



**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



## AGRADECIMIENTOS

Este trabajo no hubiese sido posible sin el concurso de determinadas personas que, en su medida y momento, contribuyeron a su realización. Quisiera nombrar a varias de ellas que siempre me dotaron de ánimo y aliento, pero ante la imposibilidad de mencionar a todas sólo haré referencia a algunas; no obstante, en su momento, trataré de expresar a cada quien mi gratitud.

Agradezco profundamente al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), institución mexicana que me dio la posibilidad de llevar a cabo estos estudios e investigaciones, sin cuyo apoyo y sustento hubiese sido inviable su desarrollo y conclusión.

Debo decir también, que al escribir esta tesis dependí indirectamente de la investigación de numerosos especialistas, cuya labor reconozco en las notas y bibliografía. Especial mención hago a mi profesor Dr. Alfonso Luis Calvo Caravaca, referencia básica en mis estudios, cuyas cátedras, obras y conversaciones motivaron más mi interés por el Derecho de la Competencia y quien constituye un ejemplo a seguir, personal y profesionalmente.

De la misma forma, distingo a mi Director, profesor Dr. Santiago Areal Ludeña, quien confió en el proyecto de esta tesis y me brindó su asesoría e infinidad de apoyos para su realización, y a quien le expreso mi total agradecimiento.

Fueron precisamente en los cursos doctorales del profesor Dr. Alfonso Luis Calvo Caravaca "*Las Ententes y El Abuso de la Posición Dominante*", y los del profesor Dr. Santiago Areal Ludeña "*Derecho Internacional Privado del Transporte Aéreo*", donde surgió la idea y se dio el primero paso para la integración de esta investigación.

Quiero corresponder aquí a quienes me permitieron que me introdujera y me ocupara profesionalmente en esta materia, en la Comisión Federal de Competencia (México), a Javier B. Aguilar Álvarez de Alba -Comisionado de 1993 a 2001- y a quienes fueron mis jefes (de agosto de 1997 a octubre de 2000) en la Dirección General de Asuntos Jurídicos, León Ricardo Elizondo Castro y Martín Moguel Gloria, cuya influencia me motivó a la realización del Doctorado.

Asimismo, quiero en este apartado hacer mención a mis hermanos Ricardo II, Ricardo IV y Sandra Mayela, quienes en todo momento siempre me dieron su confianza, apoyo y alientos.

Por último, agradezco y dedico este trabajo a María del Carmen Serrano Guzmán, mi madre, ejemplo de profesionalidad, optimismo y disciplina, quien siempre me ayudó y estuvo pendiente de mi sustento y progreso en el Doctorado; y a Karla Mónica Casillas Bermúdez, que por su profesión de periodista me asistió siempre con la redacción y con la investigación hemerográfica y quien emprendió junto conmigo este reto y día a día me impulsó.

## 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
<b>CAPÍTULO II. TRANSPORTES.</b> ....	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
<b>CAPÍTULO III. TRANSPORTE TERRESTRE</b> . ....	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
<b>CAPÍTULO IV. TRANSPORTE MARÍTIMO.</b> .....	<b>283</b>
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
<b>CAPÍTULO V. TRANSPORTE AÉREO.</b> .....	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
<b>CAPÍTULO VI. COMPETENCIA EN TRANSPORTES EN MÉXICO</b> .....	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
<b>CONCLUSIONES</b> .....	519
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	527
<b>ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA</b> .....	549







# COMPETENCIA EN TRANSPORTES

## INTRODUCCIÓN

1. Los transportes, de importancia trascendental para la integración, el desarrollo y para la economía de los Estados, ha sido siempre un sector caracterizado por un intenso intervencionismo, donde los principios de libre competencia han encontrado rigurosos obstáculos para regir esas actividades. Justificaciones a lo anterior han radicado en el *carácter estratégico* y de *servicio público* de los transportes, razones que han avalado la intervención<sup>1</sup> e interés de los Estados. No obstante, en los últimos años los transportes se han encontrado inmersos en procesos de liberalización y de introducción progresiva de participación privada, orientados a la consecución de su funcionamiento competitivo, lo que conlleva a alcanzar mayor eficiencia en estos mercados.

La competencia en los transportes reviste características singulares. Tradicionalmente han sido mercados regulados, en transición y con tendencias a la concentración. En el presente trabajo exponemos las características y desarrollo de la competencia en los transportes, analizando cada modalidad: terrestre, marítimo y aéreo, abordando en cada una de ellas sus infraestructuras. Consideramos, como lo hacen Luis Ortiz Blanco y Ben Van Houtte<sup>2</sup>, que la competencia en los transportes es una rama del Derecho de la competencia. El objetivo de este trabajo es introducirnos en el conocimiento del funcionamiento de los mercados de transporte, para entender el modo en que en cada modalidad de transporte se puede fomentar y desarrollar la competencia, cómo aplicar la normatividad y políticas en este sector para lo que, entre otras cuestiones, veremos la forma en que los operadores actúan en estos mercados.

2. En cuanto a la metodología utilizada, el estudio incluye análisis de doctrina, de normatividad, de políticas y de jurisprudencia, en competencia, en transportes, en ambos y en cada modalidad de transporte y en sus infraestructuras, principalmente de la Unión Europea y de Estados Unidos, bloques precursores e impulsores del funcionamiento competitivo en estos mercados y que han influido en la adopción de mecanismos similares en otros países.<sup>3</sup> El trabajo se compone de seis capítulos en los que consideramos hacer la exposición de lo general a lo particular. Iniciamos exponiendo en términos generales la competencia, los transportes y posteriormente cada modalidad de ellos. Aclaramos que la naturaleza del Derecho de la competencia, requiere hacer referencia a aspectos económicos. Así entonces, en el desarrollo del trabajo se hacen las alusiones al respecto que consideramos

---

<sup>1</sup> Incluso en su provisión y gestión.

<sup>2</sup> ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Madrid. Civitas. 1996. p. 386.

<sup>3</sup> Si bien en algunos casos también existen experiencias importantes, como en Latinoamérica, o en la zona de Asia Pacífico, donde por ejemplo, ha habido un ritmo de crecimiento y desarrollo considerable en la última década, o casos como los de Australia, Nueva Zelanda o Canadá, donde la liberalización en el sector ha sido notable, por razones de no hacer muy extenso este trabajo, haremos en ocasiones una breve referencia o podremos omitir quizá esas experiencias, sin que esto signifique restarle su importancia a estos casos.

necesarias, para la mejor comprensión del funcionamiento tanto de la competencia como de los mercados analizados.<sup>4</sup>

3. De acuerdo a lo anterior, el presente trabajo de investigación se expone conforme al siguiente *iter*. En el capítulo I hacemos una introducción a la competencia, nos referiremos a la noción de ésta, al Derecho de la competencia, a su origen y a los principales sistemas de influencia internacional: el norteamericano y el de la Unión Europea. También en este capítulo haremos alusión a las funciones y objetivos del Derecho de la competencia y a políticas en la materia.<sup>5</sup>

En el capítulo II se expone en general el sector transportes, señalaremos los elementos que denotan su importancia económica. Se analizará la transición del sector a la competencia, las razones de la intervención pública, las consecuencias de la regulación, y cómo en estos mercados tradicionalmente regulados, un modelo de regulación para la competencia (*competencia regulada*), nos conduce a un mejor funcionamiento eficiente de los transportes. Posteriormente, abordaremos una de las características más trascendentes del sector, la del servicio público. En este capítulo, después de examinar los papeles del sector público y privado en estas actividades, se analiza en general el tema de la privatización en los transportes, donde tratamos de hacer una exposición lo más completa de esta institución. Por último, estudiamos las políticas comunitarias europeas en transportes y en competencia.<sup>6</sup>

En el capítulo III analizamos el transporte terrestre. Después de exponer las características generales del sector, la intervención estatal y la regulación, la exposición la continuamos fragmentando el sector para su mejor estudio en transporte por carretera y por ferrocarril. En cada uno de estos subsectores haremos referencias a experiencias de desregulación de algunos países y al funcionamiento de los mercados, haciendo alusión en estos mismos ámbitos a las infraestructuras respectivas.

En el capítulo IV nos referiremos al transporte marítimo. Expondremos igualmente sus características, el funcionamiento del mercado y su regulación. Se analizan particularmente los casos de las conferencias y de los consorcios marítimos y sus incidencias y justificaciones en cuanto a la competencia. También se hace un repaso por las políticas comunitarias europeas en el transporte marítimo, así como de puertos, tema con el que terminamos este capítulo analizando diversos aspectos

---

<sup>4</sup> En los análisis de algunos mercados se abordarán características meramente técnicas o de otra índole, como por ejemplo, en transporte aéreo, se hace referencia a períodos de vida de aeronaves o sus precios, etc., alusiones que consideramos pertinentes, puesto que los análisis de mercados en Derecho de la competencia requieren abordar distintas características inmersas en ellos.

<sup>5</sup> Si bien una introducción más completa al Derecho de la competencia también requiere del análisis general de otros temas, como los de conductas anticompetitivas (ententes y abusos de posición dominante), concentraciones de empresas, aplicación de las normas y ayudas de Estado, por ejemplo. A estos temas haremos referencia en otros capítulos y en concreto en los análisis de los mercados objeto de estudio.

<sup>6</sup> El desarrollo de este tema es debido a que es en la Unión Europea donde se realiza este trabajo, a su importancia atribuible al número de Estados que deben apegarse a estas políticas, y porque en México, donde se tiene la intención que este trabajo contribuya, los transportes son percibidos como en Europa, razones por las que consideramos apropiado el análisis de este tema.



de estas infraestructuras, tales como sus características, gestión y competencia portuaria.

El capítulo V lo dedicamos al transporte aéreo. Abordamos también sus características y su regulación, analizaremos los procesos de liberalización llevados a cabo en Estados Unidos y en Europa, y sus consecuencias. Posteriormente, se expone la cooperación estatal y la cooperación internacional entre empresas de transporte aéreo y se hace también un análisis de las principales operaciones o acuerdos de cooperación en el transporte aéreo. La última parte del capítulo es relativa a aeropuertos, sus características, su gestión y concluimos analizando la privatización aeroportuaria.

En el capítulo VI se analiza la competencia en los transportes en México. Iniciamos desarrollando el tema del Derecho de la competencia en México, desde sus precedentes hasta la actual legislación nacional en la materia. Después de hacer alusión a aspectos de la política mexicana de competencia nos adentraremos en el análisis de los transportes en este país y haremos referencia a cada una de las modalidades de transporte antes estudiadas: terrestre, marítimo y aéreo y a sus respectivas infraestructuras, pero sólo en cuanto a aspectos de estos mercados en México, por lo que hace a su funcionamiento, reglamentación y logros en materia de competencia.

Por último, bajo la premisa de que los principios de la libre competencia deben regir, en ocasiones con adaptaciones indispensables, al sector transportes, como a otros sectores económicos, para terminar formulamos, con suma brevedad, algunas conclusiones que consideramos medulares de lo expuesto en este trabajo.



# CAPÍTULO I. LA COMPETENCIA.

## I. Nociones y referencias económicas.

1. Las ideas de competencia han sido originalmente desarrolladas por la **ciencia económica**, por esta razón consideramos pertinente comenzar a estudiar esta materia con algunas referencias y nociones en este contexto. La competencia ocupa un lugar tan preponderante en la ciencia económica que es difícil imaginarse la teoría económica como disciplina social sin ese concepto.<sup>1</sup>

La competencia -escribió Samuel Johnson<sup>2</sup>- es el acto de luchar por ganar lo que otro lucha por ganar al mismo tiempo. Estamos familiarizados con la competencia: de los juegos infantiles, de las confrontaciones deportivas, de intentar avanzar en nuestros trabajos. Pero nuestra familiaridad de primera mano no nos dice lo vitalmente importante que es la competencia para el estudio de la vida económica.

2. La competencia por los recursos escasos es el concepto fundamental alrededor del cual se ha edificado toda la economía moderna. Adam Smith vio que **la competencia no conduce al caos, sino a un orden social espontáneo y productivo**. Esta idea dio nacimiento a la economía como una ciencia.

Los economistas han pasado dos siglos adivinando la miríada de formas en que la competencia elabora sus influencias. Lo que John Stuart Mill dijo en 1848 sigue siendo cierto hoy día: "sólo a través del principio de la competencia tiene la economía política pretensión alguna de lograr el carácter de una ciencia".<sup>3</sup>

Los efectos de la competencia permean la vida económica. Precios, salarios, métodos de producción, qué productos son producidos y en qué cantidades, el tamaño y organización de las firmas comerciales, la distribución de los recursos y las rentas personales son todo resultado del proceso competitivo.

### 1. Mercado.

3. En la teoría económica se dice que **existe competencia<sup>4</sup> cuando diferentes firmas privadas concurren a un mercado** a ofrecer sus productos ante un conjunto de consumidores que actúan independientemente, y que constituyen la demanda.

---

<sup>1</sup> DEMSETZ, Harold. *La Competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*. Madrid. Alianza Editorial. 1986. p. 11.

<sup>2</sup> Citado en HIGH, Jack. Competencia. /en/ HENDERSON, David R. *Enciclopedia Fortune de Economía*. Barcelona. Ediciones Folio. 1998. p. 631.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Es pertinente mencionar que este concepto es utilizado tanto en economía como en derecho variando su sentido según las circunstancias.

Competir es una acción que deben desarrollar los actores en el ámbito propio de las transacciones económicas, el cual es el mercado.<sup>5</sup> La competencia, podemos decir, es una situación del mercado.<sup>6</sup> Así, abordaremos en seguida esta noción antes de adentrarnos en la de la propia de competencia.

4. En términos generales, **mercado** es el contexto dentro del cual toma lugar la compra y venta de mercancías, o donde se encuentran quienes demandan bienes y servicios con quienes los ofrecen.

En este sentido los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González mencionan que un mercado es el **meeting point** entre oferta y demanda. Gracias a él, encuentran respuesta las tres grandes cuestiones que debe responder un sistema económico: qué producir, cómo y para quien.<sup>7</sup>

Lo importante, para que pueda hablarse de un mercado, es que los diversos actores que intervienen en el mismo estén lo suficientemente relacionados como para que cada transacción afecte -y esté afectada- por todas las demás. En otras palabras, que exista la información suficiente como para conocer los precios y volúmenes transados y los mecanismos prácticos para incorporarse al mercado, ya sea vendiendo o comprando mercancías, en respuesta a tal información.

5. Un mercado indica la existencia de grandes grupos de compradores y vendedores de amplias clases de bienes o servicios como, por ejemplo, el mercado de bienes de consumo, el mercado de capitales, el mercado de trabajo, etc. Estas categorías generales de mercado son útiles al considerar el funcionamiento de una economía en su conjunto. Para análisis más detallados, conviene sin embargo considerar **categorías más específicas**: el mercado de los automóviles, el mercado de cereales o, aún, el mercado de los libros infantiles ilustrados.

El mercado se concibe como un contexto donde se encuentran quienes ofrecen y quienes demandan mercancías o servicios: de allí que la oferta y la demanda sean las dos fuerzas que intervienen en el mismo para determinar el precio al que éstos se intercambian.

Aunque en castellano la palabra mercado designa frecuentemente el lugar físico donde se dan tales transacciones, **el concepto económico es mucho más**

<sup>5</sup> DROMI, Roberto. *Competencia y Monopolio*. Buenos Aires. Ed. Ciudad Argentina. 1999. p. 18.

<sup>6</sup> *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Madrid. Coedición Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD). Ediciones Mundi-Prensa. 1995. p. 23.

<sup>7</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Madrid. Editorial Colex. 2003. p. 246. También hay que distinguir como lo hacen estos autores entre *mercados regulados* y *mercados libres*. "Las condiciones en las que se accede al mercado y en las que se ofertan bienes o servicios pueden seguir dos modelos básicos, que admiten fórmulas intermedias. O bien son *condiciones rígidas* -no susceptibles de negociación-, fijadas ya por los poderes públicos o ya por los oferentes del sector, o bien son *condiciones libres*, resultado de las leyes de la oferta y la demanda, en un mercado al que se accede con plena libertad tanto para ofertar como para demandar bienes y servicios. El primer modelo (*Regulation*) suele emplearse en sectores estratégicos o de marcado relieve social -comercio de armas, servicios sanitarios, etc.-; en los demás suele seguirse un modelo libre (*Deregulation*). Aunque esta división es clara en el plano teórico, en la práctica ningún sector económico está plenamente dirigido o es plenamente libre. Existen sectores escorados hacia el modelo dirigido (*Regulation*) y sectores basados en la libertad de condiciones (*Deregulation*)". Ibidem. p. 250.

**abstracto:** se refiere al conjunto de interacciones humanas que, si bien tienen algún punto espacial de referencia, no deben por fuerza limitarse a un lugar determinado.<sup>8</sup>

## **2. Competencia perfecta, monopolio y competencia imperfecta.**

6. En un principio las ideas de competencia fueron elaboradas a través del modelo de mercado de competencia perfecta<sup>9</sup>: “estructura de mercado en la que el número de participantes es tan grande, y la participación individual de cada uno tan pequeña, que la acción particular de ninguno de ellos tendrá efecto perceptible alguno sobre el conjunto del mercado. En competencia perfecta, todos los participantes aceptan el precio de mercado como algo sobre lo que no tienen ningún control.” (K. Lancaster)<sup>10</sup>

7. A esta forma de mercado se opone el monopolio: situación de un mercado en el que sólo hay un **único** vendedor. El monopolizador **domina** muy ampliamente el precio que aplica, es decir, que no considera los precios como dados sino que puede fijarlos a su antojo.

Si se compara el monopolio con una situación de competencia perfecta, se comprobará que el monopolizador fija un precio más elevado, produce menos y obtiene un beneficio superior a lo normal (a veces calificado como “renta de monopolio”). Al tener que pagar más caro los consumidores la adquisición de los bienes o servicios, hay pérdida neta de bienestar. Se produce, además, una transferencia de la renta de los consumidores en beneficio de la empresa en situación de monopolio.<sup>11</sup>

8. Hay que señalar que entre estas dos estructuras de mercado contrapuestas, se han desarrollado infinitas conductas intermedias.

9. Para referirse a las situaciones que se encuentran en la práctica, y que se alejan, por cierto, de la competencia perfecta, los economistas suelen hablar de **competencia imperfecta**. Este concepto abarca una **multitud de situaciones** diferentes que van desde las que se aproximan a la competencia pura hasta las que se acercan a la ausencia total de competencia.

En la práctica siempre es posible encontrar que algunos oferentes o demandantes poseen mayor poder que otros para la fijación de los precios, que aparecen economías de escala o que existen restricciones directas o indirectas que limitan el acceso del mercado a nuevos competidores.

---

<sup>8</sup> SABINO, Carlos. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Caracas. Ed. Panapo. 1991. (Edición en Internet integrada en el sitio web “La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes”. <http://www.eumed.net/cursecon/dic/index.htm>)

<sup>9</sup> Este modelo respondía en mayor medida a la situación de los mercados en los albores de la Revolución Industrial que a la prevaleciente en la economía moderna, y permitía un análisis más claro y general de los fenómenos económicos. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1983. p. 250.

<sup>10</sup> Citado en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 247.

<sup>11</sup> *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Op. Cit. p. 62.

