) O, se instauran en países que antes no poseían registro -como es el caso de Luxemburgo-. A nivel comunitario europeo, y como respuesta también a los registros de conveniencia (que han superado acciones nacionales y sus efectos se dispersan y han podido ocasionar distorsiones a la libre competencia), existe una propuesta para la creación de una bandera comunitaria y un registro comunitario, el cual se llamaría EUROS. La Comisión ha afirmado que el pabellón europeo, enarbolado en buques comunitarios a través del mundo, sería un eficaz recordatorio de la presencia de la Comunidad en el comercio mundial y simbolizaría que ésta constituye una única entidad comercial. Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se crea un registro comunitario de buques y se prevé para los buques la navegación bajo pabellón comunitario. COM (89) 266 final. DOCE núm. C 263 de 16/10/1989. Sin embargo, la iniciativa de la Comisión ha recibido poca atención y no ha logrado el respaldo necesario de los Estados miembros.

⁷⁰⁹ Se podría añadir que es absurdo considerar al transporte marítimo como una “industria naciente”. Uno tendría que rechazar en gran medida tales respuestas -o encontrar otros argumentos- antes de construir cualquier política marítima nueva, como las que apoyan la industria marítima europea. GOSS, Richard. *La política marítima en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 232.

⁷¹⁰ Ibidem. p. 232, 233 y 239.

a los regímenes proteccionistas, ha generado estructuraciones empresariales incapaces de competir frente a Estados de mayor potencialidad.⁷¹¹

A pesar de la internacionalización del mercado, el transporte marítimo históricamente ha sido un sector objeto de **fuerte intervención** debido al **carácter estratégico** que se le ha asignado tradicionalmente. Sin embargo, se está produciendo un importante proceso liberalizador en todo el mundo, enfocado a favorecer el desarrollo y la competitividad del sector, tomando en consideración transformaciones que están sucediendo: concentración, consorcios y fusiones de empresas, competencia, especialización, consolidación y masificación de la carga, concentración y modernización de actividades portuarias, privatizaciones y crecimiento de la importancia del transporte multimodal.

La política de la competencia está llamada a jugar un papel esencial en la reestructuración de este sector. Las características especiales del transporte marítimo dan una impronta particular a las normas de competencia.⁷¹²

943. Se ha dicho que el transporte marítimo es un **sector que tiende naturalmente hacia el oligopolio.**⁷¹³ Desde el siglo pasado, el llamado **sistema de conferencias**⁷¹⁴ ha modulado la competencia entre las líneas regulares de navegación. El objetivo básico de estas conferencias es **doble**. De un lado, en el ámbito interno, consiste en **controlar la competencia entre sus miembros**. De otro, en el ámbito externo, se trata de **conseguir condiciones adecuadas de competencia con las líneas no conferenciadas** que operen en la ruta de que se trate.⁷¹⁵

La competencia por la carga puede restringirse aún más, al pactar las compañías conferenciadas **uno o más convenios de explotación en común**, que prevén el reparto de carga e ingresos, según porcentajes convenidos (consorcios o "pools"). No sin dificultad, se ha reconocido internacionalmente el **papel beneficioso que para el comercio desempeñan las conferencias**. Sin embargo, los poderes públicos han venido subordinando su total reconocimiento a la imposición de determinadas reglas de comportamiento tendentes a impedir situaciones de abuso.

⁷¹¹ CASCALES MORENO, Fernando José. *La política común de transporte marítimo*. Op. Cit. p. 23

⁷¹² **La ordenación de la competencia en el mercado internacional tiene su centro de gravedad en el régimen de acceso y permanencia en los diferentes mercados nacionales.** Es decir, en el *si* y en el *cómo* una empresa del Estado A puede realizar transportes en, desde o hacia el Estado B. Su regulación, tanto en el plano puramente interno como en el internacional, aparece siempre guiada por el interés del Estado en salvaguardar la participación de sus compañías en el reparto del mercado internacional. Este interés primario hace que resulte, cuando menos dudoso, afirmar la existencia de intereses de la comunidad internacional en el buen funcionamiento del mercado internacional. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea. /en/ *Gaceta jurídica de la C.E. y de la competencia*. Serie D. Octubre 1995. D - 24. p. 100.

⁷¹³ CARBONE. Il ruolo delle norme sulla concorrenza nella disciplina dei traffici marittimi internazionali (con particolari riferimenti allo Shipping Act americano ed alle proposte comunitarie). /en/ *Il Diritto Marittimo*. 1985. p. 703. *apud*. CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. La aplicación de las normas comunitarias de competencia al transporte marítimo. /en/ *Noticias C.E.E.* Julio 1993. Núm. 102. p. 82.

⁷¹⁴ Cárteles entre empresas navieras en los que se acuerdan conjuntamente los precios y se regula internamente la oferta. Su análisis será desarrollado más adelante.

⁷¹⁵ Las conferencias, para Carbone, no entran en contradicción con el fenómeno de la competencia, sino que, al contrario, la refuerzan, pues la trasladan a un nivel supranacional. CARBONE. Op. Cit. p. 706.

En lugar destacado está la **legislación “antitrust”**, que por lo general exceptúa a **estas conferencias** del régimen general bajo ciertas condiciones, normalmente más benévolas que las aplicables a otros acuerdos.

944. La reglamentación pública de los transportes marítimos está, además, en revisión. El sistema de conferencias marítimas comenzó a perder cierta estabilidad ya en los años setenta. En efecto, mientras anteriormente las líneas conferenciadas controlaban del 80 al 90% del tráfico, como promedio general, los armadores independientes (“outsiders”) han logrado abrirse paso, alcanzando actualmente sus porcentajes de participación, según los casos, el 50% o más de las mercancías transportadas. Algunos autores han atribuido la crisis del sistema de conferencias precisamente a la introducción de un más intenso control.⁷¹⁶

Además, el sistema mundial de líneas regulares está cambiando. Los cambios tecnológicos afectan las estructuras organizativas dentro y fuera de las conferencias. Están surgiendo nuevas economías de escala que suponen la sustitución de las compañías navieras tradicionales por consorcios de compañías. En fin, el desarrollo del transporte multimodal mediante cadenas integradas de transporte terrestre, marítimo, e incluso aéreo, y emisión de un único título o documento se hace cada vez más corriente.

II. El mercado del transporte marítimo.

1. Breve introducción histórica.

945. Durante la época de la navegación a vela, se hablaba de la “aventura a la mar”, pues eran muchos los elementos vinculados a ella sobre los que el hombre tenía poco poder de disposición. Numerosos factores meteorológicos, tales como el viento o el estado de la mar, influían en la llegada o no a puerto de la embarcación y su carga, con mayor o menor proximidad a la fecha prevista.

Con la llegada del buque a vapor se minimizó el arbitrio de los riesgos naturales y se mejoró velocidad y puntualidad del transporte. La convivencia de la navegación a vela y a vapor dio lugar a una primera especialización del transporte marítimo: los buques a vela transportaban mercancías a granel para las que la fecha de entrega no era esencial, y los buques a vapor transportaban pasajeros y mercancías manufacturadas que precisaban un menor tiempo de transporte.

946. Tras la Segunda Guerra Mundial, la enorme crisis mundial también se hizo notar en el transporte marítimo, cuya actividad cayó en picada. Sin embargo, en veinte años no sólo se recuperó, sino que aumentó extraordinariamente. Durante los años sesenta se produjo un **esplendoroso crecimiento en la economía**

⁷¹⁶ Por ejemplo, Green, cree que “*The introduction of stricter regulation represents yet another control on the market and may also constitute an enticement on lines to leave the conferences; the more they are regulated the less their scope for maximising profits at the expense of independents and hence the greater the scope for independent to thrive. Put more basically the regulation of the conferences operates as a form of protection or encouragements for the independents*”. GREEN. *Competition and maritime law: a critical view*. ETL. 1988. p. 612. *apud*. CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. *La aplicación de las normas comunitarias de competencia al transporte marítimo*. Op. Cit. p. 83.

mundial y, por consiguiente, en el transporte marítimo. Al mismo tiempo, se denota cada vez más un **desequilibrio entre países desarrollados y subdesarrollados**, desequilibrio que interviene en el tráfico marítimo, pues al no equipararse el intercambio comercial entre todos los países, las embarcaciones navegaban en lastre en muchas ocasiones.

947. En los años setenta, se duplica el comercio marítimo. Las cargas secas se mantienen y aumentan las importaciones. Las alteraciones en los mercados de petróleo, cargas secas y generales fueron marcando las pautas en el transporte marítimo. La **progresiva contenerización**⁷¹⁷, sustituta de los buques de carga general, ha ido ganando terreno y continúa en auge desde los años ochenta. La carga transportada mediante contenedores ha revolucionado la logística y el transporte en general, con especial alusión al multimodal. Asimismo, la ampliación de las líneas regulares por todo el mundo, impulsada por las grandes compañías, ha desbancado a las pequeñas líneas regulares de larga tradición.

948. Con la globalización y el crecimiento de las empresas, se han creado **consorcios entre navieras, que en ocasiones manipulan algunos sectores del mercado del transporte marítimo**. No se debe olvidar que el transporte marítimo mueve el 80% del volumen del comercio mundial (petróleo, hierro, cereales y carbón, entre otros, sin omitir la carga general): de ahí su gran trascendencia.

Los avances tecnológicos de las últimas décadas, aparte del aumento y mejora de los buques portacontenedores, han hecho posible que aumentaran la capacidad de carga, la velocidad y la seguridad, y que se redujera la tripulación, con lo que se ha **abaratado el transporte marítimo**. La disminución temporal de la navegación y de la estancia de los buques en los puertos produce beneficios para las navieras y, en definitiva, para todos los operadores del transporte, de forma que éste se ha convertido en una clara **lucha competitiva** por parte de todos los sujetos que intervienen. En resumen, **la interacción de la economía sobre el transporte marítimo marca su evolución**.⁷¹⁸

2. Tráfico de buques en la actualidad.

949. Básicamente se puede dividir el transporte por mar en dos tipos de tráfico: de línea regular y de línea irregular o buques *tramp* (vocablo inglés que significa "vagabundo", traducido por algunos como "de oportunidad").

⁷¹⁷ El uso de contenedores y otros adelantos tecnológicos en el diseño y operación de los buques ha mejorado enormemente el movimiento de los cargamentos, no solamente de un puerto a otro sino también a puntos interiores en todas partes del mundo. A partir de mediados de la década de 1980, las empresas navieras norteamericanas introdujeron el servicio intermodal, que utiliza trenes con vagones especiales que acarrear contenedores uno encima del otro. *Hoja informativa: la función de la industria marítima en Estados Unidos*. Op. Cit. p. 53. La continua contenedorización ha hecho emerger un mercado internacional para operaciones portuarias. Los cinco principales puertos de contenedores del mundo son Singapur, Hong Kong, Long Beach/Los Angeles (Estados Unidos), Kaohsiung (Taiwan, provincia de China) y Rotterdam (Países Bajos). HOFFMANN, Jan. *Tendencias en el transporte marítimo internacional y sus implicaciones para América Latina y el Caribe*. Op. Cit. p. 1 y 11

⁷¹⁸ ROMERO, Rosa. *El transporte marítimo*. Op. Cit. p. 22 y 23.

A) Tráfico de línea regular.

950. El tráfico de *línea regular* ofrece un recorrido periódico por determinadas zonas y puertos de escala⁷¹⁹; las tarifas de los fletes de los buques que componen estos tráficos se publican y resultan muy interesantes para cargadores y receptores de mercancías. Existen líneas para todo tipo de mercancías, aunque destacan las mercancías contenerizadas, que se transportan a bordo de los buques portacontenedores.⁷²⁰

951. Las tarifas de fletes y los términos del conocimiento de embarque o contrato de transporte, que vienen dados por la compañía explotadora de la línea, quedan marcados por este mercado de línea regular. El propietario de una carga que firme un contrato con la naviera que se ocupe de una línea concreta, se adherirá a dicho contrato como si de un contrato de suministro de electricidad o agua se tratase. Hay, pues, poco poder de negociación entre las partes en este tipo de líneas, a excepción de los propietarios de carga de mayor incisión en el mercado. **Dada la continuidad del servicio de tráfico de la línea regular, los fletes suelen ser estables.** En este tipo de tráfico, los buques más utilizados son los convencionales o de carga general, los portacontenedores y los ro-ro⁷²¹ o de carga rodada.

952. Las **líneas regulares** de transporte marítimo están **generalmente organizadas en conferencias o carteles** en las que se **acuerdan conjuntamente los precios y se regula internamente la oferta.** Las conferencias marítimas, que pueden ser **abiertas o cerradas** a nuevos miembros, son una forma de organización que **contribuye a garantizar la estabilidad del mercado y la continuidad de los servicios.** Sin embargo, en los casos en que la competencia de otros navieros ajenos a la conferencia (*outsiders*) es débil o inexistente, hay un riesgo muy elevado de que se produzcan situaciones ineficientes, en las que los precios y niveles de servicio reflejan la **posición dominante de las conferencias en el mercado.** El sistema de conferencias está **generalizado** en el transporte marítimo regular y, como se verá, las políticas de liberalización de transporte las aceptan como **sistemas de autorregulación** de la industria, **siempre que no**

⁷¹⁹ Las compañías marítimas (de línea regular) sirven regularmente una serie de puertos determinados, con horarios y frecuencias preestablecidos, con independencia del volumen de carga a transportar, si bien, lógicamente, el establecimiento de una línea marítima regular presupone la existencia de un determinado volumen de carga que garantice al porteador la cobertura de los gastos y la obtención de un mínimo beneficio. AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Valencia. Tirant lo blanch. 1998. p. 37.

⁷²⁰ En el tráfico de línea regular se dan cita **tres tipos de mercancías**: i) líquidos -petróleo y sus derivados-; ii) mercancía a granel de sólidos (minerales y grano); y iii) carga general (se transporta por medio de contenedores). Además, **la carga rodada y el pasaje, que también cuentan con líneas regulares en muchos casos.** El servicio de línea regular es utilizado para el transporte de los productos manufacturados de alto valor económico por lo que a los cargadores les interesa conocer de antemano el itinerario que seguirá el buque, las frecuencias de salida y llegadas, etc., frente a la navegación desarrollada con datos sobre salidas y llegadas inciertos. *Ibidem*. p. 37.

⁷²¹ Su nombre proviene del inglés *roll on / roll off* ("subir y bajar sobre ruedas"), que se abrevió ro-ro y así paso a la lengua castellana. Transportan carga rodada, o sea todo tipo de vehículos. Además pueden cargar contenedores, paletas, grandes piezas y carga sobre tráiler. ROMERO, Rosa. *El transporte marítimo*. Op. Cit. p. 89.

supongan que las empresas establecidas ejerzan su poder limitando la competencia.⁷²²

953. El servicio de transporte regular resulta especialmente apto para atender las necesidades de pequeños cargadores que no pueden utilizar, por sí solos, la entera capacidad de un buque.⁷²³

B) Tráfico de línea irregular o tramp.

954. Los buques *tramp* no prestan servicios regulares, se ofrecen para cargas completas o para varias parciales.⁷²⁴ Las partes negocian la contratación en función de la oferta de mercado de *tramps* existente en el momento. El tráfico *tramp* está sometido a múltiples oscilaciones del mercado.⁷²⁵

El mercado de los servicios de transporte marítimo en régimen de *tramp* es competitivo y, aunque no hay libertad total de entrada, ha existido una gran rivalidad entre las empresas que operan en esta modalidad, lo que ha permitido la existencia de fletes ajustados a los costes del servicio. El transporte por fletamento no está sujeto a horarios e itinerarios prefijados; las condiciones del servicio se fijan en el contrato acordado entre naviero y fletador, los cuales pueden presentar diferentes modalidades (alquiler en casco desnudo, alquiler del buque con tripulación, por un viaje, por una temporada, etc.).⁷²⁶

En el transporte de línea irregular (*tramp*) lo verdaderamente relevante es la **prestación efectiva del servicio en una fecha concreta**, sin necesidad de observar un calendario de salidas y de escalas.⁷²⁷

3. Otras características en distintos sectores del transporte marítimo.

955. En el transporte marítimo, al igual que en otras industrias, también se están observando **alianzas, fusiones, y adquisiciones**. Característica que marca la tendencia en el sector, y que se puede distinguir principalmente en los siguientes ámbitos:

i) **Construcción naval.** A finales de los años noventa, dos países (Corea y Japón) producían aproximadamente un 75% del tonelaje pedido en los astilleros del mundo. A principios de la década, este porcentaje sólo alcanzaba un 60%.

ii) **Empresas navieras.** La adquisición reciente más comentada probablemente fue la compra de *Sea-Land* (EE.UU.) por parte de *Maersk* (Dinamarca). Anteriormente, ambas empresas habían formado una alianza. La empresa *Maersk Sea-Land* ahora

⁷²² DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El sistema de transporte europeo: un análisis económico*. Op. Cit. p. 70.

⁷²³ AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 37.

⁷²⁴ A los buques *tramps* recurren, por lo general, cargadores que tienen necesidad de enviar mercancías de bajo valor económico, sin embalaje especial ni aseguradas. Ibidem.

⁷²⁵ ROMERO, Rosa. *El transporte marítimo*. Op. Cit. p. 23 y 24.

⁷²⁶ DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El sistema de transporte europeo: un análisis económico*. Op. Cit. p. 70.

⁷²⁷ AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 37.

controla el doble de contenedores que la segunda empresa naviera, *Evergreen*. En su conjunto, las 20 empresas más grandes del rubro hoy en día controlan aproximadamente el 50% del mercado mundial, aunque en mercados individuales, el nivel de concentración tiende a ser mayor. Vinculado a las fusiones y alianzas de las líneas navieras, está el aumento del tamaño de los buques y el incremento del movimiento portuario de transbordo.

iii) **Arriendo de contenedores.** Dos empresas (*Genstar* y *Transamerican*) poseen una participación aproximada de un 50% del mercado.

La principal causa de este proceso de concentración son las economías de escala que se pueden lograr con la creación de entidades más grandes, sean estas buques, empresas o redes de transporte.⁷²⁸

III. Regulación del mercado del transporte marítimo.

956. El transporte por mar de mercancías y pasajeros es una de las más importantes actividades económicas que se realizan mediante la navegación marítima. Y esta actividad, en principio confiada a los distintos sujetos que intervienen en el mercado del transporte marítimo, conforme a la ley de la oferta y la demanda^{729 730}, se ha visto, en todo tiempo y lugar, **intervenida y regulada** por los poderes públicos⁷³¹, que siempre han visto en la marina mercante **un sector de interés económico y hasta estratégico** y han procurado la adopción de medidas de política económica de transporte marítimo.

En general, dichas medidas se han dirigido a la consecución de unos objetivos, que han oscilado desde el **mantenimiento de una flota mercante bajo pabellón nacional**⁷³² o, al menos, controlada por intereses nacionales, hasta la **existencia de unos servicios de transporte marítimo aptos para asegurar el flujo de comercio exterior y las comunicaciones marítimas nacionales en un marco de libre competencia**. Y todo ello conjugado, en mayor o menor extensión, con la adecuada tutela de los intereses de los usuarios del transporte.

⁷²⁸ Además de las economías de escala, **otras razones que han conducido a la concentración** han sido los actuales y cada vez más **procesos de desregulación** del sector y la **debilitación de las tradicionales “conferencias marítimas”**, que son básicamente cárteles entre empresas navieras. Siendo más difícil la cooperación entre empresas navieras, esto aumenta la intensidad de la competencia en el sector, **lo que fomenta la motivación de buscar alianzas y fusiones**. HOFFMANN, Jan. *Tendencias en el transporte marítimo internacional y sus implicaciones para América Latina y el Caribe*. Op. Cit. p. 7 - 9.

⁷²⁹ Más adelante veremos como a través de cárteles (“conferencias”, principalmente) los agentes económicos han autorregulado esta actividad, **distanciándola del marco de la competencia**.

⁷³⁰ Cuando los operadores del tráfico marítimo llegan al límite de sus posibilidades de autorregulación, el Estado redescubre su potencial de intervención en aras de la mejora de la eficacia. A partir del momento en que las medidas de intervención devienen en estructuras disfuncionales, los agentes económicos desarrollan nuevas formas de organización. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 84.

⁷³¹ **La intervención del legislador responde no sólo a fines del buen funcionamiento del mercado, sino también a la consecución de objetivos sociales o políticos**. Ibidem.

⁷³² Tradicionalmente, la marina mercante ha sido objeto de una legislación especial, destinada a proteger los intereses de la flota mercante nacional. ARROYO, Ignacio. *Curso de Derecho marítimo*. Barcelona. J.M. Bosch Editor. 2001. p. 242.

1. Antecedentes y evolución histórica.

957. El interés de los poderes públicos en la existencia de una marina mercante nacional y de unos servicios adecuados de transporte marítimo es una **constante histórica**.⁷³³ En Roma, el emperador Claudio adoptó diversas **medidas de estímulo** (tales como asegurar las pérdidas, conceder privilegios como la ciudadanía romana, etc.) a los comerciantes marítimos (*navicularii*) con el fin de que éstos se ocupasen de construir barcos y de realizar con ellos los suministros de alimentos enviados desde las distintas regiones del imperio en calidad de tributos en especie (la *annona*, generalmente consistente en cereales).

En la Edad Media y en la época de formación de los Estados nacionales son frecuentes, sobre todo por **razones de defensa**, las aportaciones monetarias del Erario Público a armadores y navegantes, tales como los “premios de acostamiento”. A cambio de ellos los beneficiarios se obligaban a hacer armada con sus buques al servicio del Monarca en caso de guerra, que era algo habitual tras la desaparición de la *pax romana*.⁷³⁴

También se observan en esta época los **beneficios y las reservas de bandera**. Los primeros consistían en favorecer, con derechos más reducidos de entrada en puerto, a las mercancías que venían transportadas en buques nacionales. Las reservas, por su parte, suponían la prohibición de que los buques extranjeros realizasen determinados tráficós marítimos.⁷³⁵

958. Tras el descubrimiento de América, pronto se produjo una minuciosa regulación de toda la navegación a las colonias, que tenía por finalidad **guardar el monopolio a los españoles y evitar la introducción de extranjeros en las**

⁷³³ La particularidades técnicas de la navegación dieron lugar a las correspondientes especialidades en el campo de los jurídicos. Quizá el documento legislativo más antiguo, regulador de la navegación, que se conoce sea el *Código de Hamurabi*, sexto rey de Babilonia (unos 2000 años a.C.). Hasta el descubrimiento de ese código era el llamado *Código de Manú* (más propiamente *Manava Dharmaśāstra*), revelado en la India por el Dios Manú en el origen de los tiempos, el que pasaba a ser la fuente más remota conocida. A pesar de la extraordinario relevancia marinera de los fenicios y cartagineses, no se ha encontrado ninguna literatura jurídica marítima de importancia de esos pueblos. Por lo que hace a Grecia, no cabe duda existió una legislación marítima, seguramente de carácter consuetudinario, no obstante del apogeo helénico solamente nos han llegado algunos fragmentos de los discursos de Demóstenes. Sin embargo, Rodas, pequeña isla del mar Egeo, produjo la primera recopilación conocida de Derecho marítimo consuetudinario: la *Lex Rhodia* (hacia el año 475 a.C.) que se extendió por todo el mediterráneo y fue aplicada en numerosos lugares del mundo antiguo. En el Derecho marítimo de Roma las normas regulatorias se encontraban en los *Edictos Pretorianos* (complementados con las leyes rodias) que más tarde fueron declarados leyes del Imperio. GABALDÓN GARCÍA, José Luis y RUIZ SOROA, José María. *Manual de Derecho de la navegación marítima*. Madrid. Marcial Pons. 2002. p. 4 y 5.

⁷³⁴ Así, por ejemplo, puede citarse una Ley de Juan II, fechada en 1422 y relativa a la “Construcción de navíos y galeras en los puertos de estos reynos para el resguardo de sus costas”. *Ibidem*. p. 158.

⁷³⁵ Es el caso, por ejemplo, de la Real Cédula de Jaime I de 12/10/1227, que prohíbe a toda embarcación extranjera el tomar cargamento para Siria, Egipto y Berbería, en la ciudad de Barcelona, mientras haya en su puerto nave nacional dispuesta y propia para aquel viaje. O de la posterior y más general pragmática promulgada en 1500 por los Reyes Católicos, de “Prohibición de cargar mercaderías en navíos extranjeros habiéndolos nacionales y tasación de sus fletes”. *Ibidem*.

nuevas tierras. Este monopolio es precisamente el que explica la creación de la Casa de Contratación en Sevilla⁷³⁶, el sistema de navegación en flotas (con las excepciones de los viajes sueltos de navíos de “avisos y registro”⁷³⁷) y la creación del impuesto de “avería” para sufragar los gastos de las Armadas de Guardia (para vigilar la navegación oceánica) y de Barlovento (para la protección del área del Caribe).^{738 739}

En Alemania surgió la *Liga Hanseática* que, constituida en un principio por Lubeck y Hamburgo, pronto contó con setenta ciudades. Esta liga ejerció el **monopolio del comercio marítimo del norte de Europa** y sus naves surcaban por todos los mares del continente.⁷⁴⁰

959. La reserva de bandera fue también, durante siglos, uno de los instrumentos básicos utilizado por las distintas potencias. En particular Inglaterra se sirvió en buena medida de ellas, para conseguir el espectacular desarrollo de su marina mercante. En efecto, si bien tras un primer momento y como consecuencia de la Carta Magna, aparecieron diversas Leyes que declaraban la libertad de comercio y navegación, ya en 1485 Enrique VII **reserva a los buques ingleses determinados tráficos de importación**, régimen que se prolonga hasta llegar a la famosa *Cromwell Act* de 1651, en la que la **reserva queda ampliada a todo el tráfico de cabotaje y a todo el comercio con las colonias**, además de introducirse importantes beneficios de bandera.

960. La regulación de la marina mercante conoce en España una cierta sistematización a partir de finales del siglo XVIII, siendo de destacar la Ley de 14 de abril de 1790 (Carlos IV) sobre “renovación de las anteriores leyes sobre premios a los que construyan y aparejen buques mercantes”, que contiene, entre otras cosas, premios a la construcción naval nacional, reserva de pabellón en tráfico de cabotaje y beneficios de bandera en tráfico internacional.

Por otra parte, la navegación a la América española sigue reservada al pabellón nacional hasta la Real Orden de 9 de febrero de 1827 (y ello aunque la Casa de

⁷³⁶ Creada para el control y regulación de todo el tráfico marítimo indiano, bajo la dependencia del Consejo de Indias, el centro que mayor relevancia tuvo en la producción y aplicación del Derecho marítimo oceánico. Ibidem. p. 9.

⁷³⁷ En el siglo XVIII, proliferan los navíos llamados de “registro”, autorizados para navegar a América sin obligación de hacerlo integrados en flotas y convoyes. Ibidem. p. 10.

⁷³⁸ El sistema de las armadas de “avería” se instala en 1521, obedeció a que a pesar de las enormes riquezas que producía el tráfico con América, la política de los Austrias se basó en una precaria posición defensiva, mientras que el corso y la marina inglesa crecían a costa de las presas de los navíos españoles. Así, fueron los propios mercaderes los que tuvieron que organizar armadas protectoras, que eran sufragadas mediante el pago de la cantidad llamada de “avería”. Ibidem. p. 11.

⁷³⁹ En 1728 se constituye la primera compañía naviera estatal: la “Real Compañía Guipuzcoana de Navegación”, que obtuvo el monopolio del tráfico del cacao con las colonias americanas. En 1764, surgen los primeros servicios regulares de navegación: el correo mensual entre La Coruña y La Habana, propiciado por Carlos III y encomendado la empresa estatal llamada “Correos Marítimos”. Ibidem. p. 10.

⁷⁴⁰ Varias son las leyes que promulgó la poderosa liga, siendo la más importante la última, de 1614, conocida con el nombre de *Ius Hanseaticum Maritimum*. Los países escandinavos vieron codificado su Derecho marítimo en el siglo XVI. Posteriormente aparece el *Código de Cristian V* y ya en el siglo pasado, serían aprobadas leyes marítimas uniformes en Dinamarca, Suecia y Noruega (Derecho marítimo nórdico). Ibidem. p. 11.

Contratación había desaparecido en 1789), momento en que se produce la apertura a los buques extranjeros como consecuencia de la decadencia de la marina mercante española y la consiguiente dificultad de atender ese tráfico (que, sin embargo, volvería a ser reservado un año después, por Real Orden de 29 de agosto de 1828). En cualquier caso, la referida apertura vino acompañada con una nueva medida: los “derechos diferenciales de bandera”, consistente en **gravar con un “plus” arancelario a toda mercancía** despachada en aduanas de entrada o de salida al país **por el sólo hecho de haber sido transportada en buque extranjero**. Por su parte, la reserva de cabotaje se mantiene en España durante todo el siglo XIX.⁷⁴¹

961. Durante la primera mitad del siglo XIX y paralelamente a la pérdida de importancia de la reserva de navegación con las respectivas colonias, los derechos diferenciales de bandera fueron las **medidas básicas de intervención**, tanto en España como en otras potencias europeas y en los Estados Unidos de América (que en 1817, y como represalia a la *Cromwell Act* adoptaron una ley similar a ella). Pero, posteriormente, **la proliferación de tratados bilaterales internacionales** con cláusulas de tratamiento nacional o de nación más favorecida **hacen inviable el sistema de los derechos diferenciales de bandera**, zanjándose así una larga controversia entre proteccionistas y liberales en torno a este tema.

Los Estados refuerzan entonces sus sistemas de estímulos directos en forma de subvenciones a la explotación de sus buques, siendo un ejemplo paradigmático el de las primas a la navegación, que aparecidas en Francia se implantan en varias potencias marítimas y, aunque no sin vicisitudes, logran subsistir incluso en las etapas de liberalización de la economía y de expansión del librecambio que se da a finales del siglo XIX.

962. Por otra parte, la necesidad de atender debidamente el tráfico marítimo con los territorios insulares y coloniales⁷⁴² hace surgir **una nueva modalidad de intervención**. Se trata de los **contratos administrativos de navegación**, que iniciados en forma de arrendamiento del servicios de transporte de correspondencia (correos marítimos) concertados a través de técnicas administrativas (concurso público) se amplían luego a otras materias (por ejemplo, transporte de tropas, servicios auxiliares de guerra, etc.) y acaban llegando a configurar la **idea general de los servicios de comunicaciones marítimas**, en los que la aportación económica del Estado en vez de considerarse “precio” pasa a ser subvención, desdibujándose así la idea de arrendamiento de servicios y aproximándose la figura del contratista a la del concesionario.⁷⁴³

963. Ya en el siglo XX las políticas económicas se presentan bajo el signo del **intervencionismo estatal**, consecuencia de los problemas sociales y económicos

⁷⁴¹ Se recoge así en el Código de Comercio de 1829: “El comercio de un puerto español a otro puerto del mismo reino se hará exclusivamente en buques de la matrícula española, salvas las excepciones hechas o que se hicieren en los Tratados de comercio con las potencias extranjeras.”

⁷⁴² Antillas españolas, territorios africanos y Filipinas, en el caso de España.

⁷⁴³ En España la primera subasta del servicio se produce en 1857 y la segunda en 1861, quedando hecha la adjudicación a la “Compañía López” (Antonio López y Cía.), que más tarde se convertiría en la “Compañía Trasatlántica” y llegaría a ser la primera sociedad naviera española.

que no puede resolver el librecambio. Y esta situación se traduce en la promulgación de grandes **leyes reguladoras** de los distintos sectores, que vienen a modular las correspondientes actividades empresariales a la luz de los intereses generales.

2. Clasificación de las modalidades de intervención.

964. El intervencionismo estatal en el transporte marítimo se presenta a través de una **amplia gama de medidas reglamentarias del mercado**, que su adopción obedece, principalmente, a disposiciones de políticas marítimas. Dentro de esta gama de medidas reglamentarias, algunas agrupan unas de uso predominante (pero no exclusivo) por las economías de escasos recursos, que se articulan técnicamente mediante la manipulación de la demanda del transporte marítimo, es decir, que tienden a canalizar la contratación del transporte hacia el pabellón nacional. Otras son más propias de los países de rica economía (aunque también son empleadas por los demás) y suponen la manipulación de la oferta del transporte marítimo, en cuanto que pretenden abaratar los costes de explotación bajo ese pabellón. Y no faltan las que, renunciando a garantizar la oferta de flota nacional, simplemente quieren asegurar la cobertura de las necesidades de transporte marítimo. A continuación pasamos a la exposición de unas y otras.

A) Medidas dirigidas al empleo del pabellón nacional.

965. En su versión más moderada, **pretenden incentivar a los usuarios para que utilicen buques nacionales o bien desanimarles en la utilización de buques extranjeros**. Lo primero puede hacerse a través de medidas específicas, tales como el establecimiento de reducciones en los fletes, exenciones en los tributos que gravan la importación de mercancías o bien mediante la concesión de créditos a la exportación de bajo interés a los exportadores que empleen un buque nacional.

Para **desalentar la utilización de buques no nacionales** se pueden imponer tributos directos sobre el flete similares a los aranceles aduaneros (los históricos "derechos diferenciales de bandera", que aún subsisten en algunos países). Asimismo se pueden establecer diferencias de trato en materia de tarifas por servicios portuarios en función de la bandera del buque, sistema que ha sido ampliamente utilizado.

966. La submodalidad más contundente es la de **reserva de bandera**, que ya no consiste en una mera acción de fomento, sino en una obligación jurídica de utilizar necesariamente buques nacionales. Así tenemos, de un lado, la **reserva del tráfico de cabotaje**, destinada a proteger el subsector de flota nacional que opera entre los puertos nacionales (o puertos y plataformas bajo soberanía) y utilizada en toda clase de países (incluidos los Estados Unidos). De otro, la **reserva de carga en el tráfico internacional**, que, a su vez, puede ser fruto de la acción legislativa de un sólo Estado (reservas unilaterales en su diversas versiones de "carga de Estado", "mercancías estratégicas", listas de mercancías específicas, etc.) o consecuencia de acuerdos internacionales con cláusulas de reparto de cargamentos (reservas bilaterales o multilaterales).

967. Una opción muy próxima a la de reserva de bandera es la de la **imposición legal de condiciones CIF⁷⁴⁴ para las ventas y FOB⁷⁴⁵ para las compras**, asegurando así que el transportista marítimo será siempre elegido por el operador nacional. Básicamente han sido los países de economía centralizada los que han hecho uso de esta medida, al haber estado allí controladas todas las operaciones de comercio exterior por entidades estatales que tenían la obligación de emplear preferentemente buques de su bandera.

968. Otra práctica restrictiva de acceso al tráfico marítimo de línea regular es el de concesión del **"estatuto" de "Línea Asociada"**. Hace algunos años muy practicada en Sudamérica, consiste, básicamente, en **condicionar el acceso de las líneas extranjeras a un determinado tráfico**, a la conclusión por éstas de un **acuerdo comercial o pool** de colaboración con una línea nacional, sea pública o privada. El estatuto no nace directamente de la firma del acuerdo, sino del acto de aprobación por una entidad oficial, que se produce posteriormente.

969. Finalmente, con el objeto de velar por el cabal cumplimiento de todas estas medidas y a modo de complemento de las mismas, diversos Estados han establecido, a través de las correspondientes entidades o agencias públicas, o incluso delegando en determinadas compañías navieras nacionales, públicas o privadas, **"oficinas de control de fletes"** (*central freight bureaus*), que, situadas en el extranjero, controlan "en origen" que las banderas empleadas en el embarque con destino a su país se encuentran conformes con su política y legislación interna sobre la materia.

970. En general, **la crítica a todas estas medidas es fácil, al menos si las mismas se quieren imponer en un sistema económico de libre mercado**. Basta con reparar en el hecho de que **no significan otra cosa que la eliminación o restricción de la competencia internacional**, y con ella, de la necesidad de que los navieros sean competitivos, con todas las consecuencias que ello significa para la salud de un sector económico.

Por otra parte, no hay que olvidar que cualquier reserva de bandera en el tráfico internacional afecta directamente a los intereses de las otras partes que intervienen en el mismo, sobre todo si es unilateral, pues el comercio marítimo internacional tiene, como mínimo, dos principales protagonistas; el país de carga y el de descarga y no sólo uno de ellos. De aquí los numerosos conflictos internacionales que provocan estas reservas. En particular, las oficinas de control de fletes han suscitado múltiples reclamaciones por parte de los países de sede, que han alegado una inaceptable pretensión de aplicación extraterritorial del Derecho de los Estados que las establecen.

Es por todo ello, por lo que este tipo de medidas se ha visto últimamente muy mitigado por las disposiciones de nación más favorecida o de tratamiento nacional, contenidas en los múltiples Convenios internacionales que se han venido celebrando, tanto en el ámbito multilateral como en el bilateral.

⁷⁴⁴ *Cost, Insurance and Freight.*

⁷⁴⁵ *Free on board.*

B) Medidas financieras o fiscales de carácter general.

971. Para una serie de países la **concesión de ayudas fiscales o financieras a la inversión y a la explotación naviera constituye un elemento esencial de su política marítima**. Se trata de una medida típica de los países industrializados, hasta el punto de que prácticamente no puede encontrarse uno solo de ellos que, en una u otra modalidad y con mayor o menor extensión, no las hayan establecido.