A pesar de que la competencia imperfecta resulta de gran interés para la ciencia económica, pues se trata de la situación que efectivamente se encuentra en la vida real, su estudio no ha reportado mayores conclusiones de interés: no es posible construir una teoría general para cada una de las posibles situaciones que se presenten en la práctica y, en la mayoría de los casos, el modelo de competencia perfecta o el estudio de los monopolios ofrecen resultados que pueden extrapolarse de algún modo a las situaciones intermedias.<sup>12</sup>

Dentro de la competencia imperfecta, nos encontramos con una de las zonas de la investigación económica en que mayores disidencias existen respecto de qué debe considerarse normal, razonable, práctico o conveniente.<sup>13 14</sup>

<sup>12</sup> Cuando existen muchos vendedores que, aunque producen unos sustitutos próximos, no pueden considerarse como sustitutos perfectos -debido a la diferenciación de productos por medio de la publicidad, las marcas comerciales y pequeños detalles en su acabado o presentación- nos hallamos ante la que se denomina **competencia monopolística**. En este caso, aunque cada producto específico pueda considerarse monopolizado por una determinada firma, los mercados suelen actuar como si en ellos hubiese competencia perfecta, especialmente si no existen dificultades para que nuevas firmas puedan entrar a competir y las diferencias entre los productos no son muy significativas para el consumidor.

Cuando muy pocos vendedores controlan un mercado y es posible, para cada una de las firmas, conocer anticipadamente con cierta aproximación la conducta de las restantes, nos hallamos ante una situación de **oligopolio** que, en principio se aleja bastante de la competencia perfecta. Lo mismo ocurre cuando el mercado está dominado por unos pocos compradores de importancia; en este caso se habla de **oligopsonio**. En ambas situaciones son frecuentes los acuerdos entre las pocas firmas que compran o que venden, existiendo entonces la posibilidad de que surjan precios muy alejados de los que provendrían de una situación de competencia perfecta. Por último, en el límite, están las situaciones de **monopolio o de monopsonio**, en las cuales un sólo oferente o un solo demandante, respectivamente, actúa en el mercado. SABINO, Carlos. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Op. Cit.

<sup>13</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopolístico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 29.

Señala P. Sylos Labini (*Oligopolio y Progreso Técnico*. Barcelona. 1966. p. 33) -citado por D. Guillermo Cabanellas- que "la teoría del oligopolio se encuentra en un estado fluido. Han sido y siguen siendo examinadas las soluciones más diversas; ni con el rigor de la lógica, la elección resulta fácil. Aceptando las hipótesis de que parten, muchas de las soluciones son formalmente correctas y ni siquiera se contradicen entre sí. Eso produce dificultades incluso más graves de las que deberíamos afrontar si hubiera teorías contradictorias, que impusieran una elección." Ibidem. p. 30.

<sup>14</sup> Los supuestos tan restrictivos del modelo de competencia perfecta también han dado lugar a la elaboración, además de los modelos antes señalados, a la teoría de los "mercados atacables" (*contestable markets*), formulada en los años 80 (Para hacer referencia a esta teoría se hace alusión o se le denomina también teoría de los **mercados atacables, contestables, disputables, impugnables o de mercados potencialmente abiertos**). En una situación en la que no se dan las condiciones exigidas por la teoría económica para que pueda hablarse de competencia perfecta en sentido estricto, se pueden conseguir unos resultados similares si existe una amenaza efectiva de entrada en el mercado, es decir, si nos encontramos ante un "mercado contestable" o "atacable". Un *contestable market* sería aquél en que las empresas que lo componen son vulnerables a *razzias* de otras empresas externas al mismo, debido a la ausencia de barreras de entrada, y esencialmente, bajo las siguientes condiciones: a) la entrada en el sector no debe conllevar costes "hundidos" (vid. sobre *costes hundidos* nota 81 del capítulo V), aunque sí, puede conllevar costes fijos; b) todas las empresas -existentes y potenciales- tienen acceso efectivo a las mismas funciones de producción (a las mismas tecnologías), por lo que sus funciones de costes serían potencialmente idénticas; c) como consecuencia, cualquier oportunidad (incluso transitoria) de beneficios puede ser aprovechada por un entrante potencial, por lo que se tendería a una situación de eficiencia asignativa (precio igual a coste marginal) y también eficiencia productiva (producción al mínimo coste posible, ante la amenaza de entrada de competidores). En definitiva, en un mercado con un número reducido de empresas podrían lograrse los mismos efectos que en el modelo de competencia perfecta. Lo estricto de estas condiciones hace que la existencia de mercados contestables en su estado puro sea también inusual en la práctica. En todo caso, se debe destacar que los fundamentos de esta teoría tienen una repercusión esencial en las políticas de introducción de competencia y defensa de la misma en los sectores regulados. En

10. Ahora bien, es importante mencionar que la teoría de la competencia perfecta, no es más que eso, una teoría; las condiciones necesarias para que la competencia sea perfecta son extremadamente improbables.<sup>15</sup> Lo mismo sucede con los monopolios en su forma pura o absoluta.<sup>16</sup>

---

primer lugar, respecto a la política de liberalización, aunque la contestabilidad de los mercados difiera según las características del sector, es necesario señalar el papel clave del nuevo modelo de regulación para aumentar el grado de contestabilidad de los mercados (su apertura real), reduciendo sus barreras de entrada mediante unas correctas medidas regulatorias. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La competencia en sectores regulados*. Granada. Comares. 2003. p. 316 - 319. Vid. sobre esta teoría párrafos 586, 664, 672, 890, 902, 1042 y 1219.

<sup>15</sup> “Hay competencia perfecta cuando un mercado cumple con las siguientes cinco condiciones (R. Barre):

a) *Atomicidad*: Conforme a este sistema económico, existe una pluralidad -en principio, ilimitada- de sujetos que participan en el mercado, ofertando (*atomistic industries*) o adquiriendo diversos bienes y servicios, agentes económicos a los que se les reconoce un tratamiento jurídico substancialmente igual. Como consecuencia de ello, el precio es para la empresa un dato objetivo y externo, que le es suministrado por el proceso económico general. La empresa se ve obligada a adaptar su comportamiento económico a la situación cambiante del mercado y el consumidor puede libremente elegir entre varias alternativas según sus preferencias.

b) *Transparencia*: Gracias a la circulación y accesibilidad de la información sobre el mercado, las empresas pueden adaptar a él su comportamiento y el consumidor, elegir entre los bienes o servicios ofertados con información suficiente para ello o, al menos, con la posibilidad de indagarla fácilmente.

c) *Homogeneidad de los productos*: La fungibilidad o sustituibilidad de los productos ofertados en el mercado es tan grande que el consumidor tiene amplias posibilidades de opción (*homogeneous products*). Eso aumenta tanto su poder como disminuye el de las empresas. Aumenta así la competitividad entre las empresas y se las estimula a rebajar precios, mejorar otras condiciones económicas o introducir productos innovadores. El sistema económico, en general, se beneficia y, en particular, los consumidores, cuyo poder crece tanto como disminuye el de las empresas oferentes. Sin embargo, si una empresa consigue diferenciar un producto (*product differentiation*), crea su propio mercado y se sustrae a la competencia de las demás.

d) *Movilidad de los factores de producción*: la libre movilidad de los precios a los que vienen ofertados los bienes y servicios en el mercado sólo es posible de manera satisfactoria cuando los factores de producción -en especial, el capital y el trabajo, pero también la tierra- pueden transvasarse de un sector de actividad económica a otro o de un lugar geográfico a otro, permitiendo a la empresa adaptarse a las circunstancias cambiantes del mercado o la aparición de nuevos operadores económicos.

e) *Ausencia de barreras de entrada*: no hay un régimen de libre competencia si el acceso al mercado no permanece abierto (*ease of entry*). Obstáculos artificiales -*ad ex.*, monopolios legales, trabas aduaneras o reglamentaciones técnicas inspiradas por el proteccionismo a las manufacturas nacionales- pueden impedirlo.” CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 247.

El modelo de la competencia perfecta, que resultó básico para el nacimiento de la ciencia económica como tal, tiene una inmensa utilidad aún hoy, pues actúa como una construcción intelectual a la cual se aproximan, en el límite, las situaciones de la realidad. Como modelo abstracto, por lo tanto, la competencia perfecta tiene la misma utilidad y valor que los modelos que elaboran otras ciencias en la comprensión de los fenómenos de la naturaleza. En este contexto, el profesor H. Hovenkamp -citado por los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González- se pronuncia en los siguientes términos: “El modelo de competencia perfecta es altamente artificial y el mundo real satisface sus condiciones sólo imperfectamente. Sin embargo, este hecho no distingue la economía de la física, química o genética. La construcción de un modelo es endémica en la ciencia y, en todos los casos, el modelo es una abstracción basada en suposiciones simplificadoras. Del mismo modo que el mundo real no contiene mercados perfectamente competitivos, tampoco contiene triángulos equiláteros perfectos. Además, una vez que una línea o un ángulo es incorrecto, la otra línea o ángulo también tiene que ser incorrecto. Sin embargo, el triángulo imperfecto del ingeniero funciona muy bien en la mayoría de las aplicaciones del mundo real, desde las cúpulas astronómicas a las lanzaderas espaciales. El valor de cualquier modelo radica no en la absoluta fidelidad de cada elemento a los fenómenos del mundo real, sino en la aptitud del modelo para hacer predicciones útiles y, lo que es más importante, en su capacidad para ofrecernos explicaciones verbales llenas de sentido de nuestras observaciones. En general, el análisis *antitrust* se ha confinado a sí mismo a usos relativamente no discutidos de modelos económicos en que, su reputación como recursos explicativos es buena (pero no perfecta)”. *Ibidem*. p. 248.

11. La competencia se percibe como un **proceso clave que obliga a las empresas a dar pruebas de eficiencia**<sup>17</sup> y a comercializar a menor precio un más amplio abanico de productos y servicios. Reflejando así, aumento de bienestar para el consumidor. También, la competencia **favorece la innovación, el cambio tecnológico y el progreso técnico.**

Los economistas consideran en general que la competencia incita a la eficiencia, la que multiplica las posibilidades de supervivencia y de éxito de las empresas y aumenta la probabilidad de utilización óptima de recursos económicos limitados.

12. Bajo condiciones de monopolio, esto es, en ausencia de competencia, la situación es muy diferente.<sup>18</sup> El monopolio parece llevar a una restricción en la

---

<sup>16</sup> Dado que en la práctica es común encontrar sustitutos próximos para la mayoría de los bienes y servicios, los monopolios absolutos son bastante infrecuentes, aunque, los productores pueden ejercer algún grado de monopolización del mercado, ya sea por características específicas de las mercancías que producen o porque las mismas no se ofrecen en idénticas condiciones de tiempo y espacio con las que compiten con ellas. Así, el monopolio puro resulta un caso límite, de algún modo comparable al de la competencia perfecta. SABINO, Carlos. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Op. Cit.

<sup>17</sup> Este término tiene numerosas acepciones. En el contexto de la organización industrial y del Derecho y de la política de la competencia, se entiende por "eficiencia" la forma de utilización óptima de recursos escasos. Se distinguen en general dos tipos de eficiencia: la eficiencia **tecnológica (o técnica)** y la eficiencia **económica (de asignación o paretiana)**. Una empresa será técnicamente más eficiente que otra si produce una misma cantidad utilizando menos factores de producción. Al ser diferentes los procedimientos de producción, todas las empresas no son técnicamente eficientes ni comparables en este plano. Una empresa resulta económicamente eficiente cuando pone en práctica sus factores de producción, de tal manera que consiga una cierta escala de producción al menor costo posible. Hay un aumento de eficiencia si la empresa consigue producir a un menor costo un mismo volumen de producción o un volumen superior. Al contrario que la eficiencia tecnológica, la eficiencia económica permite comparar diversos procedimientos de producción. (A nivel de empresa, la eficiencia proviene esencialmente de las economías de escala y de gama y, a más largo plazo, de la renovación tecnológica y de la innovación.) *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Op. Cit. p. 40. Por su parte, Richard Whish, afirma que las fuerzas competitivas generan eficiencia de dos formas: eficiencia externa o asignativa y eficiencia interna o productiva. "La eficiencia asignativa se consigue bajo condiciones de competencia perfecta porque el productor, presuponiendo que éste actúa racionalmente y que tiene como deseo maximizar sus beneficios, aumentará su producción hasta el punto en que le es rentable hacerlo; solamente cuando el coste de producir la última unidad (coste marginal) exceda del precio que obtendría por ella, cesaría en el aumento de su producción. Si la competencia es perfecta, el productor incrementará su *output* hasta el punto en que coste marginal e ingreso marginal coincidan: una reducción del mismo no puede afectar el precio de mercado y por esto no existe razón alguna para limitarlo. En definitiva, lo que todo esto implica es el mantenimiento de la producción a un nivel óptimo, así como la obtención por parte de los consumidores de las cantidades de productos que requieren al precio que están dispuestos a pagar; los recursos son asignados precisamente de conformidad con sus deseos.

La eficiencia productiva se alcanza al no poder el productor vender por encima del coste de producción (si lo hiciera sus consumidores inmediatamente le abandonarían), ni tampoco por debajo (porque entonces no conseguiría beneficios)." WHISH, Richard. *Competition Law*. London. Butterworths. 1989. p. 4 - 5.

<sup>18</sup> El monopolista se encuentra en posición de poder afectar el precio de mercado. Al ser el responsable de todo el *output*, y puesto que es la producción agregada la que determina el precio a través de la relación abastecimiento-demanda, tiene en sus manos la posibilidad de incrementar el precio reduciendo el volumen de su propia producción. Es más, el monopolista, teniendo como objetivo la maximización de beneficios, verá que es capaz de obtener mayor ganancia si opta por no aumentar su producción hasta el máximo posible. El resultado de todo ello sería que el *output* es inferior al que sería en situación de competencia perfecta y que en consecuencia se negarían a los consumidores bienes y servicios por los que estarían dispuestos a pagar el precio de mercado. Se produce por tanto en dicha situación ineficiencia en la asignación: los recursos de la sociedad no son distribuidos de la forma más eficiente posible.



producción; hay un mayor incentivo en alcanzar eficiencia en la producción en un mercado competitivo; y la competencia parece ofrecer al consumidor un mayor grado de elección. La competencia ordena los recursos de la sociedad de forma óptima, en contraposición con la ineficiencia del monopolio.

### 3. Competencia practicable.

13. No obstante lo anterior, al resultar la competencia perfecta inalcanzable e incluso indeseable<sup>19</sup>, algunos economistas han optado por la teoría de la **competencia practicable**<sup>20</sup> (*workable competition*) como modelo económico al que es razonable aspirar. Modelo alcanzable desde un punto de vista práctico.

La noción de competencia practicable se desprende de la siguiente verificación: puesto que la competencia perfecta no existe<sup>21</sup>, las teorías que se fundan sobre ella no pueden proporcionar orientaciones prácticas y valederas para la política de la competencia. Esta idea fue expresada por primera vez por el economista J. M. Clark en 1940. En su opinión, el objetivo de la política de la competencia debe ser la competencia practicable, que no es necesariamente perfecta.<sup>22</sup>

14. La teoría de la competencia practicable encuentra importantes dificultades teóricas a la hora de determinar en qué consiste, en establecer qué debe ser entendido por competencia practicable.<sup>23</sup> Sin embargo, parece que de una estructura competitiva practicable podría llegar a esperarse un efecto beneficioso

---

Pero las objeciones al monopolio no terminan aquí. La eficiencia en la producción, también sería en principio inferior, al no estar el monopolista constreñido por fuerzas competitivas que le obliguen a reducir costes hasta su nivel mínimo. Además, puede no sentir la necesidad de innovar porque no experimenta la presión constante de tener que captar clientes ofreciéndoles mejores y más avanzados productos. Ello ha hecho que se diga que el mayor beneficio del monopolista es la vida tranquila de la que puede disfrutar. WHISH, Richard. *Competition Law*. Op. Cit. p. 5 - 6.

<sup>19</sup> No es cierto que la competencia perfecta sea deseable si no puede instaurarse en todos los mercados. *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Op. Cit. p. 25.

<sup>20</sup> También llamada efectiva o funcional.

<sup>21</sup> La competencia perfecta no existe ni ha existido nunca, y si los neoclásicos la imaginaron en el tan conocido modelo de equilibrio fue para intentar explicar cómo se forman los precios pero nunca para que sirviera de modelo utópico al que conducir normativamente a la realidad económica. En el mundo real, la competencia es un proceso de rivalidad entre empresarios que pugnan por hacerse con los clientes potenciales. En este proceso, los empresarios compiten entre sí utilizando diversos medios -precio, calidad, servicio, publicidad, etcétera- con vistas a lograr ventas y, en definitiva, beneficios. Por eso la competencia no puede verse como un modo mecánico de optimización en el marco de unas restricciones conocidas, sino hay que percibirla como un proceso exploratorio desarrollado en el tiempo, mediante el cual se descubren y explotan oportunidades de beneficio, bajo circunstancias inciertas. PASCUAL, Julio. La competencia perfecta no existe. *en/ Actualidad económica*. No. 2344. 26 de mayo - 1º de junio de 2003. p. 14 (Edición también en Internet integrada en el sitio web de la revista: <http://www.actualidad-economica.com/>)

<sup>22</sup> Para establecer si la competencia es practicable o no, J. M. Clark propuso toda una serie de criterios, que otros autores han revisado ulteriormente mientras que formulaban un cierto número de contraproposiciones. Estos criterios son muy amplios, siendo las condiciones exigidas especialmente las siguientes: las empresas deben ser al menos tan numerosas como lo permitan las economías de escala; los gastos consagrados a la promoción de bienes o servicios no deben ser excesivos y la publicidad debe ser de naturaleza informativa. *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Op. Cit. p. 26.

<sup>23</sup> No existe consenso alguno sobre las características de la competencia practicable, pero la puesta en práctica de la política de la competencia por parte de los organismos responsables se funda siempre en una versión más o menos adaptada de esta noción. *Ibidem*.

sobre el comportamiento y el funcionamiento, convirtiéndose entonces en valioso tanto la defensa como el mantenimiento de la mencionada estructura.

Lo anterior ha sido entendido así por las autoridades comunitarias europeas en esta materia (competencia) al invocar la idea de competencia practicable en varias ocasiones.<sup>24</sup> En la aplicación del citado concepto tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han apartado de la competencia perfecta en su sentido clásico para adoptar un modelo de comportamiento basado en la idea de competencia efectiva o practicable.<sup>25</sup>

**Competencia practicable** -escribe Von Der Groeben<sup>26</sup>- significa **competencia efectiva, eficaz en la práctica**. Exige fundamentalmente que el acceso al

---

<sup>24</sup> En los Estados Unidos, cuando la preocupación por los problemas de competencia se convirtió en un asunto político a fines del siglo XIX, el único modelo formal de competencia disponible era el neoclásico de competencia perfecta, diseñado con finalidades explicativas por completo ajenas al análisis de los procesos competitivos, lo cual condujo a la paradójica situación de que el modelo de competencia perfecta se convirtiera en legitimador intelectual, en nombre de la teoría económica, de la naciente regulación *antitrust* norteamericana, inaugurada con la *Sherman Act* de 1890, cuando en dicho modelo la competencia es perfecta en un estado de equilibrio, que es cuando precisamente deja de existir competencia. Lamentablemente, ante la circunstancia de que la realidad económica no era bien explicada por la teoría disponible, se forzó esa realidad para poder utilizar la teoría, lo que no mejoraba, como es natural, su capacidad explicativa. Afortunadamente el sentido común de los jueces americanos moderó luego las conclusiones de una inadecuada utilización del modelo teórico, y hoy la letra de la *Sherman Act* tiene poco que ver con el sentido que le otorga la jurisprudencia. En Europa, felizmente, con una legislación *antitrust* fundamentada en la visión de la competencia como un proceso, propia de la tradición austriaca, nunca se produjeron tales excesos. PASCUAL, Julio. *La competencia perfecta no existe*. Op. Cit. p. 14.

<sup>25</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 254.

En esta dirección se ha pronunciado la Comisión Europea en su Memorándum sobre "El problema de la concentración en el mercado común": "la competencia practicable recubre una noción realista". Considera la Comisión que existe competencia suficientemente eficaz "cuando las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o la producción, cuando aquéllas responden de manera satisfactoria a la demanda, y cuando hacen participar equitativamente a los consumidores de los beneficios que se derivan del progreso técnico y económico". En definitiva, la competencia sólo es practicable o efectiva, cuando realiza las funciones dinámicas y operativas que le son propias: capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias y rápida asunción y realización del progreso técnico económico (principio de eficiencia económica en el mercado).

Realmente, la determinación de la idea de la competencia practicable o eficaz para calificar el tipo o modelo de competencia operante en el ordenamiento jurídico comunitario europeo ha sido fruto de la labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual mantiene en la sentencia relativa al caso *Comptoir de vente de la Ruhr*, de 18 de mayo de 1962 (Rec. 1962, p. 165) que: "de las disposiciones contenidas en los artículos 65 y 66 del TCECA resulta que no existe oposición a la existencia o a la formación de grandes unidades de producción o venta características del mercado del acero, a condición de que el régimen de competencia imperfecta que se deriva, sirva a los fines del Tratado y salvaguarde plenamente en este mercado las dosis de competencia indispensable para que sea respetada la exigencia del artículo 2º". (en el mismo sentido se pronuncia la sentencia *Metro/Saba*, Rec. 1977, p. 1875). FONT GALÁN, Juan Ignacio. *La Libre Competencia en la Comunidad Europea*. Zaragoza. Ed. Cometa. 1986. p. 41 y 42.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia *Continental Can*, de 21 de febrero de 1973, destaca que las normas concurrenciales deben velar por el mantenimiento de una "competencia efectiva" antes que por la competencia perfecta de los economistas clásicos (como David Ricardo y Adam Smith). No se trata de conseguir una competencia pura o perfecta, sino de conseguir un nivel aceptable de competencia entre operadores (*workable competition*). ESCUDERO, Alberto (*et al*). *Apuntes de Derecho de la Competencia Comunitario y Español*. Madrid. Ed. Dykinson. 2002. p. 28 y 29.

<sup>26</sup> VON DER GROEBEN, H. La politique de la concurrence dans la CEE. /en/ *Droit des Communautés européennes*. Bruxelles. Nouvelles. 1969. p. 1994. *apud*. FONT GALÁN, Juan Ignacio. *La Libre Competencia en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 41.

**mercado** esté siempre **libre**, que las alteraciones de la oferta y la demanda se traduzcan en el precio, que la producción y la venta **no** esté **limitada** artificialmente, y que la **libertad de acción y elección** de los proveedores, compradores y consumidores no sea puesta en peligro.

15. Tal como lo señalan los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, la competencia practicable, efectiva o funcional "se trataría, dicho en otros términos, de un modelo concreto, apegado a la realidad, cambiante e integrado por elementos competitivos y monopolísticos, en el que habría otras estructuras de mercado (*types of market structures*) además de la competencia perfecta -el monopolio (*monopoly*), el oligopolio (*oligopoly*), la competencia monopolística (*monopolistic competition*)- y en el que se defendería, dentro de ciertos límites, una reducción de la competencia en aras de determinados procesos de concentración económica, destinados a asegurar el progreso técnico y el nivel de eficiencia que deriva de la dimensión óptima de la empresa. La competencia económica no vendría concebida como una lucha salvaje -y, a menudo, ruinosa- de todos los operadores económicos entre sí, sino de fomentar el surgimiento de unidades de producción con suficiente dimensión para financiar innovaciones tecnológicas y con suficiente entidad económica para competir con las de otros mercados, sin que este proceso de crecimiento sea tal que disminuya el estímulo de la productividad y el progreso técnico y económico -aspectos negativos que los economistas clásicos vincularon al monopolio-. Un mito ha caído -la afirmación de que la libre competencia debe constituir siempre la regla y el monopolio la excepción- y una exigencia rigurosamente imperativa se ha impuesto: cualquiera que sea el tamaño de las empresas y por reducido que sea su número, se debe salvaguardar el clima de rivalidad económica necesaria para que los consumidores lleguen a disponer de una razonable posibilidad de elección entre diversas ofertas. En todo caso, los beneficios de la competencia quedarían asegurados por el poder compensador (*countervailing power*) de los diversos grupos monopolísticos que operan en el sector de la oferta y la demanda, dentro de un mercado híbrido caracterizado por la concentración de poder en la manos de unos pocos operadores (el oligopolio como regla) (*concentration of sellers*) y la diferenciación de los productos (la lucha contra la homogeneidad de los bienes y servicios o creación de submercados) (*product differentiation*)."<sup>27</sup>

16. La competencia es esencial a la economía de mercado<sup>28</sup>, tanto que puede decirse que ambos términos son, en realidad, inseparables: no existe economía de

<sup>27</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 263 y 264. Igualmente consideramos pertinente apuntar, como lo hacen estos autores, que la necesidad de estudiar este tipo de mercados alejados de la competencia perfecta originó la aparición como disciplina científica, de la economía industrial, sector de análisis económico que hoy goza de autonomía científica y que procede de la microeconomía y que se ocupa esencialmente de la investigación de las estructuras de mercado situadas entre el monopolio puro y la competencia perfecta. Ibidem.

<sup>28</sup> Toda vez que los recursos en el mundo son limitados y su demanda no lo es, la organización económica o del mercado (que se realiza por el juego de la oferta y la demanda) básicamente ha seguido dos modelos (políticos): la organización mediante autoridad o modelo socialista y organización mediante el mercado o modelo de economías de libre mercado. En aquellos países que siguen el modelo socialista, es el gobierno quien decide cómo han de distribuirse estos recursos; en aquellos países que han adoptado un sistema de libre mercado la distribución de recursos será regulada por el propio mercado. GARCÍA PALENCIA, Rafael. *Reglas de la Competencia en la Práctica: La Comunidad Europea y El Espacio Económico Europeo*. /en/ BOGO, Jorge (*et al*). *Derecho de la Competencia*. Buenos Aires. Ciudad Argentina. 2000. p. 63 - 64.

mercado sin competencia y la existencia de competencia produce como resultado un tipo de economía que es de mercado, o que se aproxima a ella.

En una economía de mercado, en donde existe una gran variedad de posibilidades de oferta, una empresa escasamente competitiva tiene pocas posibilidades de sobrevivir. Ello actúa simultáneamente como estímulo para una mayor eficiencia y como control del nivel de precios.<sup>29</sup>

17. El principio subyacente de una economía de mercado es que sea la competencia y no el control estatal o los monopolios privados, el mejor sistema para conseguir una mejor eficiencia, una creciente innovación y unos precios más bajos, de los cual resultará a su vez una óptima asignación de recursos, unos niveles de vida crecientes, y por lo menos a largo plazo la protección del empleo. **Para producir tales resultados deseables una economía de mercado debe mantener una estructura de competencia efectiva.** De otro modo, se dice, resultará costosa, ineficiente e incapaz de satisfacer las necesidades de los consumidores a los precios que ellos estén dispuestos a pagar.<sup>30</sup>

## II. Noción de competencia.

18. Etimológicamente, competencia proviene del latín “*cum petito*” (concurrentia múltiple de peticiones sobre una cosa a la que hay que adjudicar un dueño), formado por *cum* (con) y *petere* (pedir, atacar, buscar).

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como “disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa”, como acepción segunda “oposición o *rivalidad* entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa.”<sup>31</sup>

---

PASCUAL Y VICENTE, Julio. La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy. /en/ Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. Mayo/Junio 2000. No. 207. p. 9.

La economía de libre mercado -o, simplemente, economía libre- es la que se desenvuelve a través de empresas privadas sin el control directo de parte del gobierno. En ella los principales procesos y operaciones económicas son llevados a cabo por particulares, ya sean estos consumidores o empresas, y la interferencia gubernamental es mínima o -al menos- está claramente delimitada a través del marco jurídico vigente. En una economía de mercado los intercambios entre los individuos son libres y voluntarios y las leyes existen para favorecer y garantizar su cumplimiento. Por tal motivo cada individuo entra en acuerdos con los demás ofreciendo los bienes y servicios que posee y demandando aquellos que necesita. La competencia que se establece tiende a promover, por otra parte, la división del trabajo, la incorporación de tecnología y, en definitiva, el aumento de la eficiencia y de las innovaciones. Es evidente que ninguna de las economías reales existentes se adapta completamente al modelo abstracto que se acaba de sintetizar. En la práctica existen lo que se denominan economías mixtas, donde siempre se encuentra algún grado de interferencia gubernamental, en ocasiones bastante considerable. SABINO, Carlos. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Op. Cit.

<sup>29</sup> KORAH, Valentine. *Introducción al Derecho y Práctica de la Competencia en la CEE*. (Edición española a cargo de A. Fernández de Aráoz Gómez-Acebo). Barcelona. Ariel. 1988. p. 15.

<sup>30</sup> BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. (Edición española a cargo de Enric Picañol). Madrid. Civitas. 1992. p. 40.

<sup>31</sup> En este contexto, no se recoge en ninguna acepción la idea de competencia como concurrentia, que, sin embargo, es la preferida en otras lenguas. PASCUAL Y VICENTE, Julio. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*. Madrid. Civitas. 2002. p. 139.

En nuestra opinión, si bien son utilizados con frecuencia los términos de competencia y concurrentia, y éstos puedan tener alguna equivalencia, no deben ser conceptualizados de igual forma. Consideramos que el término competencia es aplicable cuando existen agentes económicos o empresas que se encuentran participando en alguna actividad económica o cuando éstos son oferentes o demandantes de bienes o servicios. Mientras que el

19. Como anteriormente señalamos, las ideas de sistemas productivos basados en la competencia fueron originalmente desarrollados por la ciencia económica, sin embargo, una noción en esos contextos toma diversas acepciones según la estructura de mercado bajo la cual se analice (en competencia perfecta, imperfecta, etc).<sup>32</sup>

D. Julio Pascual y Vicente, señala que como todas las palabras polisémicas que llegan a convertirse en categorías científicas en algún campo, al término *competencia* le ha perseguido la equívocidad.<sup>33</sup>

La competencia es un **concepto amplio y pluridimensional** que ni económica ni jurídicamente guarda uniformidad de significado, razón por la cual no puede ser encuadrada en un concepto cerrado y unitario.

En el campo de la economía la competencia ha sido uno de los conceptos más prolijamente adjetivizados<sup>34</sup>, y en el campo del derecho tampoco se ha elaborado un concepto unitario y unívoco de competencia.

Algunos autores, como el profesor D. Javier Viciano, señalan que la competencia es más un concepto económico que jurídico<sup>35</sup>, concepto heterogéneo y de difícil unificación y que la mayor parte de los autores asume con un dato prejurídico.<sup>36</sup>

Este autor denota la problemática para la elaboración de un concepto de competencia, en virtud de que en ámbito económico no existe, como ya mencionamos, un concepto unívoco, y si se intenta definir jurídicamente como objeto de protección, deberíamos referirnos la mayor parte de las veces a derechos o a intereses concretos que pertenecen al ámbito jurídico -libertad de empresa, libertad de acceso al mercado, intereses de los consumidores, intereses de los competidores, abuso de derecho, abuso de poder, etc-.

---

término de concurrencia debe utilizarse cuando uno o varios agentes económicos deseen y puedan ingresar a algún mercado.

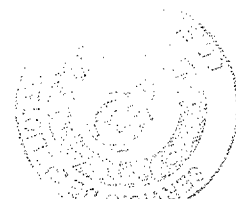
<sup>32</sup> Los diversos modelos de competencia (perfecta, imperfecta, oligopolística, etc.) pueden agruparse en torno a dos concepciones polares: -*Competencia estática*: un mercado competitivo se define en base a un punto de equilibrio, centrado en el nivel de los precios, sin beneficios extraordinarios. -*Competencia dinámica*: un mercado competitivo es un proceso continuo, de rivalidad, de creación, de cambio continuo en búsqueda de oportunidades. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La Competencia en Sectores Regulados*. Op. Cit. p. 307 y 308.

<sup>33</sup> PASCUAL Y VICENTE, Julio. *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*. Op. Cit. p. 139.

<sup>34</sup> Machlup (en *La concurrencia ed il monopolio*, Torino, 1956, p. 77) -citado por Juan Ignacio Font Galán- recoge hasta 42 adjetivos calificativos de la competencia. FONT GALÁN, Juan Ignacio. *La Libre Competencia en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 38. Por otro lado, debe mencionarse que las concepciones economicistas no han sido unánimemente aceptadas por los economistas.

<sup>35</sup> Debido a que la *competencia económica* como *institución funcional* se orienta más hacia la consecución de parámetros económicos: innovación tecnológica, eficiencia, economías de escala, diversificación de productos, etc.

<sup>36</sup> VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1995. p. 87.



20. En Estados Unidos, país que ha sido uno de los pioneros en el estudio de la materia, así como donde ha tenido gran desarrollo, como veremos más adelante, la doctrina ha sido renuente a construir una definición de competencia, no obstante pueden encontrarse exposiciones sobre el sentido de este concepto, particularmente desde el punto de vista económico.<sup>37</sup>

Así, en el Informe de la Comisión *Antitrust*, nombrada por el Procurador General de los Estados Unidos<sup>38</sup>, se observa que “el concepto de competencia presenta dos aspectos y que en el primer sentido, la palabra *competencia* denota sólo la presencia de más de un vendedor en un mercado, e identifica una condición de **rivalidad** entre ellos, la rivalidad egoísta e independiente de dos o más competidores privados. Pero hay un segundo sentido genérico en el que la palabra y la idea de competencia son usadas tanto en derecho como en economía, y especialmente en aquél. En esta definición la “competencia” es contrapuesta al “monopolio” con respecto al grado de poder de mercado poseído por un vendedor, o por un grupo de vendedores que actúan concertadamente. Este segundo sentido de la competencia puede ser resumido como identificando a las condiciones de mercado en que la rivalidad de los vendedores impide, de por sí, la existencia del poder de mercado discrecional del monopolio, sobre el precio y la producción. El que las condiciones de un mercado sean del tipo que tienda, típicamente, a producir resultados “competitivos” o “monopolísticos” dependerá, en un grado variable, de la forma en que inciden e influyen sobre las decisiones de los empresarios en cuanto a precio y producción, sobre el carácter de los incentivos para la innovación y reducción de costos, y sobre el comportamiento real del mercado”.

Resulta de especial interés observar que en el Informe precedentemente citado se exponen los factores que permiten identificar a un mercado efectivamente competitivo, desde el punto de vista económico, así como los beneficios que cabe derivar, por el sistema productivo, de tal forma de mercado.<sup>39</sup> Entre los primeros se mencionan los siguientes:

- i) Número e importancia relativa de los distintos competidores;
- ii) Oportunidad de acceso al mercado;
- iii) Independencia de los competidores<sup>40</sup>;
- iv) Existencia de prácticas depredatorias;

---

<sup>37</sup> Desde el ángulo jurídico se considera que la única forma de percibir el sentido de este concepto es a través del contenido que la jurisprudencia ha dado al mismo. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 251.

<sup>38</sup> *Report of the Attorney General's Antitrust Committee* (Washington, 1955).

<sup>39</sup> Tales beneficios presentan un valor sustancial para identificar las condiciones competitivas, pues permiten recurrir a los efectos de determinada situación de mercado, o de una conducta que incida sobre ella, para calificarlas bajo las normas regulatorias de la competencia. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 252.

<sup>40</sup> Estos tres primeros elementos son considerados los principales a efectos de evaluar las condiciones competitivas, estando, asimismo, estrechamente relacionados entre sí. La oportunidad de acceso incide sobre el número de competidores, la independencia entre éstos es función de su número.

- v) Tasa de crecimiento del mercado;
- vi) Carácter de los incentivos existentes para adoptar conductas competitivas;
- vii) Diferenciación y homogeneidad de productos;
- viii) Igualación y reducción de precios;
- ix) Excesos de capacidad;
- x) Discriminación de precios.<sup>41</sup>

En cuanto a los beneficios a ser derivados de las condiciones competitivas de mercado, el Informe antes citado menciona los siguientes:

- i) Los precios determinados en condiciones competitivas reflejan en mayor medida las relaciones entre costos y demanda, permitiendo una mejor asignación de los recursos de la comunidad.
- ii) La competencia supone un incentivo para la innovación y creación de productos, así como para la reducción de costos a largo plazo.
- iii) Las condiciones mencionadas permiten una más equitativa distribución del ingreso.
- iv) La competencia permite que la economía se ajuste con mayor facilidad a las fluctuaciones en sus variables globales, permitiendo una mejor aplicación de la política monetaria y fiscal.

21. Si la doctrina estadounidense ha sido contraria a formular definiciones, la alemana ha compensado generosamente, en relación con el concepto de competencia, tal falencia. Antes de recordar algunas de las numerosas formulaciones planteadas al respecto, debe mencionarse que se encuentran influidas por el texto de la Ley alemana contra las Restricciones a la Competencia y por la Exposición de Motivos de dicha Ley.

Fikentscher<sup>42</sup> define la competencia como la "tendencia autónoma de oferentes o demandantes (competidores), que se influyen recíprocamente en el proceso económico, a la celebración de contratos con terceros (clientes o suministradores) mediante la puesta en práctica de las condiciones negociales que se muestren más favorables".

---

<sup>41</sup> La exposición de estos elementos no supone que los mismos resuman el concepto de competencia tal como es aplicado por la jurisprudencia estadounidense. La necesidad de operar dentro de determinado marco normativo, así como las imposiciones que surgen de la naturaleza de todo sistema jurídico (problemas de prueba, necesidad de certeza para las partes involucradas, etc.), llevan a la utilización de instrumentos tales como el de las infracciones *per se*, las presunciones, etc., que alejan a la aplicación del concepto aquí considerado de su significado puramente económico.

<sup>42</sup> Citado en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 253.

Knöpfle<sup>43</sup> considera que el concepto económicamente significativo de competencia se centra en las posibilidades de elección y sustitución de que goza el comprador entre diversos oferentes y en los efectos económicos que de tales posibilidades resultan. Esos efectos son, principalmente, las exigencias y límites, así como los riesgos, a los que el oferente se ve sometido, cuando el comprador puede optar entre varios proveedores, o bien sustituir uno por otro.

Müller, Gries y Giessler<sup>44</sup> definen la competencia como “el esfuerzo de una empresa para lograr, mediante sus propios actos, una ventaja respecto de la concurrencia, principalmente mediante la ampliación o la conservación del círculo de sus abastecedores o clientes”.

Sandrock<sup>45</sup>, a su vez, expresa que “la competencia económica es el esfuerzo independiente de las empresas para concretar operaciones con proveedores o clientes, cuando cada empresa particular depende sensiblemente para el éxito de sus negocios de la conducta de las demás, sea que estas actúen independientemente o como un grupo de empresas, siempre que su estrategia de mercado deba orientarse en función de la conducta de las demás empresas, a las que debe considerar como potenciales rivales, mientras que para la ejecución de sus conductas competitivas, destinadas a la mejora de sus compras y ventas, toma en cuenta las correspondientes conductas competitivas de las demás empresas”.

22. En el ámbito comunitario europeo, se ha observado que si bien el legislador ha detallado, en alguna medida, los actos contrarios a la competencia, esta última ha quedado sin definir, habiéndose preferido dejar un campo relativamente amplio a la labor interpretativa, particularmente teniendo en cuenta que la noción de competencia es susceptible de variar de acuerdo con las circunstancias.