972. En la vertiente de las **medidas financieras**, éstas se dirigen, bien a facilitar las inversiones y a mejorar la estructura de la industria marítima, bien a la mejora de los costes de explotación naviera. En el primer caso se encuentran los subsidios, créditos blandos y bonificaciones de intereses para la construcción, modernización o desguace de buques, cuyo objetivo principal suele ser el soporte de la construcción naval, si bien algunos de ellos se concedan aparentemente a los navieros. En el segundo se persigue hacer competitivo el empleo de buques con bandera propia, para lo cual se suelen establecer subsidios a la navegación cuyo directo receptor es el empresario naviero.⁷⁴⁶

Las técnicas empleadas para ello pueden ser clasificadas en tres tipos básicos: i) subvenciones con cargo a los presupuestos del Estado, que se entregan a fondo perdido; ii) descuentos en los tipos de interés a cargo directamente del Estado o bien, indirectamente, a través de alguna entidad de crédito pública o privada, de modo que el prestatario puede obtener capital a un interés más bajo del vigente en el mercado; y iii) préstamos a interés de mercado, concedidos por la banca pública o privada pero avalados por algún tipo de entidad estatal.

En el primer caso, estamos en presencia de una subvención pura y simple, de cuantía igual a la cantidad entregada. En el segundo se trata de una subvención equivalente a la cuantía de la bonificación del interés. En el tercer caso es más difícil cuantificar la subvención, si bien este tipo de medida debe ser considerada como un tipo de asistencia sin la cual los préstamos no podrían ser obtenidos en las mismas condiciones.

En muchos países las únicas ayudas financieras concedidas son las relativas a la inversión, si bien es regla general que quienes otorgan subsidios a la explotación concedan igualmente ayudas a la inversión. De hecho, cuando un sector se considera incurso en suficientes dificultades como para justificar ayudas a la explotación, parece lógico entender que éstas deben ser tan sólo un complemento de las ayudas a la inversión, pues la mejora de los bienes de equipo (buques) redundará presumiblemente en una mayor productividad que, a su vez, permitirá restringir o eliminar las primeras.

973. Menos visibles, pero ciertamente no menos eficaces, son las **medidas fiscales** para ayudar a la industria marítima. Las modalidades que pueden revestir este tipo de ayudas son muchas y dependen de variados factores, siendo el principal de ellos las posibilidades que depare el propio sistema tributario general del país. Así, para ayudar a la competitividad de las empresas navieras se puede

⁷⁴⁶ El caso más importante, por su cuantía y duración, es el de los *Operational Differential Subsidies* de los Estados Unidos.

adoptar un conjunto de medidas fiscales que permitan a dichas empresas operar en un **marco tributario de máxima flexibilidad**. Entre ellas pueden citarse el tratamiento fiscal favorable para los beneficios obtenidos en la actividad naviera, incluida la venta de los buques, cuando, en este último caso, los beneficios se reinviertan en la adquisición de otras unidades; la introducción de un sistema flexible de depreciación de los buques a los efectos del impuesto de sociedades; la posibilidad de imputación de pérdidas a ejercicios futuros, sin limitación temporal, la sustitución del criterio de los beneficios por una cuota fija, en función del tonelaje de los buques, para determinar la base imponible a efectos del Impuesto de Sociedades (el llamado sistema de *tonnage tax*), etc.

Los propios países que practican este tipo de medidas (que como se ha dicho son básicamente los de economías poderosas) reconocen los efectos negativos e indeseables que producen en una economía de mercado, pues sin duda comportan una agresión a los principios de libre competencia que presiden sus sistemas económicos. A pesar de ello, las ayudas fiscales y financieras son consideradas por ellos como un hecho generalmente ineludible (*a fact of life*) si se quiere cubrir el objetivo del mantenimiento de una flota mercante bajo pabellón nacional. Por otra parte, la posibilidad de implantar medidas de naturaleza fiscal choca frecuentemente con principios muy arraigados en los ordenamientos tributarios de algunos países, cual es el de "neutralidad fiscal", en cuya virtud la carga tributaria debe operar por igual en todas las actividades económicas, sin privilegios sectoriales.

974. **Una característica común a este tipo de políticas** (tal vez consecuencia de la mala conciencia que provocan en quienes las practican pero defienden la libertad de mercado en los foros internacionales) **ha sido su tradicional opacidad**, que ha hecho que determinados organismos (OCDE) hayan **emprendido tareas dirigidas** al logro de una transparencia, concebida como un primer posible paso cara a su **eliminación, regulación o armonización**. Naturalmente todo ello sin perjuicio de la aplicación del Derecho de la competencia (**ayudas de Estado**).

C) Medidas de reducción de los costes de explotación.

975. A diferencia de las medidas de carácter general señaladas anteriormente, cabe siempre dirigir las **ayudas del Estado de un modo selectivo**, es decir, **orientándolas a reducir**, en concreto, uno o varios de los elementos que configuran **la estructura de costes de explotación, contribuyendo así a hacer competitiva la bandera nacional** y, con ello, al mantenimiento de una flota propia. En este sentido cabe encontrar medidas orientadas a la disminución de los costes de tripulación, combustible, reparación y seguros.

976. Las **medidas de abaratamiento de los costes de tripulación** merecen comentario especial, pues son las preferidas por los navieros de los países desarrollados de economía de mercado, habida cuenta de su alta incidencia en la estructura de los costes de explotación del buque. Ello es así, hasta el punto de que frecuentemente se alega que ésta es la partida que decide si un buque de aquellos países puede o no competir con los de las banderas más baratas.

La acción legislativa puede dirigirse aquí a ajustar los cuadros de **tripulaciones mínimas y a permitir el empleo de tripulantes extranjeros**, con niveles de renta más bajos, a bordo de los buques nacionales. Asimismo pueden establecer regímenes especiales destinados a rebajar o eliminar la carga fiscal que soportan las rentas obtenidas por los tripulantes de determinadas nacionalidades, con la consiguiente reducción de la cantidad pagada por el naviero y sin que ello suponga disminución de los ingresos netos obtenidos por el tripulante. Y también cabe la exención o reducción de las contribuciones que deben pagar los tripulantes y los navieros al sistema nacional de seguridad social.

Los principales problemas que pueden derivarse de la autorización de tripulantes extranjeros residen en el impacto social -de intensidad variable en función del nivel de disponibilidad de marinos nacionales y del índice de desempleo del país en cuestión- que pueden provocar. Además la Organización Marítima Internacional (OMI) se ha visto obligada a modificar el "Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar" (STCW) a la vista de la baja calidad de los títulos otorgados por algunos países proveedores de mano de obra y de los **problemas de falta de seguridad que suelen producirse como consecuencia de la utilización de distintas lenguas en el trabajo a bordo**. Y desde un punto de vista más pragmático para los navieros, hay que contar con la oposición sindical, capaz, a veces, de traducirse en acciones internacionales de rechazo que pueden poner en riesgo la normal actividad del buque.

D) Medidas de aseguramiento del "control" nacional de la flota.

977. Existe una tendencia, no exenta de elementos emocionales y hasta románticos, a mantener el **pabellón nacional como símbolo que vincula ostensiblemente al buque y al país de su bandera**. Sin embargo, en términos estrictamente económicos puede entenderse que no existe una necesidad ineludible de que semejante vínculo persista en todo momento.

La idea puede defenderse siempre que concurren, al menos, tres requisitos: 1° que el control de las operaciones del buque y los resultados económicos de su explotación permanezca en el país en cuestión; 2° que dicho país posea la facultad de recuperar la bandera del buque cuando necesidades de tipo estratégico o de otra índole así lo aconsejen y 3° que el abanderamiento en otro país constituya un requisito imprescindible para que el buque pueda ser explotado en condiciones de competitividad (por ejemplo, por conseguirse unos costes de explotación mucho más reducidos).⁷⁴⁷

Aceptados dichos presupuestos, las políticas marítimas de los distintos países (en particular de los desarrollados) han venido aceptando la opción de los llamados **registros abiertos o pabellones de conveniencia**. La regulación del mercado (más bien aquí desregulación) debe entonces dirigirse, de un lado, a no imponer trabas a la libre exportación e importación de buques y capitales relacionados con la inversión y la explotación naviera con sede en el extranjero, y de otro, a lograr

⁷⁴⁷ GABALDÓN GARCÍA, José Luis y RUIZ SOROA, José María. *Manual de Derecho de la navegación marítima*. Op. Cit. p. 166.

acuerdos de “control efectivo” de la flota con los Estados de abanderamiento que aseguren la posibilidad de incautación o requisa en casos de necesidad.

Con todo, esta opción de política marítima encuentra algunos **inconvenientes**. Así, y dejando aparte los problemas sociales que plantea cara a la misma existencia y empleo de marinos nacionales, sucede que el Estado no controla en absoluto los tipos de buques que constituyen la flota bajo su “control efectivo”, con lo que la estructura de aquélla puede alejarse de la idónea para casos de emergencia. Además, aquel Estado debería asegurarse de que el país de libre matrícula con el que se concierta el acuerdo de reabanderamiento posee tanto los medios como la intención de asegurar el cumplimiento de los Convenios internacionales de naturaleza social, de seguridad marítima y de prevención de la contaminación de que el primero es parte, pues de otro modo la “recuperación” de la bandera podría resultar ciertamente problemática (en ciertos períodos de los años setenta la flota bajo “control efectivo” de los Estados Unidos contenía un gran número de petroleros incapaces de entrar en ningún puerto de aquel país).

Una variante es la del cambio temporal de pabellón, vinculado a un contrato de arrendamiento internacional, en el que el arrendatario, domiciliado en un país de bajos costes de explotación, es una sociedad filial del arrendador, domiciliado en un país de altos costes de explotación (*bareboat chartering in and out*). El Estado que desee hacer uso de esta opción no tendrá más que dictar las normas jurídicas reguladoras de la misma, con lo que las compañías navieras dispondrán de un instrumento que les permitirá cierta flexibilidad en el abanderamiento de sus flotas.

E) Medidas de establecimiento de segundos registros nacionales.

978. El establecimiento y regulación de los llamados registros dobles o “segundos” (“bis”), especiales o “extraterritoriales” (*off-shore registers*), no es más que un **subterfugio para salvar las dificultades** (de índole social o relativas a los principios de neutralidad fiscal y de libre competencia) que encuentran, en su propio Estado, algunos legisladores para establecer ayudas, subsidios y ventajas fiscales y otras medidas de abaratamiento de los costes de explotación.

Se recurre entonces al establecimiento de un **registro de buques en territorios que aún estando sometidos a la soberanía del propio Estado, gozan, en general, de algunas peculiaridades en materia tributaria, fiscal o incluso social.**⁷⁴⁸ En otros casos, el legislador simplemente inventa un nuevo registro de buques y le otorga un régimen jurídico de explotación que habría considerado inaceptable para el registro ordinario, el cual continúa en vigor con arreglo al régimen tradicional y con la consiguiente opción de los navieros para registrar sus buques en uno u otro.⁷⁴⁹

Desde otro punto de vista, este tipo de registros pueden ser “**nacionales**”, esto es, previstos únicamente para la inscripción de navieros del país de la bandera (como

⁷⁴⁸ Caso de los registros *off-shore* de Madeira, Kerguelen, territorios de dependencia británica (como la Isla de Man o Gibraltar, entre otras) Canarias, etc.

⁷⁴⁹ Éste es el caso de los registros dobles como el NIS noruego, el DIS danés, o del registro Alemán, que se limita a permitir el empleo de tripulantes extranjeros a bordo de los buques de dicha nacionalidad.

es el caso de los registros de Kerguelen o los británicos), o “**internacionales**”, en cuyo caso admiten buques pertenecientes a cualquier naviero, sea cual fuere su nacionalidad, si bien suele exigir una participación de nacionales en el capital de la sociedad y siempre una sede en el territorio del registro (casos del DIS danés y del NIS noruego).

A juzgar por la reciente experiencia esta opción es la que parece haber tenido más éxito en los países industrializados. **La principal ventaja de los registros dobles es que mientras el naviero consigue similares beneficios que recurriendo a los registros de libre matrícula, el buque conserva su pabellón, con lo que el Estado puede así velar por el cumplimiento de los estándares mínimos que resulten pertinentes de acuerdo con su legislación interna y con los convenios internacionales aplicables.**

Sin embargo, y aunque la medida puede acompañarse con las oportunas negociaciones con la ITF⁷⁵⁰ tendentes a procurar a los buques de estos registros el correspondiente certificado que asegure la paz sindical internacional, tiene como principal aspecto negativo, aparte de la artificialidad del sistema, la puja a la baja que su proliferación supone, con el consiguiente riesgo de que finalmente acaben resintiéndose aquellos estándares, aun a pesar de las expectativas despertadas por el sistema de control por el Estado del puerto.

3. Las restricciones de concurrencia a los mercados.

979. De lo hasta ahora dicho, es fácil deducir la **inexistencia de un principio general de libertad internacional de prestación de servicios de transporte marítimo comercial** que sea operativo al margen del Derecho convencional. De hecho todos los países han puesto en marcha, en algún momento y con una u otra amplitud, **restricciones nacionales de acceso a los mercados**. Y esta realidad puede llevar a pensar, en principio, que una cosa es la libertad de navegación por los distintos espacios marítimos y el régimen de entrada y estancia en puerto, y otra es la de utilizar dichos puertos para cargar y descargar mercancías y pasajeros en un contexto de libertad comercial universal.

El instrumento tradicionalmente utilizado para restringir el libre acceso a la navegación comercial ha sido, según hemos visto, el de las reservas de pabellón, en su doble manifestación de reservas unilaterales y multilaterales o bilaterales.

A) Reservas unilaterales de pabellón.

980. Dentro de las reservas unilaterales hay, a su vez, que distinguir entre las relativas a la **navegación de cabotaje** y las que se refieren a la **navegación exterior**, pues diverso es el título jurídico que justifica unas y otras.

La navegación de cabotaje es parte del sistema nacional de transportes y como tal debe someterse plenamente a la jurisdicción estatal. Poca duda cabe

⁷⁵⁰ *International Transport Workers Federation.*

entonces de la licitud internacional de las normas nacionales que reservan esta actividad a los buques abanderados en el propio país.

Respecto a la **navegación exterior**, hay que comenzar diciendo que en el tráfico colonial el título jurídico para esta reserva de navegación venía a ser, en última instancia, la soberanía sobre los territorios enlazados, que permitía establecer la **autoridad del Estado sobre las comunicaciones realizadas entre ellos**. En definitiva, se producía una asimilación al cabotaje a efectos de legitimación de la reserva.

Pero cuando las reservas se introducen unilateralmente en la navegación exterior, el núcleo jurídico de la cuestión se traslada a la eficacia que la legislación estatal puede tener sobre navieros y cargadores a la hora de vincular coactivamente su actividad, de modo que queden excluidos los competidores extranjeros. Y es que la reserva de bandera es al propio tiempo discriminación de pabellón.

Al respecto puede afirmarse que **el Derecho internacional prohíbe la discriminación injustificada entre banderas**, ya que dicho principio puede inferirse de diversos instrumentos (tales como los Convenios de Libertad de Tránsito de 1921 y de Régimen de los puertos marítimos de 1924), así como del más amplio de libertad de navegación por los espacios marítimos. Sin embargo, **este principio no puede ser absoluto allí donde existe desigualdad en las condiciones de competitividad, por lo que resulta necesario admitir determinadas vinculaciones de la navegación sometida, aunque sólo sea en parte, a la jurisdicción de un Estado.**⁷⁵¹

Es así como puede defenderse que, en condiciones de competencia desigual, sean legítimas las reservas unilaterales siempre y cuando se den algunas condiciones, tales como no constituir un monopolio absoluto, no establecer diferencias entre terceros países, no ser desproporcionadas y no adoptarse con fines distintos a la protección de la flota mercante nacional. Claro es que lo anterior se afirma sin perjuicio del riesgo que corre el Estado reservante de tener que afrontar medidas semejantes impuestas por otros Estados en aplicación del principio de reciprocidad.

B) El reparto multilateral de tráficos conferenciados de línea regular: el Código de Conducta UNCTAD.

981. A partir de los años setenta se plantearía, en el marco de la UNCTAD⁷⁵², **un conflicto internacional de intereses**. De un lado, los países en desarrollo (agrupados en el entonces llamado grupo de los 77), fuertes exportadores de materias primas pero con escasa o nula flota mercante, que deseaban la instauración de un régimen jurídico internacional que propiciase su participación en los tráficos marítimos de línea regular, en particular de los servidos por las Conferencias Marítimas o de fletes, casi íntegramente formadas por navieros de los

⁷⁵¹ GABALDÓN GARCÍA, José Luis y RUIZ SOROA, José María. *Manual de Derecho de la navegación marítima*. Op. Cit. p. 168.

⁷⁵² Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo o *United Nations Conference for Trade and Development*.

países marítimos desarrollados. De otro, estos últimos países (agrupados en la OCDE), con importantes flotas mercantes e intereses navieros, que propugnaban el principio de libertad comercial en el transporte marítimo (*free flow of shipping*) y se mostraban reacios a cualquier tipo de regulación multilateral de aquellos tráficos o de cualquier otro.⁷⁵³

Los primeros alegaban razones políticas (independencia), estratégicas (control de un medio vital para su comercio exterior) y económicas (participación en los fletes).⁷⁵⁴ Para los segundos, en cambio, la mejor forma de ayudar al comercio de los países en desarrollo era la de asegurar la provisión de transportes marítimos eficaces y al menor coste posible, para lo que resultaba esencial el mantenimiento y aún potenciación de un régimen de libre competencia naviera.

982. La controversia sería, en buena medida, zanjada a favor de los países en desarrollo con la aprobación de la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas⁷⁵⁵, hecha en Ginebra el 6 de abril de 1974 y conocida como "Código UNCTAD".⁷⁵⁶

⁷⁵³ Los orígenes del conflicto de intereses de estos dos grupos surgen de dos documentos, que representan cada una de las ideologías en tensión: el Código CENSA y la Carta de Argel. El CENSA (Comité de asociaciones nacionales de armadores europeos), consciente de la inevitabilidad de la competencia de las flotas de los países menos desarrollados y de las deficiencias que el sistema conferenciado iba revelando, acordó en su sesión de octubre de 1971 (en la que participaron los consejos de cargadores europeos y observadores enviados por otros países, entre los que se encontraban los EE.UU., Japón, India e Indonesia), remitir a los Gobiernos el texto de un Código de conducta, expresión de las negociaciones mantenidas con los cargadores europeos. El Código CENSA se articulaba en un principio que los armadores pretendían derivar de la libertad de los mares: *la no injerencia del Estado en los asuntos del transporte marítimo*. Expresión de una concepción *autonomista* de la reglamentación del comercio internacional, considera inherente a éste una exigencia y una capacidad de autorregulación que hacía inconveniente e innecesaria cualquier intervención estatal, salvo a los efectos de garantizar el orden público. Esta concepción, orientada a mantener la posición de las flotas de los países industrializados, resultaba inconciliable con las exigencias políticas de los países pobres. El grupo de los 77, liderado por Chile, había manifestado sus exigencias y condiciones de participación en la Carta de Argel. No obstante, no acertaron a formular un contraproyecto unitario que oponer al Código CENSA. Pero frente al objetivo de éste de eludir todo control gubernamental sobre las conferencias de flete, los dos modelos presentados -el latinoamericano y el afroasiático- coincidían en el principio de partida: el Código de conducta debería ser una formulación de los Estados, para dar así cabida a las consideraciones socio-políticas. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 103 y 104.

⁷⁵⁴ Heldring comenta que el interés que nace, recién acabada la Segunda Guerra Mundial, en algunos países en desarrollo -principalmente de Sudamérica- en tener su propia flota mercante, se basa en cuatro razones: 1ª. El deseo de gozar de independencia de importación de bienes de equipo y de exportación de materias primas en tiempos de crisis; 2ª. El sentimiento de estar pagando tarifas excesivamente altas a las navieras europeas, estadounidenses y japonesas; 3ª. El convencimiento de que ello ayudaría a ahorrar divisas; y 4ª. Argumentos de prestigio. Este mismo autor destaca el hecho de que unas pocas compañías ayudaron a construir las flotas de los países en desarrollo mediante: 1) El compartimiento de la experiencia técnica; 2) Su presentación a las conferencias; 3) El establecimiento de cadenas de consignatarios; y 4) La cooperación en servicios combinados. HELDRING, Balthazar. *Free access to ocean trade. /en/ European Transport Law*. Vol. XXIII núm. 5, 1988, p. 601 y 602. *apud*. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 75.

⁷⁵⁵ Pese a las divergencias, el diálogo pudo instaurarse gracias a las posiciones conciliadoras de la -extinta- URSS y de Francia. Así, se alcanza un consenso en Ginebra en 1974, gracias al apoyo de algunos países industrializados y pese a la tenaz oposición de los EE.UU. y de la Gran Bretaña. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 104.

⁷⁵⁶ Entro en vigor el 6 de octubre de 1983, una vez ratificado por 24 Estados que representaban el 25% del tonelaje mundial.

El Código UNCTAD es un instrumento muy complejo que tiene por objeto regular el tráfico marítimo de línea regular que se desarrolla en régimen de conferencias, tanto en el aspecto de distribución de tráficos cuanto en el relativo a las relaciones entre Conferencias y usuarios a la luz del Derecho de la competencia (posibles posiciones de abuso dominante, prácticas concertadas, etc.), aspecto este último que será objeto de atención más adelante.⁷⁵⁷

983. Una nota que debe ser inicialmente destacada es que **el Código se aplica exclusivamente al transporte marítimo internacional de mercancías realizado en régimen de línea regular y en el seno de una Conferencia Marítima que sirve el tráfico entre los puertos de un Estado parte y los puertos de otro Estado parte** (los llamados tráficos "codistas"). Los transportes conferenciados que tienen origen o destino en puertos de un Estado no parte quedan fuera de su ámbito de aplicación (tráficos "no codistas").

984. Brevemente y en lo que respecta a la distribución de tráficos conferenciados, que es lo que aquí interesa, **el Código establece, en primer lugar, un derecho de acceso a la conferencia para las llamadas "compañías marítimas nacionales"**, entendiéndose por tales las sociedades porteadoras navieras, cuya oficina principal de dirección y cuyo control efectivo se encuentran en un Estado servido por la conferencia y que estén reconocidas como tales por una autoridad de dicho país.

En segundo lugar, **el Código introduce también unas cuotas indicativas de participación en el tráfico servido por la conferencia que se conoce como la fórmula 40/40/20** (criterio subsidiario de reparto). Supone ello que el 40% del tráfico queda reservado para el grupo de compañías marítimas nacionales de uno de los países servidos por la conferencia y otro 40% es para el grupo de compañías nacionales del país del otro extremo del tráfico, quedando el 20% restante para las terceras compañías integradas en la conferencia (los llamados *cross traders*).⁷⁵⁸

985. Debe tenerse en cuenta que **el Código no atribuye a los *cross traders* un verdadero derecho de acceso a la conferencia, sino únicamente el derecho a participar en ella en el caso de que sean aceptados en la misma y con arreglo a la cuota indicativa señalada. Por eso, se dice que el Código consagra un régimen de conferencias abiertas para las compañías nacionales de los países extremos del tráfico pero de conferencias cerradas para los navieros de terceros Estados.**

⁷⁵⁷ El Código UNCTAD no supone una ordenación de la competencia en el mercado de los transportes marítimos, aunque tiene el mérito de concretar, al menos, una tipología de abusos y de prácticas desleales. En cierta medida el Código UNCTAD traza el perfil básico de un mercado regulado, en relación, por ejemplo, con las conferencias cerradas y con el empleo de los buques de lucha. El Código pretende asegurar la no discriminación de los cargadores, instaurar una relativa transparencia entre las compañías marítimas y garantizar los objetivos político-económicos de interés general propios de los Estados que abrigan las principales escalas servidas por las conferencias. Ibidem. p. 104 y 105.

⁷⁵⁸ Según Zamora Cabot, los países en desarrollo hacen del Código la piedra angular de sus políticas de transporte con el objetivo puesto en transportar el 20% del tonelaje mundial preconizado en la Estrategia Internacional del Desarrollo del Tercer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo. ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Un apunte de la incidencia en España del Código UNCTAD sobre conferencias marítimas. /en/ *Anuario de Derecho Marítimo*. Vol. VIII. 1990. p. 248. *apud*. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 75.

986. Tras la aprobación del Código, una Resolución de las Naciones Unidas vino a sentar el principio de que "debe hacerse todo lo posible para promover una participación creciente y equitativa de los países en desarrollo en el tonelaje mundial del transporte marítimo, así como para lograr una pronta aplicación del Código de Conducta de las Conferencias Marítimas".⁷⁵⁹ Sin embargo, el Código contó en todo momento con la oposición de la mayoría de los países industrializados, que no lo llegaron a ratificar.⁷⁶⁰

C) La bilateralización de tráficos.

987. La práctica internacional conocía, ya mucho antes de la aparición del Código de conducta, un **reparto de tráficos** marítimos producido en virtud de las cláusulas contenidas en algunos **convenios bilaterales** de comercio y navegación cuya licitud internacional presentaba no pocas dudas en la medida en que podían constituir medidas discriminatorias para terceros Estados.⁷⁶¹ Sin embargo, la **bilateralización convencional** de los tráficos internacionales **experimentaría un espectacular crecimiento** tras la aprobación del régimen multilateral de reparto consagrado por el Código UNCTAD y como consecuencia de una interpretación errónea e interesada de dicha Convención.

988. En efecto, las propias disposiciones del Código dejan fuera de duda que el sistema de reparto es exclusivamente operativo dentro del tráfico servido por las Conferencias Marítimas. Y para aclarar cualquier duda, la Resolución II de la Conferencia de Ginebra de 1974, dispuso que "nada de lo dispuesto en la Convención se interpretará en el sentido de que niega a los usuarios la posibilidad de escoger entre compañías navieras miembros de conferencias y compañías no miembros" y que "en interés del desarrollo adecuado del servicio de transporte marítimo en líneas regulares no debe impedirse que las compañías navieras no miembros de una conferencia operen mientras respeten el requisito" de actuar conforme a una libre competencia.⁷⁶²

989. Pero a pesar de ello, proliferan las **cláusulas de reparto de cargamento (reparto que a veces llega hasta el 50% / 50%, con la consiguiente exclusión de navieras de terceros Estados)** en una multitud de convenios bilaterales que alcanzan a toda la navegación de línea regular e, incluso, a la no regular, produciéndose así una generalización y extensión indebida de estos acuerdos al

⁷⁵⁹ Resolución 3201 (S-VI), de 1 - 5 - 1974.

⁷⁶⁰ Por su parte y según se ha de ver, la Comisión de la Comunidad Europea, inicialmente opuesta a él, acabaría aceptándolo y llegaría a presuponer su ratificación o adhesión por los Estados miembros.

⁷⁶¹ Se trata de acuerdos que reservan el tráfico entre los países contratantes a sus compañías nacionales y, por consiguiente, impiden la participación en el mismo de navieros de países terceros. Además la mayoría de estos convenios son de aplicación a todo el tráfico de línea, y no solo al conferenciado, e inclusive al tráfico de carga a granel. Conviene significar que muchos países en vías de desarrollo, para garantizar su acceso al tráfico, han suscrito convenios bilaterales con países desarrollados de reparto de carga, por lo general sobre la base 50-50. Los convenios bilaterales representan para muchos países, por ejemplo EE.UU., la alternativa al Código de conducta. En su mayoría se suscriben para tráficos no codistas. ARROYO, Ignacio. *Estudios de Derecho marítimo*. Op. Cit. p. 365.

⁷⁶² GABALDÓN GARCÍA, José Luis y RUIZ SOROA, José María. Manual de Derecho de la navegación marítima. Op. Cit. p. 1716.

amparo de un deliberado mal entendimiento del Código UNCTAD, que es invocado tanto por los Estados parte como por los que no lo son, como título internacional de legitimación de la bilateralización de tráficos. De hecho, ni los países de la OCDE ni los de la Unión Europea escapan, en un primer momento, de esta práctica, siendo varios los tráficos bilateralizados por países como Francia, Italia o España (que en los años ochenta concluye Convenios bilaterales de este tipo con México, la entonces Unión Soviética, Túnez, Marruecos y otros países africanos).

990. En cualquier caso, debe precisarse que dichos acuerdos, en la medida que cubran tráficos "codistas", no resultan oponibles a terceros Estados que sean también Parte del Código de conducta, pues es claro que las disposiciones del instrumento multilateral vincularán en tales casos a todos los Estados involucrados y prevalecerán sobre el régimen bilateralmente pactado. Claro es que dicha prevalencia cederá en los casos en que alguno de los dos Estados contratantes del Convenio bilateral haya hecho reserva en tal sentido en su instrumento de ratificación del Código de conducta.

991. Dicho de otro modo, **el régimen de reparto bilateral sólo desplegará toda su eficacia en los tráficos no codistas**, es decir, los entablados entre dos Estados, cuando al menos uno de ellos no es parte del Código, o bien en los tráficos codistas, cuando ambos o uno de los dos Estados concernidos hayan formulado reserva expresa de prevalencia de los regímenes bilaterales.

4. Los instrumentos internacionales de liberalización.

992. Frente al régimen de restricción de acceso de los mercados, incluido el Código UNCTAD, existen una serie de organizaciones e instrumentos internacionales que, con distinta eficacia y diferente ámbito, tienen por finalidad la liberalización de los servicios de transporte marítimo.

Así, en primer lugar, la constitución de la Organización Marítima Internacional (OMI), establece entre sus funciones las de promover la **desaparición de las medidas discriminatorias y de las restricciones innecesarias impuestas por los gobiernos en materia de transporte marítimo comercial internacional**, así como asistir a aquéllos para que sus políticas no se opongan a la libertad de la navegación ni impidan la participación en el comercio internacional de los buques de todas las banderas. Es decir, contra lo que en un primer momento pudiera pensarse, el Convenio constitutivo de la OMI no se limita a circunscribir la labor de la Organización a las cuestiones técnicas de la navegación, sino que **contiene una declaración programática de libertad del mercado del transporte marítimo internacional**, al tiempo que incluye entre sus competencias la posibilidad de actuar en su regulación.

No obstante lo anterior, en la práctica (quizá con la excepción del Convenio FAL⁷⁶³) la OMI se ha dedicado siempre a los aspectos técnicos de la seguridad marítima y de la prevención de la contaminación, dejando la regulación de los económicos y comerciales a otros organismos internacionales del sistema de las Naciones

⁷⁶³ Convenio para facilitar el Tráfico Marítimo Internacional.

Unidas, singularmente a la UNCTAD, en un primer momento, y últimamente a la Organización Mundial del Comercio.

Por otra parte, están los instrumentos de liberalización aprobados en el seno de las organizaciones e instituciones regionales, siendo los de la OCDE los de mayor influencia internacional, y en ámbitos de integración destacan los de la Unión Europea que directamente afectan los ordenamientos de los Estados miembros. Tema este último, que será abordado más adelante en un apartado específico a la liberalización y a las políticas comunitarias europeas en el transporte marítimo.

A) La liberalización mundial del transporte marítimo en el Acuerdo General del Comercio de Servicios.

993. Tanto el comercio de mercancías como, más recientemente, el de servicios (*trade in services*) han recibido un gran impulso liberalizador de ámbito mundial a través del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT⁷⁶⁴) y del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS⁷⁶⁵/1994), cuya organización y gestión ha quedado encomendada a la Organización Mundial de Comercio (OMC).

El GATT/1947, suscrito en Ginebra inicialmente por 23 países el 30 de octubre de 1947 y ampliado con los años a 123 Estados, no es más que un Convenio multilateral cuya finalidad es la **implantación de un régimen de libre comercio internacional de mercancías, con la consiguiente eliminación o reducción a las barreras a la importación y exportación.**

a) Los principios de los acuerdos generales.

994. Todo el sistema rector del GATT/47 descansa en el **principio de no discriminación**, el cual queda articulado, entre otras cosas, a través de las cláusulas de la nación más favorecida y de acceso al mercado y trato nacional de las importaciones. En virtud de la primera, el régimen de comercio pactado entre dos países debe extenderse a los demás miembros del GATT, en la medida en que sea más beneficioso (así, por ejemplo, los acuerdos comerciales y arancelarios que nacen con carácter bilateral deben transformarse en acuerdos multilaterales de todos los Estados miembros).

995. Por su parte, el acceso al mercado comporta la prohibición de introducir **medidas contra las importaciones (barreras a la importación, restricciones cuantitativas, etc.) dirigidas a la protección del mercado nacional, mientras que la cláusula de trato nacional significa que las mercancías importadas en un Estado miembro no deben ser discriminadas**, frente a las nacionales, en su tratamiento tributario y administrativo, más allá de la aplicación de un arancel uniforme regulado en el propio GATT. Por su parte, y como complemento de lo anterior, las exportaciones quedan sujetas al principio de la limitación de las prácticas comerciales desleales, consistentes en la introducción en el mercado

⁷⁶⁴ *General agreement on trade and tariffs.*

⁷⁶⁵ *General agreement on trade in services.*

exterior de productos nacionales a un precio inferior a su valor normal (el llamado *dumping* comercial).

996. Con todo, los principios de acceso al mercado y tratamiento nacional conocen ciertas excepciones, contenidas en el propio GATT y referentes a las medidas nacionales relativas a la salud, flora y fauna públicas, seguridad nacional, programas de desarrollo económico, protección de la agricultura nacional, etc.

997. El GATT/47 fue concebido como un instrumento dinámico que fue evolucionando al compás de las negociaciones periódicas y multilaterales, denominadas "Rondas", la última de las cuales fue la Ronda Uruguay, que concluyó con la firma del Acta final en Marrakech, el 15 de abril de 1994, y que fue, probablemente, la más fructífera de todas, siendo de destacar, de un lado, la creación de la OMC, y de otro, la extensión del proceso liberalizador al sector servicios. En efecto, la firma del Acta final comportó la suscripción del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, lo que a su vez trajo consigo la sustitución del GATT/1947 por el GATT/1994 (que equivale a una refundición del anterior con todas sus posteriores modificaciones) y la aprobación del GATS/1994.

Este último se compone de seis Partes y varios Anexos y descansa en los mismos postulados que el GATT/94, si bien existen ciertas diferencias fundamentales entre uno y otro instrumento. Mientras que **los principios de trato nacional y acceso al mercado** son de aplicación automática en el GATT, en el GATS, en cambio⁷⁶⁶, **están sujetos a negociación**, en el sentido de que es **cada Estado miembro quien decide cuáles son los servicios respecto a los que desea aplicar aquellos principios**, para lo cual debe entregar a la OMC una "lista" de los compromisos adquiridos, con sus respectivos límites y condiciones. Además, la cláusula de nación más favorecida⁷⁶⁷ está sujeta en el GATS a las **exenciones** que soliciten los Estados miembros.⁷⁶⁸

b) La aplicación al transporte marítimo.

998. El GATS/1994 es aplicable a los servicios de cualquier sector, salvo a los prestados en el ejercicio de facultades gubernamentales en régimen no comercial. Alcanza, por tanto, al sector de los servicios de transporte marítimo. Es claro que la aplicación de los principios de trato nacional y de acceso al mercado en el sector del transporte marítimo habría de conducir a la concesión a los navieros extranjeros del derecho a transportar las mismas mercancías y a realizar los mismos tráficos que los navieros nacionales, sin discriminación alguna de condiciones. Por ello su inclusión por un Estado en la "lista" de sus compromisos supondría inevitablemente la inoponibilidad de sus reservas de pabellón, tanto en cabotaje como en navegación exterior, a todos los navieros de los Estados miembros del GATS.

999. Por otra parte, la aceptación, sin formular excepciones, de la cláusula de nación más favorecida implicaría automáticamente la **eliminación de los tráficos**

⁷⁶⁶ Artículos XVI y XVII.

⁷⁶⁷ Artículo II.

⁷⁶⁸ Artículo XIX, Anexo sobre exenciones de las obligaciones del artículo II.

convencionalmente bilateralizados, que quedarían abiertos para todos los miembros del GATS. Y lo propio cabe decir respecto a la distribución multilateral del tráfico establecida en el Código de conducta, cuyo régimen es claramente incompatible con la cláusula de nación más favorecida.

1000. Tales graves consecuencias explican que haya sido precisamente en este sector donde las negociaciones de la Ronda Uruguay han presentado mayores dificultades. Al concluir la misma sólo 32 Estados habían firmado compromisos específicos de tratamiento nacional, sin que entre ellos figurase ninguna de las principales potencias marítimas (en particular, Estados Unidos ofreció abrir sus mercados en un 3 por 100, cuota considerada **ridícula** por los demás países). Además, 26 países habían presentado exenciones a la cláusula de nación más favorecida, la mayoría relativas a los Convenios bilaterales y al Código de conducta. No pudo así alcanzarse una masa crítica de países con ofertas de apertura suficientes para el acuerdo.

1001. Con el objetivo de impedir que las negociaciones sobre transporte marítimo retrasaran la conclusión del GATS se decidió incluir en el mismo el "Anexo relativo a las Negociaciones sobre Servicios de Transporte Marítimo" (ANTM), que tiene su complemento en la "Decisión relativa a las negociaciones sobre servicios del transporte marítimo" (DNTM), aprobada en la misma Conferencia. En su virtud se creó un "Grupo de Negociación sobre Servicios de Transporte Marítimo" (GNSTM), con el mandato de terminar las negociaciones⁷⁶⁹, quedando mientras tanto en suspenso para este sector tanto las disposiciones de tratamiento nacional como las de nación más favorecida.