Realmente, el ordenamiento comunitario europeo ha adoptado en este punto el mismo silencio que las legislaciones nacionales de los Estados miembros, en las que tampoco se define la competencia. Pero si en el ámbito de las respectivas disciplinas jurídicas nacionales de la competencia se intenta doctrinalmente justificar este silencio sobre la base de la dificultad que entraña este concepto económico “poliédrico” y, sobre todo, en atención a la falta real de necesidad de definir jurídicamente este concepto.

En el ordenamiento jurídico comunitario se une a estas razones otra ciertamente poderosa: **evitar que el poder de apreciación del juez quede limitado** por las coordenadas definitorias más o menos amplias de un concepto legal de competencia, a la hora de calibrar intereses y de enjuiciar los acuerdos o prácticas de los sujetos económicos y los actos normativos ordenadores de la política económica de los Estados miembros. Es obvio que toda definición de competencia limita el poder de apreciación judicial y resta a la reglamentación comunitaria de la competencia gran parte de su eficacia y practicidad funcional.

---

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ibidem. p. 254.

<sup>45</sup> Ibidem.



23. Para comprender en el fondo esta razón hay que apreciar, la función jurídica que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea asigna a la competencia: en efecto, la competencia, en rigor, no se concibe como un fin en sí mismo de la Comunidad, sino antes bien como un **instrumento programático de política económica**; un instrumento que, atendida su significación jurídica, asume además la función de **instrumento de orden normativo** que tiene por misión el “establecimiento de un régimen garantice que la competencia no será falseada en el mercado común”. (art. 3. 1. g).

Concebida, pues, la competencia como un instrumento normativo de política económica, se comprende fácilmente que el legislador europeo no haya querido encorsetar la actuación de las autoridades comunitarias ni reducir el ámbito de apreciación del juez europeo con la decantación definitiva de un concepto legal de competencia. Esto nos conduce a apreciar la relatividad del concepto de competencia latente en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: una relatividad –o mejor dicho flexibilidad– conceptual que permite, de una parte a las autoridades comunitarias programar una política de competencia acorde con las circunstancias de cada momento y, de otra, legitima al juez para ponderar estas circunstancias en la apreciación de las controversias planteadas, lo que propicia la formación de un Derecho judicial de la competencia a la manera de un “*case law*”. (sentencia *Metro/Saba*, de 25 de octubre de 1977, Rec. 1977, p. 1.875).<sup>46</sup>

24. No obstante lo expuesto, si bien es cierto que en el contexto comunitario europeo la competencia se configura como un **concepto económico y jurídico relativo o flexible**, esto no significa, que pueda ser tomada como un concepto jurídico indeterminado. Las autoridades comunitarias, como antes se ha mencionado<sup>47</sup>, han desarrollado una concepción basada en el modelo de la **competencia efectiva o practicable**.<sup>48</sup>

Otros autores considerando los efectos dinámicos de las distintas formas y comportamientos de mercado, observan que las estructuras competitivas que permiten lograr un progreso técnico intenso y una innovación productiva constante, no son simplemente aquellas caracterizadas por un alto número de pequeños oferentes, sino especialmente las que dan lugar a un constante ingreso de nuevos competidores, incentivados por las ganancias obtenidas por quienes ya actuaban en el sector en cuestión, ganancias que, a su vez, resultan de las innovaciones y progresos realizados por empresas de dimensiones que exceden a las propias de la competencia perfecta.

Desde este punto de vista, una oferta atomizada, en la que el tamaño, condiciones sociales y motivaciones de los empresarios no permiten ni adoptar las actitudes ni afrontar los gastos de un proceso constantemente innovador, sería menos conducente a las metas económicas, generalmente amparadas por la legislación antimonopólica, que una estructura caracterizada por un número reducido de grandes empresas, en constante lucha por obtener una mayor participación en el

---

<sup>46</sup> FONT GALÁN, Juan Ignacio. *La Libre Competencia en la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 39 y 40.

<sup>47</sup> Ver nota al pie número 25 y texto correspondiente.

<sup>48</sup> Ver concepto elaborado por Von Der Groeben, en nota al pie número 26 y texto correspondiente.

mercado y en las utilidades de él resultantes, mediante la realización de inversiones en activos físicos e intangibles y la innovación en las técnicas productivas.<sup>49</sup>

25. Vemos, a través del análisis de las definiciones precedentemente expuestas, cómo el concepto de lo que es convencional y legislativamente considerado como anticompetitivo va planteando límites y dificultades a la precisión de la noción de competencia.<sup>50</sup>

Esta debe explicar situaciones aparentemente paradójicas, como ser el que un acuerdo destinado a regular un aspecto relativamente menor de un mercado que actúa, en general, en condiciones de competencia perfecta, sea considerado anticompetitivo, mientras que la conducta de dos competidores, que entre sí reúnen la totalidad de la oferta en determinado sector, se considere plenamente competitiva, en tanto se mantenga dentro de los límites que le fijan la legislación y el concepto aquí analizados.

26. Resulta de lo precedentemente expuesto que el enfoque más aceptable para lograr una precisión susceptible de aplicación práctica del concepto de competencia<sup>51</sup>, es a través de la exposición de los factores, esenciales y concomitantes, que hacen a ese tipo de conducta. Entre los primeros deben mencionarse los siguientes:

i) **Independencia de las partes que actúen en un mercado.** Este es un aspecto de la competencia tutelado especialmente en las leyes de la materia.

---

<sup>49</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 255.

<sup>50</sup> Respecto de la definición de Fikentscher, si bien incluye un elemento evidentemente relevante, como es el de la autonomía de oferentes y demandantes, deja sin contemplar los casos en que las conductas independientes o espontáneas, poco interrelacionadas en cuanto a sus efectos, dan lugar a la creación de obstáculos para el ingreso de nuevos agentes al mercado de que se trate, a la imposición de condiciones discriminatorias entre los distintos clientes, o a la concentración del mercado en un número decreciente de empresas, situaciones todas éstas consideradas generalmente como lesivas para la competencia.

Por lo que hace a la definición de Knöpfle, que centra su acento en la posibilidad de elección que goza la demanda, cuando enfrenta a oferentes que operan en condiciones competitivas, presenta el inconveniente de que en ciertos casos una conducta netamente competitiva puede reducir tales posibilidades, como es el caso cuando, para disminuir los costos de producción se restringe el número de modelos ofrecidos en determinada rama de la industria, o cuando el perfeccionamiento de las técnicas de mercado lleva a una creciente homogeneidad de los productos y de los precios. Por otra parte, un demandante puede enfrentarse con una gran cantidad de oferentes, relativamente heterogéneos, los que actúan en base a un paralelismo consciente en sus decisiones, llevando así a una conducta conjunta netamente anticompetitiva. De aquí que el elemento esencial mencionado en la citada definición deba ser complementado por otras características del concepto aquí considerado.

En cuanto a la definición dada por Müller, Gries y Giessler, si bien engloba, en general, al tipo de actitud y conducta que se considera como competitiva, deja sin explicación la calificación contraria que usualmente se da a actos tales como los que constituyen operaciones depredatorias, discriminaciones de precios, dumping, acuerdos anticompetitivos verticales, etc.

Por último, respecto de la definición dada por Sandrock, no enfoca adecuadamente el tipo de conducta característico de los mercados que actúan en condiciones de competencia perfecta, los cuales muestran una mayor independencia entre las decisiones de los agentes que actúan, que la por aquél indicada. Presenta asimismo las mismas falencias apuntadas en relación a la definición de Müller, Gries y Giessler. Ibidem. p. 259 - 261.

<sup>51</sup> Según D. Guillermo Cabanellas. Ibidem. p. 261.

ii) **Oportunidad de acceso al mercado.** Puede observarse que esta faceta de la competencia es tutelada a través de las figuras que sancionan, en forma especial, la obstaculización del acceso al mercado de concurrentes potenciales.

iii) **Libertad de elección entre distintos oferentes y demandantes.** Este aspecto es tutelado a través de las normas que protegen a los dos factores precedentes, lo que le da un carácter relativamente subordinado, así como mediante las reglas que se dirigen contra la negativa a operar con determinadas personas, las discriminaciones y la imposición de cláusulas atadas.

27. En cuanto a los factores que, si bien no necesariamente suponen la existencia de competencia, permiten una más completa evolución de las características de ésta, son los siguientes:<sup>52</sup>

i) **Estructura de la oferta y de la demanda.** Cuanto mayor sea el número de partes que operan en un mercado, mayores tenderán a ser, por regla general, las posibilidades de que estas actúen independientemente, y de que carezcan del poder de obstaculizar el ingreso de nuevas firmas al mercado y de imponer determinadas condiciones sobre los competidores.<sup>53</sup>

ii) **Transparencia del mercado.** Una mayor posibilidad de conocimiento de las distintas operaciones que tienen lugar en relación con determinado bien o servicio, así como de sus condiciones, permite, en general, un más intenso desarrollo de las fuerzas competitivas, especialmente a través de la facilidad que da para sustituir a un oferente o consumidor por otro, según sea la conveniencia de las partes.

iii) **Incentivos para adoptar conductas competitivas.** Si bien este aspecto es amplio y depende, en buena medida, de la actitud adoptada por el Estado ante diversos hechos económicos (innovaciones, quiebras, etc.), parte de los incentivos resultan de la estructura y conducta del mercado, incidiendo necesariamente en la intensidad que adoptarán las conductas competitivas. Así, cuando la demanda no es elástica, serán menores los incentivos que tengan los distintos oferentes para competir mediante reducciones de precios<sup>54</sup>; si existen "relaciones de lealtad" entre los productores finales y sus proveedores de materias primas, de poco les servirá a estos reducir los precios como medio para penetrar en el correspondiente mercado; si existen gastos de publicidad muy intensos, se elevará el costo de ingresos a la correspondiente rama productiva y se podrá neutralizar cualquier intento de ampliación de la participación en el mercado por vía de precios o calidad; si un competidor controla la oferta de materias primas a ser utilizadas en determinada rama productiva, puede obstaculizar a la concurrencia a través de los precios que

---

<sup>52</sup> Ibidem. p. 262.

<sup>53</sup> En ciertos sectores, p. ej., el del comercio minorista, resulta dudoso que se dé indefectiblemente la relación apuntada en el texto. La atomización de la oferta suele obstaculizar la transparencia de los precios, creando asimismo relaciones de "lealtad" de los consumidores, conformismo de los oferentes y paralelismo consciente, altamente contrarias a la vigencia de una competencia efectiva.

<sup>54</sup> El incentivo para la reducción de precios es que permite compensar la menor ganancia unitaria con un mayor volumen de operaciones. Si éste aumenta en menor medida, como resultado de la inelasticidad de la demanda, el incentivo en cuestión se reducirá paralelamente.

cobra por tales materias, aún sin incurrir en negativas a satisfacer pedidos concretos, etc.<sup>55</sup>

28. Por último, para finalizar este apartado consideramos pertinente mencionar las dimensiones que algunos autores, como D. Julio Pascual y Vicente, deducen de la competencia: la dimensión social, la dimensión económica y la dimensión moral.

La dimensión social de la competencia hace referencia su cualidad favorecedora de la cooperación entre los hombres, cuando tiene lugar en un sistema social libre que opera bajo el signo de la división del trabajo. En un sistema así, el deseo de mejora de cada uno sólo puede satisfacerse si voluntariamente se orientan las acciones individuales a producir lo que los demás desean.

La dimensión económica de la competencia hace referencia a la eficiencia que procura en la asignación de los escasos recursos de la sociedad, al movilizar a todo el que quiere mejorar para que ofrezca los bienes o servicios que produce con la mayor calidad y el menor coste, es decir, usando en la menor medida posible de esos recursos escasos de la sociedad.

La dimensión moral de la competencia, finalmente, se deduce de la superioridad ética del sistema de convivencia en el que la misma brota, la sociedad libre de mercado, frente a otros órdenes de carácter totalitario en los que la competencia es impedida o sesgada hacia objetivos menos nobles que el de servir a los demás.<sup>56</sup>

### **III. Derecho de la competencia.**

#### **1. Origen y evolución histórica-económica y jurídica.**

##### ***A) Repaso histórico: antecedentes remotos, edad media, revolución industrial.***

29. Los sistemas jurídico-institucionales de los Estados-nación que forman el denominado mundo occidental se inscriben en una corriente de pensamiento que, desde sus orígenes en las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX, proclama, al menos formalmente, la **libertad** y la **igualdad** de los individuos como ostentadores de derechos subjetivos. Libertad e igualdad afirmada frente a los demás, pero también -y con mayor fuerza después de la Segunda Guerra Mundial- frente a los órganos del Estado que, mediante su actuación, pueden poner en peligro estos principios.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> D. Guillermo Cabanellas, señala también que existen ciertos elementos que si bien no hacen a la esencia de la competencia, ni permiten señalar con certeza cuál es la intensidad de ésta, indican la forma en que se desarrolla la concurrencia en determinado mercado. Tales son los siguientes: i) variaciones de los precios ante fluctuaciones en la demanda; ii) discriminación de precios o de otras condiciones de contratación; iii) formas que adoptan las prácticas anticompetitivas; iv) variaciones de precios; v) curso de las inversiones y de las variaciones de la capacidad productiva; vi) utilización de la capacidad instalada; vii) nivel de utilidades. Un estudio más amplio sobre estos elementos puede consultarse en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 263 - 268.

<sup>56</sup> PASCUAL Y VICENTE, Julio. *La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy*. Op. Cit. p. 11.

<sup>57</sup> El relativismo de estos principios ha propiciado la intervención en la esfera de los derechos y libertades individuales de aquellos órganos que han desempeñado la función directiva en la sociedad: monarca,

Idealizando, un Estado occidental contemporáneo, por lo general, es un ente que en lo político ha instaurado un sistema democrático y que en lo económico disfruta de una economía de mercado. Tanto el sistema político como el económico se fundamentan, precisamente, en la libertad y en la igualdad.<sup>58</sup>

Dentro del campo de la Economía -y siempre dentro del mundo occidental- tanto el proceso de producción, como el de distribución se han fundamentado en el derecho subjetivo de propiedad privada sobre los medios de producción y, consiguientemente, en la libertad de utilización de estos derechos.<sup>59</sup>

30. Como señalan los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, "las codificaciones europeas del derecho privado, en el siglo XIX, se inspiraban en el **modelo económico y social caracterizado por el mercado**, como institución básica, organizada en torno a la igualdad formal de oferentes y demandantes. Los postulados esenciales de esta concepción proceden, en lo ideológico, de los principios liberales del siglo XIX y, en lo económico, de la existencia de un sistema de libre competencia, anclado en el principio de soberanía de los consumidores (su libertad de elección y decisión en las relaciones de producción y consumo) (J. M. Gondra Romero). Desde entonces sigue vigente la idea -ampliamente difundida en el pensamiento jurídico contemporáneo- de que la autonomía de la voluntad, la propiedad privada y la competencia son los tres pilares sobre los que descansa toda reglamentación susceptible de funcionar en una sociedad y economía libres (V. Emmerich)".<sup>60</sup>

"De Smith proviene -ha recordado John K. Galbraith en su *Historia de la Economía*- la adhesión a la **competencia como principio de todas las sociedades capitalistas**, suponiéndose que puede garantizar el mejor funcionamiento posible de la economía. Pero en cambio tuvo mucho menos influencia la advertencia del mismo autor en cuanto a la institución que, conjuntamente con el propio Estado, podría destruir la competencia. Se trataba de la compañía patentada por el Estado, o sea, en términos modernos, la sociedad anónima. Su crítica de estas sociedades

---

emperador, señor feudal, parlamento, gobierno, etc. (Quizá una terminología adecuada para referirse con carácter atemporal a estos órganos sea la de poderes públicos. GIANNINI, M.S. *El Poder Público. Estado y Administraciones Públicas*. Madrid. Civitas. 1991. p. 37 y ss.). La mayor parte de las veces, la intervención ha estado dirigida a evitar los trastornos producidos en el orden social por el abuso en el ejercicio de estos derechos y libertades por los particulares y, por su parte, el grado de intervención ha estado íntimamente relacionado con el pensamiento filosófico de la época en que se ha producido. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 38 - 39.

<sup>58</sup> La libertad de los individuos frente al poder de la monarquía absoluta originó el primer sistema democrático censitario que, forzado por el principio igualitario, derivó en el sistema un hombre, un voto. De la misma forma, el ansia de libertad propició la creación de un sistema económico que, frente al mercantilismo intervencionista de siglos precedentes, predicaba el *laissez faire* como principio ordenador. Pero también en el ámbito económico la impotencia de la libertad en la consecución de la igualdad originó un nuevo tipo de intervención estatal orientado a imponer un grado de igualdad que el régimen de libertad absoluta era incapaz de alcanzar. *Ibidem*. p. 39.

<sup>59</sup> Sin embargo, la historia de la Economía y, de modo paralelo, la del Derecho demuestran la importancia que ha tenido la intervención de los poderes públicos en la economía, bien para garantizar la propia libertad, bien para promover la igualdad de los hombres, ideas-fuerza que han conformado y conforman el sustrato de la historia de la humanidad. *Ibidem*.

<sup>60</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 246.

se dirigió especialmente contra las que disfrutaban de privilegios monopolistas, como ocurría en la era colonial”.<sup>61</sup>

Ya en el siglo XIX, en el que se expandió esta filosofía política y económica, Ralph Waldo Emerson, considerado “el primer intelectual y escritor norteamericano en comprender plenamente la tendencia del espíritu norteamericano” (P. Johnson), supo reflejarla con estas palabras, que, desde entonces, se han transmitido de generación en generación: “La única regla segura se encuentra en el juego regulador de la oferta y la demanda. No legisléis. Intervenid y debilitareis el nervio con vuestras leyes suntuarias. No concedáis subsidios, haced leyes equitativas, garantizad la vida y la propiedad y no os veréis en la necesidad de dar limosna. Abrid las puertas de la oportunidad al talento y la virtud y ellos se harán justicia a sí mismos; la propiedad no irá a parar a las manos de los malvados. En una comunidad libre y justa, la propiedad abandona precipitadamente a los ociosos y los imbéciles y va en busca de los que se muestran trabajadores, valientes y perseverantes”.<sup>62</sup>

31. El Derecho de la competencia, como tal, es un **área jurídica relativamente novedosa**, y a pesar de que el pensamiento económico en la materia se produjo en Europa, fueron en los Estados del Norte de América donde surgieron las leyes antimonopolio o *antitrust* a finales del siglo XIX, y desde donde, posteriormente, se exportaron a Europa.

No obstante la reciente existencia de esta materia como ciencia jurídica, las ideas de competencia, como se puede inferir de lo antes expuesto, han sido **resultado de una evolución en las teorías económicas y en las ideas filosóficas, que el Derecho no ha hecho mas que cristalizar**, y que para comprender un poco más su origen consideramos pertinente brevemente reseñar, al menos algunas etapas significativas.

Los profesores Philip Clarke y Stephen Coronos señalan que el Derecho de la competencia es de origen antiguo. Mencionan que en los primeros intentos de codificación del Derecho, en el Código Babilónico de Hammurabi, del siglo XVIII a. de C., ya se contenían reglas relacionadas con monopolios.<sup>63</sup>

Asimismo, se encuentran algunas raíces de la lucha competitiva como sistema de organización económica en la filosofía presocrática. Para Spiegel<sup>64</sup>, gran parte de las ideas modernas en el campo de la economía -mercado competitivo- y en el de la filosofía -darwinismo social- están basadas en el pensamiento de Heráclito, que en el siglo V a. de C. basó su pensamiento en la idea de pugna o lucha como elemento de equilibrio y orden armónico.