1002. Pero tampoco el GNSTM tuvo éxito en sus objetivos, de modo que se acabaría adoptando una Decisión por la que se acordaba la suspensión de las negociaciones hasta la próxima Ronda de negociaciones sobre servicios (que se inició en el año 2000 y aún continúa) sin perjuicio de la validez de los compromisos específicos sobre transporte marítimo que hubieran sido presentados, que no obstante podrán ser libremente retirados o modificados durante todo el período que medie hasta la final conclusión de las negociaciones (ANSTM, apartado 3).

1003. En conclusión, y aun cuando el 1 de agosto de 1996, se habían incluido compromisos específicos en las listas presentadas por 36 países, su carácter provisional y reversible hace que el grado de liberalización efectivamente conseguido por el GATS/94 en el sector de los servicios de transporte marítimo sea ahora en este sector realmente escaso, por no decir inexistente.⁷⁷⁰

⁷⁶⁹ Para alcanzar la máxima liberalización posible en el transporte marítimo internacional.

⁷⁷⁰ No obstante, se desprenden las siguientes consecuencias: En primer lugar, el GATS es de aplicación al sector del transporte marítimo. En segundo término, transitoriamente, y hasta que finalicen las negociaciones sobre servicios de transporte marítimo, la cláusula de la nación más favorecida no será de aplicación al transporte marítimo. En tercer lugar, destacan los siguientes principios de aplicación obligatoria en todos los Estados miembros de la OMC: principio de transparencia en el mercado (art. III), principio de prohibición de monopolios (art. VII), principio de prohibición de prácticas comerciales que limiten la competencia (art. IX d), y que los principios de acceso a los mercados (art. XVI) y de trato nacional (art. XVII) serán de aplicación únicamente en servicios concretos y en condiciones que establezca cada miembro en sus lista de compromisos específicos. Hasta que no concluyan las negociaciones no será posible conocer las concretas obligaciones de liberalización del transporte marítimo contraídas por cada uno de los miembros. Conviene significar que al

Por lo demás, está por ver si el GATS/94 logra finalmente profundizar en esa liberalización y, en particular, si logra imponerse al régimen de distribución del Código de conducta de la UNCTAD. La situación de la política marítima internacional apunta más bien a lo contrario, en cuyo caso los Estados miembros de uno y otro instrumento deberán establecer las correspondientes excepciones en el Anexo al artículo II del GATS/94.

B) El Código de liberalización y la recomendación de la OCDE.

1004. En el plano regional, los transportes marítimos fueron uno de los sectores considerados esenciales para la reconstrucción de Europa tras la Segunda Guerra Mundial. Por ello figuró siempre en la agenda de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE).

Ya en 1947, el Comité Técnico de la OCDE, encargado al efecto (precursor de su actual Comité de Transporte Marítimo), llegó a la **adopción de una declaración común de principio**, en cuya virtud las prácticas marítimas de los países miembros se habrían de basar en el principio de la libre circulación de los buques en un **régimen de libre competencia**.

1005. No obstante lo anterior, sería en 1961, cuando la OCDE aprobaría un instrumento jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros. Se trata de la Decisión del Consejo, de 12 de diciembre de 1961, por la que se aprueba el **“Código de Liberalización de Operaciones Invisibles Corrientes” (CLIO)**. En su virtud, cada Estado miembro se compromete a no aplicar a los residentes en los demás Estados miembros las prohibiciones y restricciones a la prestación de una serie de servicios que, con terminología económica, agrupa y enumera en su Anexo A, bajo la rúbrica de operaciones invisibles corrientes (servicios de negocios e industria, de comercio exterior, de transportes por todos los modos, de seguros, etc.). En todo caso, queda prohibida la discriminación entre Estados miembros a la hora de cumplir las obligaciones adquiridas respecto a los servicios anexados.⁷⁷¹

Con todo, el **CLIO** es también un instrumento de liberalización bastante flexible, porque, de un lado, **permite que los Estados introduzcan reservas**⁷⁷², y de otro, **admite cláusulas de derogación cuando la situación económica y financiera así lo justifique**⁷⁷³. Además se establece una cláusula que deja a salvo el derecho de los Estados a adoptar las medidas que estimen necesarias para el mantenimiento del orden y de la seguridad pública y para la protección de sus intereses esenciales de seguridad.⁷⁷⁴

1006. Los transportes marítimos y actividades conexas aparecen listados en las secciones C/1, C/5 y C/6 del Anexo A del CLIO de un modo muy amplio y abierto.

aplicación de estos principios en el transporte marítimo implicaría la liberalización del transporte de cabotaje. ARROYO, Ignacio. *Estudios de Derecho marítimo*. Op. Cit. p. 382.

⁷⁷¹ Artículo 9.

⁷⁷² Que, tras ser aceptadas por el Consejo, figurarán en el Anexo B.

⁷⁷³ Artículo 7.

⁷⁷⁴ Artículo 3.

Así, se incluyen los fletes marítimos, los fletamentos, los gastos de puerto, todas las modalidades de transporte por mar, los servicios portuarios, incluyendo el aprovisionamiento, mantenimiento y reparación de buques, etc. Sin embargo, se **aclara expresamente que quedan excluidas las reservas de pabellón en la navegación de cabotaje.**

Por su parte, la Nota 1 al Anexo A aclara el sentido y alcance de la liberalización en el sector que nos ocupa, al decir que las disposiciones de la sección C/1 y cualquiera otra que tenga una incidencia directa o indirecta sobre los transportes marítimos internacionales tienen por objeto dar a los residentes de un Estado miembro la posibilidad, sin restricción, de disponer de todos los servicios relativos a esos transportes que puedan ofrecer los residentes de cualquier otro Estado miembro y de asegurar su cumplimiento. La Nota añade que, **la política de los miembros en este sector se funda sobre "el principio de la libre circulación y sobre una libre competencia"**, que no deberían ser obstaculizadas por medidas o disposiciones legislativas que favorezcan el pabellón nacional o por Convenios bilaterales que concedan un trato preferente a ese o a otro pabellón. En suma, sólo consideraciones comerciales normales deben determinar el medio de transporte y la elección de pabellón.

1007. Las disposiciones del CLIO tuvieron, tras varias décadas, su complemento en la "Recomendación del Consejo de la OCDE sobre los principios comunes de política marítima para los países miembros", adoptada el 13 de febrero de 1987, así como en la "Resolución del Consejo", relativa a los trabajos a emprender en relación con el CLIO y en cumplimiento de la anterior Recomendación.

1008. Los principios comunes de política marítima de la OCDE son 13 y constituyen un desarrollo y ampliación de las normas del CLIO, si bien, a diferencia de aquél, no son jurídicamente vinculantes. En ellos, se insiste en la **necesidad de asegurar el mantenimiento de tráficos abiertos y el acceso, en condiciones de libre competencia**, a las actividades de transporte marítimo internacional. Se prevé una acción concertada frente a las presiones exteriores (contramedidas) y se incluye una determinación común sobre las modalidades de aplicación de la política de la competencia al sector de los transportes marítimos por líneas regulares.

1009. En términos generales, puede decirse que, **el grado de liberalización conseguido por el CLIO y por los principios en el ámbito de la OCDE ha sido importante. Sin embargo, la propia flexibilidad de los instrumentos ha permitido la introducción de reservas (Estados Unidos) o derogaciones (Grecia y Turquía)**, situación que, unida al alcance meramente político e internacional que tiene el control del cumplimiento del CLIO, ha hecho que su respeto por otros Estados miembros no haya sido estricto en algunas ocasiones.

IV. Conferencias marítimas.

1010. En el tráfico marítimo existen situaciones que no responden a principios de libertad de empresas ni de libre competencia. Sucede, en efecto, que la oferta de determinados servicios marítimos, así como sus condiciones esenciales, tales como

rutas, precios y horarios, son consecuencia de acuerdos entre navieros, empresarios de la navegación.

Las especiales circunstancias del transporte marítimo de mercancías han provocado un proceso de concentración económica, que ha sido acertadamente descrito como el mar "cartelizado".⁷⁷⁵ El fenómeno se asocia a la separación de la actividad naviera y comercial apreciada en Europa a partir del siglo XVI, al desarrollo de los transportes de línea regular iniciado en el último tercio de siglo XIX, y a la formación de un mercado internacional de fletes. Este último lleva a la competencia ilimitada en los transportes marítimos, y con ella a oscilaciones en los precios, en los ingresos y en la rentabilidad de las empresas de navegación, en un sector significado por una estructura de costes en la que predominan los de carácter fijo.⁷⁷⁶

1011. Con este duro clima comercial por marco, **las navieras de línea regular buscan protección frente a las negativas consecuencias en sus cuentas de resultados derivadas de la competencia**, especialmente en momentos de descenso de la demanda de fletes. **La respuesta buscada la hallan, de un lado, en la organización de la oferta por medio de una limitación de la competencia en los precios del transporte y los servicios ofrecidos**, y -con carácter general- en una ordenación más racional del tráfico.

Por otro lado, en su deseo de limitar la competencia entre las distintas empresas de navegación **-competencia interna-**, las compañías marítimas recurren a varias fórmulas, en especial a procedimientos de fusión⁷⁷⁷, uniones financieras **-trusts o holdings-**⁷⁷⁸ y uniones contractuales **-o cárteles-**, y es precisamente esta última institución la más eficaz en la práctica.⁷⁷⁹

⁷⁷⁵ BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 65.

⁷⁷⁶ El transporte efectuado en línea regular se caracteriza porque los productos tienen diferente embalaje y acondicionamiento, reciben las consecuencias de la estacionalidad -periodos punta y de relativo estancamiento- y en un buen número de casos de la unidireccionalidad -debida, entre otras causas, a: 1) que la composición del tráfico y la elasticidad de la demanda de espacio es diversa; 2) que la consistencia del tráfico en las dos direcciones es notablemente diferente; 3) que los porteadores presentes en una dirección no son los mismos que en la otra; y 4) que suelen aparecer reservas unilaterales de tráfico en alguna o ambas direcciones-. Todas estas razones llevan a que con cualquier pequeña disminución en los tráficos no se cubran ni siquiera los costes fijos. Argumentos a los que se añade el que las barreras de entrada a la industria del transporte marítimo son tradicionalmente bajas, al contrario que las de salida. MARCHESI, Ugo. *Il codice di condotta dell'UNCTAD e l'economia delle conferenze marittime*. /en/ *Il Diritto marittimo*. 1976. p. 157, 158 y 161. MUNARI, Francesco. *Conferenze marittime*. /en/ *Il Diritto marittimo*. 1988. p. 690. *apud*. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 65 y 66.

⁷⁷⁷ Aunque se han producido fusiones de empresas marítimas con este propósito, éstas se han limitado a compañías de una misma nacionalidad, con la consecuente escasa influencia monopolística en el tráfico de línea internacional. NITTSCHER. *Das konferenz-system der linienschiffahrt*. /en/ *Hansa*. 1956. p. 77. Citado por GONDRA ROMERO, José María. *Las conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia*. /en/ *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 113. Julio-Septiembre. 1969. p. 350. *apud*. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 66.

⁷⁷⁸ Las empresas conservan su autonomía jurídica pero se someten a una dirección económica única basada en un sólido vínculo de participación en el capital, tanto en relación de coordinación como, la más frecuente, de subordinación. D. José María Gondra considera que tampoco han constituido un medio adecuado para lograr tal fin, y cita experiencias históricas que fracasaron, en su opinión no ya sólo por la supercapitalización necesaria sino, sobre todo, por la competencia de empresas independientes no absorbidas por el *holding* creado. En tal sentido, el mencionado autor estima que estos intentos son costosos y de resultado efímero por la competencia actual o virtual de otras empresas de la navegación, potenciada por el carácter libre e internacional del mar.

Sin embargo, la solución encontrada no satisface a todos los interesados, en especial los cargadores y las compañías de línea regular no miembros de la conferencia -compañías independientes u *outsiders*- las rechazan con el argumento de que son **contrarias a la libre competencia**⁷⁸⁰ e intentan que los Estados a los que pertenecen prohíban a menos su formas más cerradas y sus conductas más restrictivas, o como mínimo las controlen.

1. Concepto.

1012. **No es fácil definir qué son las conferencias marítimas**, ya que tal expresión sirve para representar realidades representativas diversas.⁷⁸¹ En uno de los primeros intentos de delimitar conceptualmente la institución, la *Royal Commission on Shipping Rings* británica, formuló en 1909 una definición ya clásica, según la cual "conferencia marítima" es una combinación, más o menos cerrada, de compañías marítimas con el fin de **regular o restringir la competencia** en el transporte comercial en una o unas rutas comerciales dadas.⁷⁸²

Se enfatiza así, de un lado, el carácter contractual de la unión de empresas independientes de navegación y, de otro, el fin de lograr la mejor ordenación del tráfico por medio de la limitación de la competencia entre sus miembros, fundamentalmente.

1013. Además de lo destacado, la doctrina suele subrayar⁷⁸³: i) que se trata de una **concertación de líneas regulares** de navegación que, en cuanto tales, constituyen

GONDRA ROMERO, José María. *Las conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia*. Op. Cit. p. 350.

⁷⁷⁹ Dicho éxito se traduce en la existencia de varias centenas de conferencias. Los autores especialistas en la materia cuantifican de 300 a 400.

⁷⁸⁰ Señala el profesor D. José Luis Iriarte Ángel, respecto a la incidencia del transporte marítimo en el Derecho de la competencia, que donde la problemática se hace más aguda es en cuanto a las conferencias marítimas. IRIARTE ÁNGEL, José Luis. *Conferencias marítimas y Derecho comunitario de la competencia*. /en/ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Derecho europeo de la competencia*. Madrid. Colex. 2000. p. 284.

⁷⁸¹ Conferencias marítimas, también llamadas por la doctrina "conferencias de fletes" o "conferencias de armadores".

⁷⁸² "A combination more or less close of Shipping Companies for the purpose of regulating or restricting competition in the carrying trade on a given trade route or routes." *Report of the Royal Commission on Shipping Rings with Minutes of Evidence and Appendices*. Wyman & Sons, Ltd., Londres, 1909, vol. I. No. 20. p. 9. *La Commission on Shipping Rings* fue creada por el Gobierno británico en 1906 con el objetivo de evaluar los efectos del sistema conferenciado sobre el tráfico marítimo. Los autores del informe final destacaron algunas de las ventajas de las conferencias marítimas (estabilidad de fletes, programación ordenada de salidas, posibilidad de mayores inversiones para la modernización y recambio de la flota como consecuencia de la mayor seguridad económica proporcionada a los armadores conferenciados, mayor protagonismo en el tráfico por parte de las compañías de pequeño y mediano tamaño, etc.). Sin embargo, a la postre, sus propuestas no cristalizaron en medidas legislativas concretas.

⁷⁸³ Diversos autores en la materia, citados por D. Pedro Jesús Baena Baena, señalan al respecto lo siguiente. Jacques Foyer apunta que son acuerdos privados entre armadores que sirven una línea determinada cuyo objeto es fijar tarifas de fletes comunes y reglamentar racionalmente el tráfico. En este mismo sentido; José Luis García Gabaldón ofrece una concepción generalizadora y didáctica de la realidad de la mayoría de las conferencias -a cuyo fin recurre a alguna de sus características- y apunta que dicho término quiere expresar la existencia de una concertación de líneas regulares de navegación que atienden el servicio de una ruta determinada y cuya finalidad es aplicar unos fletes uniformes, convenidos y estables, prestando servicios en esa

la unidad del tráfico; ii) que dichas líneas atienden el servicio de una ruta determinada; y iii) que su finalidad es aplicar a esta ruta unos fletes uniformes, convenidos y estables, para unos servicios cuya organización y cuyas condiciones de explotación han sido establecidas al efecto.

1014. En esta línea, se halla la definición legal contenida en el Capítulo I de la Convención de la UNCTAD sobre el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, que aluden a ellas como “un grupo constituido por dos o más empresas porteadoras navieras que prestan servicios regulares de transporte internacional de carga en una ruta particular o unas rutas particulares dentro de determinados límites geográficos y que han **concertado** un acuerdo o arreglo, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de cuyo marco actúan ateniéndose a unos fletes uniformes o comunes y a cualesquiera otras condiciones convenidas en lo que respecta a la prestación de servicios regulares.”⁷⁸⁴

1015. La profesora Pilar Blanco-Morales Limones señala que, **cada conferencia se organiza con arreglo a criterios singulares**, de acuerdo con las características geográficas y económicas de la ruta. No obstante, en lo esencial, responden a un modelo de organización institucional consolidado por una experiencia ya secular. Cualquiera que sea el modelo de organización adoptado, **el sistema de conferencias revela un rasgo común a todas ellas: reducir la competencia entre sus miembros y anular a los competidores ajenos.**⁷⁸⁵

1016. En virtud de que la dificultad que hay para ofrecer una definición unitaria de las conferencias, para mayor claridad, se pueden resaltar a modo ilustrativo algunas de las **características** que se suelen apuntar como comunes a la mayoría de las conferencias:

i) Se trata de **uniones contractuales -agreements-** entre empresas independientes de navegación, de contenido muy diverso, pero **con intención de su extensión en el tiempo**, lo que distingue el simple acuerdo de carácter temporal de los acuerdos de conferencia propiamente dichos -o *rings*-. Por el grado de concentración que implican las compañías se unen en *pools* y en *trust*. Los primeros son acuerdos que conllevan la fijación de cuotas entre las compañías integrantes mediante la atribución, bien de una parte precisa de los servicios de

ruta marítima con arreglo a unas condiciones de explotación establecidas al efecto. Por su parte, M. J. Shah afirma que las conferencias de línea son grupos de líneas marítimas que convienen conjuntamente ofrecer un catálogo de servicios de carga en los tráficos designados; controlar a los miembros, bajo criterios acordados; cobrar fletes uniformes; distribuir los viajes; delinear rutas; y repartirse la carga y/o beneficios, etc. Para Rafael Padilla González, se trata de agrupaciones de empresas de transporte marítimo interesadas en una determinada línea, de límites geográficos bien definidos, en cuyo ámbito operan mediante condiciones comunes de transporte y flete, garantizando el respeto a determinada regularidad. *Apud.* BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 67.

⁷⁸⁴ Esta definición es la que ha inspirado, con leves modificaciones, la noción de conferencia marítima en el Derecho comunitario europeo (artículo 1º 3. b del Reglamento (CEE) núm. 4056/86, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos) y a las establecidas en ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la U.E. (En España artículo 84.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

⁷⁸⁵ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 87 y 88.

transporte anuales -pues en caso de sobrepasar las participaciones asignadas se verán obligadas a la devolución de las remuneraciones percibidas en exceso-, bien de una cuota parte de los beneficios. Los segundos suponen un acuerdo vertical en el que se ponen en común no sólo los transportes sino también la industria de producción.

ii) Aunque no falten ejemplos de conferencias de ámbito local o nacional, **generalmente tienen carácter internacional.**⁷⁸⁶

iii) Poseen una **gran simplicidad y flexibilidad organizativa**, razón por la cual en ocasiones el acuerdo conferencial no viene redactado por escrito y constituye un mero **acuerdo entre caballeros**, si bien en ocasiones este acuerdo adquiere connotaciones de carácter institucional.⁷⁸⁷

iv) Su finalidad es la limitación de la competencia interna y la supresión de la externa a través de la consecución de una posición monopolística en el mercado, si bien debe cuestionarse la intensidad del grado monopolístico -tanto interna como externamente- y la extensión de la concentración económica que las conferencias comportan. La doctrina predominante afirma su "relativa" fragilidad monopolística. En el interior de la conferencia las navieras compiten en la calidad de los buques y de los servicios ofrecidos para obtener una mayor cuota de participación; externamente soportan la concurrencia de los servicios no regulares -*tramp*- y de las líneas regulares no partícipes del acuerdo -*outsiders*-; y, además, las mercancías transportadas compiten también con otras provenientes de otros lugares y con productos alternativos.⁷⁸⁸

v) Se refieren generalmente a **servicios de línea regular**, en los que se manifiestan más los efectos perniciosos de la competencia ilimitada, por ello no han abundado las conferencias de navegación *tramp*.⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ Las conferencias marítimas nacieron inicialmente con un carácter local y nacional, pero pronto se extendieron a todas las zonas del tráfico mundial y acogieron entre sus miembros a armadores de diversos países. De las de ámbito territorial más limitado no han faltado las conferencias que cubren el cabotaje de un país (por ejemplo, en España han destacado las conferencias que unen la Península y Canarias (COPECAN) y la que conecta el Levante español y Baleares (BALCON) e INTERCAN que presta servicios entre los puertos canarios).

⁷⁸⁷ Jacques Foyer, citado por Pedro Jesús Baena Baena, tras negar su personalidad jurídica propia, las describe como una especie de *club*, de simple reunión de profesionales para tratar de sus asuntos comunes, que se compromete a volverse a reunir en determinadas fechas del año. Así, a veces el sistema de funcionamiento interno se reduce a reuniones periódicas de todos sus miembros, y cuando existe un secretariado sus funciones son sólo administrativas. Sencillez organizativa que permite a la conferencia adaptarse a la coyuntura económica y a todas las voluntades de los contratantes. No obstante, Francesco Munari advierte que en algunos supuestos el mero acuerdo entre partes adquiere más adelante carácter institucional, como la creación de una estructura dotada de órganos propios investidos de poderes decisorios. *Apud.* BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 70.

⁷⁸⁸ En esta línea debe interpretarse la opinión de José María Gondra Romero, quien alude a la existencia de un limitado monopolio "natural" de las líneas regulares frente a la navegación *tramp*, se trata del que afecta a un determinado género de mercancías con un elevado valor en relación a su peso y volumen -productos manufacturados y semimanufacturados- que exigen las condiciones de seguridad, regularidad y rapidez en su transporte, que sólo la navegación de línea puede adecuadamente proporcionar. *Ibidem*.

⁷⁸⁹ Así, si bien han existido algunos ejemplos de conferencias de navegación *tramp*, como la *Baltic and White Sea Conference*, constituida en 1905, entre armadores dedicados al transporte de madera en el mar Báltico, en ellas no se tiende principalmente al reparto del tráfico sino a fijar las reglas del juego. *Ibidem*.

vi) Afectan al **transporte de mercancías y no al de pasajeros**, pues mientras al cargador de mercancías le interesa básicamente que éstas lleguen en buen estado y en el plazo fijado, los pasajeros aprecian además otras características del buque, tales como la velocidad, la confortabilidad y el lujo, aspectos que hacen muy difícil el establecimiento de tarifas comunes.⁷⁹⁰ Una excepción histórica a esta afirmación la ofrece el transporte de emigrantes europeos a América del Norte en buques conferenciados a finales del siglo XIX, si bien debe resaltarse que las condiciones de transporte en este tráfico eran más próximas a las de cosas que a las de seres humanos.⁷⁹¹

1017. Por otro lado, debe distinguirse que las conferencias pueden ser de dos tipos: **abiertas y cerradas**. En las primeras, como su propio nombre indica, **las conferencias abiertas son flexibles a la entrada de nuevas empresas**, siempre que cuenten con una capacidad determinada y que se comprometan a seguir los acuerdos. A los nuevos miembros se les acostumbra a exigir un volumen de actividad comercial positivo, con posibilidades de cubrirlo satisfactoriamente y con un alto grado de calidad.⁷⁹² Por el contrario, **las conferencias cerradas exigen la modificación del acto constitutivo acordado por unanimidad para permitir el acceso de un nuevo miembro**.

Las conferencias cerradas, cercanas a la figura del **monopolio y lejos de la libre competencia** de los mercados, **han sido desaprobadas** por el Convenio de Ginebra de 6 de abril de 1974, que, al establecer el Código de conducta para las conferencias de línea, obliga a que éstas sean abiertas.

2. Razones para el establecimiento de las conferencias marítimas.

1018. Situados en el plano de la especulación puramente teórica, la hipótesis de partida para el establecimiento de un acuerdo o contrato de conferencia marítima presupondría la existencia de una **única compañía** de navegación autorizada para prestar servicios de transporte regular en una línea determinada y que, con arreglo a criterios de pura rentabilidad económica, la explota comercialmente. Como operador soberano en ese concreto sector geográfico del mercado, dicha compañía naviera calculará el precio del transporte según sus propias previsiones de negocio, teniendo en cuenta los costes fijos y variables que ha de soportar para efectuar el servicio.

p. 71. No resultan apropiadas para la navegación irregular o de *tramping* el establecimiento de condiciones comunes en el transporte porque, precisamente, aquélla está servida por buques "vagabundos" que surcan los mares sin rumbo fijo hasta recalar en puertos donde obtener fletes más altos. AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 36.

⁷⁹⁰ En el subsector del transporte regular de pasajeros por medio de transbordadores sí se tiene conocimiento de la existencia de prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia. De hecho, la Comisión Europea ha autorizado acuerdos entre compañías que frecuentan los tráficos del Canal de la Mancha (cooperación para hacer frente a la competencia del túnel bajo el canal) y Escandinavia. ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 223 - 225.

⁷⁹¹ Al respecto, debe recordarse el tráfico de esclavos de África a América, auténtica importación de mercancía humana.

⁷⁹² Estas conferencias son las que se aplican en las líneas de tráfico con Estados Unidos, país que prohíbe las conferencias cerradas.

Si la línea resulta rentable no será extraño que, al poco tiempo, aparezca una **segunda compañía** dispuesta a arrebatarse a la anterior el monopolio de ese tráfico, ofreciendo probablemente fletes inferiores a los de ésta y anunciando otras condiciones iguales o más ventajosas para los cargadores que, a buen seguro, terminarán por desviar su carga hacia el porteador más eficiente.

La compañía inicialmente establecida, a la vista de la **ofensiva desplegada por su voraz competidora**, a su vez procurará bajar el importe de los fletes con el objetivo de contrarrestar el poder de mercado adquirido por la empresa "invasora" y recuperar el flujo de la demanda hacia ella. En circunstancias normales, no pasará mucho tiempo hasta que, nuevamente, se produzca otro descenso del precio del transporte y, así, sucesivamente, mientras las empresas consigan cubrir con sus ingresos los costes variables de la explotación.

El resultado habrá sido, por tanto, la declaración de una incruenta **"guerra de fletes"** en la codiciada línea, **entre dos compañías que ofrecen el mismo servicio**, que se mantendrá hasta que una de las concurrentes se vea imposibilitada para seguir en el mercado porque los fletes, a fuerza de ir disminuyendo, hayan terminado por situarse por debajo de los costes variables que han de soportar.

Con la **salida de mercado** de una de las dos compañías porteadoras, la que permanece se habrá consolidado como la única oferente del servicio y, en circunstancias normales, no será difícil que anuncie un súbito aumento de los fletes que incremente sus márgenes comerciales. Al cabo, es probable que, otra vez, irrumpa en el mercado un nuevo operador dispuesto a prestar el mismo servicio, a precios inferiores a los practicados, reproduciéndose la citada **"guerra de fletes"**, **con la consiguiente amenaza de expulsión del mercado de aquel competidor que no consiga superar la "presión" de la competencia.**

1019. Pero, puede suceder también -y no será extraño que así suceda- que, a la vista de la experiencia anterior, **en lugar de plantearse una lucha comercial entre los competidores, uno de ellos plantee al otro la posibilidad de alcanzar un acuerdo para repartirse entre los dos el volumen de carga generado en ese tráfico.** Para no ver disminuidos sus ingresos de forma alarmante respecto a los que venía obteniendo con anterioridad, no ha de descartarse que la ya establecida proponga a su nuevo "socio" -y éste acepte sin reparos- una subida, más o menos discreta, de los fletes aplicados a los cargadores.

1020. Pero, además, **el éxito de la fórmula pasa por atender otras contingencias de no menor importancia.** Así, para asegurar la rentabilidad comercial de su estrategia, los armadores coaligados estimarán imprescindible procurarse una organización racional del tráfico ya que si, por ejemplo, varios buques parten en una fecha dada de un mismo puerto y no hay otro servicio hasta pasado un cierto tiempo, la eventual demanda extraordinaria de carga que se genere resultará desatendida. Es necesario, pues, ponerse de acuerdo, no sólo en cuanto a los fletes, sino también en el calendario escalonado de salidas, en la concreción de los itinerarios que seguirán los buques de cada una de las navieras

asociadas así como, finalmente, en la determinación de los períodos de estancia de cada buque en los puertos de escala.

Mas esta original fórmula para la organización del tráfico marítimo de línea sólo podrá ser económicamente viable si, además, los promotores del acuerdo conferencial ponen los medios adecuados para lograr la captación y el mantenimiento de una clientela fiel. Sólo de esa manera quedará garantizado que los cargadores requerirán siempre los servicios de transporte realizados por alguna de las navieras conferenciadas, incluso en el hipotético caso de que se anunciara la presencia en el puerto de partida de buques pertenecientes a otros navieros de línea regular no vinculados por el acuerdo de conferencia (los llamados navieros *outsiders*) -u, ocasionalmente, también concurrieran en la fecha de salida buques *tramps* o de línea irregular-.

En resumen, se hace preciso evitar que, ante una oferta de fletes más interesante para los cargadores por parte de navieras extrañas a las conferencias, se produzca un desvío de la demanda hacia ellas, con las consiguientes pérdidas en la explotación de la línea para los empresarios marítimos conferenciados.

1021. Desde hace más de un siglo, el tráfico marítimo internacional de líneas regulares se encuentra organizado, según el esquema teórico antes esbozado, en base a acuerdos entre navieros cuya finalidad es el establecimiento de precios comunes y otras condiciones uniformes en el transporte de mercancías. Así, pues, razones de tipo fundamentalmente económico son las que han justificado la aparición de este singular modelo de autorregulación empresarial en el tráfico marítimo de línea que, pese a afectar de forma negativa a la libre competencia en el sector, tanto en su vertiente interna -entre los propios miembros de la conferencia- como externa -de éstos frente a las compañías *outsiders* y de *tramping*-, ha logrado subsistir en detrimento de la consolidación de un mercado libre y competitivo de fletes.⁷⁹³

En realidad, no existe ningún otro motivo de especial relieve que justifique la práctica de estos acuerdos conferenciales porque, como sostiene el profesor Girón Tena⁷⁹⁴, los sacrificios que para los empresarios navieros de línea suponen la

⁷⁹³ La autorregulación del transporte marítimo a través del sistema de conferencias perpetúa la dependencia de los países menos desarrollados y contribuye a frenar su desarrollo económico. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 89.

⁷⁹⁴ Quizá lo único que puede significarse en este orden es que el carácter mundial de la navegación contemporánea hace las oscilaciones más imprevisibles y, al mismo tiempo, de una mayor extensión y rudeza. Sabido es también que, **la forma de defenderse el empresario frente a los peligros de la competencia ha sido la asociación**. La formación de grupos capaces de llegar a liberarles de la presión del mercado pasando a poderlo gobernar. En el plano marítimo, estas asociaciones no han sido posibles con eficacia en el campo de la libre navegación de los buques *tramps*. Las razones de ello son fundamentalmente dos. De una parte, el carácter mundial del mercado hace que los navieros de buques *tramps* no quieran atarse las manos a una distribución determinada: piensan, quizá, en que en alguna forma o en algún sitio podrán encontrar fletes. Y, de otra parte, el gran número de los navieros e interesados en este ramo hacen más difícil ponerse en contacto y llegar a acuerdos de racionalización. GIRÓN TENA, J. Conferencias de navieros y legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Comercio del Sena, de 25 de febrero

existencia de un mercado libre y competitivo, en materia de fletes y demás condiciones aplicables al transporte regular por vías marítimas, no son muy diferentes de los que han de soportar los operadores de cualquier otro sector del tráfico mercantil.

Quizá, la particularidad del fenómeno -su propia razón de ser, en definitiva- radique, no tanto en el carácter predominantemente internacional del mercado en que se desenvuelve el transporte marítimo, sino, más bien, en la **necesidad de evitar que las cíclicas e incontroladas oscilaciones de los fletes en los transporte marítimos de líneas regulares, aplicables en mercados que se encuentran sometidos a una teórica competencia ilimitada** y en el que la inelasticidad de la demanda es nota característica, **afecten de forma muy negativa a los operadores navieros reportando consecuencias dañosas** y, en muchos casos, irreparables, en orden al mantenimiento de una adecuada estabilidad financiera y una sólida solvencia patrimonial de unas empresas -como son las dedicadas a la prestación de servicios de transporte marítimo de línea regular- cuya creación y desenvolvimiento exigen importantes inversiones en capital fijo, imposibles de asumir -según los defensores de las conferencias marítimas- en un mercado no racionalizado.⁷⁹⁵

3. Origen histórico de las conferencias marítimas.

1022. La generalidad de la doctrina coincide en atribuir como precursora del fenómeno conferenciado a la conferencia establecida, en 1875, entre los armadores británicos cuyos buques unían los puertos situados al norte de las Islas Británicas y el de Calcuta.⁷⁹⁶ Factores externos que contribuyeron a su alumbramiento fueron, por un lado, la inauguración y apertura al tráfico comercial del Canal de Suez, en 1869, con el consiguiente ahorro de tiempo de las travesías, y, por otro, la instalación de estaciones de suministro de carbón a lo largo de la ruta con dirección al Lejano Oriente aptas para repostar.⁷⁹⁷

1023. Esta "cartelización" del tráfico marítimo de línea puede considerarse la etapa final de un lento y gradual proceso de transformaciones técnicas y económicas en el ámbito del transporte marítimo que entronca, en sus orígenes más remotos, con el conocido fenómeno de la "disociación" entre la actividad naviera y comercial, perceptible en el siglo XVII y que culmina, ya inaugurado el siglo XIX, con la

de 1963). /en/ *Revista Española de Derecho Marítimo*. Núm. 6. Abril-Junio. 1964. p. 267 - 274. apud. AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 34 y 35.

⁷⁹⁵ Ese objetivo se logra a través de una organización de la oferta, por medio de una limitación de la competencia en los precios del transporte y, en general, a través de una ordenación racional del tráfico. GONDRÁ ROMERO, José María. *Las conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia*. Op. Cit. p. 347.

⁷⁹⁶ No obstante, algunos suelen mencionar como antecedentes previos (quizá por lo que hace a procesos de concentración en el transporte marítimo), la primera línea de vapor del mundo creada por la *General Steam Navigation Co.* en 1824, así como el primer intento de cártel en la navegación: la *Transatlantic Shipping Conference*, que pretendió construir una especie de "comunidad de intereses" entre *Inman Line* y *Cunard Line*. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 65.

⁷⁹⁷ Esto a raíz de la sustitución de la navegación de vela por la de vapor.

aparición y desarrollo de la navegación de línea en el marco de un mercado internacional de fletes.⁷⁹⁸

1024. En los primeros decenios del siglo XIX, **la formación de un mercado internacional de fletes trae consigo, como consecuencia inmediata y destacable, la instauración de un régimen de competencia ilimitada** entre los porteadores marítimos y, como corolario, fuertes fluctuaciones en los precios, en los ingresos y, en suma, en la rentabilidad de las empresas navieras. Cuando con el transcurso del siglo, se extiende la navegación de línea, el notable incremento alcanzado por los intercambios comerciales, en plena efervescencia de la Revolución Industrial⁷⁹⁹, exige la racionalización y estabilidad del tráfico marítimo de línea y provoca, a lo largo del siglo XIX -y, más concretamente, durante su segunda mitad-, el espectacular crecimiento de la demanda de un tráfico de líneas regulares de transporte por vía marítima (*liners* o transportistas de líneas) servidas por buques de vapor -con gradual sustitución de los antiguos buques a vela- que, frente al entonces y también ahora denominado tráfico irregular o *tramping* (servido por los llamados "buques vagabundos" que van de puerto en puerto a la ventura del flete), se encargan para transportar mercancías preciosas y manufacturadas, dejando para el segundo el transporte de mercancías de bajo valor unitario.

1025. Con las ventajas proporcionadas por la invención de la máquina de vapor de émbolo⁸⁰⁰ y su aplicación a la industria armadora, la vela afronta una profunda crisis tras la aparición de los primeros mercantes a vapor, los cuales, una vez superadas sus iniciales inconvenientes -reducida autonomía, elevados costes, etc.- que les hacían poco competitivos frente a algunos veleros evolucionados (*clippers*), llegados los años setenta del siglo XIX, desplazan de forma definitiva a las embarcaciones de vela que dejan de surcar los mares.

1026. El importante volumen de capital fijo que, la explotación de un servicio regular requiere, determina que las empresas dedicadas a esta nueva forma de transporte sean especialmente sensibles a los efectos de una **competencia ilimitada** y busquen **protección frente a las cíclicas oscilaciones de los fletes**. Protección que se logró, fundamentalmente, a través de una ordenación racional del tráfico y una organización de la oferta con limitaciones en los precios del transporte.

1027. **La fuerte competencia entre transportistas marítimos de línea**, basada fundamentalmente en la oferta por parte de cada uno de ellos de fletes más bajos

⁷⁹⁸ La desvinculación de la empresa naviera y comercial es producto de un proceso histórico que, como se ha afirmado, se genera en torno a la evolución socio-económica y características técnicas de los buques. AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 52.

⁷⁹⁹ La necesidad de acceder con seguridad y razonable costo a las materias primas convirtió la mejora de los transportes en un aspecto fundamental de la Revolución Industrial que, como es sabido de sobra, se inició en Gran Bretaña en el siglo XVIII, extendiéndose posteriormente a otras zonas del hemisferio norte durante el siguiente siglo. Gran Bretaña ofrecía la ventaja de ser un país unido con una situación políticamente estable, sin derechos de aduanas internos y con unos servicios de banca y seguros consolidados. Su estratégica posición geográfica, próxima a las principales rutas marítimas entre el norte de Europa y el resto del mundo, ofrecían ventajas añadidas para que Gran Bretaña mantuviera su liderazgo en el siglo XVIII como primera potencia mundial. Además, contando con un número elevado de puertos naturales -a menudo, interconectados por canales navegables- en esa época era relativamente fácil unir su comercio interior con el de ultramar y, especialmente, con sus colonias. Ibidem.

⁸⁰⁰ Debida a Papin en 1690 y, más tarde, en 1778, perfeccionada por Watt.

que los ofrecidos por sus competidores, **pronto se reveló extremadamente dañosa para el conjunto de los operadores del sector**, que tratarán de poner remedios a la situación creada, a través de unos acuerdos especiales que limitaran dicha competencia.

1028. Para los cargadores, lo verdaderamente importante era conocer por anticipado y con certeza el coste total del transporte, repercutible en el coste final de la mercancía que debía abonar el adquirente de las mismas. Sin embargo, la finalidad última de este peculiar **sistema de autorregulación** del tráfico marítimo en que consisten los acuerdos conferenciados era la protección de los intereses particulares de los propios armadores conferenciados frente a la competencia interna entre ellos -que se logra a través del compromiso de todos ellos de aplicar tarifas uniformes, utilizando los mismos criterios para el cálculo y pago de los fletes, el embalaje de las mercancías, las condiciones de emisión de los conocimientos de embarque o, en su caso, pólizas de fletamento, el importe de las comisiones a agentes y corredores, la asignación de puertos de escala determinados, la restricción del número de viajes, etc.- y también frente a la competencia externa de los armadores *outsiders* y de *tramps*.

1029. Algunas conferencias alcanzan acuerdos más amplios y, a través de los llamados acuerdos de *pool*, la colaboración trasciende del simple reparto del tráfico marítimo, hasta llegar a un nivel de colaboración empresarial más intensa "poniendo en común", para su ulterior reparto entre los armadores conferenciados, el volumen de carga a transportar en una determinada línea (*pool* de carga) o el importe de los fletes ingresados (*pool* de fletes).

1030. A finales del siglo XIX, **los abusos del sistema de conferencias, por su vertiente anticompetitiva o monopólica**, comienzan a generar recelos entre los cargadores que desembocan en una serie de procesos judiciales⁸⁰¹, que **cuestionan su admisibilidad**. Por estas fechas, se suceden las protestas de los principales cargadores contra las navieras asociadas en conferencias. Alegan que la obtención de rebajas en los fletes ha venido siendo práctica habitual y que, en la medida en que son clientes fijos merecen un trato preferente. Para no perder carga, los porteadores acceden a aminorar el importe de los fletes pero, como compensación, aquéllos se comprometen a embarcar sus mercancías en buques de la conferencia.⁸⁰²

⁸⁰¹ En 1897, en el caso *United States vs. Trans-Missouri Fright Ass'n*, se sostuvo por el demandado que un acuerdo de fijación de fletes en el transporte debía de considerarse ajustado al *Common Law*, dado lo razonable de las tarifas. La Corte disiente de esta argumentación y concluye que la *Sherman Act* prohíbe todo tipo de acuerdo restrictivo del comercio, sin excepciones. Un año más tarde (1898), en el caso *United States vs. Addyston Pipe & Steel Co.*, el Juez TAFT aduce que, si bien la *Sherman Act* excluye cualquier justificación basada en lo razonable de la restricción, no podría negarse, sin embargo, que, en algunos casos, restricciones meramente secundarias ("*ancillary*") respecto al objeto principal de un contrato lícito y necesario, debía de ser interpretado como no disconforme con la *Sherman Act*. MANZINI, P. Sviluppo comunitaria e statunitense in materia di disciplina della concorrenza e regolamentazione dei trasporti marittimi. /en/ *Rivista di Diritto Europeo*. No. 1. 1987. p. 103 - 124, 106-107. *apud*. AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 55.

⁸⁰² No faltaron tampoco las reticencias de los armadores no conferenciados, un caso fue el *The Mogul S.S. Co. vs. Mc Gregor, Gour and Co, and others*.

1031. Pese a todos estos cambios, en el paso al siglo XX, se asiste a la virtual “**legalización**” de las conferencias marítimas (en 1892, una decisión de la *House of Lords* admite la pretensión de una conferencia marítima de monopolizar una ruta, siempre que no se utilicen para ello medios ilegales⁸⁰³) y al comienzo de una nueva etapa en su desenvolvimiento histórico.

En el siglo XX las conferencias marítimas **proliferan** en el tráfico sin apenas contestación por parte de los ordenamientos nacionales. Todavía en los primeros años del siglo el sistema conferenciario se caracteriza por los esfuerzos de los miembros de las conferencias por conseguir una efectiva limitación de la competencia, reforzando sus propias estructuras en sus relaciones con los cargadores (mediante las citadas fórmulas de rebajas) y en sus propias relaciones internas (a través de los citados mecanismos de *pool* de reparto de cargas o de ingresos, prescindiendo de los que cada uno de los miembros de las conferencias hubiera generado).

1032. En 1906, se detectan ya los **primeros intentos de intervención estatal para corregir los efectos contrarios a la libre competencia provocados por el sistema conferencial**. En ese año, el Gobierno británico impulsa la creación de un comité de expertos -la ya citada *Royal Commission on Shipping Rings*- con el mandato de analizar el funcionamiento de las conferencias marítimas y evaluar sus ventajas y desventajas para el conjunto de los operadores económicos en el mercado de los transportes marítimos internacionales.

1033. Una iniciativa similar es adoptada por el Congreso y el Senado de los Estados Unidos en 1912, con la constitución del llamado *House Merchant Marine and Fisheries Committee* -más conocido como *Alexander Committee*, en honor a su presidente, el Senador Joshua Alexander-.⁸⁰⁴

⁸⁰³ El más polémico de éstos, origen de la querrela inicial entre conferenciados y *outsiders*, es el empleo de los denominados *fighting ships* -buques de lucha-, que ofrecen sus servicios a precios sensiblemente más bajos que la competencia. Las pérdidas así originadas se reparten entre los conferenciados. En 1914, un tribunal americano condena por primera vez el recurso a los buques de lucha, en la decisión *U.S. v. Hamburg-American, SS, Line y otros*. 216 F. Dist. Cit., S.D.N.Y. 1914. CARBONE. *R. des C.* 166. p. 186. *apud*. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 86.

⁸⁰⁴ El *Alexander Committee* confrontó las conferencias de flete con la ley antitrust de 1890, una de cuyas disposiciones establecía: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is declared to be illegal*” (*Sherman Act*, 15 US C, § 1). También pudo analizar una decisión de la *Supreme Court* de 1912, que declaraba contrario a las leyes *antitrust* un acuerdo entre navieros que tenía como finalidad monopolizar el transporte (*U.S. vs Pacific and Arctic Railway and Navigation Company, et al.*, 228 U.S. 87. -1912-). El Comité Alexander llegó a la siguiente conclusión: “*Shipping conferences, if honestly and fairly conducted, will bring greater regularity and frequency of service, stability and uniformity of rates, economy in cost of service, better distribution of sailing, maintenance of American on European rates to foreign markets on a parity and equal treatment of shippers through the elimination of secret managements and under handed methods of discrimination*” (*H.R. Doc. N 805*, 63 rd. cnjr. 2 sess. p. 416 -1914-). En su virtud, recomienda controlar las conferencias, obligándolas a presentar sus acuerdos a la *Interstate Commerce Commission* (ICC). Esta podría admitir, modificar o declarar ilegales los acuerdos de las conferencias. También exige la publicación de sus tarifas de flete y prohíbe las rebajas y la utilización de *fighting ships*. Bajo estas condiciones, se considera que las conferencias marítimas se ajustan a las leyes *antitrust*. *Apud*. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 93.

Ambos organismos examinan en profundidad las prácticas conferenciarias más extendidas y coinciden en advertir su carácter limitativo de la competencia empresarial, denunciando su potencial carácter monopolístico y la posibilidad de cometer abusos por parte de las navieras asociadas.

En el capítulo de las ventajas proporcionadas por el sistema de conferencias se destaca la mejora del servicio derivada de la existencia de conferencias (regularidad del transporte, buques mejor dotados técnicamente gracias a la rentabilidad asegurada de las inversiones, etc.) y, cómo no, la estabilidad de las tarifas de fletes.

1034. Las conclusiones alcanzadas por una y otra comisión gubernamental van a tener destinos diversos. Mientras el informe de la *Royal Commission* británica queda reducido a mero **documento de trabajo** interno, sin traducción normativa concreta, el del *Alexander Committee* sirve como **material prelegislativo fundamental** que conduce, en 1916, a la presentación de una **enmienda a la Sherman Act** de 1890 -enmienda conocida como **Merchant Shipping Act**- en cuya virtud se toleran los límites del libre funcionamiento de la competencia derivado de la existencia de conferencias, proscribiendo solamente los abusos derivados de determinadas prácticas conferenciarias tales como los descuentos diferidos (*deferred rebates*) y los "buques de lucha" (*fighting ships*) y recomendando la creación de un órgano de control, de naturaleza administrativo-judicial (*Federal Maritime Commission*)⁸⁰⁵, con facultades para autorizar o prohibir todo acuerdo de conferencia que resulte contrario a la libertad de comercio.⁸⁰⁶

1035. El siguiente período significativo en el desenvolvimiento histórico de las conferencias marítimas, puede situarse en los años que siguen a la finalización de la Segunda Guerra Mundial. De esa época data la creación, en 1948, de la "Organización Marítima Consultiva Intergubernamental" -conocida, en la actualidad, como "**Organización Marítima Internacional**" (*International Maritime Organization*, IMO)-, entre cuyos fines fundacionales destaca el fomento de la **eliminación de las prácticas restrictivas de la competencia en la navegación comercial**. Sin embargo, su efectividad real en este terreno habría de resultar escasa puesto que, ante las presiones de los países marítimos del Norte de Europa, su ámbito de actuación quedó reducido a cuestiones de carácter técnico (señalizaciones marítimas, etc.).

⁸⁰⁵ Cuando en 1916 se promulgó la *Shipping Act* en ella se creó primeramente la *U.S. Shipping Board* para el **control de las conferencias**, más tarde fue sustituida por la *Federal Maritime Commission* (FMC).

⁸⁰⁶ En el ámbito de su actuación, esta autoridad (FMC), que delimita asimismo el ámbito de aplicación de la *Shipping Act*, alcanza el control y reglamentación de todas las conferencias que realicen su actividad en el comercio exterior de los EE.UU. (*Shipping Act* 1916, § 3, 39, stat. 729). Las disposiciones de la *Shipping Act* obligaban a las conferencias a presentar sus acuerdos ante la *Shipping Board*, donde quedaban registradas, y prohibían las conferencias cerradas. La violación de cualquiera de sus normas conllevaba la sanción de retirada de la autorización gubernativa y, consecuentemente, la prohibición del tráfico con los EE.UU. La *Shipping Act* de 1916 puede considerarse como una norma original en el contexto de las naciones con flotas mercantes consolidadas. Aunque no puede afirmarse que llegara a incidir sobre los aspectos monopolísticos de las conferencias y a su completa sujeción a las leyes *antitrust*, tiene el mérito de propiciar a todos los usuarios el conocimiento de los acuerdos y las tarifas de las conferencias. *Apud.* BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 94.

1036. A principios de los años sesenta, se abre en Estados Unidos una investigación *Grand Jury* en el ámbito del tráfico marítimo. Para su puesta en práctica se requería una exhaustiva información sobre las actividades de las conferencias en el extranjero. La mayor parte de los Estados reaccionaron frente a ello, por vía diplomática o por vía legislativa, prohibiendo a sus compañías marítimas prestar a autoridades o tribunales extranjeros información relativa a cualquier aspecto del tráfico marítimo nacional.⁸⁰⁷

1037. La relativa **inmunidad** de que disfrutaban las conferencias **es atacada por los tribunales americanos** en una serie de decisiones que fortalecen las leyes *antitrust*.⁸⁰⁸ En el caso, *Federal Maritime Commission vs. Aktiebolaget Svenska Amerika Line*⁸⁰⁹, se establece el llamado **test Svenska**. A partir de esta decisión, corresponde a las conferencias probar que sus acuerdos y tarifas son **“required by a serious transportation need, necessary to secure important public benefits or in furtherance of a valid regulatory purpose of the Shipping Act”**.⁸¹⁰

1038. El caso *Svenska* supuso una seria amenaza para el sistema de conferencias en los Estados Unidos. Al verse sometidas al *test Svenska*, numerosas compañías europeas vieron que la *Federal Maritime Commission* no prorrogaba sus autorizaciones y que eran denegadas las nuevas solicitudes. También dio pie para que el *U.S. Department of Justice* iniciara una serie de procesos de entre los que sobresalen los emprendidos contra 18 compañías entre las que se encontraban *Cunard*, *Hapag-Lloyd* y la *United States Lines*. Para su conclusión se llegó a un acuerdo adoptado en virtud de una *class action*, que supuso para los navieros un desembolso total de 50 millones de dólares.⁸¹¹

1039. También, a partir de la segunda mitad de la década de los sesenta, **las críticas planteadas al sistema conferenciario por parte de los países en vía de desarrollo comienzan a surtir efectos**. Estos países, muchos de los cuales alcanzan su independencia en esos años, pretenden participar con sus propias flotas mercantes en el tráfico marítimo internacional, en contra de los intereses de

⁸⁰⁷ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 95.

⁸⁰⁸ La primera de ellas es una sentencia de la *Supreme Court* de 1966, en la que **expresamente se afirma el sometimiento de las conferencias a las normas de competencia**. En su virtud, el empleo de tarifas y la aplicación de acuerdos no aprobados por la *Federal Maritime Commission* conllevaba las sanciones legalmente previstas (*treble damage lawsuit*). *Carnation Co. v. Pacific Westbound Conference*, 383 U.S. 213 (1966). Una sentencia dos años posterior sanciona el comportamiento de las conferencias que utilizan tarifas a la baja, pese a la autorización de la *Federal Maritime Commission*, por considerar que éstas resultaban perjudiciales en el sentido del § 18b de la *Shipping Act* de 1916. *Sabre Shipping Corp. v. American President Lines*, 285 F. supp. 949 (S.D.N.Y., 1968). La disposición que sirvió de fundamento a la decisión ha sido derogada por la *Shipping Act* 1984 (46 U.S.C., § 1791-a). Quince años después esta jurisprudencia ha sido expresamente rechazada en la sentencia *Nat Ass'n of recycling v. Am. Mail Line Ltd.*, 720 F. 2d, 618, 621 (9th li 1983). *Apud.* BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 95 y 96.

⁸⁰⁹ *Federal Maritime Commission v. Aktiebolaget Svenska Amerika Linien, et al.*, 390 U.S. 238 (1968).

⁸¹⁰ *Ibidem.* p. 243. y también *Latin American/Pacific Coast Steamship Conference v. FMC*. 409 U.S. 967 (1972). *Apud.* BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 96.

⁸¹¹ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 96.

los países desarrollados que, a través de las conferencias en que sus compañías navieras se encuentran integradas, controlan dicho tráfico. Algunos países van más allá y comienzan a fijar reservas de cargas para los buques que enarbolan pabellón nacional.

1040. El cauce jurídico finalmente elegido, se dirige a la elaboración de un cuerpo normativo internacional de aplicación general, que recoja sus intereses y evite la fragmentación normativa de la disciplina sobre bases nacionales, y la reconduzca a un tratamiento uniforme según parámetros extraestatales. Se está gestando el llamado **"Código de Conducta UNCTAD"**, texto fundamental del sistema conferenciario, adoptado, recordemos, en 1974.⁸¹²

Ya por entonces, los armadores europeos y japoneses, contrariados por las restricciones impuestas por la legislación norteamericana en el tráfico marítimo de y hacia los Estados Unidos, habían tratado de organizar sus intereses profesionales a través de la elaboración de un código de conducta basado en la autorregulación de las conferencias, conocido como "Código CENSA", presentado el 3 de noviembre de 1971. El origen del "Código CENSA" se encuentra en una iniciativa británica a raíz de las recomendaciones del "Comité Rochdale" que motivó la reunión en Tokio, los días 2 y 3 de febrero de 1971, de representantes de armadores de varios países industrializados, a excepción de los Estados Unidos, que culminó con la aprobación del Código que, como es lógico, fue rechazado por los países en vías de desarrollo.

4. Justificación económica del sistema conferenciario.

1041. El análisis del fenómeno conferenciario, desde el punto de vista de su justificación económica, presupone considerar como hipótesis de partida, que la implantación de **líneas regulares** de navegación en condiciones de satisfacer la demanda de carga en un momento determinado, exige **fuertes inversiones** de

⁸¹² En los Estados Unidos, ante las expectativas de entrada en vigor del Código UNCTAD, la *Shipping Act* de 1984 supone una sustancial modificación de su homónima de 1916. La intervención del Estado en el tráfico marítimo da paso al reconocimiento de los comités de cargadores que verán reforzada su capacidad negociadora. En determinadas condiciones, los acuerdos de las conferencias se eximen del cumplimiento de las disposiciones *antitrust*. El proceso de autorización o de renovación de la autorización ya concedida a las conferencias y/o a sus acuerdos ha sido notablemente facilitado por la *Shipping Act* de 1984, que deroga el *test Svenska*, trasladando a la *Federal Maritime Commission* la carga de la prueba sobre la ilegalidad de los acuerdos de las conferencias. Aquellos acuerdos autorizados, así como los exentos de autorización, serán considerados inmunes frente a las leyes *antitrust* siempre que las actividades de las conferencias "*undertaken or entered into with a reasonable basis to conclude that (A) it is pursuant to an agreement on file with the commission... or (B) it is exempt from filing*". Por otra parte, las violaciones de las normas *antitrust* no darán lugar a indemnizaciones por daños. Las compañías quedan autorizadas para ofrecer a los cargadores tarifas más bajas que las oficiales para un determinado volumen o para un determinado tiempo (*Time Volume rates*). Además, la *Federal Maritime Commission* no publicará las condiciones en que tales rebajas se basen, excepción hecha de algunas informaciones "esenciales" que serán hechas públicas con las tarifas de flete. A la *Shipping Act* de 1984 se someten todas las conferencias que sirvan rutas desde o hacia los EE.UU. El nuevo texto se preocupa reiteradamente de subrayar este extremo. Además, se reserva el derecho a imponer la aplicación de las normas *antitrust* a las conferencias que sirvan rutas con terceros países en los casos que su actividad tenga una incidencia directa sobre el comercio de los EE.UU. También se establecen previsiones especiales para las navieras estatales que practiquen fletes *dumping* y se prevén medidas de retorsión para los supuestos de discriminación a los buques de bandera americana. 46 USC, §1701, 1702, 1705, 1706, 1707. *Apud.* BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 97 y 98.

capital. A este respecto, es forzoso subrayar que, **los costes de la navegación de línea regular, además de ser mucho más elevados que los de la navegación *tramping*, tienen carácter predominantemente fijo o invariable** (adquisición del buque, gastos de amortización y financieros, tripulación, combustible, etc.) y superan con claridad el 50% del coste total de cada expedición.

En estas circunstancias, parece lógico pensar que, para compensar esos elevados costes fijos⁸¹³, que surgen desde el mismo instante en que se compromete a prestar el servicio, con independencia del volumen de carga transportada y del número de viajes que realice, el armador de línea juzgue conveniente a sus intereses aceptar cualquier carga adicional a cualquier precio, siempre que éste sea superior a los demás costes variables que tendrá que soportar (manipulación, estiba y desestiba, carga y descarga, etc.).

La conclusión que se alcanza es que, en definitiva, **el principal componente del total coste de un viaje de línea regular resulta ser independiente del montante de la carga transportada**. Este simple dato impulsa a los armadores de línea a bajar los fletes para poder hacerse con esa carga extra lo que provocaría, si la oferta superara con creces a la demanda y si las empresas operasen en mercados perfectamente competitivos, siempre que existiera capacidad de estiba disponible, la rivalidad entre dichas empresas y una segura caída de los fletes. Fletes que se aproximarían fácilmente a niveles tan bajos en que sólo serían cubiertos los costes variables de manipulación y, teniendo en cuenta que éstos suponen menos del 50% de los costes totales, la situación terminaría abocando a la existencia de pérdidas y, en definitiva, a una reducción de la capacidad ofertada por la salida del mercado de las empresas que no lograsen sobrevivir en ese ambiente de competitividad exacerbada.⁸¹⁴

1042. Actualmente, **pocos ponen en entredicho que las peculiaridades del sector de los transportes marítimos de línea excluyen, por definición, el funcionamiento de este mercado en régimen de competencia**, por no darse en él los factores que se requieren para la misma. O sea, por decirlo con otros términos, la "racionalización" de los tráficos marítimos de línea aparece como una necesidad *incontestable*; **la libre competencia es un mecanismo ineficiente para ordenar este mercado debido, principalmente, a esa estructura de costes que soportan las compañías navieras de línea y, en ese sentido, la autorregulación a través de un cartel (conferencias) es la mejor alternativa posible frente al intervencionismo público o la monopolización del tráfico**.

⁸¹³ Costes "FIO", *Fixed In Origin*.

⁸¹⁴ Por ejemplo, una compañía determinada que preste servicios regulares entre dos puertos dados dos veces a la semana deberá contar con las correspondientes unidades de transporte, tripulación, combustible, etc., así como prever los servicios en tierra y en puerto, durante todo ese período. En tales condiciones, siempre que exista estiba disponible y ya que permanecerá el mismo tiempo atracado en el puerto de salida, tenga o no cubiertos los costes fijos con la carga a bordo, el coste de acarrear una unidad de carga adicional será relativamente bajo. CAMPOS MÉNDEZ, J. *Las conferencias marítimas en Canarias. Evaluación de ventajas y desventajas*. Área de Economía del Transporte. Departamento de Economía Aplicada. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. 1993. p. 61 y 62; RUS, G., *Los servicios de transporte aéreo, marítimo y terrestre: estructura económica y regulación*. Documento de Trabajo de FEDEA, Madrid, s/a (pero 1993). p. 29-47. *apud.* AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 60.

Sin embargo, este argumento esgrimido por los defensores del sistema conferenciario sólo trata de presentar una cara del fenómeno. Junto a esa perspectiva estática, es preciso atender a la visión dinámica de la realidad del mercado.

1043. A este respecto, como se ha dicho, conviene indicar que, si bien es cierto que la existencia de un exceso de la capacidad ofertada, **la rivalidad competitiva entre armadores desemboca en una caída brutal de los precios**, no debe olvidarse que dicha situación no se mantiene estable en el tiempo sino que, antes al contrario, cuando esa capacidad ofertada se reduce drásticamente, en el corto plazo, como consecuencia de las pérdidas sufridas por los armadores más débiles, los cargadores se verán obligados a pujar más alto para contratar espacios de carga a mayor precio, dada la menor capacidad ahora disponible.

Ello, lógicamente, conducirá a un aumento de los ingresos de los armadores supervivientes y, por razones que no escapan a nadie, no será extraño que nuevos operadores se animen a participar en el mercado aumentando nuevamente la capacidad ofertada. Si se repite el ciclo, los fletes volverán a bajar en el futuro, volviéndose a la situación anterior.

1044. En un modelo de funcionamiento del mercado como el descrito podría considerarse la existencia de un cuasiequilibrio perfecto en el largo plazo, en torno al valor medio fijado por el precio fluctuante, bajo el cual -dicho en términos más propios de la ciencia económica- "la empresa marginal está obteniendo como rendimiento de su inversión el coste de oportunidad de su capital". Algunas veces, los usuarios estarán pagando precios que generan beneficios superiores a los normales -en situaciones de oferta a la baja- y, otras veces, inferiores -cuando la oferta aumente-.

Estas diferencias actuarían así como advertencias a las empresas que les señalan cuándo y dónde deben aumentar o reducir su capacidad permitiendo, en última instancia, el funcionamiento de un mercado competitivo.⁸¹⁵

1045. Otro de los argumentos apuntados para justificar la existencia del sistema conferenciario -también en relación con el comportamiento de los fletes-, indica que **un mercado de transporte marítimo de línea que funcionase competitivamente llegaría a provocar fluctuaciones impredecibles en los precios** -lo que, a su vez, generaría mayores costes para los usuarios- que no compensarían los niveles de ineficiencia de las conferencias.

1046. Como ya se ha señalado, algunos autores resaltan que **el sistema conferenciario constituye una fórmula adecuada para prevenir las cíclicas oscilaciones de los fletes producidas en un mercado basado en la libertad de precios**. Es sabido que, **la libre competencia sólo puede mantenerse en aquellos mercados en que las empresas estén en condiciones de asegurarse, a un coste razonable, frente a las variaciones incontroladas que sufran los precios practicados en el mismo**.

⁸¹⁵ CAMPOS MÉNDEZ, J. *Las conferencias marítimas en Canarias. Evaluación de ventajas y desventajas*. Op. Cit. p. 64.

1047. En el tráfico *tramping* -en el cual la mayoría de los buques realizan el transporte en régimen de fletamento por viaje o por tiempo-, cuanto mayor es el período de disponibilidad del buque ajeno por parte del porteador, menor relevancia tiene para él el precio al que contrate el viaje respecto a la situación actual de la oferta y de la demanda, con lo que la incertidumbre sobre la evolución de las oscilaciones de los precios en el mercado queda notablemente reducida.

Un mecanismo como el descrito también podría funcionar en el mercado del transporte marítimo de línea regular ya que a los grandes usuarios -con importantes, frecuentes y permanentes necesidades de transporte-, podría serles de interés realizar con los porteadores de línea unos contratos de larga duración para grandes volúmenes de carga.

1048. Respecto a los cargadores más pequeños u ocasionales, podría serles de utilidad la potenciación de organizaciones de "grupaje" que les permitiera, de manera competitiva, negociar con los porteadores el espacio disponible, por períodos determinados que alejara la incertidumbre sobre la realización efectiva del transporte. Frente a las oscilaciones de los fletes, cabría incluso celebrar "contratos de futuros" que eliminaran riesgos frente a la eventual elevación de los precios.

1049. De todo ello, se infiere que **no parecen existir razones intrínsecas en el mercado del transporte marítimo de línea que impidan a los operadores en el mismo utilizar instrumentos jurídicos apropiados para cubrirse frente a las oscilaciones de los precios**, como sucede en otros mercados competitivos lo que, en definitiva, restaría argumentos para defender la necesidad imperiosa de la repetida "racionalización" del tráfico a través de organizaciones cartelizadas.

1050. Un tercer argumento empleado para justificar la existencia de las conferencias marítimas de fletes considera que, las fluctuaciones en los precios del transporte marítimo de línea no son necesariamente negativas, pero **sostiene la imposibilidad de gestionar optimizadamente estas empresas en un mercado competitivo** debido a los rápidos cambios en la oferta local a corto plazo con la arribada o la partida de cada buque a cada puerto.

En estos supuestos, los costes de funcionamiento en un mercado con niveles de información variables son significativamente superiores a las ganancias derivadas de la libre competencia. Quienes sustentan esta posición advierten que las empresas comprometidas con los potenciales cargadores a prestar servicios con unos itinerarios y frecuencias predeterminados no pueden suspenderlos temporalmente -entre otras razones, por la dificultad de salir del mercado debido a la necesidad de rentabilizar los altos costes de inversión ya realizados⁸¹⁶- si en una

⁸¹⁶ El acceso a este mercado es relativamente fácil, cumpliendo los requisitos administrativos, ya que basta con disponer de un buque idóneo y contar con suficiente capacidad económica, sin necesidad de poseer específicos conocimientos técnicos o *know-how*. En cambio, la salida del mercado se presenta dificultosa porque, una vez, adquirida la unidad de transporte y, por tanto, la mayor parte de la inversión, la compañía está prácticamente forzada a permanecer en el tráfico durante el tiempo en que el buque esté en condiciones de prestar un servicio eficiente desde el punto de vista comercial. ELLSWORTH. *Competition or Rationalization in the Shipping Industry?* /en/ *Journal of Maritime Law and Commerce*. 1979. núm. 10. p. 508; MUNARI, Francesco. *Conferenze marittime*. /en/ *Il Diritto marittimo*. 1988. p. 690 - 691; DAVIES. *The competitive environment of*

fecha concreta el precio resultante de la conjunción de la oferta y de la demanda existentes en esa fecha no les conviene.⁸¹⁷

Así, en situaciones de caída de la demanda, el armador -que no podrá reducir la capacidad de estiba disponible en el buque- estará tentado a limitar las pérdidas asegurándose la mayor carga posible con caída igualmente de los precios. Por el contrario, a un aumento de la demanda de tonelaje -no pudiendo seguirse a corto plazo por un incremento proporcional de la oferta-, seguirá una selección de cargadores sobre la base de un mecanismo de elevación de los fletes (quien esté dispuesto a pagar más, tendrá espacio para su carga).

1051. De todo lo anterior, la principal conclusión que cabe destacar es que, **las compañías navieras de línea no se agrupan en conferencias con la intención de proteger los intereses de los cargadores. Los argumentos expuestos por los defensores del sistema, de que las alternativas competitivas resultarían perjudiciales tanto para los porteadores como para los cargadores, por las fluctuaciones que comportaría en los precios aplicados, no pueden admitirse con carácter absoluto, lo que significa, en definitiva, que la organización oligopolística que sustenta el modelo conferenciario no sea, en modo alguno, la única posible.** En este sentido, dándose las condiciones adecuadas de transparencia, información y voluntad de negociación, **no sería descartable que el mercado del transporte marítimo de línea pudiera desarrollarse en régimen de competencia, al menos por lo que se refiere a la fijación de los fletes.**⁸¹⁸

1052. Sin embargo, **el sistema conferenciario no sólo persigue una estabilidad en los fletes; además, busca asegurar la prestación de un servicio continuo y regular en rutas determinadas,** incluyendo en sus itinerarios puertos que, tal vez, en un mercado plenamente competitivo, estarían excluidos de las escalas, así como facilitar que afluayan a un tráfico estable las inversiones precisas para la modernización de la flota mercante.

Liner Conference. *en/ Maritime Policy and Management*. núm. 5. 1978. p. 97 y sigs. *apud.* AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 64.

⁸¹⁷ Señala D. Javier Campos Méndez, el caso del transporte de carga de pescado fresco que también se enfrenta a los problemas de un rápido cambio en la oferta y a una imposibilidad de retraso en la expedición del mismo a sus lugares de destino, postulando que el sistema de subastas, habitual en este último mercado, podría ser perfectamente trasladable al mercado de transporte marítimo de carga general, de tal modo que se adjudicara al mejor postor la capacidad de espacio disponible con reducción así de los costes de transacción. CAMPOS MÉNDEZ, J. *Las conferencias marítimas en Canarias. Evaluación de ventajas y desventajas*. Op. Cit. p. 66. Por su parte, Janson, J. O. y Shneerson, D., establecen que se trata de un problema de información y de coste de esa información, aclarando que la incertidumbre de las navieras disminuiría en un entorno más competitivo ya que serían más proclives a avanzar a sus clientes información sobre los precios como parte de la calidad del producto que les ofrecen. Al ser información compartida, no confidencial, ello actuaría además como mecanismo estabilizador de precios, evitando márgenes excesivos y haciendo fluctuar los precios en torno a unos valores medios fijados por el propio mercado. JANSSON, J. O. & SHNEERSON, D. *Economies of trade density in Liner Shipping and optimal pricing. en/ Journal of Transport Economics and Policy*. Enero. 1985. p. 7 - 22. *apud.* AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 64.

⁸¹⁸ De hecho, existen mercados concretos, como es el caso chileno, en el que la liberalización ha conducido a un aumento de la oferta de capacidad y a que los incrementos de precios sean menores a los existentes cuando el tráfico estaba conferenciado. BENNATHAN, E. A. *Deregulation of Shipping: Lessons from Chile. en/ Journal of Transport Economics and Policy*. Mayo. 1993. p. 19 - 36.

1053. Con todo, conviene subrayar que, **la racionalización del tráfico marítimo a través de las conferencias no otorga a éstas una patente de impunidad hasta el punto de impedir el mantenimiento de un aceptable nivel de eficiencia de los transportes marítimos de línea. Por tanto, una vez garantizados los niveles de estabilidad adecuados, debe asegurarse el funcionamiento de la libre competencia en la mayor medida posible.**

5. Examen de las prácticas conferenciadas y valoración de sus efectos anticompetitivos.

1054. La consecución de los objetivos perfilados por los promotores de las conferencias marítimas, se proyecta en la adopción de una serie de **medidas (prácticas o pactos conferenciales) para limitar la competencia en una doble dirección** -interna y externa- entre los propios navieros conferenciados y frente a la que procede de navieros no vinculados por el acuerdo⁸¹⁹, respectivamente.⁸²⁰

A) Pactos limitativos de la competencia intraconferencia.

1055. De cara a la limitación de la competencia entre los propios miembros **-competencia interna-**, destacan los siguientes pactos:

1056. a) El principal pacto restrictivo de la competencia, en el seno de la conferencia, tiene por objeto **el establecimiento de una tarifa de fletes comunes y uniformes** (*fixed rate arrangement*), que todos sus miembros se comprometen a aplicar en los contratos de transporte que realicen individualmente con cada cargador.

En ocasiones, el rigor de la tarifa se suaviza permitiendo a algunas compañías conferenciadas -en circunstancias especiales, por ejemplo, por prestar un servicio de inferior calidad o menos rápido- la realización de transportes a precios inferiores a los convenidos.⁸²¹ En este sentido, la *Shipping Act* norte americana de 1984 exige que las conferencias que operan con Estados Unidos permitan que sus miembros efectúen *Independent Rate Actions* respecto a las tarifas de la conferencia, ofreciendo, previo aviso de 10 días, para un determinado producto un flete más bajo que el de la conferencia.⁸²²

1057. b) Adicionalmente, la limitación de la competencia "intraconferencia" puede articularse también a través de la **homogeneización de otros aspectos del servicio (unificación de las condiciones de entrega y pago, redacción de conocimientos de embarque uniformes, etc.)**

⁸¹⁹ Compañías independientes u *outsiders*.

⁸²⁰ Señala el profesor D. Pedro Jesús Baena Baena, que aunque el cumplimiento pleno del objetivo produciría la supresión total de la competencia, los deseos monopolísticos llevan tan sólo a la limitación más o menos intensa de la competencia. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 71.

⁸²¹ Este último sistema (*differential rate agreement*) se caracteriza por permitir a los armadores de la conferencia que se encuentran en una situación desventajosa -por cubrir una ruta indirecta o suministrar un servicio de inferior calidad o menos rápido- el realizar transporte con tarifas inferiores a las practicadas por los demás miembros.

⁸²² Sección 5.b).8 de la *Shipping Act* norteamericana de 1984.

1058. c) Amén de los citados, quizá el medio más eficaz para la supresión de la competencia interna o, en otros términos, para lograr la máxima integración de los armadores conferenciados, es el que tiene por objeto la formación de un *pool* o comunidad de intereses en el seno de la conferencia.

En efecto, cuando la conferencia se constituye para fijar únicamente tarifas comunes y uniformes de fletes, la ausencia de competencia interna sobre los precios, queda sustituida satisfactoriamente por el mantenimiento de la misma basada en la eficiencia del servicio. Sin embargo, cuando el acuerdo conferencial incluye fórmulas de *pool*, la existencia de una potencial competencia interna entre los miembros de la conferencia queda prácticamente desvirtuada ya que, salvo que esté prevista una renegociación de las cuotas asignadas a cada una de las navieras o la cesión de cuotas, no es posible disfrutar de otras diferentes a las pactadas durante el período que se fije.

1059. A través de los acuerdos de *pool*, puede preverse un reparto del volumen total de la carga a transportar por los miembros de la conferencia (*pool* de carga) o del importe global de los ingresos (*pool* de fletes⁸²³), o ambos objetivos a la vez (*pool* mixto).⁸²⁴

El acuerdo de *pool* incluye generalmente, unas reglas para resolver las hipótesis en que las cuotas de cargas o de ingresos asignadas a cada una de las navieras conferenciadas no hayan sido respetadas, bien por exceso, bien por defecto. Se trata de un mecanismo compensatorio que, en el primer caso, obligará a la compañía a reintegrar a un fondo común el importe de los fletes cobrados por encima del nivel autorizado⁸²⁵, mientras que, en el segundo caso, la naviera afectada deberá recibir una indemnización (salvo que la situación le sea imputable a aquélla).⁸²⁶

1060. La existencia de estas prácticas, ha deparado diversas posiciones acerca de su licitud. Así, en el sistema del Código de conducta UNCTAD, es el mecanismo elegido para el reparto de la cuota de carga entre las compañías marítimas según su nacionalidad (regla 40-40-20, ex art. 2º.4). Sin embargo, tanto el legislador norte

⁸²³ *Revenue pool*.

⁸²⁴ La práctica del *pool* mixto es la solución que garantiza una participación más igualitaria del tráfico entre los navieros conferenciados. Si existe sólo un *pool* de carga, sobre idéntico volumen de carga transportada, las compañías que logren fletes más altos obtendrán beneficios superiores a las demás; del mismo modo, en los casos en que el acuerdo conferencial prevea únicamente un simple *pool* de fletes, aquéllas que transporten mercancías de menor valor se verán obligadas a realizar más viajes que las otras para obtener el mismo beneficio. AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 73.