---

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> *Competition Law is of ancient origin. The first attempt to comprehensively codify the law, the eighteenth-century BC Babylonian Code of Hammurabi, contains rules about monopolies.* CLARKE, Philip and CORONES, Stephen. *Competition Law and Policy*. Melbourne. Oxford University Press Australia. 1999. p. 1.

<sup>64</sup> Citado en VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 44.

32. Igualmente, algunos otros precedentes los podemos encontrar en la Edad Media<sup>65</sup>, cuando para evitar la escasez de víveres se dictaron Decretos en los que se prohibían las prácticas monopolísticas de acaparamiento para efectuar reventas provechosas.

El profesor D. José Eugenio Soriano García, apunta que anecdóticamente se recuerda que fue en Inglaterra, en 1414, cuando el *Common Law* fija el primer precedente de defensa de la competencia. El caso conocido fue el de un sastre y tintorero inglés que, tras pasar por el aprendizaje en el taller de su maestro, pretendió establecerse por su cuenta, fijando calidades y precios más baratos que los de su antiguo patrón y pretendiendo establecerse en la misma ciudad. Negado que fue el permiso por el gremio, ya que ostentaba a la sazón el título de maestro, dedujo demanda ante los jueces comunes, quienes le dieron la razón, condenando al gremio a cambiar sus Estatutos, lo cual a su vez fue sancionado por pragmática de la Corona.<sup>66</sup>

33. Entre los siglos XV y XVIII el sistema económico imperante en la época era el denominado **mercantilismo**<sup>67</sup>. En este periodo se dio una importante coordinación entre los intereses de los mercaderes y los del Estado-nación, hasta el punto de que los grandes mercaderes no sólo influían en el gobierno, sino que ellos mismos eran el gobierno.

Por ello, existió un fuerte **intervencionismo estatal** dirigido a eliminar la competencia, mediante la concesión de monopolios en la explotación de productos o regiones, al considerar que lo bueno para el individuo era bueno para el Estado. Se puede decir que en esta época existe una verdadera interacción entre los mercaderes y los *príncipes*, que necesitaban de esta intensa colaboración para alcanzar sus propios objetivos.<sup>68</sup>

En esos tiempos la reglamentación del mercado<sup>69</sup> era tan minuciosa que ahogaba la competencia. Durante la Edad Media y parte de la Edad de Moderna la economía europea se caracterizó por el **dirigismo** y el **monopolio**. El mercado no era libre y

---

<sup>65</sup> Antes, en el siglo V encontramos el siguiente precedente: *in 483 AD the East Roman Emperor Zeno prohibited and exiled monopolist in terms remarkably similar to those used in modern statutes*. CLARKE, Philip and CORONES, Stephen. *Competition Law and Policy*. Op. Cit. p. 1.

<sup>66</sup> SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Madrid. Marcial Pons. 1998. p. 253.

<sup>67</sup> Los excesos del mercantilismo -que se origina, entre otras cosas, en las corrientes de pensamiento religioso del Renacimiento- producen evoluciones en los pensadores de la época, como Wheeler, J. (*Tratado de Comercio*, 1601) o Misselden. E. (*Comercio libre o el medio de conseguir un comercio floreciente*, 1622) que ya empiezan en esa época a defender ideas y principios basados en la competencia. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 42.

<sup>68</sup> Durante esta época surgen instituciones económicas y jurídicas que son de gran actualidad en estos momentos: la intervención del Estado en favor de la industria nacional -así, se promocionaba la utilización de la propia flota para el transporte de las mercancías frente a las flotas extranjeras-, la protección arancelaria, el subsidio, las patentes, los monopolios, la política económica dirigida a obtener una balanza comercial positiva, si no tienen su origen inmediato en la Europa de los siglos XV a XVIII, gozaron de gran utilización durante esta época. *Ibidem*. p. 41 y 42.

<sup>69</sup> Indudablemente no es posible hablar de mercado en el sentido técnico-económico actual, pero los intercambios comerciales empiezan a ser la tónica general, haciendo convivir elementos de intervención con unas cada vez mayores ansias de libertad. *Ibidem*. p. 42 y 43.

para ejercer una industria era necesario obtener la inscripción en la matrícula de las Corporaciones de Artes y Oficios, a las que el Estado o el municipio otorgaban privilegios para poder acceder al mercado. El Estado, el municipio y las corporaciones **regulaban la competencia, pero no para defenderla, sino para controlarla o limitarla.**<sup>70</sup> Los grandes mercaderes, como los *Fugger* en Alemania (que dieron origen a la palabra castellana "fúcar", en el sentido de hombre acaudalado) o los *Médici* en Italia pactaban entre sí o pactaban con el Rey o con el Papa para asegurarse un determinado mercado y excluir a los competidores. Más tarde, durante el absolutismo, los *príncipes* fueron los mejores abogados de los monopolios, puesto que se valían de ellos -vendiéndolos a comerciantes- para atender al gasto público, de índole preeminentemente bélica. El Emperador Carlos V es el paradigma de la época.

La monopolización de la economía no fue, sin embargo, pacífica. Los abusos fueron minando progresivamente el poco crédito que entre el pueblo y los juristas pudieron tener los monopolios, y así en el mundo anglosajón la repulsa hacia los monopolios se plasmó durante el reinado de Jaime I en el *Statute of Monopolies* de 1623.<sup>71</sup> Mientras tanto la economía sufría una progresiva estatificación. Luis XIV, por ejemplo, dictó las ordenanzas del comercio terrestre y marítimo para controlar minuciosamente la actividad mercantil.

34. Llegamos así al final del siglo XVIII sin demasiados problemas de competencia, lo cual es perfectamente lógico, dados los límites legales y corporativos al ejercicio del comercio y la industria con que se la asfixiaba. La competencia no tenía problemas de salud, porque estaba muerta.<sup>72</sup>

No obstante lo anterior, el siglo XVIII dio lugar al nacimiento de dos de las doctrinas económicas más importantes de la historia de la economía. La escuela *fisiocrática* -de gran implantación en Francia- y la *clásica* -cuyos máximos exponentes son de origen anglosajón- impulsaron definitivamente la desaparición del mercantilismo.

La escuela de los *fisiócratas* -representados principalmente por Quesnay y Turgot- defendía la existencia de un orden natural en cuyo centro se encontraba el sector agrícola que era el único productivo; consecuencia de este orden natural es que los individuos, persiguiendo su propio fin, trabajan para el bien de los demás, por lo

---

<sup>70</sup> Igual carácter revestían las normas que creaban monopolios sobre el comercio con ciertos países y colonias, características de la expansión europea a lo largo de la Edad Moderna.

<sup>71</sup> Un caso de especial interés, elaborado por la jurisprudencia inglesa, mucho antes de la aparición de esta legislación, es el llamado "Caso de los Monopolios" (*Darcy v. Allen*, 77 Eng. Rep. 1260, K.B. 1602). Se declaró nulo un monopolio otorgado por la Corona en favor de un fabricante de naipes, por considerárselo lesivo para el interés general, dado el aumento en el precio de los naipes y la caída en los ingresos de los obreros empleados en su manufactura que cabría esperar de tal monopolio. Si bien la doctrina estadounidense e inglesa suele hacer hincapié en la relativa independencia de la legislación antimonopólica de esos países frente a los antecedentes jurisprudenciales que precedieron, a su promulgación, puede inferirse que la existencia de una tradición jurídica de protección de la competencia, así como de una conciencia de la ilicitud o inconveniencia de las prácticas restrictivas, paralela a esa corriente jurisprudencial debe haber facilitado la oportuna aplicación de la legislación antimonopólica en los países nombrados. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 9.

<sup>72</sup> PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. Fundamentos Históricos y Jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España. /en / ORTIZ BLANCO, Luis y COHEN, Simón. *Derecho de la Competencia Europeo y Español*. Madrid. Dykinson. 1999. p. 18.



que, según la máxima *laissez faire, laissez passer*, el individualismo económico genera el máximo beneficio para la sociedad. No obstante, la aceptación de este principio por parte de los *fisiócratas* no era más que conceptual, puesto que en caso necesario eran partidarios de la regulación -como, v. gr., la regulación estatal para restringir las exportaciones de manufacturas, que eran vistas como una de las causas del empobrecimiento, o la fijación de precios mínimos agrícolas como método de favorecer la existencia de la producción agrícola-.

35. En 1776 Adam Smith escribe *La riqueza de las naciones*. Surge en estos momentos la economía moderna, iniciando así, como tradicionalmente se le denomina, la *escuela clásica* de la economía. Es a partir de este momento cuando se puede hablar con propiedad de un **mercado autorregulado por medio de la competencia**.<sup>73</sup> Los particulares, buscando su interés particular y compitiendo con los demás por su progreso económico y social, alcanzan el progreso de la sociedad en su conjunto.

Este sistema de pensamiento hunde sus raíces en el pensamiento filosófico defendido por los moralistas ingleses del siglo XVIII, según los cuales la sociedad funciona al igual que una máquina perfecta puesto que los individuos, al buscar el bien personal, trabajan en beneficio del bien común. Para ello era necesario partir de la idea de un hombre inclinado hacia el bien, que está movido en su actuación por un sentimiento de benevolencia hacia los demás o, como indica Smith en su *Teoría de los sentimientos morales*, por la simpatía o compasión hacia los demás; de esta forma, al perseguir los intereses personales se trabaja en beneficio del bien común o de la generalidad de la sociedad<sup>74</sup>. Al trasladar esta idea a la economía, defendiendo la libertad de los hombres -el famoso *laissez faire*- y la **ausencia de intervencionismo del Estado** -que sólo se acepta como concreción del **Estado policía, promotor y constructor de ciertas obras públicas que no podían ser asumidas por la propiedad privada**-, se permitirá que los hombres al buscar su propio bienestar económico -que según su pensamiento es una finalidad a la que estamos dirigidos naturalmente- no tengan más remedio que facilitar el de los demás.

Como consecuencia del sentimiento de *simpatía*, Smith considera que la búsqueda del propio beneficio debe realizarse mediante una actuación leal, según los requisitos del *fair play*. Pero esta búsqueda del bienestar personal motiva la competencia entre los individuos, entre los comerciantes, como un motivo de autorrealización: cuanto más riquezas se adquieran mediante procedimientos justos, mayor satisfacción personal se obtendrá.

Sin embargo, el propio Smith, defensor del sistema de mercado competitivo, era consciente de sus propias imperfecciones. Para este autor, "... el interés de los traficantes ... en cualquier rama del comercio o de la industria es siempre en cierto modo diferente, o incluso opuesto, al interés del público. El interés de los traficantes consiste siempre en ampliar el mercado y reducir la competencia"; y, en otro

---

<sup>73</sup> Aunque como antes mencionamos, podemos encontrar raíces de la lucha competitiva como sistema de organización económica en la filosofía presocrática y algunos otros precedentes en la Edad Media.

<sup>74</sup> Esta forma de pensar, aunque desarrollada principalmente en la Inglaterra del siglo XVIII, también tiene sus orígenes en los pensadores medievales.

apartado, indica que “... rara vez se reúnen los hombres que ejercitan el mismo tipo de tráfico, aún cuando sea para entretenimiento y diversión, sin que la conversación termine en una conspiración en contra del público o en un plan para elevar los precios. Es imposible impedir tales reuniones mediante cualquier ley aplicable, o compatible con la libertad y la justicia. Pero si bien la ley no puede impedir que las gentes de un mismo oficio o profesión se congreguen ocasionalmente, no debe hacer nada que facilite esas asambleas y, mucho menos, que las vuelva necesarias”.<sup>75</sup>

Para Smith el sistema competitivo es el menos malo de los sistemas económicos posibles. La defensa que realiza de este sistema tiene su origen en la finalidad a la que está orientada: contribuir a la eliminación del sistema feudal. Para Smith la economía de mercado contribuye en gran medida al advenimiento de un sistema político-económico en el que la libertad sea el máximo exponente. Pero Smith era conocedor de la difícil tarea que implicaba la instauración de un sistema de comercio libre; según dejó escrito, “... de hecho esperar que la libertad de comercio se restaure por entero algún día en Gran Bretaña es tan absurdo como esperar que una utopía se estableciera alguna vez en ella. No sólo los prejuicios del público, sino, lo que es mucho más difícil de lograr, los intereses privados de muchos individuos se oponen irresistiblemente a ello”.<sup>76</sup>

36. La posición del Derecho ante la competencia pasa a otra fase que comienza al proclamarse la **libertad de industria y de comercio** a finales del siglo XVIII.

Como apunta el profesor D. Rogelio Pérez-Bustamante, los problemas de competencia sólo podían surgir cuando la competencia fuese libre. Pues bien, la Revolución Francesa se ocupó de liberalizar la economía del antiguo régimen, más por móviles políticos que económicos; más por odio al sistema gremial y sus abusos que por motivos de eficiencia o racionalidad en la distribución de los recursos. La libertad de emprender figura así en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 27 de agosto de 1789. La Ley de 2 de marzo de 1791 previó además que fuera **libre para todas las personas realizar cualquier negocio y ejercer cualquier profesión, arte u oficio**. Por su parte, la Ley *Le Chapelier* de 17 de junio de 1791 acabó de raíz con las corporaciones.<sup>77</sup>

El Derecho de la época se afanó a dar cobertura a las **ideas de libertad de acceso al mercado**, y así, paradigma, de este sistema son -en el continente europeo- los principios que se contienen en el *Código Napoleón* que, mediante la codificación,

---

<sup>75</sup> VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 43 - 45.

<sup>76</sup> Ibidem. p. 46.

<sup>77</sup> PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. *Fundamentos Históricos y Jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España*. Op. Cit. p. 19.

Para D. Javier Aguilar Álvarez de Alba, uno de los principales precedentes de las legislaciones de defensa de la competencia lo constituye la *Loi Chapelier* de 1791, promulgada en la primera etapa de la Revolución Francesa, durante la cual se utilizó toda la imaginación y razón jurídica para poner fin al feudalismo como etapa histórica, política y económica. AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier. *La Libre Competencia*. México, Oxford University Press, 2000. p. 2.

Más exactamente la *Loi Le Chapelier* es un precedente de la libertad de comercio. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 58.

se expanden por todos los territorios europeos: como dicen Díez-Picazo y Gullón<sup>78</sup>, “... es un Código que afirma el primado del individuo, de su **igualdad ante la ley** fuera de las circunstancias de su condición social, y de su libertad...”, que tienen su máxima expresión en el principio de autonomía de la voluntad; principio que, como es sabido, está en el origen de nuestro moderno Derecho privado. La objetivización del Derecho mercantil es una muestra más de la afirmación del principio de libertad de comercio que se defiende en esta época.<sup>79</sup>

37. La Revolución Industrial pedía a gritos una revolución en el Derecho, entonces incapaz de dominar toda una serie de fenómenos económicos. La libertad de comercio había tenido consecuencias inesperadas. **Eliminadas las normas corporativas medievales, los competidores se valieron de todas las armas posibles**, ya fueran nobles o innobles, **para obtener lucro**. Se habían suprimido los gremios, las corporaciones y los controles administrativos, pero **se había dejado el campo libre a los monopolios privados, a las prácticas restrictivas y a los acuerdos para eliminar la competencia**. Para Garrigues<sup>80</sup>, “de la lucha por el cliente se había pasado a la lucha contra el cliente. El régimen de la libre competencia se había devorado a sí mismo, resucitando la plaga secular de los monopolios.”

Los defectos del sistema ultraliberal produjeron las **primeras intervenciones estatales dirigidas a preservar la libertad de empresa** como fundamento del sistema económico competitivo. La Revolución Industrial supuso la producción industrial en masa que en muchos supuestos ocasionó la saturación de mercados incapaces de generar la suficiente demanda para tal cantidad de bienes de consumo. De esta forma se acrecienta la lucha competitiva. En palabras de Font Galán<sup>81</sup>, “el desequilibrio entre una oferta masiva y una demanda debilitada por el escaso poder adquisitivo de los consumidores, y la estandarización y uniformidad de la producción, aviva y encona la competencia entre productores, los cuales se sienten movidos a emplear, en el intento de vencer a sus competidores, todos los medios a su alcance, pues de la contratación de sus productos y del dominio de una mínima cuota del mercado depende su propia subsistencia económica”. Medios que, por supuesto, pueden ser lícitos e ilícitos. El ejercicio de la libertad de empresa en condiciones económicas difíciles y operada en un sistema de desigualdad económica supuso el abuso del poder de mercado, una mayor concentración del poder económico, una mayor desigualdad y, consecuencia de todo ello, la probable y no deseable desaparición de la libertad efectiva. Así, como reiteradamente se ha manifestado, se puede decir que el régimen de libertad -y, por lo tanto, la libre competencia- lleva en sí el germen de su propia destrucción.<sup>82</sup>

38. Surge entonces, otra fase en la percepción de la competencia por parte del Derecho. A finales del siglo XIX **los excesos del individualismo capitalista**

---

<sup>78</sup> Citados por Javier Viciano. *Ibidem*.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Citado en PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. *Fundamentos Históricos y Jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España*. Op. Cit. p. 19.

<sup>81</sup> Citado en VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 59.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

terminan por poner en peligro “la mano invisible” que equilibra la oferta y la demanda, aniquilando la libre competencia. El abuso de la libertad adquirida un siglo atrás reclama de nuevo la intervención del Estado.

En conjunto y generalizando, puede decirse que el siglo XIX coloca el principio de libertad de pactos en el centro del sistema económico.

### **B) El Derecho de la competencia en los Estados Unidos.**

39. La primera nación en darse cuenta de los peligros del abuso de la libertad de empresa y de pactos fue Estados Unidos, verdadero país pionero en materia de Derecho de la competencia. Curiosamente, aunque esta materia proviene de América del Norte, no nace en los Estados Unidos, sino en Canadá, cuya ley *antitrust* se anticipó en unos meses a la de sus vecinos del sur, aunque no tuvo la espectacular resonancia de su homólogo estadounidense.<sup>83</sup>

40. En Europa la transición desde el corporativismo a la libertad de emprender fue necesariamente mucho más lenta que en los Estados Unidos, quizá porque desde su nacimiento el joven país surgido de la revolución republicana norteamericana siguió los postulados económicos “desregulatorios” de su hermana mayor, la Revolución Francesa. Ya a mediados del siglo XIX algunos como el filósofo e historiador francés Alexis de Tocville, en su tratado *De la Démocratie en Amérique*, citaban el ejemplo de los Estados Unidos como modelo de referencia.<sup>84</sup>

**La libertad de empresa aparece como presupuesto y componente del sistema económico en que se basa el Derecho norteamericano**, que es donde se origina el concepto de la libre competencia por reunir los Estados Unidos la doble condición de ser la democracia más consolidada y la economía más potente.<sup>85</sup>

41. El espectacular desarrollo de las normas *antitrust* en los Estados Unidos se debió probablemente a que la economía y la sociedad estadounidenses eran el caldo de cultivo idóneo para el nuevo Derecho. *Ex ovo*, el sistema económico norteamericano se basaba en la libre empresa. Nunca existieron rémoras gremiales o corporativas como las conocidas en el viejo continente, y el individualismo capitalista de sus gentes desconfiaba visceralmente de la intervención pública en la economía y de la concentración del poder económico en manos de unos pocos empresarios privados.

A finales del siglo XIX los Estados Unidos atravesaban por un periodo de fuertes turbulencias económicas y sociales características de la Revolución Industrial en ese país.

---

<sup>83</sup> En estos países habían triunfado a nivel teórico las corrientes de pensamiento de la escuela *clásica*, aunque en realidad las peculiares características políticas, económicas y sociales hicieron que en la práctica no se fomentara ningún sistema económico en particular; por ello, se daban las condiciones necesarias para que no se produjera una oposición frontal a un sistema de intervención dirigido a proteger precisamente la libertad. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 48.

<sup>84</sup> PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. *Fundamentos Históricos y Jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España*. Op. Cit. p. 20.

<sup>85</sup> SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Op. Cit. p. 43.

42. La causa del surgimiento de las disposiciones *antitrust* es la **excesiva concentración económica** que se llevaba entonces a cabo, con la creación de grandes monopolios -los famosos **trusts**- cuyas consecuencias eran el aumento de los precios a los consumidores y la limitación a la libertad empresarial por el desplazamiento de competidores.<sup>86</sup>

En esta época el pensamiento económico empieza a orientarse hacia la **economía de bienestar**, en la que **se asigna al gobierno el papel de redistribuidor de la riqueza**.<sup>87</sup>

43. La concentración económica en los Estados Unidos a finales del siglo XIX era preocupante. Los *trusts* dominaban cada vez más la floreciente economía norteamericana. **El legislador intervino para fragmentar al poder económico y garantizar el libre acceso al mercado para los nuevos entrantes**, protegiéndolos en especial de las conductas depredatorias de precios, y así nació la **Ley Sherman** o *Sherman Act* de 2 de julio de 1890, que declaró ilegal “todo contrato, asociación en forma de trust o de otra índole, o conjura que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras.”<sup>88 89</sup>

El Tribunal Supremo Americano moderó la tajante formulación de la Ley aplicando la **rule of reason**, o regla de “lo razonable”, **lo cual permitió admitir ciertos pactos, que aún siendo restrictivos de la competencia, eran positivos en términos generales para la economía**. Así, en los Estados Unidos sólo son condenados como nocivos para la economía los pactos que no producen ventajas o beneficios que los rediman, o van más allá de lo estrictamente necesario para obtener los fines aceptables que persiguen, o eliminan la competencia. La *Sherman Act* también prohibió la monopolización y los intentos de monopolizar el comercio.

<sup>86</sup> También las ideas socializadoras consecuencia de la expansión del marxismo, dieron lugar al surgimiento de estas leyes.

*During an early floor debate about his antitrust bill, Senator John Sherman expressed alarm about “the socialist, the communist, and the nihilist”.* PERITZ, Rudolph J.R. *Competition Policy in America*. New York. Oxford University Press. 2000. p. 9.

<sup>87</sup> Para Galbraith, el Estado de bienestar nació en la Alemania del Conde Von Bismarck, en el último tercio del siglo XIX. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 49.

<sup>88</sup> Esta ley tuvo su origen en un proyecto presentado al Congreso de los Estados Unidos por el Senador John Sherman, del Estado de Ohio. El proyecto, después de analizarse, fue aprobado y la ley correspondiente la expidió el presidente Harrison en julio de 1890. Mediante esta ley, el legislador estadounidense buscaba combatir los abusos y los excesos cometidos por los grandes dirigentes de la industria, en particular las conductas depredatorias de las empresas, mediante la fijación de precios entre los competidores, la modulación de las tarifas aplicadas con el objetivo de favorecer a ciertos competidores (por ejemplo, discriminación de precios), la denegación de trato comercial, la depredación de precios de bienes o servicios; conductas abusivas que sólo buscaban desplazar del mercado a los competidores. Algunos de los que fueron denominados *robber barons* o *barones ladrones* eran Cornelius y Williams Vanderbilt, Daniel Drew, Jay Cooke, Jay Gould, Andrew Carnegie, J. P. Morgan, D. Rockefeller, y se movían en áreas como el transporte ferroviario, la banca y el acero, entre otros. PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERREAU, Renato Roberto. *Derecho de la Competencia Económica*. México, Oxford University Press, 2002. p. 149.

<sup>89</sup> Por otro lado, es importante mencionar que se consideraba que esta ley readoptaba los principios sobre *restricción del comercio* establecidos en el *Common Law*. El propio Senador Sherman dijo que la ley que lleva su nombre “... *does not announce a new principle of law, but applies old and well recognized principles of the common law*”. GELLHORN, E. *Antitrust law and economics*. Minne. West Publishing Co. 1986. p. 20. *apud*. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 72. Vid. nota al pie n° 217.

44. Otra norma de importancia capital fue la Ley *Clayton*, o *Clayton Act* de 15 de octubre de 1914<sup>90</sup>, que trata de la discriminación en los precios, de algunas concentraciones y viene a completar la *Sherman Act*, determinando sus condiciones de aplicación.

44. Por último, en este breve repaso de las principales leyes *antitrust* estadounidenses, el mismo año 1914, la Ley de la *Federal Trade Commission*, o *Federal Trade Commission Act* completa la *Clayton Act* al crear una agencia federal independiente encargada de reprimir las prácticas restrictivas de la competencia en el interés público. El papel de esta institución (FTC) en la aplicación del Derecho *antitrust* fue sin duda fundamental reprimiendo las infracciones graves e indicando las líneas generales de la política de competencia estadounidense en materia de restricciones verticales, concentraciones entre empresas y operaciones internacionales.

46. Ahora bien, tanto o más fundamental para el desarrollo del Derecho *antitrust* estadounidense fue la labor de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia, que persiguió **penalmente** las infracciones de la *Sherman Act*.

Pero lo que aumentó exponencialmente la aplicación de las normas *antitrust* en los Estados Unidos fue, sobre todo, la participación de los litigantes particulares en procedimientos judiciales en reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios. La normativa estadounidense se caracteriza por permitir a los perjudicados por acciones anticompetitivas recuperar de los infractores **tres veces el importe de los daños** que puedan demostrar les ha causado una restricción de la competencia ilegal, más las cuotas, que incluyen los honorarios de abogados.<sup>91</sup>

47. El Derecho *antitrust* estadounidense posee así la originalidad de ser, **además de un Derecho administrativo sancionador** como en Europa, principalmente, un verdadero **Derecho civil y penal**, siendo **aplicado principalmente por jueces ordinarios**. Ciertamente, en Derecho *antitrust* estadounidense no hace falta pasar por una autoridad administrativa para obtener resarcimiento. Esto constituye una diferencia fundamental respecto del Derecho comunitario europeo de la competencia, quizá porque en Europa, pese a la existencia de acciones directas idóneas para obtener resarcimiento -al menos con base en el Derecho comunitario- no se han desarrollado ni los procedimientos apropiados ni una conciencia social de la gravedad de las prácticas colusorias para la economía en general y para algunos de sus participantes (por ejemplo, grupos de consumidores) en particular.<sup>92</sup>

48. El texto de las primeras leyes del Derecho de la competencia estadounidense no ha cambiado. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación que han hecho de ella los tribunales, los **objetivos** que este Derecho persigue, han evolucionado con el tiempo, se han adecuado a nuevas circunstancias y, de esta forma, se han

---

<sup>90</sup> Modificada por la *Robinson Patman Antidiscrimination Act*, del 19 de julio de 1936, por la Enmienda *Celler-Kefauver*, de 1950, que fue modificada a su vez por la Ley *Hart-Scott-Rodino*, de 1976.

<sup>91</sup> ESCUDERO, Alberto (*et al*). *Apuntes de Derecho de la Competencia Comunitario y Español*. Op. Cit. p. 26.

<sup>92</sup> PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. *Fundamentos Históricos y Jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España*. Op. Cit. p. 21.

convertido en un instrumento de primera importancia en la regulación del tejido industrial de Estados Unidos, y de su posición competitiva en el resto del mundo.

Lo que fue, en un inicio, el resultado de un planteamiento llamado en su época populista, porque estaba enfocado a garantizar la igualdad de oportunidades para quienes decidieran dedicarse al comercio o a la industria y la libertad de emprender de la pequeña y mediana industria, mediante el control de las grandes concentraciones de capital (visión distributiva del derecho de la competencia), el Derecho estadounidense de la competencia -denominado en ese país *antitrust law*- fue **transformado progresivamente para incorporar preceptos de eficiencia económica** con miras a la construcción de una política industrial del país.<sup>93</sup>

49. De acuerdo con el análisis de Bertrand Bellon<sup>94</sup>, hay cinco etapas que ilustran esta evolución: la primera (1889-1905) se caracteriza por el desmantelamiento de los carteles (los *trusts*) sin tomar en cuenta criterios de eficiencia, es decir, se sancionan todos los acuerdos que pretendan fijar los precios del mercado o segmentarlo, a fin de establecer las bases de una igualdad en los mercados para todos los agentes económicos y para brindarles posibilidades de acceso y permanencia en dichos mercados. El criterio se fundamenta en un principio de justicia distributiva.

En una segunda etapa (1906-1920) se establece una serie de excepciones al Derecho de la competencia, sobre todo respecto de la agricultura, la pesca, las empresas públicas o reguladas y los carteles de exportación. Se trata de una época en la cual se precisan los objetivos de la disciplina y en la que puede verse con mayor facilidad que existen sectores de la economía que requieren un análisis particular respecto de las normas del Derecho de la competencia.

La tercera etapa (1920-1938) se caracteriza por la flexibilidad con la que los tribunales aplican las disposiciones *antitrust*, en particular debido a la gran crisis económica que atraviesan los Estados Unidos, y se considera que una empresa no viola la ley si ésta no controla 50% del mercado. Cabe destacar que, de conformidad con la *National Industrial Recovery Act*, se suspenden de 1933 a 1935 las acciones *antitrust* en contra de las empresas involucradas. Esta etapa deja claro el principio de que el derecho de la competencia debe aplicarse para la prevención de acciones que pueden llegar a interrumpir el libre desarrollo de los mercados cuando éstos existan y se encuentren en pleno funcionamiento.

La cuarta etapa (1938-1970) se distingue por la extensión del ámbito de aplicación de las leyes de competencia y se combaten nuevamente las concentraciones en el mercado, así como de toda barrera para la entrada de nuevos competidores y las guerras de precios. La jurisprudencia elabora nuevos conceptos clave para sancionar conductas complejas, mediante una interpretación más detallada de los textos legislativos básicos.

---

<sup>93</sup> Tanto es así que desde esa época las cuestiones de competencia se estudian en la economía dentro del tema de Desarrollo Industrial.

<sup>94</sup> Citado en PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERREAU, Renato Roberto. *Derecho de la Competencia Económica*. Op. Cit. p. 150 y 151.

Finalmente, la quinta etapa (en la actualidad) se caracteriza por la consideración de otros criterios, entre los cuales se encuentra la estructura industrial involucrada y su entorno competitivo global, la eficiencia económica con la que tal o cual empresa contribuya a la eficiencia del desarrollo de los mercados y todos aquellos elementos que alienten la competencia o que al menos no la entorpezcan. Estos criterios se tomarán en cuenta antes de decidir si una conducta cae dentro del régimen de la prohibición absoluta (*per se*) que dictan las leyes de competencia o se trata de una conducta que debe ser analizada con base en los criterios de la regla de la razón (*rule of reason*).

### **C) El Derecho de la competencia en los países europeos.**

50. En el viejo continente, el Derecho de la competencia, y concretamente el concepto de abuso de posición dominante, homólogo europeo de la infracción de "monopolización" estadounidense, **aparece por primera vez en el Derecho alemán**. El 2 de noviembre de 1923, y como consecuencia de la crisis económica que atravesó Alemania tras la Primera Guerra Mundial, se adoptó una "*Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico*". Frente al principio americano de la prohibición, la Ordenanza se basaba en el principio europeo del abuso o *Missbrauchsprinzip*. No contenía normas prohibitivas de los cárteles, sino que más bien establecía un control estatal de los abusos. El Gobierno alemán se reservaba la posibilidad de solicitar la anulación de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia ante un tribunal especial (*Kartell-gericht*) en aquellos casos en que se amenazase la economía del país o se perjudicase el interés público.<sup>95</sup>

51. No fue, sin embargo, hasta la segunda mitad del siglo XX que Europa occidental hizo abiertamente suya la idea de que los mercados funcionan mejor dejados a su libre albedrío que tutelados por el Estado o por los propios participantes en esos mercados. Para plasmar normativamente esta convicción, los países europeos se inspiraron en el sistema jurídico *antitrust* estadounidense, que en 1990 celebró su centenario.<sup>96</sup>

En efecto, tras la segunda guerra mundial nace una nueva Europa, que se reconstruye con la ayuda de los Estados Unidos y su "Plan Marshall". La prohibición de los cárteles y de los monopolios en la República Federal Alemana y en el mercado común del carbón y del acero viene en parte impuesta por las autoridades norteamericanas, que los consideraban parcialmente responsables del rearme alemán en el periodo de entreguerras.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> El ministro de economía tenía facultades para pedir a un Tribunal especial su anulación.

<sup>96</sup> Señala el profesor D. Javier Viciano, que por las mismas fechas en que en los Estados Unidos se adopta la *Sherman Act*, en Europa se construyen las doctrinas jurisprudenciales y legislativas que adaptan los preceptos que establecen la responsabilidad civil extracontractual a las nuevas necesidades derivadas de la competencia empresarial. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 60.

<sup>97</sup> No es, pues, exagerado afirmar que "los principios americanos de la legislación *antitrust* penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania". Esta frase del Profesor Garrigues - citado por D. Rogelio Pérez-Bustamante- ilustra muy bien la influencia del Derecho *antitrust* americano en Europa, y su responsabilidad directa en la sustitución del principio del abuso por el principio de la prohibición.



52. Así, recién acabada la segunda guerra mundial, ante el temor al rearme germano, los aliados imponen a Alemania, unas *Ordenanzas militares* para descartelizar su estructura productiva (carbón, acero). En 1957, sin embargo, Alemania, ya con la independencia política recobrada, promulga una *Ley contra las restricciones limitaciones a la competencia*, que representa un compromiso entre las dos épocas, antes y después de la guerra.<sup>98</sup> Esta ley prohíbe, en general, los acuerdos restrictivos de la competencia, pero con múltiples excepciones y autorizaciones, previa la correspondiente autorización del organismo competente o comunicación del acuerdo al Registro de Cáteles (*Kartellregister*), según el caso. También prohíbe esta ley las prácticas abusivas de empresas con posición dominante, incluyendo reglas detalladas en relación con este concepto.<sup>99 100</sup>

---

PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. *Fundamentos Históricos y Jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España*. Op. Cit. p. 22.

<sup>98</sup> Quizá sorprendiera a quienes pudieran considerar la defensa de la competencia como una **institución puramente neoliberal** que sea justamente en Alemania, República Federal entonces, **paradigma del Estado Social, la que con mayor fuerza apostó por la creación de instituciones fuertes y potentes de defensa de la competencia**, a la cabeza de todas el conocido *Bundeskartellamt*, sin duda alguna la oficina más dotada y establecida de entre todas las autoridades de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea. La explicación puede encontrarse en el rechazo explícito al sistema de cáteles de la industria pesada alemana, especialmente la del acero y armamentos, que constituyeron la base de los poderes económicos en que se apoyó el *Reich* para ascender políticamente y hacerse con el Estado. Tras la caída del Tercer *Reich* el entramado de intereses industriales y políticos quiso ser explícitamente roto y, consecuentemente, toda la concepción política que subyacía tras el mismo. Ello unido a una difusión del concepto de Estado Social, que, entre otros elementos, se apoya en la difusión de la propiedad empresarial y en la lucha anticonglomerados. SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Op. Cit. p. 65 y 66.

<sup>99</sup> La Ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) de 27 de julio de 1957, en vigor desde 1958, ha tenido seis modificaciones desde entonces ([http://www.bundeskartellamt.de/competition\\_act.html](http://www.bundeskartellamt.de/competition_act.html)). Como cuerpo de normas de origen legislativo, **las normas alemanas sobre competencia constituyen el sistema más detallado y minucioso de regulación en la materia existente en la actualidad**. Pueden, así, obtenerse de su estudio, numerosas formulaciones legislativas de ciertos principios que en otros sistemas jurídicos sólo hallan expresión jurisprudencial y, como tal, relativamente imprecisa. El análisis doctrinario de estas reglas, sólo comparable, en sus extensión y profundidad, al estadounidense, realza su interés. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 102.

<sup>100</sup> Como es sabido, durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial las grandes empresas alemanas apoyaron a Hitler en su ascenso y permanencia en el poder -a semejanza de los *zaibatsu*, que habían alentado el militarismo japonés-. El III Reich impuso una política de cartelización obligatoria mediante la *Zwangskartellgesetz* de 15 de junio de 1933, que fue completada por varios reglamentos, dictados entre 1934 y 1943. En consecuencia se acordó por los Aliados la disolución de los cáteles alemanes (art. 12 del Acuerdo de Postdam de 12 de agosto de 1945), para lo cual el gobierno militar de ocupación formado por norteamericanos, ingleses y franceses elaboró en 1947 una normativa *antitrust* (Ley n° 56 del Gobierno militar norteamericano de 28 de enero de 1947, Ordenanzas n° 78 del Gobierno militar británico y n° 96 del Alto Mando francés en Alemania de 9 de junio de 1947), que estuvo en vigor hasta 1958 (si bien la competencia para la aplicación de aquella legislación fue transferida al Ministerio Federal de Economía en 1955). Sería erróneo pensar que el actual Derecho alemán de la competencia es fruto exclusivamente de aquella imposición coactiva. En realidad los alemanes asumieron -consciente y sinceramente- como propia la defensa de la competencia. Sin esta general aceptación, la legislación antimonopolio no hubiera conseguido ni la implantación que tiene en aquel país ni el desarrollo que ha alcanzado. Bien es verdad que este reconocimiento ha sido producto de un cúmulo feliz de acontecimientos: los Estados Unidos subordinaron la ayuda del Plan Marshall al cumplimiento de varios requisitos -uno de los cuales era la existencia de una economía de libre empresa-, las empresas estadounidenses realizaron importantes inversiones en la República Federal de Alemania, el legislador alemán -como se comprobó durante la elaboración de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* de 1958- participaba de las concepciones del neoliberalismo y, con el denominado *milagro alemán*, se difundió la idea de que la libre competencia era favorable para las empresas alemanas. Que esto es así lo acredita el que, años más tarde, **las normas sobre competencia contenidas en el Tratado de Roma de 1957 se adoptasen a**

53. En el Reino Unido, la política nacionalizadora laborista<sup>101</sup> de la posguerra convierte en monopolios públicos los monopolios privados. Se dicta la *Monopolies and Restrictive Practices Act* (1948), se promulga una ley que crea la Comisión Consultiva de Monopolios y Prácticas Restrictivas (1953) y se aprueba la *Restrictive Trade Practices Act* (1956) que crea un Registro de acuerdos restrictivos y un Tribunal especial.<sup>102</sup>

54. Otros países europeos van incorporándose a esta corriente y, así, Francia aprueba en 1953 un decreto donde se fijan las normas de competencia y se condenan los acuerdos restrictivos; Noruega promulga una ley en 1953; Dinamarca en 1955 hace lo propio; Bélgica dicta la Ley contra los Abusos del Poder Económico en 1960; y España, en 1963, influida por los Estados Unidos<sup>103</sup>, promulga la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia.<sup>104</sup>

---

propuesta de la delegación alemana (Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack). CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 269.

<sup>101</sup> Sorprende que, por razones basadas en la *tesis de la democracia económica* que pretendía dispersar el poder económico de los grandes conglomerados, siempre desde luego en un contexto de libertad económica y de respecto a la iniciativa privada, haya sido el partido laborista inglés el que en 1948 creara el derecho *antitrust* en el Reino Unido. SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Op. Cit. p. 65.