⁸²⁵ D. José María Gondra considera que el establecimiento de *pools*, mediante la contribución a un fondo común de ingresos brutos o netos obtenidos por los distintos porteadores singulares, es el medio más eficaz para la supresión de la competencia interna. GONDRA ROMERO, José María. *Las conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia*. Op. Cit. p. 355.

⁸²⁶ En ocasiones, especialmente en los tráficos en que el volumen de carga es muy reducido, para evitar la aplicación automática del mecanismo compensatorio, se permite que la compañía que no puede alcanzar la cuota de carga atribuida, la consiga a través de la contratación de espacio sobre buque, perteneciente o no a la conferencia, que es el que realiza efectivamente el transporte. MUNARI, Francesco. *Conferenze marittime*. Op. Cit. p. 700 - 701. *apud*. AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 73.

americano⁸²⁷, como el comunitario europeo⁸²⁸, han matizado la cuestión, proclamando la **ilicitud de los acuerdos de reparto de carga** en el seno de la conferencia, **cuando provoquen consecuencias excesivamente dañosas a la libre competencia**.

B) Pactos limitativos de la competencia extraconferencia.

1061. Desde el punto de vista externo, **-competencia externa-** se restringe la competencia de las compañías ajenas a la conferencia, por medio de todas, una o varias de las siguientes prácticas:

1062. a) Aquellas que tienen por objeto establecer el **régimen de admisión de nuevos miembros en la conferencia** (*open conference system* y *closed conference system*).⁸²⁹ El aspecto más controvertido de la estructura de las conferencias marítimas, es el relativo a los criterios de acceso de nuevos miembros. Desde esta perspectiva, suele distinguirse entre **conferencias "abiertas"** (sistema norteamericano) y **conferencias "cerradas"** (sistema europeo).⁸³⁰

⁸²⁷ La *Shipping Act* de 1984 prohíbe los acuerdos respecto de los cuales, mediante una reducción de la competencia, sea presumible *"an unreasonable reduction in transportation service or an unreasonable increase in transportation cost"*.

⁸²⁸ El artículo 7º 2. b) del Reglamento (CEE) núm. 4056/86 considera circunstancias especiales, productoras de efectos incompatibles con las condiciones previstas en el artículo 81.3 TCEE, las que resulten de i) todo acto de una conferencia o toda modificación de las condiciones del mercado de un determinado tráfico que implique la ausencia o la eliminación de la competencia efectiva o potencial, tales como prácticas restrictivas que cierren el paso a la competencia, o ii) todo acto de una conferencia que pueda ser obstáculo para el progreso económico o para la participación de los usuarios en el beneficio resultante. Ante tales "circunstancias especiales" resultantes prácticas conferenciarias, la Comisión podrá tomar, por denuncia o por propia iniciativa, diversas medidas que, según la gravedad del caso, llegaría a la supresión del beneficio de la exención por categoría contemplada, con carácter general, por la citada Directiva.

⁸²⁹ La mayoría de los autores señalan que, **la estructura "cerrada" de las conferencias constituye una medida idónea para defenderse de la competencia de los "outsiders"**. CORBINO, Ma. L., *Il problema delle "conferecees marittime"*. Padua. Cedam. 1977. p. 19; EDWARDS, C. D. *Control of cartels and monopolies. An international comparison*. Nueva York. 1967. p. 157. Para algún autor, en cambio, el carácter cerrado de las conferencias se proyecta hacia la limitación de la competencia interna. MARCHESI, Ugo. *Il codice di condotta dell'UNCTAD e l'economia delle conferenze maritime*. Op. Cit. p. 160. *apud.* AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 74.

⁸³⁰ El régimen de acceso de nuevas compañías, al tráfico marítimo conferenciado, varía considerablemente entre las conferencias sujetas al Derecho norteamericano y al europeo. Por regla general, puede afirmarse que en el último **se suelen disponer de amplias facultades para el rechazo o la admisión de nuevos miembros -suelen tener, por ello, carácter "cerrado"-**. Por el contrario, las conferencias sujetas a la normativa norteamericana están obligadas, desde antaño (*Shipping Act* 1916), a insertar en sus estatutos -sujetos al control de la *Federal Maritime Commission*- una cláusula de estilo, en cuya virtud se impone la admisión en las mismas de cualquier porteador marítimo, que haya servido o pretenda servir regularmente el tráfico cubierto por la conferencia y manifieste su intención de respetar los acuerdos conferenciales (*open conference system*). Algún autor se cuestiona, sin embargo, si la norma debe considerarse aplicable en términos tan rigurosos, después de la entrada en vigor de la *Shipping Act* de 1984, derogatoria de la de 1916, teniendo en cuenta la diferente filosofía que inspira uno y otro texto: mientras que la normativa de 1916 pretendía poner coto a los posibles abusos de las conferencias, el actual vigente admite genéricamente la existencia de acuerdos limitativos de la competencia entre los transportistas marítimos, pero se ocupa de reforzar el poder de los cargadores en sus relaciones con los miembros de la conferencia. MUNARI, Francesco. *Conferenze marittime*. Op. Cit. p. 704. De sistema intermedio o "semicerrado" es calificado el establecido en el Código de conducta UNCTAD a propósito del derecho -reserva de carga- de las compañías marítimas nacionales de entrar en las

Las primeras son aquellas en las que sus "estatutos" de funcionamiento interno, contemplan el ingreso de nuevos miembros, sin otra condición que se acredite la capacidad y el compromiso del candidato de asumir la realización de transportes en la línea conferenciada, conforme a los acuerdos establecidos por la propia conferencia.

Las conferencias "cerradas", por su parte, son aquellas otras en las que la admisión de nuevos miembros viene prohibida expresamente en los propios estatutos o, cuando menos, requiere de la unanimidad de todos los miembros de la conferencia, una negativa no razonable a admitir a un nuevo miembro en el acuerdo de conferencia puede, por sí misma, considerarse una conducta que infringe las reglas elementales de competencia.

1063. Las teóricas ventajas que, desde el punto de vista de la competencia, parecen derivarse de un sistema "abierto" de conferencias no deben llevar a considerar perjudicial la existencia de controles de admisión de nuevos miembros. **Obligar a las conferencias a permitir el ingreso de cualquier compañía que desee acceder a los tráficos servidos por ellas, supone una debilitación intrínseca del cartel que tiende, a medio plazo, a restituir en el mercado un régimen de competencia.**⁸³¹ En ausencia de una cierta "racionalización", el tráfico marítimo de línea tiende a la inestabilidad y provoca distorsiones capaces de perjudicar a todo el sistema.⁸³²

1064. b) La celebración de **acuerdos de fidelidad vinculatorios** (*tying arrangements*). La estabilidad del tráfico conferenciado requiere, por otro lado, la existencia de un volumen de carga constante y suficiente para mantener la rentabilidad de la línea. Para cubrir este objetivo, es frecuente la celebración de unos acuerdos vinculatorios (*tying arrangements*) con los cargadores que obliguen a éstos a guardar una fidelidad en sus expediciones para con los miembros de la conferencia. Dichos "acuerdos de fidelidad"⁸³³ pueden tener alguno de los siguientes contenidos:

1065. i) **"Sistema de descuentos diferidos"** (*deferred rebates system*), consistente en incluir en las tarifas de fletes unos descuentos sobre el importe devengado durante un cierto período ("período de cómputo"), con la particularidad

conferencias que sirven el tráfico de sus países, lo que, en definitiva, significa ligar el acceso al tráfico en función de la nacionalidad. *Apud.* AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 75.

⁸³¹ Tanto es así que, la reglamentación comunitaria europea (Reglamento del Consejo, núm. 4056/86) pretende **limitar los abusos de las conferencias asegurando una competencia efectiva de los outsiders**, pero no trata de introducir un sistema de conferencias "abiertas".

⁸³² La validez de esta argumentación se confirma, en la práctica, si se analiza la evolución sufrida por el tráfico marítimo norteamericano antes de la entrada en vigor de la *Shipping Act* de 1984; el llamado "*open conference system*" instaurado por la *Shipping Act* de 1916 había conducido a una sobresaturación del tráfico marítimo estadounidense y, por tanto, a una gravísima crisis de las navieras más pequeñas -entre 1970 y 1982, 10 de las 19 navieras de línea tuvieron que salir definitivamente del mercado- en beneficio de unas pocas que monopolizaban el tráfico. DAVIES. *The economics of the open conference system*. /en/ *Maritime Policy and Management*. núm. 7. 1980. p. 85 y sigs; JUDA. *The UNCTAD Liner Code: U.S. Maritime Policy at the Crossroad*. Columbia. Boulder. 1983. p. 31. Citados por MUNARI, Francesco. *Conferenze marittime*. Op. Cit. p. 705. *apud.* AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 77.

⁸³³ También denominados acuerdos de "lealtad" (*loyalty arrangements*).

de que tales extornos (reembolsos) son liquidados al finalizar otro período (“período de espera”) durante el que dicho cargador ha debido de mantener su lealtad para con la conferencia, evitando utilizar los servicios de transporte ofrecidos por los *outsiders*.⁸³⁴

Esos “acuerdos de lealtad” están expresamente contemplados en el Código de conducta UNCTAD⁸³⁵ y en la reglamentación comunitaria europea, sí bien, se sanciona a la conferencia que practica tarifas de fidelidad distintas para cargadores en iguales condiciones (discriminación injustificada) o cuando el “período de espera” es excesivamente largo.⁸³⁶

Desde el punto de vista de su calificación jurídica, del contenido de este pacto conferencial parece deducirse la existencia de una obligación unilateral contraída por los miembros de la conferencia frente a los cargadores, pero sometida a una condición suspensiva de carácter negativo (la no utilización del buques extraños a la conferencia).⁸³⁷ Sin embargo, para cierto sector de la doctrina española, es más acertado hablar de una verdadera obligación de no hacer, implícita en el compromiso de fidelidad alcanzado con los miembros de la conferencia, cuya inobservancia determina la retención de los descuentos ya devengados por el cargador “infiel” a modo de cláusula penal.⁸³⁸

1066. ii) “**Sistema de doble tarifa**” (*dual rate system*), en virtud del cual los miembros de la conferencia ofrecen la posibilidad al cargador de firmar un contrato (*exclusive patronage contract*) por la que dicho cargador se compromete a realizar todos sus embarques mediante buques de la conferencia durante un período de tiempo expresamente fijado. La principal nota distintiva del contrato de “doble tarifa” es la aplicación de una rebaja directa sobre los fletes que debe abonar el cargador,

⁸³⁴ El origen de esta fórmula de descuentos diferidos se remonta a la práctica seguida en la ruta conferenciada entre el Reino Unido y Calcuta. En 1877, sólo dos años después de su puesta en marcha, las navieras miembros de esta conferencia acordaron con los cargadores de algodón el retorno del 10% de los fletes abonados por ellos en cada período de seis meses. A cambio de esas rebajas, los cargadores se comprometían a embarcar sus mercancías en buques de la conferencia. La fórmula resultó ser tremendamente eficaz, teniendo en cuenta, sobre todo, que al mantener en su poder el importe de los fletes pagados, la dependencia de los cargadores respecto de la conferencia estaba garantizada. Durante muchos años, la mayoría de las conferencias adoptaron el sistema de rebajas diferidas, variando, en cada caso, la duración del período de lealtad exigido y el porcentaje de la rebaja aplicado. Ejemplos ilustrativos lo son el contrato de fletamento de la *North Continental Spain Conference*, una de cuyas cláusulas establece un descuento del 10% pagadero el 31 de diciembre para los fletes efectuados en los seis primeros meses del año natural y el 30 de junio para el período de los seis últimos meses del año natural. Las primeras críticas a este sistema vinieron desde el citado *Alexander Committee* norteamericano que, en 1916, denunció su carácter manifiestamente restrictivo de la capacidad de elección de los usuarios del transporte marítimo, de todo punto innecesario para la existencia de un servicio de línea eficiente. La *Shipping Act* de 1916 (sección 14) acogió sus recomendaciones, prohibiendo expresamente la práctica de las rebajas diferidas en el comercio exterior de los Estados Unidos. La prohibición se reprodujo también en la de la *Shipping Act* de 1984, cuya sección 10. b) 8. prohíbe a los transportistas ofrecer o pagar rebajas diferidas. AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 77 y 78; BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 73.

⁸³⁵ Artículo 7º. 1.

⁸³⁶ Artículos 4º y 5º 2. a) del Reglamento (CEE) núm. 4056/86, del Consejo.

⁸³⁷ Ésta es la posición mayoritaria de la doctrina alemana (Deckinger, Schaps-Abraham). GONDRA ROMERO, José María. *Las conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia*. Op. Cit. p. 357.

⁸³⁸ *Ibidem*. p. 357 y GIRÓN TENA, J. *Conferencias de navieros y legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia*. Op. Cit. p. 274.

sin necesidad, por tanto, de tener que esperar al transcurso de ningún período para el reembolso de las rebajas acumuladas.

En los acuerdos de doble tarifa, los navieros conferenciados ofrecen dos precios de transporte, uno ordinario para los clientes no fieles y otro beneficiado de reducciones inmediatas a los embarcadores que se comprometen a transportar toda su mercancía -o la de un tipo específico- a través de ellos, se habla así de clientes no contractuales o contractuales -o fieles-.⁸³⁹

1067. iii) **“Sistema de descuentos cuantitativos”**. Supone la aplicación de una tarifa uniforme para todos los cargadores, combinada con una escala de descuentos progresivos (*rappels*), en función del volumen de carga transportada en buques de la conferencia, en un período determinado. Cuanto mayor sea el tonelaje transportado, más altos resultarán los descuentos.

1068. **La valoración de estas prácticas conferenciarias, desde la perspectiva general del Derecho *antitrust*, sólo puede resultar contraria a las reglas que gobiernan la competencia en el mercado.** La práctica de los descuentos de fidelidad produce compromisos, cuando menos tendenciales, de “aprovisionamiento exclusivo”, tratando de vincular al cliente al grupo de navieras conferenciadas. En particular, la fórmula del doble sistema de tarifas, encaja dentro de la prohibición de aplicar unas condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que produzcan el efecto de colocar a unos competidores en situación de desventaja, frente a otros.⁸⁴⁰

1069. c) Otra de las prácticas conferenciarias destinadas, tradicionalmente, a combatir la competencia externa está basada en el empleo de **“buques de lucha”** (*fighting ships*), dispuestos por los propios navieros conferenciados, ofreciendo fletes más bajos -incluso, por debajo de los costes variables que deben soportar en cada viaje- que los de sus competidores con el fin de excluirlos de un determinado tráfico.⁸⁴¹

⁸³⁹ Este tipo de acuerdos poseen menor fuerza coactiva, ya que la reducción se cobra viaje a viaje, por lo que su incumplimiento no tendría efectos negativos inmediatamente sino tras una eventual reclamación hecha por la conferencia, por medios judiciales o extrajudiciales. La legislación estadounidense -*Shipping Act* 1916 (tras la reforma de 1961) y 1984- legitima los acuerdos de doble tarifa. GONDRA ROMERO, José María. *Las conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia*. Op. Cit. p. 358, 364 y 365..

⁸⁴⁰ En el Derecho comunitario europeo (Reglamento del Consejo 4056/86), se ha concedido una **exención por categoría a las conferencias marítimas, condicionada, entre otras exigencias, a que los acuerdos de fidelidad contemplen el ofrecimiento a los usuarios de un sistema de rebajas inmediatas, sólo o como una opción frente al de devolución inmediata** -art. 5º. 2 a)- y a que su ámbito de cobertura no alcance el 100% de los cargamentos a realizar por el usuario, salvo, naturalmente, en que así se convenga entre ambas partes contratantes -art. 5º.2.b)-.

⁸⁴¹ Los textos especializados describen la práctica de los “buques de lucha” en los siguientes términos: *“A fighting ship is a vessel placed on berth by the conference to sail in competition with a non-conference carrier. The “fighting ship” would be scheduled to sail on the same day as the “interlopers” vessel, or several “fighting ships” would bracket the outsider’s sailings. The “fighting ships” would call at the same ports as the non-conference competitor, and it would charge the same or lower rates as the outsider even if such rates were well below the conference tariff. Financial losses of the “fighting vessel” would be distributed over the several members of the conference, who would each suffer proportionately much less than the one outside lines; furthermore, the conference members would often have the advantage of obtaining higher rates on their other sailings.”* MARX, D. Jr. *International shipping cartels: a study of industrial self-regulation by shipping*

Las distintas legislaciones que se han ocupado del tema de las conferencias marítimas, advierten de la **especial gravedad de esta práctica**. Se trata de una actividad de las conferencias, proscrita tradicionalmente por la legislación estadounidense (art. 812.2 *Shipping Act* de 1916)⁸⁴² y expresamente prohibida en el Código de conducta UNCTAD (art. 18).

A través del desarrollo de una política de fletes “**predatorios**” o de “rapiña”, las navieras conferenciadas ofertan precios artificialmente bajos con objeto de eliminar a un competidor. En teoría, el descenso del nivel de precios resultante de un comportamiento predador no es un motivo de especial preocupación, desde el punto de vista del Derecho protector de la competencia, aunque, tendencialmente, tal práctica puede desembocar en la eliminación de competidores y la subida de precios.

En este sentido, el empleo de “buques de lucha”, aun siendo práctica poco frecuente en la actualidad, **puede considerarse atentatorio contra la competencia, por el carácter abusivo de una conducta, consistente en fijar un precio excepcional concertado, con objeto de eliminar un competidor.**⁸⁴³

V. Consorcios marítimos.

1070. En los últimos años, **el modelo conferenciario clásico ha entrado en franco declive**, asistiéndose a un cierto reforzamiento de sus posiciones en el mercado del transporte marítimo internacional -ahora “contenedorizado” y, también, “multimodalizado”- por parte de las compañías independientes que operan por cuenta propia, esto es, extrañas a las conferencias ya establecidas, frente a las cuales van ganando, progresivamente, cuotas de mercado en los tráficos establecidos entre países desarrollados de economía de mercado.⁸⁴⁴

Unas veces, mediante la adquisición de paquetes de control accionario en compañías conferenciadas; en otras ocasiones, gracias a acuerdos entre las propias compañías independientes en los que, en lugar de convenir la aplicación de tarifas uniformes -nota que distingue a las conferencias de otras fórmulas de colaboración asimilables a ellas- se establecen fletes máximos y mínimos, dentro

conferences. New Jersey. Princeton University Press. 1953. p. 54. *apud.* AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 81.

⁸⁴² Antes mencionamos que, previamente a la promulgación de la *Shipping Act* de 1916, en 1914, los tribunales norteamericanos se habían pronunciado contra esta práctica, que permitía ofrecer fletes mucho más bajos que los de los competidores con ulterior reparto, entre los miembros de la conferencia, de las pérdidas sufridas. (Decisión *U.S. v. Hamburg-American, SS, Line y otros*. 216 F. Dist. Cit., S.D.N.Y. 1914. Op. Cit.)

⁸⁴³ En el contexto del Derecho comunitario europeo, el empleo de “buques de lucha” constituye un supuesto de abuso de posición dominante colectiva que infringe las disposiciones del artículo 82 TCE (artículo 8º del Reglamento del Consejo, núm. 4056/86, de 22 de diciembre de 1986).

⁸⁴⁴ Las conferencias han dejado de controlar el tráfico mundial de un modo casi único a favor de compañías independientes y de los consorcios y han modificado su comportamiento. Se ha pasado de controlar más del 80% -en ocasiones hasta el 95%- a hacerlo sólo en un 50%, aproximadamente. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 89. Como antes mencionamos algunos autores atribuyen la crisis del sistema de conferencias a la introducción de regulación más estricta. GREEN. *Competition and maritime law: a critical view*. Op. Cit. p. 612.

de un marco de actuación de las compañías asociadas de gran flexibilidad⁸⁴⁵ o, en última instancia, a través de la vinculación de esos navieros a conferencias ya establecidas.⁸⁴⁶ Fórmulas, todas ellas, que, pese a reimplantar de nuevo en el sector ciertas condiciones de inestabilidad y competitividad de la oferta -similares a las que dieron origen a las primeras conferencias- podrían llegar a provocar en el futuro el efecto inverso al que se produjo a fines del siglo XIX, es decir, paradójicamente, la superación y sustitución del sistema conferenciario en su concepción tradicional.

1071. Junto a este resurgir del *outsider* -ahora con poder de decisión real en un mercado dominado cada vez menos por las conferencias-, el fenómeno de la colaboración empresarial en el ámbito del transporte marítimo de línea conoce **una nueva modalidad**, que amenaza igualmente, con certificar la defunción del modelo conferenciario clásico.

Con lo anterior nos referimos a la integración de los navieros de línea en los denominados "**consorcios**" -también conocidos como "neo-conferencias"- **que, en la actualidad, dominan claramente el transporte multimodal de *containers* a nivel internacional.**⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ A esta última modalidad de organización, responde el llamado *Trans Atlantic Agreement* ("TAA") que agrupa a quince compañías navieras de línea y cuyo ámbito de cobertura son las líneas marítimas en sentido este-oeste y oeste-este situadas entre, por una parte, los puertos europeos situados en latitudes comprendidas entre la de Bayona (Francia) y la del Cabo Norte (Noruega), con excepción de los puertos no bálticos de Rusia, los del Mediterráneo y los puertos de España y Portugal, y los puntos interiores y costero de Europa accesibles a través de los puertos citados, exceptuados los puntos de España y Portugal; y, por otra parte, los puertos de los 48 Estados contiguos de Estados Unidos y el Distrito Federal de Columbia, y los puntos de Estados Unidos accesibles a través de los puertos citados. El "TAA" cubre los servicios de transporte marítimo de línea en contenedor entre el norte de Europa y los Estados Unidos, así como los trayectos terrestres anteriores y posteriores en contenedores, tanto en Europa como en Estados Unidos. Esta fórmula trata de pasar por conferencia lo que, en realidad, es un mero acuerdo entre compañías independientes. Decisión de la Comisión de 19 de octubre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado (IV/34.446 - *Trans Atlantic Agreement*) DOCE núm. L 376 de 31/12/1994. p. 1 - 56.

⁸⁴⁶ A esta modalidad organizativa responden los llamados acuerdos *Eurocorde* y *Gulfway*, celebrados entre las conferencias que unían, desde 1984, la costa este de los Estados Unidos y el norte de Europa (en sentido este-oeste, la *Neusara* y, en sentido inverso, la *Usanera*; ambas conferencias agrupaban en 1992 a los mismos miembros, un total de siete compañías navieras) y otras grandes navieras independientes presentes en las rutas del Atlántico. Tanto los acuerdos *Eurocorde* como *Gulfway* eran calificados como "conversaciones" mediante los cuales se permitía a sus miembros discutir los precios, las tarifas, los contratos y las condiciones de transporte, en general. Sin embargo, no limitaban directamente la libertad comercial de los armadores por medio de decisiones obligatorias para ellos. Comunicaciones de la Comisión en el asunto *Eurocorde*, -DOCE núm. C 162 de 3/07/1990. p. 13.- y en el asunto *Gulfway*, -DOCE núm. C 130 de 29/05/1990. p. 3.-. Ambos acuerdos han sido objeto de investigación por parte de la Comisión Europea y, por ejemplo, en el caso de *Eurocorde*, la Comisión Europea concluyó que no existían razones, según carta de 30 de enero de 1992, para conceder una exención individual al amparo del artículo 85 TCEE, tal y como solicitaron las compañías miembros, si bien tampoco por parte de las autoridades comunitarias se tomaron decisiones para prohibir su funcionamiento, limitándose a señalar que "siguen gozando de inmunidad frente a las multas de la Comisión gracias a la notificación, como dispone el Reglamento (CEE) núm. 4056/86, pero que si prosiguen sus actividades con arreglo al acuerdo es por su cuenta y riesgo". Decisión de la Comisión de 19 de octubre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado (IV/34.446 - *Trans Atlantic Agreement*) DOCE núm. L 376 de 31/12/1994. p. 1 - 56.

⁸⁴⁷ Cuando la Comisión Europea realizó un *Informe sobre la posibilidad de conceder una exención por categorías a los acuerdos de constitución de consorcios en el transporte marítimo (COM (90) 260 final*, de 18 de Junio de 1990. p. 3.), en ese entonces operaban en el mundo 57 consorcios, de los que al menos 40 prestaban servicios regulares en la Comunidad -en 35 de ellos participaban 47 compañías europeas de transporte

1072. El crecimiento de los consorcios marítimos, se suele unir con la **necesidad de cooperación en el sector**, debida al desarrollo de los modernos y más grandes buques portacontenedores, que transportan la misma mercancía que antes precisaba de tres a seis buques de carga general⁸⁴⁸ -si bien, **los consorcios no se restringen únicamente al transporte mediante contenedores**⁸⁴⁹ -.

1073. Tradicionalmente, los cargadores sólo han dispuesto de transportes unimodales que cubrían el trayecto marítimo del servicio, sin incluir el segmento terrestre y debiendo asumir los gastos derivados del embarque de la carga en el puerto de salida. Por estas razones, eran los propios cargadores quienes se encargaban de organizar por su cuenta el segmento terrestre inicial del transporte (la entrega de la carga a bordo), tratando directamente con las empresas de transporte por carretera o ferrocarril o acudiendo a un agente de tránsito (en el puerto de destino, el cargador o su consignatario repetía la operación).

1074. En la década de los sesenta, la utilización de contenedores y otras formas de "unitización", provoca sensibles variaciones en las técnicas de manipulación de la carga, al facilitar el cambio de un modo de transporte a otro y simplificar las operaciones de carga y descarga.⁸⁵⁰

marítimo, algunas de las cuales pertenecían a más de un consorcio y formaban parte también de una conferencia.

⁸⁴⁸ El creciente uso de los contenedores ha repercutido en el aumento de la necesidad de cooperación y racionalización entre compañías marítimas, sobre todo en las rutas marítimas más largas. Los buques portacontenedores ofrecen la ventaja de transportar más mercancías -habitualmente son de un tamaño de 3 a 6 veces mayor que el de los buques convencionales- sin exigir mayores tiempos de anclaje en los puertos, por lo que si la carga disponible se mantiene más o menos estable, se necesitan menos buques grandes para cubrir las rutas concretas. **La cooperación entre navieros**, por medio de acuerdos de la utilización conjunta de sus flotas -que empezaron a prodigar al principio de la década de los setenta-, **les permite obtener economías de escala y reducir al mínimo los costes, a la vez que mantener una frecuencia de servicios satisfactoria** -por ejemplo, semanal-, para lo cual se suele asignar a cada compañía un turno de salida. Esta cooperación se hace necesaria sobre todo si se tiene en cuenta que, junto a sus indudables ventajas, el transporte por contenedores tiene los siguientes inconvenientes: 1) exige una inversión de capital inicial superior a los servicios tradicionales; 2) los buques portacontenedores suelen estar diseñados para una ruta comercial concreta, por lo que tienen más dificultades para cambiar de línea; y 3) muchos puertos de países en desarrollo carecen de equipo e infraestructura necesaria para la carga y descarga de este tipo de buques. Reglamento (CEE) n° 479/92 del Consejo, de 25 de febrero de 1992. (considerandos 3° y 4°). DOCE núm. L 55 de 29/02/1992. p. 3; UNCTAD. *La experiencia de los países miembros de las Comunidades Europeas en el fomento de la cooperación en la esfera del transporte marítimo*. UNCTAD/SHIP/624. Informe de la Secretaría General. 13 de abril 1989. p. 10; *COM (90) 260 final*, de 18 de junio de 1990, p. 2 y 11; y COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *XX Informe sobre la política de competencia 1990*. p. 72. *apud*. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 228.

⁸⁴⁹ Si bien, **el uso de contenedores** -fenómeno para el que algunos autores utilizan la expresión "contenedorización", adaptada de la inglesa "containeration"- **ha fomentado los consorcios, éstos no se restringen únicamente al transporte mediante contenedores, pues las mismas necesidades de cooperación se producen en la explotación de otros tráfico de línea, especialmente cuando se refiere a modernos buques como los de transbordo rodado -denominados roll on / roll off o, simplemente, rolro-**. Ibidem.

⁸⁵⁰ Además de la "unitización" de la carga y del consiguiente desarrollo de equipos especiales para su manipulación, una de las características del transporte multimodal es la emisión de un sólo conocimiento de embarque para todo el transporte de "puerta a puerta". Este documento recoge los términos del contrato suscrito entre el cargador y el porteador, delimitando claramente el régimen de responsabilidad y el coste total del servicio.

Esta situación ha conducido a las compañías navieras a extender sus actividades a otros modos de transporte y a ofrecer servicios de "puerta a puerta", añadiendo a los servicios de transporte marítimo los de transporte por tierra.

1075. Esta revolución de las técnicas de manipulación de carga, complica notablemente el problema de la atribución de responsabilidad, entre los diversos porteadores ya que, con frecuencia, sólo se descubre que la carga está dañada al abrir el contenedor en el lugar de destino. Este hecho fue determinante, a la postre, para que los cargadores se mostraran inclinados a que el transporte de "puerta a puerta" lo asumiera un sólo operador de transporte multimodal (por ejemplo, una compañía marítima) y, de esta forma, quedara resuelto el problema de la determinación del sujeto responsable.

1076. En definitiva, pues, el fenómeno de la "contenedorización" del transporte marítimo de mercancías ha producido un profundo impacto en la actividad de la industria naviera que ahora requiere la presencia de buques especializados ("portacontenedores") y terminales adecuadas en los puertos para facilitar la recepción de la mercancía o para su reexpedición a destino interior.

1077. Para disminuir el importe de las inversiones a realizar por la compañías navieras que sirven este tipo de tráfico, una de las soluciones adoptadas ha consistido, precisamente, en la **constitución de consorcios entre navieros, persiguiendo la obtención de economías de escala derivadas de la colaboración entre dichas compañías.**

1. Concepto y contenido.

1078. Los acuerdos constitutivos de consorcios, poseen un **contenido tan variado y complejo**, que hace difícil su definición, si bien tienen en común su **doble finalidad**: de un lado, **mejorar la rentabilidad** de sus inversiones, con el propósito de conseguir economías de escala, mediante la racionalización -en el sentido más amplio del término-; y, de otro, **repartir los elevados costes de inversión necesarios entre los miembros del consorcio.**⁸⁵¹

1079. A diferencia de las conferencias, los consorcios **son convenios entre navieros con el fin de establecer un marco de cooperación en la prestación conjunta de servicios de transporte marítimo regular, mediante acuerdos**

⁸⁵¹ Por ello, la Comisión Europea los considera *sui generis*, para añadir que son una **forma especializada de empresa común o joint venture**. COM (90) 260 final, de 18 de Junio de 1990. p. 3. Por su parte, el Comité Económico y Social (en su dictamen a la propuesta de Reglamento de la Comisión, DOCE núm. C de 18/03/1991. p. 17), manifiesta que "... los consorcios pueden definirse en general como **asociaciones cooperativas en el sector del transporte marítimo** (con estructura más o menos cerrada), en la que las compañías participantes ejercen una gama (variable) de actividades en común, a fin de conseguir las necesarias ventajas de las **economías de escala y de la racionalización de los servicios** en cada actividad comercial específica". El Reglamento 479/79 no incluye definición alguna, aunque su considerando 4º se refiere a "...acuerdos de prestación conjunta de servicios entre compañías de transporte marítimo con objeto de racionalizar sus actividades mediante estipulaciones comerciales técnicas y operativas...".

técnicos de funcionamiento y/o comerciales, excluyendo, en todo caso, la fijación común de precios.⁸⁵²

1080. La competencia interna entre las compañías consorciadas se centra, por lo tanto, en las tarifas de fletes aplicables -de ahí su exclusión entre las prácticas de colaboración incluibles en dichos acuerdos-, aunque exista una colaboración en la prestación de otros servicios auxiliares del transporte (carga y descarga, almacenamiento, etc.). **La competencia intraconferencia se orienta, por el contrario, hacia la prestación de esos otros servicios auxiliares o en otros aspectos de la navegación (horarios, itinerarios, etc.), nunca en los precios.**

1081. Los consorcios pueden ser también conferencias⁸⁵³ y por otro lado, los miembros de una conferencia pueden participar en consorcios⁸⁵⁴. Los consorcios **suelen constituirse en torno a una ruta concreta**, normalmente servida por una conferencia a la que pertenecen sus socios. Sin embargo, **a pesar de que son casi siempre más pequeños que la conferencia de la que forman parte sus miembros no son miniconferencias. Y ello, porque las funciones esenciales de fijación de precios, participación en el tráfico y control del tonelaje, aún las ejercen las conferencias;** si bien los derechos inherentes a los miembros de las conferencias pueden ejercitarlos sus socios o transferirlos a los consorcios. Y dado que en su constitución se basan en criterios comerciales habitualmente están integrados tanto por compañías de los Estados miembros como de otros países.

1082. De un estudio realizado por la Comisión Europea⁸⁵⁵ podemos señalar siete **cláusulas características** de los consorcios: i) La utilización conjunta de flotas o de terminales; ii) La distribución en *pool* de las cargas, de los ingresos y de los resultados netos; iii) El ejercicio coordinado del derecho de voto en las conferencias a las que los miembros del consorcio pertenecen, o incluso a la actuación uniforme en las situaciones en que carecen de tal derecho político; iv) La comercialización conjunta y el uso de un conocimiento de embarque común; v) La fijación conjunta de precios; vi) Las operaciones en tierra, tanto la consolidación conjunta como el transporte conjunto; y vii) La duración y expiración de los acuerdos constitutivos de los consorcios.⁸⁵⁶

⁸⁵² Los consorcios marítimos constituirían, en este sentido, unas **agrupaciones temporales** de empresas que, por regla general, estarían orientadas a establecer lazos de cooperación mutua en la explotación de una línea regular, reduciendo costos y limitando la competencia interna entre sus miembros, pero sin fijación de tarifas comunes por los servicios prestados. BAENA BAENA, P. J. La política comunitaria de los transportes. /en/ *Cuestiones actuales del transporte internacional*. MADRID PARRA, A. (coord.). Jerez de la Frontera. I Cursos de Otoño de la Universidad de Cádiz. 1996. p. 45-46. *apud.* AURIOLES MARTÍN, Adolfo. *Conferencias marítimas*. Op. Cit. p. 42.

⁸⁵³ Es el caso del consorcio *UK West Africa Lines Joint Service (UKWAL)*, que es también una conferencia. *Informe sobre la posibilidad de conceder una exención por categorías a los acuerdos de constitución de consorcios en el transporte marítimo (COM (90) 260 final*, de 18 de Junio de 1990. p. 8.)

⁸⁵⁴ Es el caso de la conferencia *Europe/Australia & New Zealand Conference*, cuyos miembros solían participar en cuatro consorcios, de los cuales -tras una adquisición y dos disoluciones- sólo queda ANZECS. que junto a la compañía *Baltic Shipping Company* forman la conferencia. *Ibidem*.

⁸⁵⁵ *Informe sobre la posibilidad de conceder una exención por categorías a los acuerdos de constitución de consorcios en el transporte marítimo (COM (90) 260 final*, de 18 de Junio de 1990)

⁸⁵⁶ Conforme al completo estudio acompañado de estadísticas contenido en el documento *COM (90) 260 final* (p. 4 y 5), relativo a 57 consorcios: a) son frecuentes los acuerdos relativos a programación conjunta -37 supuestos-, intercambio de espacio o/y plazas de contenedores -37-, uso mancomunado de equipo -20- y oficina

2. Naturaleza jurídica de los consorcios.

1083. i) Los acuerdos de constitución de consorcios, **no pueden asimilarse a las fusiones** de empresas porque: 1° no poseen un carácter irreversible, pues suelen incluir disposiciones que permiten resolver el acuerdo constitutivo del consorcio - con el establecimiento, en ocasiones, de plazos de preaviso- y modificar sus cláusulas; y 2° no se puede concluir que las partes transfieren sistemáticamente sus activos al consorcio y abandonan de forma absoluta e irreversible sus actividades en el sector propio del consorcio, pues de hecho es frecuente que el acuerdo permita a los armadores participar en otras rutas e incluso en otros consorcios. Por ello, **son considerados como formas especiales de empresas comunes o joint ventures.**⁸⁵⁷

1084. ii) Se ha defendido el carácter de **acuerdos técnicos**⁸⁵⁸ de algunos consorcios.⁸⁵⁹ Sin embargo, la Comisión Europea ha apuntado que los examinados por ella no suelen tener por único objeto y efecto el aplicar mejoras técnicas o una

de operaciones conjunta -30-; b) los relativos a utilización conjunta de terminales están presentes en 37 supuestos, en algunos de ellos opcionalmente; c) los de distribución en *pool* se aprecian en 28 acuerdos con relación a las cargas y a los ingresos y en 27 sobre los resultados netos; d) el ejercicio coordinado de voto o la actuación uniforme cuando se carece de dicho derecho es un supuesto menos habitual detectado en su primera modalidad en cinco acuerdos y en su segunda en cuatro; e) la comercialización conjunta y el uso de un conocimiento de embarque común ocurre en 18 y 22 acuerdos, respectivamente; f) la fijación conjunta de precios es practicada con certeza por 3 consorcios aunque 7 consorcios poseen esta facultad; g) las consolidaciones en tierra están presentes en 18 y 16 consorcios, respectivamente, si bien en algunos casos tiene carácter opcional o limitado por regiones; y h) en cuanto a su duración, son relativamente frecuentes los de vida indefinida -11 supuestos-, los de duración limitada o sin cláusula de prórroga -10- y los que exigen un preaviso de seis o doce meses -respectivamente, 8 y 6-, y más extraños los que establecen reglas concretas para cada caso -4-, preavisos de veinticuatro o treinta y seis meses -1 de cada- o no establecen cláusula de expiración o resolución -1-.

⁸⁵⁷ Así lo considera la Comisión Europea: *COM (90) 260 final*, de 18 de Junio de 1990. p. 14 y 15. De la misma forma, en el ámbito comunitario europeo, **tampoco están sujetos al Reglamento 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración** entre empresas, en cuyo art. 3.2 se declaran excluidas de su ámbito de aplicación las concentraciones que suponen "la creación de una empresa común que tenga por objeto o efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes". Este sería el caso de la transferencia total de la flota y demás elementos del activo al consorcio y el abandono de la actividad del transporte marítimo, y no el de mero abandono de una ruta o tráfico servido por la empresa común. Sin embargo, si los miembros del consorcio transfieren completa e irreversiblemente sus activos a éste les sería aplicable el art. 3.2 del Reglamento 4064/89 y quedarían fuera de su ámbito de aplicación. BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 231.

⁸⁵⁸ Del artículo 2° del Reglamento 4056/86 por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 (actuales 81 y 82) del Tratado de Roma a los transportes marítimos.

⁸⁵⁹ En tal sentido, el Comité de Asociaciones de Armadores de las Comunidades Europeas (CAACE) y el Consejo de Asociaciones Nacionales Europeas y Japonesas de Armadores (CENSA) consideran que algunos consorcios podrían exceptuarse de la prohibición del artículo 81.1 TCE como acuerdos técnicos -artículo 2 del Reglamento 4056/86-, otros quedarían comprendidos en el ámbito de aplicación de la exención por categoría del artículo 3 del Reglamento 4056/86 para las conferencias, y para los casos no cubiertos debería concederse también una exención colectiva. Esta opinión no era la de la Unión de Armadores Griegos ni la del Consejo de Usuarios Británico (*British Shippers' Council*) ni la de los Consejos de Usuarios Europeos (*European Shippers' Councils*). Para ellos, los consorcios no estaban contemplados en los artículos 2 y 3 del Reglamento 4056/86, por lo que debían solicitar exenciones individuales supeditadas al cumplimiento de condiciones y obligaciones. *COM (90) 260 final*. p. 8 y 9; BAENA BAENA, Pedro Jesús. *La política comunitaria de los transportes marítimos*. Op. Cit. p. 232.

colaboración de mero carácter técnico, como serían las relativas a la utilización conjunta de flota y a operaciones comunes en las terminales.⁸⁶⁰

Por el contrario, **tales acuerdos habitualmente incluyen medidas comerciales**, entre las que se encuentran las relativas a **distribución de cargas, ingresos y resultados netos -pool-**, **derechos derivados de la participación en las conferencias, determinación de precios, comercialización -marketing- y operaciones en tierra.**⁸⁶¹

1085. iii) Finalmente, los consorcios difieren de las conferencias en cuanto a su **organización y objetivos**. La razón de ser de las conferencias es la fijación de precios y de otras condiciones de transporte en una ruta concreta. **Los consorcios**, sin embargo, **buscan la racionalización de los servicios y el reparto de los elevados costos que conlleva el tráfico marítimo de línea, sin perseguir necesariamente el establecimiento de tarifas comunes.**

3. Efectos anticompetitivos de los consorcios.

1086. Los acuerdos constitutivos de consorcios pueden dar lugar a alguno o algunos de los siguientes efectos contrarios a la competencia: i) Eliminar la competencia entre antiguos competidores; ii) Situar en una difícil posición competitiva a las compañías que actúan individualizadamente y elevar las barreras de entrada a nuevos competidores, en ambos casos debido a la necesidad de mayores inversiones; y iii) Elevar las barreras de salida por lo oneroso de las inversiones y lo especializado de los buques utilizados.

1087. **Los acuerdos por los que se constituyen los consorcios habitualmente limitan o eliminan la competencia entre las partes en los campos siguientes: prestación y utilización de instalaciones de almacenamiento y transporte, horarios y salidas, comercialización, operaciones en tierra firme, política empresarial como miembros de conferencias, y precios -tanto a través del propio acuerdo de constitución de consorcio como por la integración en una conferencia-**.⁸⁶²

⁸⁶⁰ De entre 23 acuerdos que examina la Comisión Europea, señala dos excepciones. En una de ellas se acuerda tan sólo la programación conjunta e intercambio de espacio o plazas de contenedores, así como restricciones de capacidad por lo que se refiere a una de las partes con respecto a determinados puertos europeos. En la otra, más dudosa -además de estipulaciones sobre utilización conjunta de flota y operaciones comunes en las terminales- establece, de un lado, el reparto de los costes derivados de los buques, la administración y el equipo; y, de otro, que los derechos de tráfico en la conferencia sólo podrán ejercerse previo acuerdo del comité de vigilancia del consorcio y que las partes "podrán combinar sus intereses" aun cuando no existan actividades conjuntas de comercialización. *COM (90) 260 final*. p. 10.

⁸⁶¹ Por ello, en el contexto comunitario europeo, los consorcios, salvo casos excepcionales, no están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Reglamento 4056/86 y entran dentro de la prohibición del párrafo 1º del artículo 81 TCE y de la declaración de nulidad de pleno derecho del párrafo 2.º del mismo artículo.

⁸⁶² Si con tales limitaciones y restricciones exceden de los objetivos permitidos a las conferencias por el artículo 3 del Reglamento 4056/86 -frente a lo defendido por las asociaciones de armadores europeos- no les es aplicable la exención de grupo de este artículo, aunque estén integrados en una conferencia, pues la exención por categoría de las conferencias constituye una excepción de las normas de competencia tan amplia que no debe ser interpretada extensivamente.

4. Justificación de los consorcios y condiciones para su autorización.

1088. Pese a los efectos restrictivos de la competencia, que puede argumentarse que generan los consorcios, éstos son permitidos por considerar que **contribuyen a mejorar la productividad y calidad de los servicios de línea ofrecidos, además de propiciar la racionalización de las actividades de las compañías participantes en el acuerdo y la generación de economías de escala en la utilización de buques e instalaciones portuarias, contribuyendo, finalmente, a fomentar el progreso técnico y económico, al favorecer el desarrollo y la utilización de contenedores, así como un mayor aprovechamiento de la capacidad de los buques.**⁸⁶³

1089. Igualmente, se han valorado positivamente los **efectos ventajosos** que el establecimiento de consorcios de compañías navieras producen **sobre los usuarios** de los servicios de transporte marítimo. Tales ventajas pueden consistir, entre otras, en una **mayor frecuencia de los servicios y las escalas o en una distribución más racional de las mismas, así como en una mayor calidad e individualización de los servicios ofrecidos como consecuencia de la utilización de buques o equipos, portuarios o de otro tipo, más modernos.**⁸⁶⁴

1090. A la vista de las ventajas, no es de extrañar que los intereses navieros presionasen para conseguir un **tratamiento similar al de las conferencias en materia de Derecho de la competencia**, y así, por ejemplo en la Unión Europea los consorcios son objeto de una **exención por categoría** por medio del Reglamento (CE) núm. 823/2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000⁸⁶⁵, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios).⁸⁶⁶

⁸⁶³ Considerando 4 del Reglamento (CE) nº 823/2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios). DOCE núm. L 100 de 20/04/2000. p. 24.

⁸⁶⁴ **No obstante, los usuarios sólo pueden beneficiarse de forma efectiva de tales ventajas si existe una competencia suficiente en las líneas en las que operan los consorcios.** Reglamento (CE) nº 823/2000. Considerando 5.

⁸⁶⁵ DOCE núm. L 100 de 20/04/2000. p. 24 - 30.

⁸⁶⁶ Primeramente, tras cinco años de investigaciones, discusiones y negociaciones se llegó al Reglamento (CEE) núm. 479/92 del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios). Este Reglamento partía de la base de que la exención sólo era posible en la medida en que se garantizara una participación equitativa de los cargadores en el beneficio resultante y siempre que no se eliminara la competencia. Se trataba de un Reglamento de habilitación, consecuencia del triunfo de las tesis de la Comisión frente a las sostenidas en el Consejo, que se negaba a dar un cheque en blanco a la Comisión y luchó hasta el último momento por aprobar una disposición directamente reguladora de los requisitos y obligaciones vinculados a la exención de bloque. Sin embargo, la Comisión logró finalmente imponer su postura alegando, que la gran variedad de acuerdos de consorcios, sus distintas circunstancias de operación y su naturaleza continuamente cambiante exigían un régimen flexible que permitiese a la Comisión determinar las concretas categorías que podrían quedar exentas de las prohibiciones del, entonces, artículo 85.1 del Tratado. Así las cosas la Comisión quedó habilitada para elaborar y promulgar el correspondiente Reglamento, lo que hizo mediante el Reglamento (CE) núm. 870/95, de 20 de abril de 1995, el cual establecía una exención de cinco años para determinadas actividades de los consorcios y con independencia que actúen o no dentro de una conferencia. Cumplido el plazo de vigencia de este Reglamento,

1091. A los efectos de la aplicación del Reglamento de exención, la Comisión Europea define los consorcios como “un acuerdo entre, como mínimo, dos transportistas que operen con buques y que presten servicios internacionales regulares de línea para el transporte exclusivo de mercancías, principalmente en contenedores, correspondiente a uno o más tráficos⁸⁶⁷, y cuyo objeto sea establecer una cooperación para la explotación conjunta de un servicio de transporte marítimo que permita mejorar el servicio que ofrecería individualmente cada uno de los miembros del consorcio a falta de éste, a fin de racionalizar sus operaciones y ello mediante disposiciones técnicas, operativas y/o comerciales, exceptuándose la fijación de precios”⁸⁶⁸

1092. La exención se contrae exclusivamente a las siguientes actividades⁸⁶⁹: i) Operaciones relacionadas con la explotación conjunta de servicios de transporte marítimo de línea regular⁸⁷⁰; ii) Ajustes temporales de capacidad; iii) Explotación o utilización conjunta de terminales portuarias y servicios conexos (por ejemplo, servicios de gabarraje y estiba); iv) Participación en uno o varios de los siguientes *pools*: de carga, de ingresos o de resultados; v) Ejercicio conjunto de los derechos de voto que tenga el consorcio en la conferencia en la que participen sus miembros, en la medida en que la votación en la que se ejerzan conjuntamente tales derechos se refiera a las actividades propias del consorcio; vi) Utilización de una estructura de comercialización conjunta y expedición de un conocimiento de embarque conjunto; y vii) cualquier otra actividad accesoria a las mencionadas anteriormente, necesaria para su realización. Igualmente, el Reglamento (CE) núm. 823/2000 fija una serie de **exigencias mínimas** -condiciones y obligaciones-⁸⁷¹ para acogerse a la exención por categorías.

1093. Por motivos de seguridad jurídica, **la concesión de la exención por categorías debe limitarse a los consorcios marítimos que no ofrezcan la posibilidad de eliminar la competencia** respecto a una parte sustancial de los servicios prestados y, a tales efectos, resulta oportuno basarse en la posesión por el consorcio de una determinada cuota de tráfico, calculada sobre la base del conjunto de los puertos que enlaza el consorcio.

la Comisión adoptó el Reglamento (CE) núm. 823/2000, de 19 de abril de 2000, con vigencia prevista hasta el 25 de abril de 2005.

⁸⁶⁷ Anteriormente en el Reglamento (CE) núm. 870/95 se disponía: “en una línea determinada”.

⁸⁶⁸ Artículo 2. 1) del Reglamento (CE) núm. 823/2000.

⁸⁶⁹ Artículo 3. 2. del Reglamento (CE) núm. 823/2000. Previamente en su artículo 1 se señala que la exención únicamente comprende a los consorcios que presten servicios de transporte marítimo internacional de línea regular a partir de uno o varios puertos de la Comunidad o con destino a ellos.

⁸⁷⁰ Entre ellas sólo podrán figurar las actividades siguientes: 1) Coordinación o fijación conjunta de horarios de viaje y determinación de los puertos de escala; 2) Cesión, venta o arrendamiento recíproco de espacio o compartimentos en los buques; 3) Utilización conjunta (*pooling*) de buques e instalaciones portuarias; 4) Utilización de una o varias oficinas de explotación conjunta; 5) Puesta a disposición de contenedores, chasis y otros equipos y contratos de alquiler, arrendamiento financiero o compra de esos equipos; y 6) Utilización de un sistema de transmisión de datos informatizados o un sistema de documentación común.

⁸⁷¹ Artículo 5: Requisitos relativos a la existencia de competencia efectiva en materia de precios y de oferta de servicios, entre los miembros de la conferencia en la que opera el consorcio y entre los miembros de éste y de las compañías no integradas en el mismo. Artículo 6: Requisitos en materia de cuotas de mercado. Artículo 7 a 9: Requisitos adicionales y obligaciones.

Igualmente, se supedita la exención al cumplimiento de una serie de obligaciones en sus relaciones con los usuarios, de tal modo que éstos, o sus organizaciones representativas, puedan celebrar consultas reales y efectivas con los consorcios para buscar soluciones a problemas importantes derivados de las actividades contempladas en el acuerdo de consorcio. Dichas consultas se desarrollaran, a solicitud de cualquiera de ambas partes, antes de que comience a aplicarse la medida objeto de consulta, salvo caso de fuerza mayor. Asimismo, los usuarios deberán tener la posibilidad de obtener, en todo momento y a precio razonable, información sobre las condiciones del transporte realizado por los miembros del consorcio.⁸⁷²

IV. Políticas comunitarias europeas en el transporte marítimo.

1094. De todos los modos de transporte, es probablemente el marítimo donde ha habido un menor desarrollo de la iniciativa comunitaria y donde la política de transporte de la Unión Europea tiene mayores lagunas.⁸⁷³

1095. En el transporte marítimo, hasta bien entrados los años setenta y a falta de una política común, los Estados miembros -todos ellos miembros de la OCDE- tomaron como base inspiradora de su política marítima el régimen liberal querido por el Código de Liberalización de las Operaciones Invisibles Corrientes, lo que permitió que las discriminaciones de los Estados miembros contra las navieras de otros países miembros fuesen de menor gravedad.⁸⁷⁴

1096. Hasta 1977, las instituciones comunitarias no adoptaron ni un solo acto formal en el sector del transporte marítimo.⁸⁷⁵ Pocos años antes, en 1973 y 1974, se produjeron tres hechos cruciales a los que se ha hecho referencia con anterioridad, que sentaron las bases e impulsaron de forma definitiva la política de transportes marítimos comunitaria:

⁸⁷² Artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 823/2000.

⁸⁷³ DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El sistema de transporte europeo: un análisis económico*. Op. Cit. p. 98. Si bien, en este sector ha existido actividad legislativa en el contexto europeo, el nivel ha sido menor que en otros tipos de transporte. RAMOS, Rodolfo y CARRO, Martha. *La política de transportes de la Unión Europea*. /en/ GRAU, Pilar (et al). *Políticas comunitarias I. Transportes, cooperación y competencia*. Madrid. Pirámide. 2001. p. 55. La profesora Pilar Blanco-Morales Limones señala que el proceso de integración comunitaria del transporte marítimo no debe valorarse como un exponente de la lentitud de los procesos normativos comunitarios. De hacerse así se estaría ignorando el trasfondo ideológico del entonces artículo 84 del Tratado de Roma (actualmente artículo 80). En 1957, los seis Estados signatarios contemplan a sus marinas mercantes como un instrumento de defensa nacional y se muestran recelosos ante cualquier cesión de soberanía. Además sus flotas ocupaban un papel relativamente poco relavante en el tonelaje mundial. Las condiciones del mercado internacional, apenas iniciado el proceso descolonizador, permitían una actitud desinteresada, propia de los períodos de expansión económica. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 110.

⁸⁷⁴ Memorándum de la Comisión sobre la política de transporte marítimo comunitaria de 1985, "Progress towards a common transport policy. Maritime transport (Communication and proposals by the Commission to the Council)". Documento COM (85) 90 final, de 14 de marzo de 1985. apud. ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 46.

⁸⁷⁵ El primero fue la Decisión del Consejo de 13 de septiembre de 1977, por la que se establecía un procedimiento de consulta en lo que se refiere a las relaciones entre los Estados miembros y terceros países en el sector de los transportes marítimos así como a las acciones relativas a dicho sector en el seno de las organizaciones internacionales. DOCE núm. L 239 de 17/09/1977. p. 23 - 24.

i) El primero de ellos fue la ampliación de la Comunidad, con la entrada de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido en 1973. En la nueva geografía comunitaria los transportes marítimo y aéreo deberían tener la misma importancia que el transporte terrestre.⁸⁷⁶

ii) El segundo, fue la aclaración del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que las normas generales del Tratado eran aplicables a los transportes en su conjunto -y, más concretamente, al transporte marítimo- aun a falta de que se hubiera desarrollado una política común de transportes.⁸⁷⁷

iii) El tercer hecho, dos días después de aclarado el anterior punto por el Tribunal Comunitario, fue la adopción en Ginebra del Código de Conducta de las Conferencias Marítimas (“Código UNCTAD”)⁸⁷⁸, alrededor del cual se forjaron las primeras iniciativas de la política marítima comunitaria, hasta aquel momento inexistente.

1097. La política marítima de la Comunidad Europea comenzó pues a desarrollarse a partir de 1974, y lo hizo alrededor de tres objetivos principales: la promoción de la seguridad marítima, la protección de las flotas de la Comunidad contra las prácticas desleales de las navieras de países terceros y, sobre todo, la aceptación del sistema de conferencias marítimas en el transporte regular como forma de organización de los tráficos.⁸⁷⁹

1098. Los primeros avances de importancia tuvieron lugar, sin embargo, muchos años después, a partir de 1986⁸⁸⁰, un año después de que el Tribunal de Justicia condenase al Consejo por no haber establecido una política común de transportes en el sector terrestre.⁸⁸¹

⁸⁷⁶ El ingreso en la Comunidad de dichos Estados viene a fortalecer la participación comunitaria en el tráfico marítimo, coincidiendo con el inicio de un período de regresión económica unido a un incremento del tonelaje mundial. Tales argumentos se refuerzan con la incorporación de Grecia a la Comunidad. De hecho, son los factores económicos los que motivaron un cambio de rumbo en la política marítima comunitaria. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 110.

⁸⁷⁷ Sentencia del TJCE de 4 de abril de 1974, conocida como “de los marinos franceses”, *Comisión vs. República Francesa*, as. 167/73. Como mencionamos en el capítulo II, la postura adoptada en esta sentencia fue ratificada en el sentencia del TJCE de 12 de octubre de 1978, *Comisión vs. Bélgica*, as. 156/77. Por lo que hace específicamente a las normas de competencia, va a ser hasta la sentencia del 30 de abril de 1986, conocida como “*Nouvelles Frontières*” (*Ministère Publique vs. Lucas Asjes y otros, Andrew Gray y otros, Jacques Maillot y otros y Leo Ludwig y otros*, as. 209 a 313/84) cuando el TJCE afirma claramente que éstas normas son aplicables a los transportes.

⁸⁷⁸ Adoptado el 6 de abril de 1974.

⁸⁷⁹ ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 47.

⁸⁸⁰ D. Luis Miguel Guérez Roig, señala que del análisis de los textos, tanto del Tratado como de la normativa derivada, se puede concluir que la actividad comunitaria realizada de manera sistemática, en el sector del transporte marítimo, es de reciente aparición, en concreto de diciembre de 1986. Materializándose en cuatro Reglamentos conocidos como el “paquete de Bruselas” (los Reglamentos del Consejo 4055/86, 4056/86, 4057/86 y 4058/86 todos ellos del 22 de diciembre de 1986), que pese a la simultaneidad en su aprobación, responden a finalidades diferentes. GUÉREZ ROIG, Luis Miguel. *El transporte marítimo en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 118.

⁸⁸¹ Sentencia del TJCE de 22 de mayo de 1985, del recurso por omisión (inactividad) interpuesto por el Parlamento Europeo contra el Consejo, as. 13/83. Aunque la sentencia era relativa al transporte terrestre sus consecuencias se sintieron en los demás medios de transporte.

1099. El verdadero detonante de la política marítima comunitaria fue el **Código de Conducta de las conferencias marítimas de UNCTAD, que llevó a la adopción del primer instrumento de la política marítima comunitaria, el Reglamento núm. 954/79, o "Compromiso de Bruselas"**.⁸⁸² Este Reglamento, que tuvo su origen en las discusiones entre la Comisión Europea y los Estados miembros a propósito de la incompatibilidad del Código UNCTAD con el Tratado CEE, se convirtió en un instrumento de política marítima exterior de los Estados miembros y de la Comunidad Europea y en el primer elemento importante de la política comunitaria, que por aquel entonces no estaba casi ni esbozada.

El Código de Conducta fue el pretexto ideal para ponerla en marcha y trascendió esta calidad, para convertirse en el núcleo principal alrededor del cual se urdió la política marítima de la Comunidad Europea, en los primeros tiempos.

El "Compromiso" fue el primer hito antes y después del cual la política marítima comunitaria se mantuvo en estado de hibernación, más o menos completa, hasta el año 1986. Hasta el año 1979 la incipiente política marítima comunitaria había producido, además de una decisión estableciendo un procedimiento de consulta como primera medida marítima comunitaria⁸⁸³, una recomendación relativa a la ratificación de ciertos convenios marítimos internacionales sobre la seguridad marítima⁸⁸⁴, una decisión relativa a las actividades marítimas de determinados países terceros⁸⁸⁵ y un paquete de medidas de carácter técnico.

1100. Después del "Compromiso", y hasta 1986, **las escasas medidas adoptadas fueron también de carácter técnico**, destinadas a la ratificación de determinados convenios internacionales o a la modificación o ejecución de medidas previas. Los avances de 1986 se prepararon en 1985 y fueron posibles gracias, tanto a un eficaz aunque tardío impulso, a la política de transportes, por parte de la Comisión Europea, como al decisivo apoyo del Parlamento Europeo.

1101. Tras las primeras medidas, la Comisión Europea consideraba en 1985 que había llegado ya el momento -casi seis lustros después de la firma del Tratado de Roma- de desarrollar un marco global más coherente para la política de transportes marítimos comunitaria. **El Memorándum marítimo** que en 1985 preparó la

⁸⁸² Reglamento (CEE) núm. 954/79 del Consejo, de 15 de mayo de 1979, relativo a la ratificación por los Estados miembros del Convenio de las Naciones Unidas relativo a un código de conducta para las conferencias marítimas, o a la adhesión de dichos Estados al Convenio. DOCE núm. L 121 de 17/05/1979. p. 1.

⁸⁸³ La Decisión del Consejo de 13 de septiembre de 1977, por la que se establecía un procedimiento de consulta en lo que se refiere a las relaciones entre los Estados miembros y terceros países en el sector de los transportes marítimos así como a las acciones relativas a dicho sector en el seno de las organizaciones internacionales. DOCE núm. L 239 de 17/09/1977. p. 23 - 24.

⁸⁸⁴ 78/584/CEE: Recomendación del Consejo, de 26 de junio de 1978, relativa a la ratificación de convenios sobre la seguridad del transporte marítimo. DOCE núm. L 194 de 19/07/1978. p. 17.

⁸⁸⁵ 78/774/CEE: Decisión del Consejo, de 19 de septiembre de 1978, relativa a las actividades de determinados terceros países en el sector de los transportes marítimos. DOCE núm. L 258 de 21/09/1978. p. 35. Modificado por 89/242/CEE: Decisión del Consejo de 5 de abril de 1989 por la que se modifica la Decisión 78/774/CEE relativa a las actividades de determinados terceros países en el sector de los transportes marítimos. DOCE núm. L 97 de 11/04/1989. p. 47.

Comisión⁸⁸⁶, tenía precisamente por tarea formular una serie de principios de política marítima y proponer en base a ellos un nuevo -y primer- marco para la política comunitaria. Tomando como telón de fondo la importante recesión en la industria marítima comunitaria durante los años setenta, el Memorándum revisaba las acciones comunitarias pasadas y proponía las nuevas medidas que, de cara a terceros países y en las relaciones marítimas entre Estados miembros, la Comisión consideraba necesarias para promover los intereses marítimos y comerciales de la Comunidad Europea.

1102. Como principio general⁸⁸⁷, la Comisión mantenía que la defensa de los intereses de la industria marítima comunitaria, debería hacerse **no mediante la adopción de medidas proteccionistas** con que contrarrestar el proteccionismo de los países terceros, sino **mediante una política marítima comunitaria de orientación comercial y carácter multilateral**, en vista de la dependencia de la Comunidad del comercio mundial, y de los intereses marítimos comunitarios en el mercado internacional de fletes.

1103. Esta política, sería además la más beneficiosa para las industrias europeas usuarias del transporte marítimo y la más coherente para conseguir los objetivos del Tratado. Las acciones propuestas para defender los intereses de la Comunidad Europea frente a países terceros, a juicio de la Comisión, debían ser además acompañadas con medidas que garantizasen la igualdad de trato de todas las navieras comunitarias por parte de los Estados miembros. En el ámbito comunitario, pues, la Comisión recordaba que era preciso suprimir las discriminaciones en función del pabellón y avanzar hacia la creación del mercado único también en el transporte marítimo.

1104. Mientras que en otros sectores de actividad el Mercado Único era ya, más o menos, una realidad, en el transporte marítimo la creación de un espacio económico sin fronteras interiores y **abierto** a los operadores económicos de todos los Estados miembros, **se había retrasado enormemente**, y existían aún numerosas restricciones para el acceso de las navieras comunitarias a los distintos mercados nacionales de los Estados miembros.

Curiosamente, y pese al endoso por parte de los países de la OCDE de la filosofía económica liberal, los países desarrollados no eran -ni son- siempre ejemplares a la hora de poner en práctica las ideas libre-cambistas que predicaban e incluso intentaban exportar a otros países, entre otros, a los países en vías de desarrollo.

⁸⁸⁶ Memorándum de la Comisión sobre la política de transporte marítimo comunitaria de 1985, "*Progress towards a common transport policy. Maritime transport (Communication and proposals by the Commission to the Council)*". Documento COM (85) 90 final, de 14 de marzo de 1985.

⁸⁸⁷ Señala el profesor D. Vicente Mambrilla que, la Comisión partía de dos principios esenciales: por una parte, la defensa de los intereses de la industria marítima (lo que se trataba de alcanzar no mediante la adopción de medidas proteccionistas, sino a través de una clara orientación comercial de la política marítima dada la gran incidencia comunitaria en el mercado internacional de fletes) y, por otra, la garantía en la aplicación del principio de no discriminación para todas las navieras comunitarias en todos los Estados asociados. MAMBRILLA RIVERA, Vicente. Transportes. /en/ CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*. Valladolid. Lex Nova. 2002. p. 160.

1105. En materia marítima, el fomento teórico a escala internacional de los valores del libre cambio y del multilateralismo frente al proteccionismo, el unilateralismo y el bilateralismo, contrasta con la práctica habitual de numerosos países desarrollados de proteger sus propias marinas mercantes con medidas unilaterales y bilaterales.

En efecto, los países de la OCDE han mantenido y mantienen hoy en día numerosas restricciones al libre acceso de las navieras extranjeras a las cargas generadas por su comercio, con el fin declarado o no declarado, y en este caso siempre disfrazado (a veces con variopintas consideraciones estratégicas) de **proteger a las navieras de sus respectivos países de la competencia extranjera.**

1106. Los países comunitarios no eran ni son tampoco una excepción a este respecto. **En el transporte marítimo de los países comunitarios perduraban y aún perduran importantes restricciones a la libre prestación de servicios por parte de las navieras de otros países,** incluidas las navieras de los otros países de la Comunidad Europea.

En primer lugar, en el terreno internacional, muchos de los países miembros habían celebrado **acuerdos bilaterales interestatales** que preveían el reparto del tráfico entre las navieras nacionales de los Estados miembros individuales y las de los países terceros, con exclusión de otras navieras comunitarias.

En segundo lugar, en el ámbito nacional, ciertos Estados miembros habían impuesto unilateralmente restricciones a la libre prestación de servicios entre sus puertos, o servicios de cabotaje marítimo, que en muchos casos estaban y aún están reservados exclusivamente a las navieras nacionales de cada uno de los Estados miembros.

Finalmente, numerosos países comunitarios habían además dispuesto mediante legislación, también de forma unilateral, que ciertas cargas (por ejemplo, los hidrocarburos líquidos, o los cereales, u otro tipo de cargas), o ciertas proporciones de determinadas cargas (por ejemplo, un 30% u otra proporción de los productos petrolíferos importados por el país en cuestión) fueran transportadas exclusivamente por navieras que batieran su propio pabellón nacional.

1107. Con el fin de comenzar paulatinamente a aplicar el principio de libre prestación de servicios en el transporte marítimo, la Comisión propuso al Consejo en 1985 la adopción de un proyecto de reglamento que, sin liberalizar completamente la prestación de servicios marítimos dentro de la Comunidad Europea, abriese nuevas posibilidades a las navieras comunitarias en los tráficos reservados por los Estados miembros a sus navieras nacionales, principalmente los tráficos de determinadas mercancías, los tráficos bilaterales entre los Estados miembros y terceros países y -con ciertas excepciones- los tráficos de cabotaje dentro de un mismo Estado miembro.

En conjunto, el Memorándum formulaba una política comunitaria centrada fundamentalmente en los aspectos internacionales de la política de transportes marítimos comunitaria, a los que situaba muy por delante de los aspectos

intracomunitarios. Las relaciones marítimas entre la Comunidad Europea y los países terceros deberían tomar prelación sobre las relaciones marítimas entre Estados miembros en el seno de la Comunidad. La Comisión justificaba esta elección, por el carácter netamente internacional del transporte marítimo comunitario. A su juicio, incluso los aspectos intracomunitarios de la política marítima debían tener en cuenta el contexto internacional.⁸⁸⁸

1108. Iniciados los debates sobre los proyectos de legislación contenidos en el Memorándum, sólo cuatro de las medidas propuestas por la Comisión fueron finalmente aprobadas por el Consejo, algunas de ellas -como la relativa a la libre prestación de servicios- con importantes modificaciones.

El proyecto de directiva sobre la definición común de "compañía marítima nacional" y el proyecto de modificación de la decisión del Consejo sobre consultas con países terceros fueron rechazados.

Los reglamentos sobre libre prestación de servicios, aplicación de los entonces artículos 85 y 86 del Tratado (normas de competencia), tarifas desleales y libre acceso al tráfico transoceánico fueron adoptados el 22 de diciembre de 1986 y entraron en vigor, el primero, el 1 de enero de 1987, y los restantes, el 1 de julio de 1987. Con ellos se abrió una nueva era en la política marítima comunitaria.⁸⁸⁹

1109. El Reglamento núm. 4055/86 del Consejo,⁸⁹⁰ a diferencia del proyecto de la Comisión, **aplica el principio de libre prestación de servicios exclusivamente en el transporte marítimo internacional**, con exclusión del transporte entre puertos de un mismo Estado miembro. La aplicación del principio de libre

⁸⁸⁸ Memorándum de 1985. Op. Cit. Introducción. p. 1 y 2.

⁸⁸⁹ Estos Reglamentos (4055/86, 4056/86, 4057/86 y 4058/86) tenían un marcado carácter proteccionista, especialmente para las líneas regulares. No se trataba, sin embargo, de medidas proteccionistas de tipo restrictivo, sino defensivo, puesto que el objetivo último seguía siendo mantener una política de liberalización marítima, al menos en el seno de la Comunidad Europea. A cambio de establecer unas disposiciones favorables para la industria, la Comisión quería imponer a los Estados miembros una liberalización a la que algunos venían mostrándose muy reacios. DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El sistema de transporte europeo: un análisis económico*. Op. Cit. p. 99.

Reglamentos de 1986 conocidos como el paquete de Bruselas	
Reglamento 4055/86	• Establece explícitamente el principio de libertad comercial comunitaria para suministrar servicios de transporte marítimo entre Estados miembros y entre éstos y terceros países.
Reglamento 4056/86	• Especifica la forma de interpretar las normas de la competencia comunitaria en relación con el transporte marítimo. • Establece una exención de bloque que autoriza la existencia de conferencias marítimas bajo ciertas condiciones generales de ausencia de perjuicio al interés comunitario.
Reglamento 4057/86	• Complementa al anterior limitando la posibilidad de prácticas desleales en la fijación de precios para el transporte marítimo.
Reglamento 4058/86	• Establecía los principios generales para la salvaguarda del libre acceso al tráfico.

⁸⁹⁰ Reglamento (CEE) núm. 4055/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. DOCE núm. L 378 de 31/12/1986. p. 1 - 3.

prestación en los tráficos definidos por el Reglamento implica la supresión de todas las restricciones allí existentes en cuanto al transporte de determinadas mercancías y en cuanto a las restricciones derivadas de las cláusulas de reparto de cargas en los acuerdos bilaterales celebrados entre algunos Estados miembros y países terceros.

1110. El Reglamento núm. 4056/86,⁸⁹¹ **permitió la aplicación de las normas de competencia**, con medidas de control semejantes a las existentes en otras áreas económicas en el transporte marítimo internacional, **con exclusión del cabotaje**. Además, autorizó con una generosa exención por categorías las conferencias marítimas tradicionales descritas en el Código UNCTAD.

1111. El Reglamento núm. 4057/86,⁸⁹² tiene como precedente, del que es en buena medida consecuencia lógica, el sistema de información instaurado por el Consejo en 1978 para controlar las actividades de las navieras de ciertos países terceros - en concreto, los del bloque socialista- en determinadas zonas de operación en las que aquellas competían directamente con navieras comunitarias.⁸⁹³ El Reglamento establece el procedimiento mediante el cual, la Comunidad Europea puede imponer **derechos correctores (o compensatorios) sobre los fletes ofrecidos por las navieras de línea de países terceros** que operen en los tráficos comunitarios, en determinadas circunstancias. El Reglamento sigue la línea iniciada por ciertos países de la OCDE que con anterioridad se habían dotado de instrumentos de control de las prácticas tarifarias de las navieras de terceros países sospechosas de ofrecer fletes artificialmente bajos gracias al apoyo financiero de sus países de abanderamiento.⁸⁹⁴

1112. El último de los cuatro Reglamentos del Consejo de 1986, el número 4058/86,⁸⁹⁵ es el sucesor de una Decisión de 1983 relativa a las contramedidas en el sector de los transportes internacionales⁸⁹⁶, **y permite a la Comunidad realizar una acción coordinada cuando alguna medida tomada por un país tercero o sus agentes limite o amenace con limitar el libre acceso de las navieras comunitarias o de los buques matriculados en la Comunidad Europea al tráfico marítimo de ese país**. La acción coordinada puede revestir la forma de quejas por la vía diplomática o de medidas dirigidas contra las navieras beneficiarias de la acción de un país tercero ("contramedidas"). Las quejas por la vía diplomática deben preceder a las contramedidas.

⁸⁹¹ Reglamento (CEE) núm. 4056/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos. DOCE núm. L 378 de 31/12/1986. p. 4 - 13.

⁸⁹² Reglamento (CEE) núm. 4057/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativo a las prácticas de tarifas desleales en los transportes marítimos. DOCE núm. L 378 de 31/12/1986 p. 14 - 20.

⁸⁹³ Decisión 78/774/CEE del Consejo, de 19 de septiembre de 1978.

⁸⁹⁴ Por ejemplo, la *Shipping Act* 1984 de los Estados Unidos establece en su Sección 9, 46 USC app. 1708, los procedimientos de seguimiento de las actividades de los "controlled carriers" de terceros países que operen en las rutas marítimas estadounidenses.

⁸⁹⁵ Reglamento (CEE) núm. 4058/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 sobre una acción coordinada con objeto de salvaguardar el libre acceso al tráfico transoceánico. DOCE núm. L 378 de 31/12/1986 p. 21 - 23.

⁸⁹⁶ Decisión 83/573/CEE. DOCE núm. L 332 de 28/11/1983. p. 37.

1113. De acuerdo con estas medidas (los cuatro reglamentos mencionados), la Comisión entiende que, **el principio básico que debe presidir el tráfico marítimo mundial es el de competencia libre y leal.**⁸⁹⁷ Tras este primer paquete de medidas marítimas de 1985, la Comisión propuso otra vez en 1989, la adopción de nuevas medidas de política de transporte marítimo comunitaria. En su Comunicación de agosto de ese año⁸⁹⁸, la Comisión propuso la adopción de varios instrumentos legislativos, algunos de los cuales el Consejo no había querido aprobar en 1986.

Así, por ejemplo, intentó de nuevo que se aprobase una definición común de armador comunitario, y de nuevo que se crease un registro de buques comunitario, sin éxito en ninguno de los dos casos.

Sólo un éxito relativo coronó su propuesta de reglamento de cabotaje. Las reservas de cabotaje de algunos países comunitarios se mantuvieron aun después de la adopción del primer Reglamento marítimo sobre libre prestación de servicios, que no las suprimió. El acuerdo sobre su supresión paulatina se plasmó en el Reglamento núm. 3577/92 en el que se pactaron períodos transitorios de adaptación.⁸⁹⁹

1114. Más recientemente, la política comunitaria en el transporte marítimo ha evolucionado hacia la adopción de medidas de control de la adecuación técnica de los buques a requisitos de seguridad comunes, y a su control por las autoridades del Estado del puerto, a escala comunitaria, con el fin de evitar los riesgos para la seguridad, sobre todo del medio ambiente, que los buques fuera de norma provocan.