<sup>102</sup> En el Reino Unido, como antes se mencionó, varios siglos antes de la sanción de la legislación referida, existían ya antecedentes jurisprudenciales que consideraban a los actos restrictivos de la competencia como nulos y susceptibles de fundar acciones de daños y perjuicios. Ver primer párrafo de la página 21 y nota al pie nº 71.

*In the UK competition law has developed in a haphazard way. Since 1948, there have been several statutes extending the scope of the law and adding new tiers of control, but this has led to a complex system that lacks internal coherence. Part of the law is judge-made in the form of the common law doctrine of restraint of trade, whose roots extend back to the Middle Ages. Statutory control of various types of monopolistic conduct can be traced back at least to the thirteenth century.* WHISH, Richard. *Competition Law*. Op. Cit. p. 25, 49.

Debe mencionarse que las normas británicas sobre competencia resultan de interés pues bajo ellas han hallado desarrollo diversos conceptos, como el de interés público, que no cuenta con una elaboración similar en otras legislaciones. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopolístico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 106.

<sup>103</sup> España en estas épocas se encuentra excluida del proceso de integración europea y se dota por primera vez de normas *antitrust* a través de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, ordenamiento que se inspiró en los entonces artículos 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. No obstante, la aplicación de este ordenamiento español distó de ser satisfactorio.

Tras la Segunda Guerra Mundial, tuvo que aceptarse por las autoridades españolas del régimen franquista la imposición que el Departamento de Estado norteamericano estableció con ocasión de la firma de los acuerdos entre ambos Estados. En concreto, el Convenio sobre Ayuda Económica, de 26 de septiembre de 1953, entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno español fijó en su artículo 2. 1. e) que el Estado español asumía el compromiso de “desalentar las prácticas y arreglos comerciales que tengan carácter de monopolio o cártel de los que resulte una restricción de la producción y un aumento de los precios o que pongan trabas al comercio internacional.” Era más que evidente que la apertura del mercado español, frente a la doctrina oficial de la autarquía, estaba pensada desde la óptica concreta de los intereses de las empresas norteamericanas, que veían una restricción enorme a sus capacidades de expansión en España en el conjunto de barreras de todo tipo que existían en la doctrina económica oficial del régimen franquista, el cual, necesitaba tanto el reconocimiento oficial de los Estados Unidos de que estaba integrado ese régimen en el mundo occidental, como las necesarias inversiones extranjeras que dinamizaran la oferta de productos de los que la población carecía en gran medida, al mismo tiempo que, en línea contraria a la anterior, quería preservar su mercado para continuar garantizándose el apoyo de los colectivos, corporaciones y capital, que eran la base de dicho régimen. Tal acuerdo, acatado pero no cumplido, permitió al mismo tiempo que, junto con la instalación de bases militares, viniera selectivamente algún capital norteamericano en apoyo limitado de las inversiones que el ideario

55. En la posguerra, al tiempo que se generaliza la política de defensa de la competencia, se producen los primeros atisbos de internacionalización de la misma, en la Carta de la Habana (1948), en el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951), y en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957), disponiéndose este último a la *creación de un régimen dirigido a garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado común*.

#### **D) El Derecho de la competencia en la Europa comunitaria.**

56. Puede decirse que tras la segunda guerra mundial, **la implantación del Derecho de la competencia en Europa está intrínsecamente ligada al proceso de integración.**

En la década de los cincuenta, seis Estados europeos (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos)<sup>105</sup> firman los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, que constituyen la fuente originaria del Derecho comunitario<sup>106</sup>. Este ordenamiento goza de primacía respecto de los Derechos nacionales de los Estados miembros, de tal forma que en caso de contradicción entre el Derecho comunitario y el nacional, prevalece el primero. Además, según el principio del efecto directo del Derecho comunitario reconocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aquél genera derechos y obligaciones no sólo frente a los Estados miembros, sino también frente a los particulares, por lo que en determinadas circunstancias puede ser invocado por éstos ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

El gran desarrollo del Derecho comunitario se debe precisamente a la autonomía de sus normas con respecto a los ordenamientos nacionales y a estas dos notas características (primacía y efecto directo) que aseguran su supervivencia. Por otra parte, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas ya establecían desde un principio, al modo del Derecho *antitrust* estadounidense, normas de

---

autárquico no estaba en condiciones de subvenir. SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Op. Cit. p. 270 y 271.

En 1989 el legislador español tuvo a bien derogar la Ley 110/1963 y sustituirla por la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que supuso una mejora sustancial en la eficacia de las normas de competencia vigentes desde 1963. El fracaso de la Ley 110/1963 viene reconocido explícitamente en la exposición de motivos de la nueva ley, y está también inspirada en la normas comunitarias europeas.

<sup>104</sup> PASCUAL Y VICENTE, Julio. *La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy*. Op. Cit. p. 12.

<sup>105</sup> Actualmente la Europa comunitaria está integrada por 25 Estados: los seis miembros originarios más Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (incorporados en 1973); Grecia (1981); España y Portugal (1986) -en 1992 se crea la Unión Europea-; Suecia, Finlandia y Austria (1995); y Estonia, Lituania, Letonia, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Eslovenia, Malta y Chipre (2004).

<sup>106</sup> El Derecho comunitario tuvo como fuente originaria tres Tratados: el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París, en 1951; el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE); y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa). Estos dos últimos se firmaron en Roma en 1957 y entraron en vigor en 1958 para un periodo ilimitado. A diferencia, de los Tratados CECA y CEEa, el Tratado CEE tiene por ámbito de aplicación a todos los sectores de la economía, por los que sus normas son de hecho las más conocidas y aplicadas. En 1992 los Estados miembros de las Comunidades Europeas firmaron en Maastricht un cuarto Tratado, el de la Unión Europea (UE) con el fin de profundizar en el proceso de integración política europea.

defensa de la competencia al prohibir los **acuerdos colusorios** y los **abusos de posición dominante**.

57. El primero de los Tratados comunitarios en tener normas de competencia fue el constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) firmado en París en 1951. Este Tratado creó el mercado común del carbón y del acero, al mismo tiempo que prohibía los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia y los abusos de posición dominante. Los Estados firmantes decidieron así poner en común, bajo la supervisión de una única Alta Autoridad (después llamada Comisión Europea), su producción de carbón y acero, que entonces eran consideradas las materias primas indispensables para un eventual rearme de Francia y, sobre todo, de Alemania. Por consiguiente, la Europa de las Comunidades tiene por objetivo, en palabras del entonces Ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, que toda guerra entre Estados europeos devenga no solamente impensable, sino materialmente imposible.<sup>107</sup>

La historia ha mostrado la parte de culpa de los cárteles de entreguerras en el rearme de Alemania, donde florecieron sobre todo en la industria pesada, y fueron utilizados por el régimen nazi para la producción masiva de armas. En el año 1951, los redactores del Tratado CECA, al plantear decididamente la lucha contra los cárteles y los monopolios en el sector del carbón y del acero, tuvieron en mente, sin duda, la experiencia anterior a la guerra.

58. En 1957 se firma el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE<sup>108</sup>), que siguiendo el modelo del Tratado CECA establece un mercado común ya no limitado al carbón y al acero, sino a cualquier tipo de producto o servicio. Dado su alcance general, las normas de este segundo Tratado que prohíben los acuerdos restrictivos y los abusos de posición dominante se aplican a todos los sectores de la economía.

59. Las normas de competencia contenidas en los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas regulan la actividad económica con **varios fines**. Por un lado, **se proponen derribar las "fronteras invisibles" entre Estados miembros**, es decir, los pactos entre empresas cuyo objeto o efecto es el reparto de los mercados nacionales. En segundo lugar, **sirven para controlar las actividades de las grandes empresas**, velando por la permanencia de una pluralidad de centros de decisión económica independientes, y evitando que puedan abusar de su poder económico en caso de que sus competidores hayan desaparecido en la lucha competitiva. En tercer lugar, **pretenden racionalizar la producción y mejorar la distribución de los productos**, así como favorecer la adaptación continua al progreso tecnológico, con el fin de que las empresas europeas sean competitivas en los mercados mundiales. Por otra parte, más allá del Derecho *antitrust*, **procuran que las ayudas** concedidas por los Estados miembros a las empresas **no falseen la competencia** y sean compatibles con el mercado común.

---

<sup>107</sup> ESCUDERO, Alberto (*et al*). *Apuntes de Derecho de la Competencia Comunitario y Español*. Op. Cit. p. 28.

<sup>108</sup> En virtud de los acuerdos de Maastricht, firmados en 1992, la Comunidad Económica Europea pasó a denominarse Comunidad Europea (CE).

60. Los Tratados comunitarios no definen el concepto de “competencia”, y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha optado pragmáticamente por no ser excesivamente explícito, no obstante, ha dado una serie de líneas directrices, y se ha referido, entre otras, en su Sentencia *Continental Can*, de 21 de febrero de 1973, a la “competencia efectiva”, antes que a la competencia perfecta de los economistas clásicos. **No se trata de conseguir una competencia pura o perfecta, sino de conseguir un nivel aceptable de competencia entre operadores (*workable competition*).**

61. Dentro del Tratado CE las normas de defensa de la competencia se contienen en los artículos 81 y 82, que con la numeración previa al Tratado de Amsterdam eran los artículos 85 y 86<sup>109</sup>.

El 81.1 prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia. En los apartados a), b), c), d), y e) de este artículo se enumeran una serie de conductas prohibidas, a título de ejemplo. Por su parte, el artículo 82 declara incompatible con el mercado común y prohíbe la explotación por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de él.

El Tratado CE no hace mención alguna del control de concentraciones, a diferencia del Tratado CECA, que en su artículo 66 había instaurado un régimen de control previo de las operaciones de concentración empresarial en el sector siderometalúrgico. No obstante, a finales de los años 80, ante la insuficiencia de los artículos 81 y 82 para controlar este tipo de operaciones y la complejidad creciente de la economía, el Consejo de Ministros Comunitario adoptó el Reglamento 4064/89, de 21 de diciembre de 1989, otorgando poderes específicos de control en este sentido a la Comisión Europea.

Por último, el Tratado CE también vela específicamente por que la competencia no sea vea falseada por la actuación de las empresas públicas o de las entidades que disfrutan de derechos especiales o exclusivos (artículo 86 CE), y por la concesión de ayudas públicas a las empresas (artículos 87 CE y siguientes).

62. La evolución histórica-económica nos demuestra que los modelos *antitrust* existentes no son el resultado de azar. El Derecho siempre ha sido heredero del debate político-económico y las normas jurídicas que regulan la libre competencia entre las empresas lo son todavía más.

## **2. Principales sistemas *antitrust* de influencia internacional.**

63. En la actualidad las legislaciones de competencia están tomando gran importancia en todas partes del mundo. Hasta abril de 2002, señala Michael G.

---

<sup>109</sup> En 1997 los Estados miembros firmaron el Tratado de Amsterdam, que entró en vigor en 1999. Este Tratado simplificó la nomenclatura empleada en el Tratado de Roma, y reenumeró sus artículos.

Egge<sup>110</sup>, más de 107 países contaban con ordenamientos en la materia, habiendo sido adoptados la mayoría de ellos en la década anterior, e igualmente en este lapso, ha tomado fuerte auge la defensa de la competencia en países donde ya existían anteriormente legislaciones al respecto.<sup>111</sup>

El acogimiento general a nivel mundial de ordenamientos de competencia ha obedecido principalmente, por un lado, al desplome del socialismo<sup>112</sup> como opción viable para organizar el sistema económico de un país, por lo que la mayor parte de las economías del mundo se organizan, hoy en día, bajo el modelo de economía de **libre mercado**.<sup>113</sup>

Por otra parte, la adopción de medidas legales *antitrust*, ha sido también propiciada por la **influencia de organizaciones internacionales** como la Unión Europea, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, por ejemplo; así como por la globalización del comercio. Han surgido convenios bilaterales o regionales de libre comercio e inversión durante las últimas décadas. Convenios que han pretendido asegurar el acceso a los mercados, e impedir conductas que limiten la participación de competidores.

64. Destaca el caso de la Unión Europea, donde se ha implantado un sistema de defensa de la competencia muy dinámico para impedir la creación de monopolios intrarregionales que frenen los beneficios de la integración económica y, adicionalmente, para evitar que los países de la Unión establezcan condiciones anticompetitivas que pudieran crear barreras a los mercados y limitar el flujo de inversión entre los miembros.

65. No obstante, no hay que olvidar que Estados Unidos es considerado el país pionero en materia de Derecho de la competencia, aunque, como antes se mencionó, realmente la primera nación que se dotó de una Ley *antitrust* fue Canadá, que se anticipó en unos meses a aquel país. Pero ha sido el Derecho estadounidense el que ha tenido mayor influencia sobre los ordenamientos concurrenciales adoptados a lo largo del siglo XX en el mundo occidental.

66. Aunque el Derecho comunitario de la competencia se encuentra todavía en una epata temprana de formación en comparación con el de los Estados Unidos, hoy por hoy, tanto los países de Europa como el gobierno comunitario, se han convertido no sólo en eficaces guardianes de la competencia en su territorio, sino

---

<sup>110</sup> EGGE, Michael G. El beneficio de la duda y el Derecho de la Competencia en Estados Unidos y la Comunidad Europea. /en/ *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Marzo/Abril 2002. No. 218. p. 52.

<sup>111</sup> Como es el caso España, donde la legislación *antitrust* existía desde 1963.

<sup>112</sup> Desde la caída del muro de Berlín.

<sup>113</sup> Las economías antes socialistas, ahora llamadas en transición, al mismo tiempo que han desmantelado sus aparatos burocráticos, han adoptado medidas legales de defensa de la competencia para evitar que las reformas económicas generen una concentración económica excesiva, que induzca a prácticas anticompetitivas y el surgimiento de monopolios privados. Muchos de los países en vías de desarrollo también han dado importancia creciente a las políticas de liberalización económica, con reformas económicas que incorporan la política de competencia como elemento importante. SÁNCHEZ UGARTE, Fernando. *La política de competencia en el desarrollo económico*. México. Comisión Federal de Competencia. 2002. p. 5.

que enfrentan, además, los ataques cada vez más frecuentes de los cárteles internacionales.

67. Así, la implantación a nivel mundial del Derecho de la competencia en los últimos años ha estado influida principalmente por los sistemas de los Estados Unidos y de la Unión Europea.

La mayoría de los países han adoptado uno u otro modelo de aplicación de la legislación de defensa de la competencia, y algunos como México han adoptado elementos de ambos sistemas.

Pero prácticamente todos los países observan muy de cerca las novedades que se producen en Estados Unidos y en la Unión Europea, y a menudo adaptan sus políticas y prioridades siguiendo uno u otro modelo, o ambos, dependiendo en ocasiones de cuestiones concretas.

68. El pilar principal en la historia del desarrollo de la legislación regulatoria de la competencia está dado, en el Derecho comparado, por la sanción en 1890 de la llamada Ley *Sherman*<sup>114</sup> en los Estados Unidos. Esta Ley, notablemente simple<sup>115</sup>, imprecisa<sup>116</sup> y breve<sup>117</sup>, en cuanto a su texto se refiere, ha dado lugar, a través de una enorme labor judicial, a un cuerpo de normas y principios que constituye una de las ramas más complejas del Derecho del citado país.

69. Igualmente, el desarrollo de la legislación regulatoria de la competencia experimentó, en el ámbito del Derecho comparado, un importante impulso mediante el Tratado de Roma de 1957, por el que se constituyó la entonces, Comunidad Económica Europea (CEE). Los artículos 85 y 86 (actuales 81 y 82)<sup>118</sup> de dicho Tratado sentaron las bases para las regulaciones comunitarias relativas a la competencia, creando así, en cada país miembro de la nombrada Comunidad, una estructura mínima de protección de la competencia a los mercados, sin perjuicio de las normas nacionales sancionadas sobre el mismo tema.

---

<sup>114</sup> También llamada *Ley Sherman Antitrust*. Esta Ley fue sancionada el 2 de julio de 1890; está incluida en los artículos 1º a 7º del tomo 15 del Código de los Estados Unidos (15 U.S.C. §§ 1 a 7). Fue modificada en varias oportunidades, destaca recientemente la realizada mediante la Ley del 12 de diciembre de 1975 (*Public Law 94-145*). Ha sido complementada, a su vez, por la llamada *Ley Clayton* (Ley del 15 de octubre de 1914; 15 U.S.C. §§ 12 a 27), la que también ha sido objeto de numerosas modificaciones, y por la llamada Ley de la Comisión Federal de Comercio (Ley del 26 de septiembre de 1914; 15 U.S.C. §§ 41 a 51), reformada en diversas ocasiones, todo ello sin perjuicio de otras normas complementarias, como la Ley de Procedimiento Civil *Antitrust* (15 U.S.C. §§ 1311 a 1314) y otras que regulan actividades determinadas (Bancos, ferrocarriles, etc.), alterando, en mayor o menor medida, la aplicación de la Ley *Sherman* sobre esos renglones de la economía.

<sup>115</sup> La Ley *Sherman* se limita a fijar, en sus tres primeros artículos, los tipos punibles, a disponer las medidas que los tribunales competentes están autorizados a tomar a fin de asegurar la sanción de los hechos incriminados, a ordenar la pérdida de la propiedad afectada a los hechos mencionados y a definir, a los efectos de dicha Ley, el concepto de persona.

<sup>116</sup> Así, los tipos principales están dados por la “restricción del comercio” y por la “monopolización”, sin que en manera alguna se especifiquen los límites de tan amplias figuras.

<sup>117</sup> En su texto actual, la Ley *Sherman* consta de siete artículos. La legislación complementaria, sin embargo, es sustancialmente mayor. No obstante, el grueso de las normas sobre el tema se debe a la elaboración jurisprudencial.

<sup>118</sup> Artículos reenumerados en 1997 con el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en 1999.

70. Dada la importancia económica de la Unión Europea, su regulación *antitrust* ha significado un impulso de gran importancia para la difusión de la legislación tuitiva de la competencia. En tal sentido debe tenerse en cuenta que las reglas elaboradas por el Derecho estadounidense, pese a su notable detalle y al gran desarrollo doctrinal que las acompaña, presentan diversos obstáculos que impiden su recepción en terceros países.

En primer lugar, las condiciones particulares de la estructura económica de los Estados Unidos han justificado determinadas posiciones normativas de dudosa conveniencia bajo marcos productivos distintos.

En segundo término, los mecanismos de elaboración y técnica jurídica empleados por el Derecho *antitrust* estadounidense difieren de los que caracterizan a los sistemas jurídicos de raíz romana.<sup>119</sup>

Por último, las bases ideológicas de la legislación antimonopólica de los Estados Unidos distan de ser aceptadas unánimemente en otros países. Sin embargo, el mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal del Derecho estadounidense en esta materia otorga un valor preeminente a su empleo como elemento comparativo.

71. El dictado de normas jurídicas expresamente destinadas a la regulación de la concurrencia a los mercados alcanza actualmente difusión universal.<sup>120</sup>

Ahora bien, hay que destacar que, tanto el desarrollo histórico como la difusión geográfica del Derecho regulatorio de la competencia tienden a demostrar que el mismo se encuentra intensamente vinculado con el tipo de economía que ha imperado en Europa Occidental, Estados Unidos y en el mundo desarrollado, en general, a partir de la Revolución Industrial.

72. La efectiva vigencia de la legislación regulatoria de la competencia está estrechamente vinculada a la existencia de un sector industrial relativamente moderno, amplio y eficiente (estructuras existentes en países desarrollados).