1115. La legislación marítima de mayor importancia comercial que se ha adoptado recientemente en la Unión Europea es la relativa a los **consorcios marítimos.**

⁸⁹⁷ DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El sistema de transporte europeo: un análisis económico*. Op. Cit. p. 99. Señala la profesora Pilar Blanco-Morales Limones que, tras la adopción del paquete de Reglamentos marítimos en diciembre de 1986, se pone de manifiesto que para la Comunidad la *cara externa* del transporte marítimo se ha convertido en una cuestión de vital importancia, de mayor trascendencia económica que las relaciones intracomunitarias, abordadas sólo con posterioridad. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la comunidad europea*. Op. Cit. p. 111.

⁸⁹⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *El futuro del transporte marítimo comunitario. Medidas para mejorar las condiciones de funcionamiento de la flota comunitaria*. Documento COM (89) 266 final, de 3 de agosto de 1989. DOCE núm. C 263 de 16/10/1989.

⁸⁹⁹ Reglamento (CEE) n° 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo). DOCE núm. L 364 de 12/12/1992. p. 7. Este Reglamento refleja el acuerdo al que se ha llegado sobre el proceso liberalizador del cabotaje (hay que decir que existe una propuesta de Reglamento del Consejo de 1998 para modificarlo). En relación con estos tráficos, existe pleno consenso en la Unión Europea sobre la necesidad de que la liberación vaya acompañada de la imposición de determinadas obligaciones de servicio público a las empresas que presten estos servicios, para que garanticen la estabilidad, calidad y eficiencia de los mismos, bajo criterios de no discriminación por razón de nacionalidad de las empresas o el pabellón de sus buques, siempre que sea de un Estado miembro. Esto es especialmente sensible en determinados tráficos que, por sus características peculiares (tráficos con ciertas islas y otros territorios aislados) quedaron excepcionalmente reservados hasta 1999. Sin embargo, las fechas anteriores podían ser ampliadas si los países afectados solicitaban la aplicación de una cláusula de salvaguardia, tal como hizo Grecia (que consiguió prórroga hasta el 2004) o España y Portugal (quienes obtuvieron un calendario específico que ya se ha cumplido). DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El sistema de transporte europeo: un análisis económico*. Op. Cit. p. 99.

Como antes se vio, en 1986, en la adopción del primer paquete de cuatro reglamentos marítimos, la Comisión se comprometió ante el Consejo a estudiar la situación de estos acuerdos de cooperación entre navieras. La Comisión propuso en 1989 que el Consejo le concediera poderes para adoptar un reglamento de exención por categorías autorizándolos. El Consejo adoptó el Reglamento 479/92⁹⁰⁰, de delegación de poderes en febrero de 1992, y en abril de 1995 la Comisión promulgó el Reglamento núm. 870/95, por el que se autorizan los consorcios marítimos con sujeción a determinadas condiciones y obligaciones⁹⁰¹, expirando su vigencia (21 de abril de 2000), la Comisión renovó la exención por categoría de los consorcios al adoptar el Reglamento núm. 823/2000⁹⁰², con vigencia prevista hasta el 25 de abril de 2005.

VII. Puertos.

1116. No obstante que los puertos tienen como función primordial transferir mercancías y pasajeros entre mar y tierra y viceversa, la actividad portuaria es más amplia e implica otras múltiples operaciones y servicios, que acusan cada vez más mayor complejidad y de más participación de agentes económicos, debido a la transformación de esquemas de actuación en la industria portuaria, para la consecución de servicios más eficientes.

1117. A modo de ilustrar lo anterior, cabe citar una breve descripción de los itinerarios más habituales que sigue un buque para la utilización de un puerto. Cuando un buque se acerca a las aguas de un puerto con la intención de entrar ya ha conectado, a través de su consignatario⁹⁰³, con las autoridades marítimas y portuarias para comunicar su entrada. Por consiguiente, el momento preciso en el que se empiezan a utilizar los servicios portuarios, es cuando el armador del buque informa a su agente consignatario del interés de entrar a ese puerto para realizar una serie de operaciones (relacionadas o no con la carga) y por tanto de los servicios que desea utilizar.

La trayectoria habitual de un buque dentro del puerto se inicia cuando su capitán se comunica con el servicio de practica⁹⁰⁴, que ya tiene en su poder los permisos de entrada (entregados por el consignatario) de la Capitanía Marítima que autoriza la entrada en aguas nacionales, y de la Autoridad Portuaria que designa el atraque o la ubicación en fondeo. Posteriormente, la corporación de prácticos es la que avisa,

⁹⁰⁰ DOCE núm. L 55 de 29/02/1992. p. 3.

⁹⁰¹ DOCE núm. L 89 de 21/04/1995. p. 7.

⁹⁰² DOCE núm. L 100 de 20/04/2000. p. 24.

⁹⁰³ El *consignatario* de buques es la persona física o jurídica que actúa, como intermediario independiente, en nombre y por cuenta del armador o naviero, prestando servicios al buque y a la tripulación, y realizando cuantas gestiones relacionadas con la estancia del buque en el puerto le sean encomendadas por el principal. Asimismo, actúa en nombre del armador como depositario de la mercancía en el recinto portuario. VILLAVARDE CASTRO, José y COTO MILLÁN, Pablo. *Impacto económico portuario: metodologías para su análisis y aplicación al Puerto de Santander*. Santander. Universidad de Cantabria y Autoridad Portuaria de Santander. 1996. p. 27.

⁹⁰⁴ El *práctico* es una persona física que pertenece a la Corporación de Prácticos del puerto en cuestión (persona jurídica), y que se encarga de las operaciones de asistencia y guía de los buques en la entrada y salida de éstos de un puerto y en las maniobras de atraque y desatraque del buque. *Ibidem*.

en caso necesario, al resto de los servicios para el atraque (remolques y amarras)⁹⁰⁵.

Una vez instalado el barco, en fondeo o atraque, solicita la serie de servicios para los que ha entrado a puerto, contactando, generalmente a través de su consignatario, con los diferentes agentes proveedores de estos servicios. Las operaciones normales de carga y/o descarga las realiza el buque estando atracado.⁹⁰⁶

1. Concepto de puerto.

1118. El puerto, ejemplo tradicional de bien de dominio público, ha experimentando en los últimos años una evolución conceptual, que afecta a su finalidad y por tanto a su régimen jurídico. Tres son las etapas que marcan esa evolución.⁹⁰⁷

i) En primer lugar, el puerto nace y se define tradicionalmente como un lugar de refugio. El puerto se concibe como un instrumento para los buques, que se construyen para navegar y necesitan lugares seguros, que le permitan seguir navegando. En torno a esa noción original se construye la idea del espacio portuario, como el lugar seguro por sus instalaciones, donde se ofrece también lo necesario para que el buque cumpla su finalidad esencial de navegación, transportar viajeros y mercancías por mar. El puerto aparece como un recinto marítimo situado en la costa, dotado de señalización, balizamiento y muelles (elementos fijos de atraque, carga y descarga, avituallamiento y reparación). Dicho

⁹⁰⁵ El *remolcador* es la persona física o jurídica que se encarga, principalmente, de remolcar al buque, tanto a la entrada como a la salida del puerto, en las respectivas operaciones de atraque y desatraque.

El *amarrador* es la persona física o jurídica encargada de asistir al buque en el atraque o desatraque, fijándolo o liberándolo del muelle mediante la colocación o liberación de las amarras en los elementos fijos de hierro (*norays* o *bolardos*) que se encuentran en el cantil del muelle para tal menester. *Ibidem*. p. 29.

⁹⁰⁶ Además de los agentes señalados en los pies de página anteriores, cabe citar a otros que también intervienen desde la óptica de llegada y salida de mercancía por un puerto:

El *armador* o *naviero* es la persona física o jurídica que utilizando buques mercantes propios o ajenos, se dedica a la explotación de los mismos, aun cuando ello no constituya su actividad principal, bajo cualquier modalidad admitida por los usos internacionales.

El *agente de aduanas* también es la persona física o jurídica facultada para realizar ante la Aduana, por cuenta de terceros, los correspondientes trámites administrativos de despacho de mercancías.

El *estibador* es la persona física o jurídica que se encarga de las operaciones de carga de mercancías, desde que éstas se encuentran suspendidas al costado del buque hasta que se encuentran estibadas a bordo del mismo, de manera que no sufran daños o deterioro, ocupando el menor espacio posible y sin dificultades para su ulterior manipulación. También se encarga de las operaciones de desestiba, que es la operación inversa a la de estiba; esto es, el movimiento de una mercancía desde donde esté ubicada a bordo del buque hasta que esté suspendida por la grúa (guía o pluma) al costado del mismo.

El *cargador* es la persona física o jurídica que se encarga de las operaciones de carga de mercancía desde el punto de la terminal donde estuviera la mercancía hasta que se encuentre suspendida al costado del buque. La operación inversa, la de descarga, también es realizada por el cargador.

El *transitario* es la persona física o jurídica cuya actividad es la coordinación del transporte de las mercancías desde el recinto portuario hasta donde establezca el cliente. En todo caso, en la actualidad la tarea del transitario se ha ampliado, pasando a ser un agente intermediario o *broker* más entre el usuario (importador o exportador) y los consignatarios, los agentes de aduanas y, en general, todos aquellos proveedores de servicios vinculados a la actividad del transporte de mercancías. *Ibidem*. p. 27 y 29.

⁹⁰⁷ ARROYO, Ignacio. *Compendio de Derecho marítimo*. Madrid. Tecnos. 2002. p. 76; ARROYO, Ignacio. *Curso de Derecho marítimo*. Op. Cit. p. 212; ARROYO, Ignacio. *Estudios de Derecho marítimo*. Op. Cit. p. 437.

en otras palabras, el puerto se concibe sobre tres elementos esenciales: el espacio marítimo, las instalaciones y los servicios portuarios.⁹⁰⁸ En esta definición, el puerto se justifica exclusivamente como un instrumento de la marina mercante, está pensado como un espacio donde la tierra se abre al mar y le ofrece sus servicios.

ii) Posteriormente, la función del puerto se amplía y se concibe como una encrucijada. Es el lugar adecuado para el intercambio de diversos modos de transporte, preferentemente, marítimos y terrestres. Las estructuras y los servicios portuarios deben hacer compatibles el buque, el automóvil y el ferrocarril. La revolución del contenedor es el punto de inflexión de la nueva concepción portuaria. El contenedor se convierte en la unidad u objeto del transporte y en torno a él giran las instalaciones y los servicios portuarios. Actividades como la estiba y desestiba, carga y descarga, manutención y almacén, no sólo se transforman sino que pasan a ser actividades esenciales en la organización portuaria. Obviamente, el puerto se transforma, sin dejar de ser un lugar de refugio para la navegación marítima, se convierte en un núcleo de influencia o "*hinterland*"⁹⁰⁹, de cuyo funcionamiento correcto dependen áreas y servicios bien alejados de la costa. El puerto es una estructura que afecta también el buen funcionamiento del mercado interior.

Debe destacarse la importancia económica y estratégica de los puertos, esenciales en la economía de los países. Esta importancia radica en las toneladas de mercancías de exportación e importación que pasan por un puerto, así como en el número de pasajeros que transitan por ellos.⁹¹⁰

iii) El tercer factor es más reciente, pertenece a nuestros días. Aunque no se ha generalizado, afectando más a unos puertos que a otros, está llamado a desempeñar un papel creciente, en función de la ubicación portuaria. Nos referimos al puerto como un espacio idóneo para el ejercicio de actividades económicas. La llamada dimensión lúdica portuaria. El puerto como lugar de encuentro, esparcimiento y recreo, arrastra tras de sí una avalancha de actividades comerciales tan diversas, cuya significación económica desborda con creces las

⁹⁰⁸ Bajo esta noción, el puerto pertenece al Estado y necesita además un régimen jurídico especial, que lo proteja definitivamente. Por otro lado, no todos los bienes propiedad del Estado son de dominio público. Importa hacer notar que no es correcta la calificación doctrinal que considera el puerto propiedad demanial porque es un bien afecto a un "servicio público". Por el contrario, es de dominio público porque es un bien de uso público. *Ibidem.* p. 438.

⁹⁰⁹ El territorio de influencia económica ejercida por un puerto se denomina generalmente *hinterland*. En este territorio se incluye el *umland*, que es la zona de influencia inmediata y primaria, entendiéndose por zona de influencia inmediata la formada por el recinto portuario, y por zona de influencia primaria un espacio más amplio en el que es determinante la existencia del puerto; se trata, pues, de una zona cuyo desarrollo económico va ligado inexorablemente al puerto. En ocasiones se emplea al término *hinterland preferente* para referirse a la zona geográfica en la que el puerto resulta competitivo frente a otros puertos o a otros medios de transporte. Incluso se emplean también los términos de *hinterland del carbon*, *hinterland del crudo*, ... etc., para referirse a una zona de influencia de una mercancía cuyo trasiego se realiza a través de un puerto. Por último, por *foreland* se entiende la zona de influencia de un puerto más allá del espacio marítimo con el cual el puerto está conectado. VILLAVARDE CASTRO, José y COTO MILLÁN, Pablo. *Impacto económico portuario: metodologías para su análisis y aplicación al Puerto de Santander*. Op. Cit. p. 15.

⁹¹⁰ En el contexto de la Unión Europea, por sus puertos transita más del 90% del comercio de la Unión con terceros países y aproximadamente el 30% del tráfico intracomunitario, así como un número superior a 200 millones de pasajeros al año. Comisión Europea. *Libro Verde, de 10 de diciembre de 1997, sobre los puertos y las infraestructuras marítimas*. COM (97) 678 final.

tradicionales funciones portuarias.⁹¹¹ Las características de zona peatonal, no contaminada, acotada pero abierta al mar, acompañadas de la seguridad y facilidad para prolongar la vida nocturna, junto al atractivo natural que siempre ha ofrecido el mar y lo marítimo, han convertido al puerto en uno de los espacios más atractivos para el ejercicio de actividades económicas.⁹¹²

1119. En conclusión, puede decirse que la noción de puerto ha experimentado una transformación profunda, consecuencia de las nuevas funciones portuarias. Actualmente, el concepto de puerto es tridimensional: lugar de refugio de embarcaciones, intercambio de modos de transporte y espacio rentable de actividades económicas, lúdicas y comerciales.

1120. La UNCTAD ofrece la siguiente definición: "los puertos marítimos son interfaces entre los distintos modos de transporte y son típicamente centros de transporte combinado. En suma, son áreas multifuncionales comerciales e industriales donde las mercancías no sólo están en tránsito, sino que también son manipuladas, manufacturadas y distribuidas. En efecto, los puertos son sistemas multifuncionales, los cuales, para funcionar adecuadamente, deben ser integrados en la cadena logística global. Un puerto eficiente requiere no sólo infraestructura, superestructura y equipamiento adecuado, sino también buenas comunicaciones y, especialmente, un equipo de gestión dedicado y cualificado y con mano de obra motivada y entrenada".

1121. Desde una perspectiva económica, el puerto es un factor más de producción, la infraestructura portuaria es un eslabón más de la cadena de producción, un nudo o "interface" en el que confluyen distintos factores productivos, esencialmente capital y empleo, tanto de naturaleza pública como privada.

1122. La modernidad⁹¹³ de los puertos se estructura hacia la logística⁹¹⁴, mejorando su infraestructura marítima y de transporte terrestre, y la generalidad de sus

⁹¹¹ Por citar un ejemplo vanguardista, el puerto de Barcelona recibe una media de 150.000 personas los fines de semana, superando los quince millones el número anual de transeúntes. El acuario, el teleférico, la pasarela móvil, el cine de gran formato, los restaurantes, las salas multicines y discotecas, las tiendas, el centro de congresos y la inauguración de nuevos hoteles, junto a las demás actividades complementarias han transformado no sólo la actividad sino el mismo paisaje portuario. ARROYO, Ignacio. *Estudios de Derecho marítimo*. Op. Cit. p. 439.

⁹¹² Desde esa perspectiva, nada tiene de extraño el interés de las Administraciones Públicas (estatal, regional o local) por acrecentar su poder, y su presencia en la gestión de servicios que poco o nada tienen que ver con las anteriores, diseñadas para cumplir la finalidad portuaria de lugar de refugio de navegantes y punto de intercambio entre distintos modos de transporte. Junto a la defensa de intereses técnicos (seguridad de la navegación), los intereses económicos, sociales y, en el fondo, políticos, terminan por imponerse. No es exagerado afirmar que actualmente asistimos a una lucha de poder, político y económico, por el control de lo que el "puerto" significa. *Ibidem*. p. 439 y 440.

⁹¹³ Una mayor competitividad en el transporte marítimo requiere y promueve también la modernización portuaria. HOFFMANN, Jan. *Tendencias en el transporte marítimo internacional y sus implicaciones para América Latina y el Caribe*. Op. Cit. p. 3.

⁹¹⁴ La logística es la disciplina que intenta formular rigurosamente la lógica de una actividad. Modernamente se entiende como *la regulación de los flujos físicos de mercancías*. Tal como apunta Antun, la logística empresarial es "el conjunto de actividades que tiene por objeto la colocación, al menos costo, de una cantidad de producto en el lugar y en el tiempo donde una demanda existe. Entonces, la logística involucra todas las operaciones que determinan el movimiento de productos: localización de unidades de producción y almacenes, aprovisionamiento, gestión de flujos físicos en el proceso de fabricación, embalaje, almacenamiento y gestión

servicios. La economía mundial apela por unos puertos como centros de servicios y distribución.⁹¹⁵ La ampliación de las actividades portuarias alcanza a la industria, el comercio y la Administración.

La revolución de la logística en los puertos, demuestra su influencia en el sentido global de la economía. En un mundo donde el tiempo es dinero, las existencias y almacenamientos duraderos de las mercancías han pasado a la historia, pues lo más rentable es fabricar, transportar al punto de consumo y de ahí distribuir la mercancía a los diferentes puntos de conexión directa con el consumidor. Para ello, es preciso disponer de una red de transporte rápida, eficaz y competitiva, y así se entiende el transporte marítimo como cadena del transporte multimodal que hoy impera. La prontitud en el traslado de las mercancías combina los diferentes modos de transporte posibles en el recorrido solicitado, de manera que el transporte sea veloz y económico.

Para conseguir la entrega de las mercancías justo a tiempo *-just in time-*, se necesita un sistema de transporte e información eficaz que desbanque la acumulación de existencias innecesarias. Los puertos nunca deben actuar como un "cuello de botella", sino que han de facilitar al máximo la disponibilidad de las mercancías.⁹¹⁶

Los puertos también sufren el acoso de acelerar al máximo el paso de mercancías por los mismos, teniendo en cuenta las exigencias medioambientales y las regulaciones laborales de la zona. La respuesta a estas nuevas necesidades reside en las tecnologías de la información y la logística, que en gran parte sustituyen y agilizan la mano de obra.⁹¹⁷

de inventarios, manejo de productos en unidades de carga y preparación de lotes a clientes, transporte y diseño de la distribución física de productos". La logística se halla, pues, intrínsecamente unida a la circulación física de las mercancías. Es la que controla la información del movimiento de las mercancías, y ha transformado a los consumidores, la producción, las técnicas de gestión y la esfera social, política y económica. La logística en la cadena de transporte sirve para optimizar todas las gestiones que conducen a entregar una carga. Es, por ello, un factor esencial de todas las empresas y, cómo no, en las dedicadas al transporte. Así, la competitividad de una cadena logística, entendida como la implantación de la logística para realizar y controlar un segmento de la circulación, reside en el binomio coste / tiempo, en el que la tramitación documental y el transporte han de informatizarse. La circulación física de las mercancías se materializa en la cadena de transporte. ANTUN CALLABA, Juan Pablo. *Logística empresarial. Una maniobra sistemática para la estrategia de competitividad*. Ciudad de México. Academia Mexicana de Ingeniería. Palacio de Minería. Enero 11. 1996. p. 3. *apud*. ROMERO, Rosa. *El transporte marítimo*. Op. Cit. p. 45.

⁹¹⁵ Los puertos más importantes del mundo por tráfico de contenedores son: Hong Kong (China), Singapur, Kaohsiung (Taiwan), Rotterdam (Holanda), Pusan (Corea del Sur), Long Beach (EE. UU.), Shangai (China), Los Ángeles (EE. UU.), Hamburgo (Alemania) y Amberes (Bélgica). Por su parte, los principales puertos de transbordo son: Malta, Damietta (Egipto), Algeciras (España), Singapur, Gioia Tauro (Italia), Colombo (Sri Lanka), MIT (Panamá), Kingston (Jamaica), Port of Spain (Trinidad y Tobago), Cartagena (Colombia), Dubai, Kaohsiung (Taiwan), Rotterdam (Países Bajos), Puerto Cabello (Venezuela), Bremerhaven (Alemania), Hamburgo (Alemania), Felixstowe (Reino Unido), Amberes (Bélgica), Pusan (Corea), Hong Kong y Kobe (Japón). HOFFMANN, Jan. *Tendencias en el transporte marítimo internacional y sus implicaciones para América Latina y el Caribe*. Op. Cit. p. 11; ROMERO, Rosa. *El transporte marítimo*. Op. Cit. p. 33.

⁹¹⁶ El funcionamiento fluido y eficiente de los puertos facilita y estimula la economía general, mientras que su disfuncionalidad crea "cuellos de botella" que dificultan el desarrollo económico. DE RUS, Ginés. ROMÁN, Concepción y TRUJILLO, Lourdes. *Actividad económica y estructura de costes del Puerto de la Luz y de las Palmas*. Madrid. Civitas. 1994. p. 27.

⁹¹⁷ Así, al mismo tiempo que los puertos en la actualidad se han establecido como ejes del transporte multimodal, han ampliado sus funciones también a las actividades logísticas.

2. Características económicas de los puertos.

1123. El estudio de las infraestructuras portuarias requiere, sobre todo para su análisis desde la perspectiva del Derecho de la competencia, del conocimiento de sus características económicas, así, a continuación nos referiremos brevemente a las que más destacan.

1124. i) **“Throughput” en lugar de “output”**. La actividad de un puerto se mide en número de buques, toneladas de registro bruto, contenedores cargados y descargados y toneladas de carga movida: **flujos de mercancías que pasan por el puerto, que atraviesan el puerto (“throughput”).**⁹¹⁸ Salvo excepciones (un viaje en crucero turístico, por ejemplo), el servicio portuario es requerido como consecuencia de otra actividad productiva que requiere el transporte de mercancías y que utiliza el puerto como eslabón entre el transporte marítimo y el terrestre.

1125. ii) **Baja sustituibilidad**. Los servicios que se prestan a partir de las infraestructuras e instalaciones portuarias son en muchos casos **insustituibles**.⁹¹⁹ **El riesgo de abuso de posición dominante es evidente y crece proporcionalmente con la ausencia o la imperfección de los medios de transporte alternativos.**

1126. iii) **Indivisibilidad**. La mayoría de las obras de infraestructura y superestructura portuarias tienen dimensiones mínimas con independencia del volumen de tráfico. Construir un dique o instalar una grúa moderna de contenedores requiere unos tamaños mínimos que pueden ser utilizados en su capacidad técnica máxima o por debajo de ella, siendo muy **difícil ajustar la instalación al tráfico exacto** que se espera atender. **Por esta razón, son frecuentes los casos de sobrecapacidad y congestión en las instalaciones portuarias.**

Las indivisibilidades implican discontinuidades, saltos en las funciones de costes. El coste medio de utilizar una determinada instalación portuaria suele descender con el número de unidades (buques, contenedores, vehículos que utilizan dicha instalación), hasta alcanzar la capacidad máxima. Cuando la demanda de servicio de una instalación concreta alcanza la capacidad máxima hay dos soluciones posibles: **racionar la capacidad o invertir en ampliaciones de capacidad**. La

⁹¹⁸ Este concepto se liga al de **demanda derivada**, que hace referencia al carácter inducido de la demanda de los servicios de transporte. Ibidem. p. 30. La demanda de infraestructuras portuarias y de servicios portuarios, en general, es una **demanda derivada** de factores de producción. **Con la expresión *demanda derivada* se alude a una demanda que procede de un comportamiento optimizador de los oferentes de bienes y servicios**. La optimización puede entenderse en cualquiera de sus dos vertientes: bien como maximización de beneficios, bien como minimización de costes. VILLAVERDE CASTRO, José y COTO MILLÁN, Pablo. *Impacto económico portuario: metodologías para su análisis y aplicación al Puerto de Santander*. Op. Cit. p. 17 y 18.

⁹¹⁹ De manera que la demanda suele presentar una baja elasticidad con respecto al precio y a la calidad del servicio. DE RUS, Ginés. ROMÁN, Concepción y TRUJILLO, Lourdes. *Actividad económica y estructura de costes del Puerto de la Luz y de las Palmas*. Op. Cit. p. 30. Por otro lado, esta situación valorada en términos de costes de oportunidad, los puede hacer extremadamente costosos.

primera solución admite dos posibilidades: racionar mediante colas y mediante una modificación de los precios o de su estructura interna.

En presencia de indivisibilidades la ampliación de capacidad no puede realizarse en pequeñas proporciones, o en el caso de poder realizarse sería muy costoso. Así, cuando el número de remolcadores existentes es utilizado al máximo, el aumento de capacidad implica introducir un nuevo remolcador; o un nuevo dique o rampa para vehículos si con las anteriores no se puede atender el tráfico total.⁹²⁰

1127. iv) Infraestructura muy costosa y de duración excepcionalmente larga. Las infraestructuras básicas de un puerto (canales, diques, escolleras, muelles, astilleros, redes de suministro, etcétera) y las superestructuras portuarias (equipos móviles y fijos, astilleros, etcétera) además de presentar importantes indivisibilidades son sumamente costosas y tienen una vida útil considerablemente larga. El coste se desembolsa en el presente y **los beneficios se recogen en un largo tiempo**, con la incertidumbre asociada a la evolución de la demanda de servicios portuarios para los que dichas infraestructuras y superestructuras fueron construidas e instaladas.⁹²¹

1128. v) Costes generalizados. Los elementos principales que componen el **coste del servicio portuario** son las tarifas de la autoridad portuaria que se pagan por el uso de las infraestructuras, el precio que se paga por la manipulación de la mercancía, el precio de otros servicios de apoyo al buque, el almacenamiento, el tiempo que el buque queda inactivo por este conjunto de operaciones y el riesgo de daños a la mercancía, robos, etcétera (elemento reflejado en gran parte por el coste del seguro). Hay que insistir en el período de inactividad del buque como un componente fundamental, siendo el coste de este tiempo medido por el coste de oportunidad de ese buque en ese intervalo de tiempo.

1129. vi) Economías de escala e integración vertical. Los puertos presentan ciertas **economías asociadas** al transporte marítimo. Los buques son cajas cuyo volumen crece más que proporcionalmente que su dimensión, reflejando la tendencia al gigantismo de los buques la búsqueda de costes medios más bajos.

⁹²⁰ La tecnología productiva es indivisible o no se puede reproducir a escalas inferiores, con lo cual el modelo competitivo no proporciona una asignación óptima de los recursos en el sentido de Pareto (cuando la asignación de los recursos es tal que no resulta posible mejorar la situación de uno de los agentes económicos sin perjudicar la de cualquier otro agente. Una situación se considera en general como eficiente en el sentido de Pareto, si los bienes se producen de la forma más eficaz posible -la menos costosa-, ni una maximización del bienestar social. Las características anteriores condicionan la demanda y la oferta de **infraestructuras portuarias** en particular, y de **servicios portuarios** en general, lo que proporciona un **mercado regulado para las primeras y, generalmente competitivo para los segundos. El funcionamiento de ambos mercados determina las tarifas de la utilización de las infraestructuras portuarias y los precios de los servicios portuarios.** VILLAVERDE CASTRO, José y COTO MILLÁN, Pablo. *Impacto económico portuario: metodologías para su análisis y aplicación al Puerto de Santander*. Op. Cit. p. 17.

⁹²¹ **Los puertos son infraestructuras muy costosas de construir y de mantener**, ya que requieren obras de ingeniería complejas y caras. Aunque existen modelos de puertos trasladables y debajo coste, estos no son los habituales; por el contrario, los puertos permanentes y sólidos constituyen la norma. Igualmente, **la infraestructura portuaria es de larga duración y amortización. Además, los puertos requieren renovar sus instalaciones y modernizar sus equipos e infraestructuras con cierta regularidad, pues, en caso contrario, la obsolescencia convertirá en puertos "viejos" a estas infraestructuras antes de su amortización.**

Los puertos han aumentado su tamaño y su calado para adaptarse a estos buques y materializar estas economías que de otra forma quedarían desaprovechadas.

Por otro lado, el tamaño de los buques hace que la capacidad de uno de ellos suela ser de 1.000 a 10.000 veces mayor que la de un camión representativo, por lo que las necesidades de espacio de almacenamiento han propiciado la **integración vertical de la actividad de empaquetado y de cierta actividad comercial y financiera dentro de los puertos.**

1130. vii) **Externalidades.** Los puertos presentan **externalidades de dos tipos: positivas y negativas.** Entre los efectos externos positivos, está el hecho de que **la existencia de un puerto reduce los costes de transporte para las empresas que lo utilizan**, y, puesto que las empresas no pagan por la construcción del puerto (aunque pagan por su utilización unas tarifas que sirven para dar cobertura al mantenimiento, ampliación y mejoras), el coste marginal social es mayor que el coste marginal privado, en cuyo caso **las empresas se benefician del conjunto de la sociedad.** Otra externalidad positiva, es la derivada de la **integración urbanística** del puerto y la ciudad, que en muchos casos, contribuye a dotar de paseos, jardines y otros espacios de ocio y bienes públicos a las zonas próximas al recinto portuario. Entre los **efectos externos negativos**, o deseconomías externas, cabe citar **la contaminación** de las aguas y playas cercanas⁹²², **la congestión en las carreteras** de acceso que pasan por zonas céntricas de la ciudad y **el riesgo** asociado al paso de mercancías peligrosas.

Tanto la presencia de externalidades positivas como negativas y los impactos económicos (empleo y estructura de costes) sobre el conjunto de la economía, ocasionan que al negocio portuario se le preste una **atención** por los agentes económicos **muy superior** a lo que ocurre con otras actividades productivas.

3. Clases de puertos.

1131. Los puertos se pueden clasificar desde distintos puntos de vista; para ello, nosotros distinguimos la clasificación funcional, la física, por los servicios prestados, y la institucional. En seguida nos referiremos a cada una de ellas.

1132. i) **Clasificación funcional.** Se distinguen los siguientes puertos: refugio, pesquero, deportivo, marinas, mixto, militar, industrial, de pasaje y comercial⁹²³. Por

⁹²² Esta contaminación puede ser una deseconomía externa no sólo para la industria pesquera sino, también, para la salud de los consumidores de las áreas adyacentes, para la industria turística, etc.

⁹²³ En España la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE núm. 283, de 25 de noviembre de 1992), clasifica (artículo 3) a los puertos marítimos en puertos *comerciales* y *no comerciales*. Los puertos comerciales son todos aquellos que reúnen las condiciones técnicas, de seguridad y de control administrativo para que en ellos se realicen actividades comerciales portuarias, entendiendo por tales las operaciones de estiba, desestiba, carga, descarga, transbordo y almacenamiento de mercancías de cualquier tipo, en volumen o forma de presentación, que justifiquen la utilización de medios mecánicos o instalaciones especializadas. También tendrán la consideración de puertos comerciales aquellos en los que se realicen tráficos de pasajeros, que no sean de ría o locales, y en los que se lleven a cabo operaciones de reparación y avituallamiento de los buques. Otros tipos de puertos, que no son comerciales, son los puertos pesqueros, de abrigo, deportivos y militares, u alguna combinación de estos. Los puertos pesqueros son los destinados exclusivamente a la descarga de pesca fresca desde los buques utilizados para su captura, o a servir de base de dichos buques, proporcionándoles algunos o todos los servicios necesarios de atraque, fondeo, estancia,

lo que hace a los últimos, cabe mencionar que el influjo de la economía internacional ha modelado los nuevos puertos comerciales. **El acusado efecto de la globalización ha conducido a la especialización y a una competencia tridimensional, es decir, entre puertos, dentro de cada puerto y del modo de transporte marítimo respecto a otros.**

Los puertos más importantes en la economía actual son los **puertos de tránsito**, que sirven de conexión intermodal a otro modo de transporte, y los **puertos de transbordos y eje central o *transhipments and hub***, donde parte de las mercancías pasan de un buque a otro y donde el puerto es nudo de distribución de las mercancías; en este caso, la logística se integra en el puerto.

Los **puertos *hub*** han de estar estratégicamente situados, ofrecer un servicio completo al buque y a la mercancía, y deben ser al mismo tiempo centros de la logística y de la intermodalidad.

1133. ii) **Clasificación física.** Se pueden diferenciar los siguientes supuestos y condiciones decisivas del entorno portuario. **Por su situación**, un puerto puede ser **exterior, interior o mixto**. Además, existen **puertos de abrigo** que pueden deberse a su ubicación natural, a la obra del hombre o a ambas cosas. Asimismo, y por su acceso al mar, los hay que acceden por canales, ríos o bocanas. **En cuanto al entorno**, cabe resaltar las **áreas terrestres** (por ejemplo, zonas operativas de carga y descarga, almacenes, depósitos, silos, tanques y zonas de circulación) y los **accesos terrestres al puerto** (carretera o tren); estos últimos juegan un papel clave en la intermodalidad.

1134. iii) **Clasificación por los servicios prestados.** Los puertos de hoy son el resultado del paso de los mismos por la historia en las últimas décadas. Se destacan a continuación las **tres generaciones** de tipos de puertos próximas a nuestros días similares en los países continentales, aunque no en todos ellos coinciden las fechas.

1135. **Puertos de primera generación.** Se sitúan aquí los puertos hasta los años sesenta. Están dedicados principalmente a la **carga general**, influenciados por una política estratégica portuaria muy conservadora. Como enclave de los modos de

avituallamiento, reparación y mantenimiento. Los puertos de abrigo son los destinados a acoger embarcaciones en caso de temporal, siempre que en ellos no se realicen operaciones comerciales portuarias. Los puertos deportivos son los utilizados exclusivamente por embarcaciones deportivas o de recreo. A su vez, los puertos militares son aquellos destinados exclusivamente al atraque, fondeo, estancia, avituallamiento, reparación y mantenimiento de buques militares. Además, pueden surgir también combinaciones de usos de los cuatro tipos anteriores, lo que dará lugar a híbridos de puertos no comerciales. Por otro lado, los puertos marítimos pueden ser considerados *de interés general*, o no (artículo 5), de acuerdo con la relevancia de su función en el conjunto del sistema portuario. Las circunstancias que confieren este calificativo a un puerto son las siguientes: a) Que se efectúen en él actividades comerciales marítimas internacionales. b) Que su zona de influencia comercial afecte, de forma relevante, a más de una Comunidad Autónoma. c) Que sirva a industrias o establecimientos de importancia estratégica para la economía nacional. d) Que su volumen anual, y las características de sus actividades comerciales marítimas, alcancen niveles suficientemente relevantes o respondan a necesidades esenciales de la actividad económica general del Estado. e) Que, por sus especiales condiciones técnicas o geográficas, constituya un elemento esencial para la seguridad del tráfico marítimo, especialmente en territorios insulares. Si alguna de las cinco condiciones anteriores se cumple, el puerto ya puede ser clasificado como puerto de interés general.

transporte son, además, centros operativos para las operaciones de carga y descarga de las mercancías, su almacenamiento y demás servicios a la navegación. Sus instalaciones se reducen básicamente a los muelles y a la zona contigua al mar. Se caracterizan por una organización de actuación intraportuaria independiente. No existe una relación organizada entre la entidad portuaria y sus usuarios. De este modo, los servicios individuales son simples y con poco valor añadido.

Estos puertos, respecto al transporte, al comercio y al municipio al que pertenecen, carecen de comunicación. Por lo tanto, y como consecuencia de lo anterior, las empresas portuarias también están desprovistas de cualquier coordinación en la política comercial, cuyo objetivo es obtener más beneficios tanto en su conjunto como individualmente.

1136. Puertos de segunda generación. Comprenden el período intermedio entre los años sesenta y los ochenta. **Además de la carga general se explotan los graneles tanto líquidos como secos. El puerto aparece y se expande como un centro de transporte para la industria y el comercio.** Las actividades del puerto se amplían, respecto de los puertos de primera generación, a actividades de transformación de las mercancías y servicios industriales y comerciales para los buques, lo que conlleva un aumento físico y funcional del puerto.

Desde 1960 hasta 1980, los usuarios y el puerto conectan, aunque todavía las actividades portuarias adolecen de poca organización, y lo mismo ocurre con el binomio puerto-municipio. La transformación de la carga conduce a un aumento del valor añadido; luego habrá un mayor capital invertido.

Así, el puerto se convierte en un eslabón más de la cadena logística disparado a la multifuncionalidad. Las relaciones del puerto con las empresas de transporte y comercio y con el municipio se fortalecen. La ciudad en que se enclava el puerto va a participar decisivamente en la ampliación, suministro y conexiones viarias para aquél. La integración de la actividad portuaria aumenta su volumen en un marco global, obteniendo un tráfico cada vez más rápido.

1137. Puertos de tercera generación. Después de los años ochenta y hasta nuestros días. A la carga general y de granel, se añade el hito revolucionario del transporte en general y del transporte marítimo en particular, la contenedorización. **El puerto pone su punto de mira en el comercio como centro de transporte multimodal y plataforma logística.** Ello va a implicar, una **ampliación de sus funciones:** distribución de la carga, impulso logístico, apertura de nuevos canales de información, conexión intermodal y aparición de un nuevo concepto de puerto, el puerto seco, como rampa de lanzamiento para la distribución de productos en enclaves geográficos.

El puerto, centro del transporte marítimo, se integra en sí mismo y con el transporte y el comercio. La cooperación municipio y puerto es cada vez mayor. Como consecuencia de todo ello, **la administración portuaria se transforma y se amplía. Las actividades del puerto se profesionalizan y especializan,** consiguiendo un alto valor añadido en el que la tecnología y la información juegan

un papel esencial y aparece la preocupación creciente por el medio ambiente. En la tercera generación, los puertos se adaptan al cliente ofreciendo un sistema de servicios de alta calidad. La logística y la intermodalidad son el despertar del puerto como comunidad portuaria.

1138. En resumen, los puertos de **primera generación** se limitan a la reserva, construcción y uso de la zona portuaria; los de **segunda** añaden servicios a la cadena logística global del transporte, y los puertos de **tercera generación** en pro del cliente mejoran la calidad de sus servicios, aumentándolos.

1139. **iv) Clasificación institucional.** La titularidad del ente portuario y su gestión pueden ser variados. La **titularidad** se presenta en su doble vertiente pública, Estado (central o federal) o municipio, y privada. La **gestión** puede ser: estatal, municipal, por organismos públicos u organizaciones privadas.

Lo más habitual es encontrar puertos de personalidad jurídica propia; no obstante, el modo de gestionarse a nivel administrativo, financiero y patrimonial puede ser diverso: por ejemplo, ente público con personalidad jurídica o insertado en la Administración, u órgano dependiente del poder público, o como sociedad mercantil.

4. La autoridad portuaria.

1140. La autoridad portuaria de cada puerto es, en la práctica, el verdadero protagonista y actor de la gestión portuaria.⁹²⁴ Podemos entender, en un sentido laxo, como autoridad portuaria, **toda institución** estatal, regional (autonómica) o municipal,⁹²⁵ **que es responsable de funciones y competencias tan amplias** que van desde la realización, autorización y control de las operaciones marítimas y terrestres relacionadas con el tráfico portuario; la ordenación de la zona de servicios, la planificación, conservación, construcción de las obras y servicios del puerto y de las señales marítimas, la gestión de dominio público portuario y señales marítimas (administración y gestión del puerto); el fomento de actividades industriales y comerciales hasta la coordinación de los distintos medios de transporte en el espacio portuario, así como de la seguridad y policía de sus instalaciones y de los buques que las visiten, de la sanidad marítima y de vigilancia aduanera.⁹²⁶

Para el desarrollo de sus competencias, destacan las siguientes atribuciones: establecer, en su caso, bases de regulación tarifaria (aprobación de tarifas de servicios); otorgar concesiones y autorizaciones respecto a usos de dominio público portuario, suscribir contratos de prestación de servicios portuarios y gestionar su política comercial.

⁹²⁴ ARROYO, Ignacio. *Estudios de Derecho marítimo*. Op. Cit. p. 446. Los puertos son gestionados por las autoridades portuarias. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. El transporte marítimo ante la liberalización. *en/ Comunidad Europea Aranzadi*. Octubre 2001. No. 10. Año. XXVIII. p. 39.

⁹²⁵ VILLAVERDE CASTRO, José y COTO MILLÁN, Pablo. *Impacto económico portuario: metodologías para su análisis y aplicación al Puerto de Santander*. Op. Cit. p. 26.

⁹²⁶ Estas actividades son desempeñadas por las autoridades portuarias siguientes: la autoridad portuaria propiamente dicha, la capitánía marítima, la administración de sanidad y la administración de aduanas.

1141. Richard Goss⁹²⁷, menciona que a su entender, las **autoridades portuarias tienen el deber de controlar y asignar los derechos de propiedad** que, excepcionalmente, se extienden al agua donde normalmente no existe un régimen legal relevante para traspasos de propiedad, apropiación, ni por tanto existe mercado. También proporcionan las **funciones de planificación** (similar a la planificación de las calles en la ciudad), necesaria porque hay frecuentes interacciones, por vía de regímenes de mareas hidráulicas, corrientes y sedimentación entre un lado y el otro de los puertos. Tal planificación podría ser "internalizada" en un cuerpo privado, pero sólo si existiera un monopolio en el puerto en cuestión. **Las autoridades proveen "bienes públicos"** (como diques, ayudas a la navegación, dragado) cuyo consumo se caracteriza por la "**no rivalidad**" dado que el coste marginal social es cero (si el precio óptimo es cero, no habrá ingresos, por lo que es necesaria la provisión pública de dichos bienes). Las autoridades portuarias del sector público pueden además controlar las externalidades, como contaminación y congestión. **Más importante, tienen que prevenir la aparición de costes elevados debido a ineficiencias; que pueden aparecer por la ausencia de competencia**, y eso puede ocurrir tanto en el sector privado como en el público (es importante no ser demasiado dogmático en este tema: uno de los puertos más eficientes del mundo es el de Singapur, y la mayoría de las funciones de este puerto las realizan las autoridades portuarias de dicho Estado). Si bien las autoridades portuarias, al igual que otros entes públicos, pueden ser excesivamente burocráticas, normalmente es el resultado de la escasez de dinamismo empresarial o de su tamaño. La primera es una cuestión de elección de las personas apropiadas. La segunda también puede ser rectificada.⁹²⁸

1142. La financiación de los puertos y la infraestructura marítima y las políticas de tarificación varían considerablemente de un país a otro, debido a las considerables diferencias del modo en que se estructuran la propiedad y la organización. Algunos puertos pueden ser propiedad del Estado, de entidades regionales o locales o de empresas privadas. **En el pasado, los puertos se consideraban como entidades que prestaban servicios de interés económico general ofrecidos por el sector público y financiados por el contribuyente.** Sin embargo, hoy suele considerarse que los puertos son entidades comerciales que deben recuperar la totalidad de sus costes a través de los usuarios, que son quienes se benefician de ellos directamente. Por este motivo, **la industria portuaria se nos presenta como una industria en transición.**⁹²⁹

1143. Podemos clasificar los **tipos de autoridad portuaria**, como *landlord port* o puerto propietario; *tool port* o puerto instrumento; y *comprehensive port* o puerto explotador. A continuación pasamos a abordar cada uno de ellos.⁹³⁰

⁹²⁷ GOSS, Richard. *La política marítima en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 246.

⁹²⁸ Menciona Richard Goss el caso de una autoridad portuaria consistente en un staff de 13 personas, y un puerto (seguramente un récord) cuyo staff consiste en una persona que trabaja a tiempo parcial (ambos puertos tratan con un número importante de barcos de altura y carga variada). Ibidem. p. 247.

⁹²⁹ Comisión Europea. *Libro Verde, de 10 de diciembre de 1997, sobre los puertos y las infraestructuras marítimas*. COM (97) 678 final.

⁹³⁰ ROMERO, Rosa. *El transporte marítimo*. Op. Cit. p. 36.



i) El **puerto propietario** como tal asumirá todas las decisiones relacionadas con la utilización y disposición de sus espacios e infraestructuras. Este puerto garantiza, por su propio interés, un funcionamiento excepcional del mismo.

ii) El **puerto instrumento** adquiere un papel decisivo en las superestructuras, por lo que participará activamente en las obras que para ellas sean necesarias e intervendrá en todo lo relacionado con las instalaciones. Los equipos de manipulación y demás que puedan servir a tal efecto serán financiados por este puerto.

iii) La principal característica del **puerto explotador** es que, además de asumir las actividades y ejercicios del puerto propietario y el instrumento, se va a encargar de la explotación de las instalaciones y de los equipos que se hallen en el recinto portuario.

1144. Algunos puertos han pasado de "instrumento" a "propietario", como, por ejemplo, el puerto de Barcelona (España). Este cambio ha supuesto alteraciones físicas y una reorganización del área portuaria. La financiación privada ha colaborado en este proyecto, aunque no ha invertido en su globalidad, sino sectorialmente.

El puerto de Barcelona, como puerto instrumento, se tuvo que enfrentar a unos cambios económicos que venían marcados por la globalización, el aumento de la privatización, la intermodalidad y la logística. Todos estos factores iban a precisar importantes alteraciones en la gestión portuaria.

El puerto dirigía todos los servicios de los que era titular (grúas, suministros, etc). La comunidad estibadora, actividad de poco volumen en un proceso de desarrollo, pidió al puerto la utilización de las instalaciones, necesaria para mejorar su actividad. El puerto soportó el coste de las nuevas inversiones.

El paso de puerto instrumento a propietario supone una transformación de las compañías estibadoras. Las prestaciones y negocios portuarios se incrementan. El puerto deja de estar de espaldas a la ciudad para que el ciudadano sea uno de sus partícipes. El nuevo puerto es punto de enlace de la logística y el comercio, en el que las concesiones sirven para gestionar su territorio. La privatización aumenta.

5. Servicios portuarios.

1145. La actividad económica que se desarrolla en el puerto no está exenta de **complejidad**. Los servicios portuarios no se limitan a los que prestan las autoridades portuarias, sino un **conjunto de agentes y de operaciones** que se integran dentro de lo que se conoce como **servicios portuarios** y que comprenden desde la intervención de los consignatarios hasta el remolque de los buques, los servicios de suministro a dichos buques, el practicaaje, todo el personal y la maquinaria que interviene en la carga y la descarga de la mercancía, suministros,

reparaciones, etcétera. La nueva concepción del puerto exige **clasificar la pluralidad de dichos servicios**, según tres criterios diferentes.⁹³¹

1146. i) En primer lugar, los **servicios técnico-portuarios**. Son los tradicionales, los que responden a esa concepción original del puerto como lugar de refugio: señalización, faros y luces; entrada y salida, atraque y desatraque, amarre y desamarre; estancia, avituallamiento y reparación de buques; practicaje y remolque; policía y navegación portuaria; seguridad, limpieza y protección del medio ambiente; conservación y mantenimiento de las instalaciones fijas portuarias. Los servicios de este grupo sirven directamente a la navegación, y concretamente a los buques mercantes.⁹³²

1147. ii) En segundo término, los **servicios portuarios necesarios para facilitar el intercambio de medios de transporte**. La enumeración es consecuencia de la noción del puerto como lugar de intercambio de diferentes medios de transporte, siendo los pasajeros, el buque y las mercancías los elementos inmediatos que justifican estos servicios portuarios: tráfico de pasajeros; trasbordo; carga y descarga, estiba y desestiba, almacén y manutención, terminal de contenedores.⁹³³

1148. iii) Finalmente, el tercer grupo lo constituyen, más que servicios portuarios técnicos o comerciales en sentido estricto, **actividades económicas puras**, preferentemente lúdicas y de recreo, al haberse convertido el espacio portuario en un centro especial de interés para el ejercicio de actividades lucrativas. Equipamientos culturales (acuario, centro de exposiciones y congresos, cines, etc.), recintos feriales, restaurantes, por citar algunos ejemplos llamativos, nada tienen que ver con las nociones tradicionales del puerto.⁹³⁴

1149. Según el puerto, los servicios se ofrecen como un todo global o separadamente, y con carácter obligatorio o voluntario. **Buena parte de los servicios y actividades portuarias pueden ser prestados de acuerdo a los principios de competencia económica.**

⁹³¹ ARROYO, Ignacio. *Estudios de Derecho marítimo*. Op. Cit. p. 451.

⁹³² Este primer grupo, junto con algunos servicios del segundo, se suelen catalogar como de *tráfico portuario* (así lo hace en España la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su artículo 2.3), siendo los servicios portuarios distintos de las denominadas actividades portuarias, que son servicios o actividades propiamente comerciales. Menciona el profesor D. Ignacio Arroyo, que las expresiones servicios portuarios, servicios técnico-portuarios o servicios u operaciones de tráfico portuario, son análogas o equivalentes y presentan la característica común, distinta de los demás grupos, de ser esenciales en el puerto, debiendo ser protegidos jurídicamente bajo el régimen de los servicios públicos. *Ibidem*.

⁹³³ Estos servicios se suelen calificar como *actividades comerciales portuarias* (España, Ley 27/1992, artículo 3). Esta denominación da lugar a distinguir del primer grupo, que no se tratan de actividades que deban catalogarse necesariamente como servicios públicos, aunque se deba garantizar servicios mínimos. Ello tiene gran trascendencia a los efectos de la gestión y consiguiente privatización. No son operaciones esenciales como las del primer grupo, sino facultativas, y puede discutirse su calificación como servicios públicos. Dicho en otras palabras, no todas las actividades portuarias son servicios públicos. *Ibidem*. p. 452.

⁹³⁴ Esta clasificación hace inviable el régimen jurídico de los puertos según los esquemas clásicos, es decir, titularidad estatal demanial y gestión portuaria equivalente a gestión de servicio público. Las distintas modalidades de servicios portuarios, dan lugar a distinguir en el régimen jurídico aplicable, entre **titularidad y gestión**, quedando la primera sometida a los esquemas del derecho público y la segunda absorbida por los principios del derecho privado. En este segundo aspecto se encuentra lo que suele llamarse privatización de los servicios y actividades, con sus modalidades, salvedades y matices (gestión privada).

1150. Por lo que se refiere a los **servicios de carga**, la manutención es una de las actividades más afectadas por el desarrollo tecnológico y la competencia entre los puertos. **La tendencia del mercado se caracteriza por la concentración de capital, la especialización y la integración vertical. La prestación de servicios está pasando del sector público al sector privado, a fin de incrementar la eficiencia y reducir el gasto público que se destina a los costes laborales portuarios.**

1151. Por lo que se refiere a los **servicios al buque**, la Comisión Europea⁹³⁵ distingue entre: **el practicaaje**, ejemplo característico de **servicio técnico-náutico** obligatorio, organizado como un **monopolio** en la mayoría de los puertos; y los **servicios de dragado y amarre**, ofrecidos bien por el **sector público**, bien por el **privado**, con carácter voluntario u obligatorio, y en **exclusiva o en competencia** con otros operadores.

1152. Los servicios portuarios deben considerarse como parte integrante del sistema de transporte marítimo. Así pues, **las normas en materia de competencia principalmente deberían aplicarse de una forma más sistemática, ajustándose a la políticas de fomento de la modernización y la eficiencia, ante la evolución estructural de la competencia internacional.**

1153. Son deseables **marcos reguladores** que permitan una **liberalización** más sistemática del **mercado de servicios portuarios**, cuyo objetivo sería establecer **condiciones de competencia equilibradas**, entre los puertos y en el interior de los mismos, **garantizado el cumplimiento de las normas de seguridad marítima y portuaria.**

6. Gestión portuaria.

1154. En la mayoría de los países, el sector portuario ha estado caracterizado tradicionalmente por la existencia de un **elevado grado de intervención pública en la construcción y gestión. Esta intervención se sustentaba sobre la idea de evitar comportamientos monopolísticos por parte de empresas privadas dedicadas a la explotación portuaria.** Dado que podrían existir ventajas de costes que proporcionasen posiciones de monopolio natural. Al menos en un ámbito local, **se trataba de evitar estos problemas mediante la construcción pública y posterior cesión a empresas o agencias públicas para su explotación.**⁹³⁶

1155. No obstante, dada la complejidad de la actividad portuaria, **este elevado grado de intervención pública ha convivido en muchos puertos con la existencia de empresas privadas trabajando como proveedores de distintos servicios a los usuarios.** Hoy en día, este **modelo mixto** de construcción pública de infraestructura, explotación pública de las actividades principales y participación privada en servicios complementarios, está presente en muchos países, junto con una mayor participación de la iniciativa privada, tanto para la provisión de servicios

⁹³⁵ Comisión Europea. *Libro Verde, de 10 de diciembre de 1997, sobre los puertos y las infraestructuras marítimas.* COM (97) 678 final.

⁹³⁶ DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El sistema de transporte europeo: un análisis económico.* Op. Cit. p. 55.

básicos de manipulación de mercancías como para la construcción de infraestructuras.

1156. Existen diferentes modos de **gestionar o administrar** un puerto: i) **Por el Estado**: La estatalidad de los puertos ha quedado desdibujada hoy en día, y se da un contacto menos directo con este poder público para competir como puerto moderno;⁹³⁷ ii) **Por municipios**: El municipio gestionará directamente o a través de un organismo especializado, como es el caso de la autoridad portuaria;⁹³⁸ y iii) **Por organizaciones privadas**: es uno de los síntomas de la privatización que está alcanzando progresivamente a muchos sectores del negocio portuario.

1157. En muchos países del mundo, en años recientes, **ha aumentado la participación privada** en la operación portuaria, sobre todo en puertos de uso público para carga general y contenedorizada. Coincide que a la vez **han surgido empresas internacionales que operan un creciente número de puertos en diferentes regiones del mundo.**

1158. La descentralización y la creciente participación del sector privado en las operaciones portuarias, en muchos países del mundo, forman parte de todo un **programa de reformas estructurales y macroeconómicas en toda la economía.** Éste generalmente incluye una **apertura económica** y la **reducción de los déficit financieros del sector público.**⁹³⁹

1159. La experiencia internacional en materia de privatización, ha puesto de manifiesto que **la sustitución de la explotación pública por la privada**, en determinados servicios portuarios, ha producido **resultados positivos sobre la eficiencia del sector**, mejorando notablemente la productividad y reduciendo los tiempos de espera de los buques.⁹⁴⁰ **La introducción de la iniciativa privada en la industria portuaria lleva asociada la necesidad de establecer algún tipo de regulación sobre los operadores privados.** En algunas regiones, la **competencia entre puertos hace que sea innecesaria cualquier tipo de intervención pública, y que el propio mecanismo de mercado limite los precios y los beneficios de los operadores portuarios.** En puertos de gran tamaño la competencia podría establecerse incluso entre empresas que oferten servicios similares dentro de un mismo puerto.

⁹³⁷ Casos de puertos gestionados por el Estado se localizan en Grecia, Italia, España y algunos puertos de América del Sur.

⁹³⁸ Esta situación es común en los puertos del norte de Europa.

⁹³⁹ Las reformas generalmente conllevan la búsqueda de inversionistas privados, incluyendo extranjeros. En 1998, los flujos de inversión extranjera directa mundial superaron los US\$ 650 000 millones. Eso incluyó inversiones en infraestructura y en empresas que anteriormente eran del Estado, como por ejemplo en los rubros de energía, minería, telecomunicaciones, aeropuertos, y también en los puertos marítimos. HOFFMANN, Jan. *Tendencias en el transporte marítimo internacional y sus implicaciones para América Latina y el Caribe*. Op. Cit. p. 10.

⁹⁴⁰ TRUJILLO, L y NOMBELA, G. Seaports regulation. /en/ DE RUS, G. ESTACHE, A. *Privatization and regulation of transport infrastructure. Guidelines for policymakers and regulators*. WBI Development Studies. The World Bank. Washington, DC. 2000. *apud*. DE RUS, Ginés y CAMPOS, Javier. *El sistema de transporte europeo: un análisis económico*. Op. Cit. p. 56.

1160. La política portuaria en los países más avanzados económicamente tiende a la **privatización** de los mismos⁹⁴¹, aunque existen **distintos modos de alcanzarla: contratos de servicios, de dirección, gestión, arrendamiento o leasing, concesión y venta de activos fijos.**

Cada puerto regulará el sistema de concesiones, acorde con la legislación del país en que se encuentre. Sin embargo, es importante que se especifique claramente el tipo de operador en cada momento, para que pasen a licitar los realmente aptos. Además, el régimen concesional deberá ser progresivo, zona a zona, y evitar cualquier monopolio.

1161. **Los grandes puertos no precisan de una regulación económica de las operaciones portuarias, pues existe competencia y es el mercado el que marca los precios y las tarifas.** Ahora bien, en los puertos de menores dimensiones se deben fijar las tarifas, a no ser que exista una legislación antimonopolio de las operaciones portuarias que siempre logrará disminuir el grado intervencionista a la hora de fijar los precios y las tarifas portuarias.

1162. Para realizar con éxito un programa de privatización de un puerto, hay que tener muy claro el **objetivo final** que se pretende, analizar profundamente los beneficios, y determinar **en qué medida las leyes y la Administración facilitan o traban dicho programa.**

En principio, el deseo de privatizar un puerto responde al hecho de conseguir unos **beneficios mayores**, aunque también puede ser debido al ánimo de ampliar el número de propietarios, dinamizar los mercados -nacionales e internacionales- en torno a él, e incrementar, en definitiva, la operatividad de sus servicios. Otros motivos para privatizar un puerto son: integrar expertos en su gestión, acrecentar su función a nivel nacional o conseguir apoyos políticos.

No obstante, en los programas de privatización **no todo son ventajas**, sino que también pueden existir **serios inconvenientes** de tipo político, pues el que era funcionario público temerá perder su puesto de trabajo con el intervencionismo empresarial, o sentirá miedo a perder el control y el prestigio en el país y a la corrupción. En definitiva, **un cambio ideológico-político siempre deberá sopesarse.**

⁹⁴¹ Algunos consideran (postura llamada a veces anglosajona), que los puertos tienen una importancia económica considerable, pero que **serían mejor gestionados sobre bases comerciales.** Esto se estableció claramente en el informe del "Comité Rochdale" en 1962 (Reino Unido). Aunque sus razones no fueron expuestas explícitamente, es probable que sintieran que **el control eficiente y la evaluación de inversiones podría y debería realizarse sin la ayuda del Estado** (subsidios para los gastos de capital, etc.), prácticas que fueron comunes en otros países y, especialmente, en el resto de Europa. Hacerlo de otro modo es imponer cargas innecesarias a los contribuyentes, sustituir los mecanismos del mercado con decisiones administrativas y entrar en un terreno en que no hay un equilibrio claro. Con gastos de capital financiados mediante impuestos existirá riesgo de gastar demasiado (como en las empresas de la construcción); la evidencia de que este riesgo puede ser cierto puede verse en los kilómetros de muelles modernos, que permanecen ociosos en numerosos puertos continentales. ROCHDALE, C. *Report of the Committee of Inquiry into the Major Seaports of Great Britain*. 1962. Cmnd 1824. *apud*. GOSS, Richard. *La política marítima en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 245.

1163. Las principales vías de la privatización portuaria se producen por medio de la contratación externa, la imposición de franquicias, los *joint ventures*, el *leasing* y los contratos de gestión, entre otros. Servicios como la estiba, la manipulación de mercancías y su consolidación, los talleres de reparación, los servicios y suministros de buques (por ejemplo, suministros de búnker) y la limpieza y reciclado o el mantenimiento pueden ser privatizados.

Una vez tomada la decisión de privatizar un puerto, habrá que tener en cuenta la adecuación de la legislación, el mercado que se debe cubrir, el mercado inversor y la situación laboral portuaria, hasta la asunción privada de la gestión portuaria.

7. Competencia portuaria.

1164. La competencia alcanza a tres ámbitos en esta materia: i) **Competencia en los puertos.** Viene dada por la situación geográfica de sus diferentes operadores, las instalaciones e infraestructuras de que disponen y su nivel de explotación; ii) **Competencia entre los puertos.** Aquí el tipo de gestión privada es un factor decisivo, que deberá ajustarse al volumen de mercancías que amortizará las inversiones que se hayan efectuado; y iii) **Competencia del modo de transporte marítimo respecto a otros modos.** Presenta varias ventajas: es económico -consume poca energía, con lo que, además, favorece el respeto al medio ambiente-; no presenta problemas de congestión y es una buena alternativa para reducir la del transporte terrestre, y la capacidad portuaria actual es tal que no precisa aumentos significativos para el futuro próximo.

1165. **Diversos factores están intensificando la competencia entre los puertos y en el interior de los mismos.** Estos factores son principalmente: i) Las políticas de liberalización; ii) La evolución de las tecnologías (aplicación de las tecnologías de la información, normalización de las unidades de carga); y iii) El desarrollo de redes que permite ofrecer a los usuarios y operadores un mayor número de opciones en un entorno intermodal.⁹⁴² Así, resultan necesarios **marcos que garanticen una libre y leal competencia** en el sector.

1166. La **diversidad** de actividades portuarias hace que, en general, **no pueda considerarse que un puerto -en su conjunto- presente las condiciones necesarias para ser un monopolio natural, ya que buena parte de los servicios portuarios pueden ser prestados en régimen de competencia** por más de una empresa.

1167. Si se considera sólo lo que es infraestructura portuaria (muelles, diques, etc.), **separándola de los servicios** que presta un puerto (carga y descarga, remolques, suministros, etc.), se observa que **sí existen características que pueden dar como resultado una posición de monopolio.**

Estas características serían los elevados costes fijos asociados a la construcción de infraestructuras y un alto grado de indivisibilidad del capital, ya que los activos físicos básicos de los puertos sólo pueden expandirse en incrementos discretos.

⁹⁴² Es el caso en la Unión Europea de las políticas de desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte.

Estos dos aspectos implican que la construcción de infraestructuras portuarias, y su posterior explotación para los servicios básicos de carga, descarga o almacenamiento de mercancías, pueden proporcionar a una empresa una situación de **monopolio natural**. Esto es especialmente relevante en el caso de puertos relativamente pequeños, donde el tamaño mínimo de un muelle puede superar la demanda efectiva.

1168. No obstante, **para que un puerto goce de una posición de monopolio en la provisión de servicios a las empresas exportadoras-importadoras de una región, deben darse otras circunstancias, como la inexistencia de puertos competidores cercanos o la posibilidad de disponer de regiones cautivas, como en el caso de puertos insulares.**

1169. En el resto de casos, la reducción de los costes del transporte terrestre y de los tiempos de conexión entre ciudades, ha generado un **entorno más competitivo para los puertos**, de forma que hoy en día un exportador puede optar por puertos más lejanos que el de su ciudad si aquéllos le ofrecen tarifas más reducidas o tiempos más cortos. Esto ha reducido la **zona de influencia** de cada puerto a un radio de pocos kilómetros, limitando la posibilidad de que explote su posible posición de monopolio.

1170. No tiene sentido económico duplicar instalaciones (por ejemplo, dos puertos cercanos), a menos que la reducción del coste del usuario, por reducciones notables en los tiempos de espera, compensase el aumento en los costes unitarios del servicio portuario.

1171. En general, puede afirmarse que **la eficiencia económica no es compatible con la existencia de más de un puerto (dentro de límites geográficos razonables)**, por lo que habría que **evitar los riesgos de monopolización** de estas piezas fundamentales del sistema de transporte, riesgos que se acentúan, como antes se mencionó, en las economías insulares, en las que la sustituibilidad de los servicios portuarios es prácticamente nula.

1172. La existencia de un **puerto único**, con el fin de obtener los máximos rendimientos de las infraestructuras e instalaciones, evitando duplicaciones de capacidad, **es compatible con la introducción de competencia en la organización de los puertos**. Además de la competencia ejercida por otros puertos cercanos y que repercute en la cuota de mercado de los tráficos de paso, **el sistema de prestación de servicios portuarios puede basarse en la iniciativa privada, mediante los sistemas de concurso público para adjudicar las concesiones de determinados servicios en los que no es conveniente duplicar activos, admitiendo la competencia abierta en otras operaciones en las que no hay razones económicas para limitar la entrada.**

1173. Cabe citar textualmente dos casos portuarios, abordados por los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González⁹⁴³, que constituyeron

⁹⁴³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 1101.

abusos de posición dominante, que tuvieron su origen en la negativa a permitir el acceso a los servicios o instalaciones portuarias a una empresa competidora, casos inmersos en la *doctrina de los recursos, infraestructuras, instalaciones o servicios esenciales (essential facilities)*: i) La Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, *Sea Containers / Stena Sealink*,⁹⁴⁴ y ii) La Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Rødby (Dinamarca).⁹⁴⁵

⁹⁴⁴ 94/19/CE: Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE (IV/34689 - *Sea Containers c/ Stena Sealink* - medidas provisionales) DOCE núm. L 15 de 18/01/1994. p. 8 - 19. Constituye un abuso de posición dominante el hecho de que *Sealink*, la **autoridad portuaria** del puerto de Holyhead, **demorase y plantease constantemente dificultades a la posible utilización de las instalaciones existentes** en la zona oeste del puerto a *Sea Containers*, **que deseaba introducir un nuevo servicio de trasbordador rápido** en la línea Holyhead-Dun Laoghaire, utilizando un catamarán rápido. Para ello, *Sea Containers* **necesitaba el acceso a dichas instalaciones**; puesto que: a) El puerto alternativo más próximo a Holyhead es Liverpool. La duración del viaje entre Dublín y Liverpool es aproximadamente el doble de la del viaje entre Dublín y Holyhead. La gran duración del viaje de Dublín a Liverpool hace que el puerto de Liverpool no sea sustitutivo del de Holyhead para el transporte de pasajeros y automóviles. b) En esas circunstancias, si *Sea Containers* desease iniciar un servicio de trasbordador, no podría hacerlo, a menos que aceptase un incremento sustancial de la duración de la travesía o construyese, por sí misma, un nuevo puerto. Esta última alternativa no era realista desde el punto de vista económico o material. Era indiscutible que la instalación portuaria del Holyhead constituía una **infraestructura esencial**. Impidiendo el acceso a la misma, *Sealink* se adelantó y lanzó su propia versión del mismo servicio que *Sea Containers* pretendía suministrar. El fondo de comercio y la reputación comercial que *Sea Containers* deseaba adquirir, al ofrecer el primer servicio de trasbordador rápido en esa ruta, se atribuyeron a *Sealink*. **Técnicamente había una negativa a contratar, que tenía como objeto o como efecto, excluir a una empresa competidora de un mercado conexo**, y reforzar la posición de *Sealink* en el mercado de servicios de transporte marítimo de automóviles y pasajeros en el denominado corredor central entre el Reino Unido e Irlanda -entre los puertos de Holyhead (país de Gales) y Dublín y Dun Laoghaire (Irlanda)-. De hecho, hasta que, en la primavera de 1993, *Sealink* introdujo su propio servicio de trasbordador rápido, no existía ningún servicio similar en esa ruta. La Comisión estimó que *Sealink*, al negociar con *Sea Containers*, no propuso ni buscó soluciones a los problemas planteados y que su rechazo de todas las propuestas de *Sea Containers* sin realizar una contraoferta o intentar negociar, no fue una actuación conforme con las obligaciones de una empresa que dispone de una posición dominante en unas instalaciones básicas. Ibidem. p. 1102.

⁹⁴⁵ 94/119/CE: Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa a la **negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Rødby (Dinamarca)**. DOCE núm. L 55 de 26/02/1994. p. 52 -57. Constituyó una medida incompatible con el artículo 86.1 TCE, conjuntamente considerado con el artículo 82 de dicho Tratado, la doble negativa del Gobierno danés a la empresa *Euro-Port A/S*, filial del grupo sueco *STENA Rederi AB* en relación con la construcción de un nuevo puerto inmediatamente adyacente al puerto de Rødby (carta de 9 de mayo de 1990), o con la autorización de operar dentro de las actuales instalaciones portuarias del puerto de Rødby (carta de 8 de agosto 1990). La Comisión señaló que: a) Se estaba, ante este caso, en presencia de la denominada *doctrina de los recursos, infraestructuras, instalaciones, o servicios esenciales (Essential Facilities)*: **una empresa que posee o gestiona y a la vez utiliza una instalación fundamental -es decir, una instalación o infraestructura sin al cual las empresas de la competencia no podrían ofrecer sus servicios al público- y que les niega el acceso a dicha instalación está abusando de su posición dominante**. Por tanto, una empresa que posee o gestiona una instalación portuaria fundamental desde la cual ofrece sus servicios de transporte marítimo, no puede, sin infringir el artículo 82 TCE, **negar sin justificación objetiva** el acceso de un armador que desee operar en la misma ruta marítima a dicha instalación. b) De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 86.1 TCE prohíbe a los Estados miembros colocar a empresas públicas o a empresas que gozan de derechos exclusivos, mediante medidas legislativas, reglamentarias o administrativas, en una situación en la que ellas mismas no podrían colocarse sin infringir lo dispuesto en el artículo 82 TCE: si el refuerzo de la posición dominante de la empresa pública o a la que el Estado ha reconocido derechos exclusivos se debe a una medida tomada por el Estado, dicha medida constituiría una infracción del artículo 86 del tratado, considerado con relación al artículo 82. La doble negativa del Ministerio danés de Comunicaciones se había apoyado en la falta de prueba de que fuera necesario construir una nueva terminal, ante una demanda de servicios insatisfecha, y en la imposibilidad de que la empresa del grupo sueco pudiese operar dentro de las instalaciones portuarias existentes. Estos argumentos eran falsos: había escasez de servicios de trasbordador -un año más tarde los servicios diarios se ampliaron de 98 a 112- y las instalaciones portuarias actuales no estaban

Según la práctica administrativa motivada por este tipo de casos, una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas -es decir, instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes- y utiliza ella misma dichas instalaciones, y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquéllas de que disfrutaban sus propios servicios, infringe el art. 82 TCE, si se cumplen las otras condiciones de dicho artículo.⁹⁴⁶

En definitiva, **una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades** en un mercado conexo. Se produce una infracción al art. 82 del Tratado, cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia.⁹⁴⁷

8. Políticas portuarias de la Unión Europea.

1174. Los puertos no han ocupado un lugar destacado en el desarrollo de la política común europea de transporte, de hecho **no existe en la actualidad una política comunitaria sobre puertos**. Además de no estar incluidos en el articulado del Tratado de Roma, hasta 1974 existía un vacío legal sobre si considerarlos o no parte del "transporte marítimo" a efectos comunitarios. En ese año, una resolución del Tribunal de Justicia Europeo aclaró que aunque no sean parte del transporte marítimo, las actividades portuarias estaban sujetas a los principios generales del Tratado.

1175. En 1981, después de diversos estudios y opiniones emitidos por grupos de expertos, el Parlamento Europeo dio a conocer un informe (*The Common Seaport Policy*, EP, 1981) en el que resumía las posiciones contradictorias hasta ese momento y los diversos regímenes organizativos de los puertos de los distintos Estados miembros.

La clave del debate, se establecía en torno a la idea de si era o no indispensable para la Comunidad, la existencia de una Política de Transportes Común referida a puertos, o si bien, bastaban los principios del Tratado para eliminar las posibles distorsiones existentes.

1176. En 1983, la Comisión emitió una primera opinión favorable a la incorporación de los puertos, como parte de la política de infraestructuras de transporte de la Comunidad, abogando por mayor transparencia en las relaciones financieras entre

saturadas -la empresa pública danesa propietaria del puerto había aumentado sus servicios-. En definitiva, la doble negativa objeto de la decisión produjo el efecto de impedir la entrada de un nuevo operador en el mercado de los transportes por trasbordador entre Dinamarca y Alemania. Ibidem. p. 1102 y 1103.

⁹⁴⁶ Ibidem. p. 1101.

⁹⁴⁷ Ibidem.

los puertos y sus organismos gestores, con el fin de evitar distorsiones a la libre competencia.

1177. Con la creación del Mercado Único en 1993, la cuestión de los puertos volvió de nuevo a adquirir relevancia. Diversas resoluciones del Parlamento Europeo postulaban la necesidad de reformar la legislación de los países miembros, con el fin de garantizar que los puertos no recibiesen subvenciones encubiertas y se pudiese permitir la introducción de capital privado en los mismos, de una manera clara y transparente.

Esto llevó a la creación de un grupo de expertos en temas portuarios, dentro de la entonces Dirección General VII de la Comisión Europea, con el objeto de establecer una guía general, que debía orientar el desarrollo de la futura Política de Transporte Común en este área. Esta guía fue aprobada en 1996 y dio lugar un año más tarde al *Libro Verde*⁹⁴⁸, de 10 de diciembre de 1997, sobre los puertos y las infraestructuras marítimas -COM (97) 678 final-, el documento comunitario de más nivel sobre éste tema. En él se reconoce la diversidad de modelos organizativos y financieros de los puertos comunitarios y se presentan líneas de armonización futura que permitan la coexistencia dentro de la Comunidad de distintos modelos.

1178. En la actualidad, existe un grupo de países (Bélgica, Italia, Holanda y Alemania) con alto grado de participación pública (local o estatal) tanto en la gestión portuaria como en la financiación de nuevas obras. Un segundo grupo, dentro del que se incluyen Francia, Portugal, España y Suecia, que han reformado a lo largo de los últimos años sus legislaciones para permitir la coexistencia de fondos públicos con políticas comerciales que busquen la autofinanciación de los puertos. En un último grupo de países, como Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda y Reino Unido, la participación pública en los puertos se encuentra más limitada y -como ocurre en el caso británico- existen terminales y puertos totalmente privados.

1179. En conclusión, las diferentes características portuarias, así como las distintas implicaciones que cada una de ellas tienen para cada uno de los países miembros, hace que **todavía no exista en la Unión Europea una política unificada sobre puertos**. Los diversos intentos que se han hecho para llegar a un consenso, han tropezado con **obstáculos** derivados de la diferente percepción del grado de **"importancia estratégica"** que los puertos tienen para cada país.

⁹⁴⁸ Los *libros verdes* son documentos de reflexión publicados por la Comisión sobre un ámbito político específico. Estos documentos están especialmente destinados a las partes interesadas -organismos y particulares- invitadas a participar en el proceso de consulta y debate. En algunos casos, pueden conducir a desarrollos legislativos ulteriores.