73. D. Guillermo Cabenellas<sup>121</sup>, sostiene que en países con economías en desarrollo, que no cuentan con estructuras industriales avanzadas, la reglamentación de defensa de la competencia tiene escaso éxito, aún cuando se haya propiciado su implementación a través de los poderes ejecutivos y legislativos, debido a que enfrenta grandes resistencias del cuerpo social, cuando éste no ha alcanzado una etapa mínima en su desenvolvimiento económico.

---

<sup>119</sup> No obstante, se recalca, cómo lo hace el profesor José Eugenio Soriano García, que el origen de la materia es propio de la cultura anglosajona, no de la cultura latina basada en el Derecho Romano. SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Op. Cit. p. 253.

<sup>120</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 12.

<sup>121</sup> *Ibidem*.



Las economías que no han alcanzado un alto grado de industrialización no dan lugar a que los organismos estatales dirijan en medida significativa su estructura competitiva.<sup>122</sup>

En cuanto al sector industrializado que presentan las economías en desarrollo, suele tener características sociales y productivas que dificultan en buena medida la incentivación de la competencia.<sup>123</sup>

En nuestros días, el sector industrial de gran parte de los países en vías de desarrollo muestra características tan abiertamente anticompetitivas, que poco es lo que puede hacer el orden jurídico para evitar los inconvenientes de esa estructura sin crear males mayores para las economías en cuestión.<sup>124</sup>

74. Existe en las sociedades en vías de desarrollo una incongruencia entre las metas explícitamente admitidas para su evolución y las ideologías imperantes respecto de la forma en que se ha de desarrollar las actividades productivas. Así, se sostiene que deben lograrse niveles de consumo similares a los alcanzados por

---

<sup>122</sup> Tales economías presentan, por hipótesis, un sector primario proporcionalmente amplio en relación al producto total del país. Dicho sector primario, en razón de las condiciones de costos crecientes a escala que suele caracterizarlo, de la atomización de la propiedad rural y de la homogeneidad de sus productos, queda sometido, en principio, a condiciones de competencia perfecta. En tal marco, la incidencia de un régimen jurídico destinado a regular la competencia a los mercados sería escasa. Cuando el Estado interviene para modificar el funcionamiento espontáneo de tales mercados relativamente perfectos es, generalmente, para asegurar mejores condiciones a los productores o para evitar fluctuaciones de precios que, por determinadas razones, se consideran nocivas para la economía de un país. Se trata así de medidas que no se encuentran destinadas a fomentar la libre competencia o a acercar el funcionamiento de los mercados a los modelos competitivos propugnados por la teoría económica, sino por el contrario, a evitar el libre juego de la oferta y la demanda. *Ibidem*.

<sup>123</sup> Históricamente, durante el período que precedió a la Revolución Industrial, la economía presentaba características relativamente estacionarias, en las que la ampliación de los mercados se caracterizaba por lenta o inexistente. Sobre tales bases, era relativamente fácil, para los productores industriales, visualizar sus intereses comunes y escudarse en las estructuras corporativas y otras similares a fin de evitar el ensanchamiento de la oferta. La escala de producción reducida evitaba la formación de grandes agregados de capital, por vía de la restricción de la competencia, y con ello no surgían los temores propios de las sociedades industrializadas, relativos a la concentración de poder, económico y político, en pocas manos. *Ibidem*. p. 13 y 14.

<sup>124</sup> Así, la desmembración de un monopolio sobre un mercado relativamente pequeño puede llevar a la pérdida de las economías de escala de que gozaba la empresa existente.

La conformación no competitiva de los sectores industriales de los países en desarrollo surge, básicamente, de tres elementos:

a) La dimensión reducida de los mercados internos lleva a que sólo un número muy limitado de productores pueda actuar en condiciones relativamente eficientes.

b) La escasez de elementos empresarios y, en muchos casos, de capital, limita la ampliación de la oferta por vía del ingreso de nuevos productores en los sectores que experimentan distorsiones anticompetitivas.

c) Existen numerosos aspectos institucionales que tienden a evitar la competencia económica. Así, los programas de industrialización se ven acompañados de medidas proteccionistas que, a fin de alterar los precios relativos en favor de los productores industriales locales, restringen marcadamente la posibilidad de competencia de la oferta extranjera. Por otra parte, el alto grado de planificación e intervención estatal en la economía, suele verse acompañado por medidas tendientes a asegurar que únicamente los productores promovidos tengan acceso a determinados mercados. Asimismo, existen factores ideológicos y de comportamiento social que traban en buena medida el accionar de las fuerzas competitivas. Por último, en determinados estadios del desarrollo del sector industrial local, es frecuente que éste presione sobre los organismos estatales, que controla o que le son favorables, a fin de evitar la implementación de medidas que, en cuanto impulsoras de la competencia, considera lesivas para sus intereses. *Ibidem*. p. 14 y 15.

los países industrializados, pero el público rechaza la ideología competitiva que permitió ese nivel de vida.

En estos casos, la legislación de defensa de la competencia poco puede hacer para enfrentarse a un sustrato social opuesto a sus normas, y los posibles efectos de la legislación de la materia debe evaluarse con prudencia.

75. No obstante lo anterior, **los países en desarrollo necesitan leyes de competencia y deben dedicar recursos gubernamentales a la promulgación y aplicación de éstas**, ya que son tan vulnerables como los países desarrollados a las clases de medidas anticompetitivas existentes.

Hay por lo menos tres razones para creer que las leyes de competencia son especialmente importantes a medida que los países en desarrollo liberalizan sus economías:<sup>125</sup>

Primero, la mayoría de los países en desarrollo -especialmente, pero ciertamente no de manera exclusiva, los países post socialistas- tienen economías repletas de grandes empresas que dominan industrias específicas, muchas veces debido a políticas y prácticas del pasado. A medida que esas empresas son privatizadas, no reciben con agrado el surgimiento de la competencia a sus productos en el mercado nacional, y podrían emprender medidas dirigidas a disuadir la importación o distribución de esos productos rivales. Dependerá de los encargados de la aplicación de la ley impedir esas medidas a fin de asegurar que la apertura de las fronteras al comercio produzca una competencia verdadera y efectiva en los mercados nacionales.

Segundo, donde la liberalización económica ha incluido cierto desmantelamiento de los monopolios de grandes empresas, podría haber una tendencia entre los gerentes de los componentes recientemente separados de la vieja empresa a cooperar más que a competir en el mercado. Esta cooperación podría tomar la forma de acuerdos de cartel, y esos acuerdos podrían ser facilitados por la creación de asociaciones industriales cuyos miembros son todos los nuevos componentes de la antigua empresa. Al igual que con el comportamiento abusivo de las empresas dominantes, si la formación de carteles, más que la competencia, es el resultado de la liberalización, entonces muchos de los beneficios de la liberalización no llegarán a los ciudadanos. Las autoridades encargadas de la aplicación de las leyes de competencia en una cantidad de economías en desarrollo -Hungria, Perú y Polonia, entre ellas-, ya se han visto ante la tarea de proteger a los compradores mediante la dispersión de estos carteles de reciente formación.

La tercera razón está relacionada. Mucha de la población de los países en desarrollo podría enfrentar creciente incertidumbre económica como resultado de la

---

<sup>125</sup> PITTMAN, Russell. La razón de la política de competencia, especialmente para las economías en desarrollo. /en/ Perspectivas Económicas. *Política Internacional Antimonopolista y de Competencia*. Publicación Electrónica del Servicio Informativo y Cultural de Estados Unidos (USIS). Volumen 4, número 1, febrero de 1999. <http://usinfo.state.gov/journals/ites/0299/ijes/ijes0299.htm> (el autor ocupaba entonces el cargo de *Director of Economic Research and Director of International Technical Assistance Economic Analysis Group, Antitrust Division, U.S. Department of Justice*).

liberalización. Quizás la mejor respuesta a esa preocupación sea la creación de una "red de seguridad social" eficaz -adiestramiento laboral, atención médica financiada por el gobierno, beneficios de desempleo, y así por el estilo- a fin de que los que pierdan sus empleos tengan más capacidad para encontrar nuevas ocupaciones y no enfrenten la pobreza extrema mientras tanto. Pero una segunda respuesta es la promulgación, aplicación y publicación de una ley de competencia, para que la población tenga conocimiento de que la llegada del capitalismo no significa el abandono de todas las reglas y protecciones para los actores pequeños del mercado. Probablemente no sea una exageración declarar que, en algunos países, la promulgación de una ley de competencia ha sido un requisito previo a la promulgación de otras leyes de liberalización.<sup>126</sup>

**76. La implantación del Derecho de la competencia en cualquier país debe ajustarse al contexto legal, económico y social de ese país.** Nadie sugiere, ni debiera sugerir, que las legislaciones, así como las políticas en la materia, de los Estados Unidos o de la Unión Europea, se trasplanten con raíces y todo a cualquier y todo suelo extranjero.

El trasplante de las normas antimonopólicas vigentes en Estados Unidos y Europa Occidental, sin modificarlas sobre la base de las particulares condiciones en que se desenvuelven las economías de los países subdesarrollados, ha fracasado repetidamente.

77. No obstante, para el estudio del Derecho de la competencia es importante conocer estos dos sistemas donde ha tenido notable desarrollo la materia, además de que como antes se mencionó, la mayoría de los legisladores, para la adopción éstas leyes han observado estos sistemas legales, resultando éstos muchas veces el origen directo o indirecto, de distintas normas vigentes de competencia. Igualmente, algunas instituciones encargadas de la defensa de la competencia encuentran antecedentes en organismos similares existentes en estos sistemas.

78. Por otro lado, un grupo significativo de términos y conceptos empleados en la materia encuentran desarrollo y estudio en estos sistemas, que nos permiten eliminar parte de dudas y dificultades propias de la implementación de normas cuya complejidad subyacente es significativa.<sup>127</sup>

Muchos de los razonamientos que orientan a la jurisprudencia elaborada en los Estados Unidos y en la Unión Europea en el campo del Derecho de la competencia, encuentran su base en consideraciones de orden económico, que por no por fundarse directamente en los elementos jurídicos propios a cada sistema sino en juicios de hecho requeridos por tales sistemas, pueden ser extendidas, con las debidas precauciones, a la aplicación de las leyes de competencia de otros países.

Reiteramos que la importancia asignada a los sistemas *antitrust* de los Estados Unidos y de la Unión Europea, no implica el auspiciar en forma indiscriminada la

---

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> En este sentido, puede observarse que parte de la intención de los legisladores de algunos países, al repetir casi textualmente, algunas de las disposiciones que se encuentran en legislaciones extranjeras, ha sido orientar a los organismos de aplicación locales, permitiendo un mejor uso de la abundante jurisprudencia extranjera.

aceptación de sus antecedentes, a los fines de la aplicación de otras legislaciones. Debe tenerse en cuenta al respecto que muchos de tales antecedentes encuentran su justificativo y explicación en particulares condiciones económicas en que se desenvuelven los países en que han sido elaborados, faltando igual sustento a los fines de su aplicación en otros países.

### **A) El Derecho de la competencia en los Estados Unidos.**

79. La influencia de la legislación *antitrust* de los Estados Unidos es escasa si nos atenemos exclusivamente al texto de ésta. Su principal importancia radica en que la jurisprudencia, singularmente abundante, elaborada sobre la base de dicha legislación, y el singular desarrollo de su crítica e interpretación, permite encontrar antecedentes de evaluación judicial y doctrinaria de los efectos sobre la competencia.

Tal evaluación reviste interés porque, siendo las normas sobre competencia existentes en los Estados Unidos de gran amplitud y vaguedad, gran parte de la elaboración judicial y doctrinaria ha debido apoyarse en consideraciones ajenas a los textos legales enfocadas en el análisis económico y el funcionamiento de los mercados.

Los aspectos sustantivos de la legislación *antitrust* de los Estados Unidos se encuentran incorporados, básicamente, en tres leyes: la Ley *Sherman*, la Ley *Clayton* y la Ley de la Comisión Federal de Comercio.<sup>128</sup>

#### **a) La Ley *Sherman*.**

80. La Ley *Sherman*<sup>129</sup> es considerada el texto que da inicio al Derecho de la competencia en Estados Unidos. Esta ley debía constituir, según las propias palabras del senador *Sherman*, "un honesto principio de acción para determinar la frontera entre los comportamientos legales de aquellos que no serían considerados como tales conforme a derecho".<sup>130</sup> De lo anterior, que la libertad de interpretación

<sup>128</sup> No obstante, existen otras leyes dirigidas especialmente a aspectos procesales de la regulación de la competencia, sin perjuicio de las normas generales de procedimiento aplicables a ésta. Entre éstas se encuentran la Ley de Procedimiento Civil *Antitrust* (*Antitrust Civil Process Act*, modificada por la llamada "*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act*", *Public Law* 94-435, del 30 de septiembre de 1976) y la Ley de Procedimientos y Penas *Antitrust* (*Antitrust Procedures and Penalties Act*, también llamada *Expediting Act*, *Public Law* 93-528). Las leyes *Sherman*, *Clayton* y de la Comisión Federal de Comercio también incluyen normas procesales. Asimismo, existen otras leyes que guardan relación como la Ley de Investigación y Producción Nacionales Cooperativas de 1993 (que establece algunas protecciones antimonopolistas para ciertas iniciativas conjuntas de investigación y desarrollo a cargo de compañías en la misma industria), la Ley *Webb-Pomerene* (que estipula una exención antimonopolista limitada para la formación y operación de asociaciones de empresas que, de otro modo, serían competidoras, con el fin de que participen en ventas de exportación colectivas) y la Ley de Ayuda Internacional a la Aplicación de Leyes Antimonopolistas de 1994 (que autoriza a la Comisión Federal de Comercio y al Departamento de Justicia pactar acuerdos de ayuda mutua con autoridades antimonopolistas extranjeras, pudiendo intercambiar, con ciertas restricciones, pruebas de violaciones de las leyes contra monopolios y ayudarse mutuamente en las investigaciones), entre otras.

<sup>129</sup> Pese a que ha tenido varias modificaciones desde su sanción (1890) no se han alterado los tipos de ilicitud fundamentales en ella previstos. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Op. Cit. p. 77.

<sup>130</sup> 21 Cong. Rec. 2460, 1890. Citado en PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERREAU, Renato Roberto. *Derecho de la Competencia Económica*. Op. Cit. p. 152.

se haya dejado en manos de los tribunales para determinar la aplicación de ese tipo de normatividad en función de cada caso.<sup>131</sup>

81. La Ley *Sherman* prohíbe a los agentes económicos realizar sus acciones con miras a restringir los intercambios o el comercio, así como los monopolios y las tentativas de monopolizar dichos intercambios o comercio.

La violación de esta ley equivale a una confabulación destinada a restringir al comercio (*conspiracy in restraint of trade*) y constituye una conducta de naturaleza penal. Esta ley incrimina dos tipos básicos de delito: los contratos y combinaciones<sup>132</sup> que restrinjan el comercio y la monopolización<sup>133 134</sup>.

82. Por lo anterior, debido al carácter penal de esta ley corresponde al Departamento de Justicia de Estados Unidos de América (DOJ) la competencia exclusiva para todos los asuntos relacionados con la Ley *Sherman*, incluso para las cuestiones de responsabilidad civil (*damages or equitable relief*) que pudieran demandar las víctimas o terceras personas (consumidores, por ejemplo).

83. La Sección primera de la Ley *Sherman* dispone que “todo contrato, asociación bajo la forma de *trust* u otra, o confabulación con miras a restringir los intercambios o el comercio entre los diferentes Estados (de la Unión), o con los países extranjeros, serán declarados ilegales”. En la Sección segunda de esta ley se completa el dispositivo al establecer que “cualquier persona que monopolice, o trate de monopolizar, o se asocie o se confabule con cualquier otra persona o personas, con miras a monopolizar alguna parte de los intercambios o el comercio entre los diferentes Estados (de la Unión), o con los países extranjeros, será considerada culpable de fraude”.

Con estas dos secciones se establece el régimen de prohibición a los agentes económicos, pero debido a que dicha regulación se expresa en términos generales y absolutos, la labor jurisprudencial se ha enfocado a precisar su alcance.

Así, por ejemplo, el juez estadounidense tuvo que llevar a cabo, desde un principio, una aplicación distinta de la ley según estuviera ante un posible caso de conducta monopólica de tipo horizontal o vertical, sancionando las conductas que fuesen, por su naturaleza o de acuerdo con sus características, anticompetitivas en esencia.

---

<sup>131</sup> La jurisprudencia tuvo así la oportunidad de analizar la Ley *Sherman* “como una afirmación de la libertad económica transcrita en una regla de comercio, con miras a preservar una competencia libre y sin trabas. [Sus preceptos] se basan en el principio fundamental de que la interacción contenida en las fuerzas competitivas permitirá alcanzar una mejor distribución de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, el más alto nivel de calidad, así como el más grande progreso material, creando a su vez un entorno que asegure la protección de nuestras instituciones democráticas, políticas y sociales”. *Northern Pacific Railway Co. v. U.S.* 356 U.S. 1, 4, 1958. *Ibidem*.

<sup>132</sup> Art. 1º de la Ley *Sherman*, 15 U.S.C. § 1.

<sup>133</sup> Art. 2º de la Ley *Sherman*, 15 U.S.C. § 2.

<sup>134</sup> En estas condiciones, se considera que tanto las personas físicas implicadas en estas acciones como las empresas participantes pueden ser culpables de acciones fraudulentas. Las penas previstas sancionan a los particulares con una multa de hasta de 350 000 dólares, o dos veces el monto de los beneficios ilícitos o las pérdidas financieras causadas a la víctima, o con una pena de prisión hasta de tres años, o ambas penas, según lo estime el tribunal. En el caso de las empresas, pueden ser condenadas con una multa hasta de 10 millones dólares, o dos veces el monto de los beneficios ilícitos o las pérdidas financieras causadas a la víctima.

84. De lo anterior, se derivó el concepto de *restricción directa* (*naked restriction*) y de la teoría de la prohibición *per se* que sanciona automáticamente todas las "conductas... que por su naturaleza o por sus efectos, no son de utilidad social, y deben ser condenadas sin ninguna otra consideración".<sup>135</sup>

85. No obstante, progresivamente se llegó a la conclusión de que ciertas prácticas o conductas de los agentes económicos podían tener efectos procompetitivos, "fragilizando" en consecuencia la fuerte presunción de ilegalidad que existía inicialmente.

De allí se derivó la teoría de la *regla de la razón* que autoriza al juez de la causa a hacer un **balance económico** de ciertas conductas, y poder examinar sus efectos anti y procompetitivos. Si según el análisis de la conducta examinada, el juez encuentra que ésta estimula la competencia más que afectarla, entonces el régimen de la prohibición no se aplica.

### b) La Ley Clayton.

86. Con la finalidad de proteger a la iniciativa local de los grandes grupos de dimensión nacional y reducir la incertidumbre generada por la jurisprudencia<sup>136</sup>, se adoptó la Ley Clayton (15 U.S.C. § 12-27) el 15 de octubre de 1914, que complementó así el dispositivo *antitrust* originalmente previsto por la Ley Sherman, de 1890.

La Ley Clayton ha sido modificada en varias ocasiones: por la Ley Robinson-Patman, en 1936, y por la Enmienda Celler-Kefauver, de 1950, que fue modificada a su vez por la Ley Hart-Scott-Rodino, de 1976.

87. La Ley Clayton declara ilegales cuatro prácticas restrictivas: la discriminación de precios<sup>137</sup>, las ventas atadas y los contratos de exclusividad<sup>138</sup>, la adquisición de empresas competidoras (instaura un control sobre las concentraciones entre empresas)<sup>139</sup> y prohíbe que personas acumulen o ejerzan cargos directivos en empresas que compiten entre sí (directorios vinculados)<sup>140</sup>. Asimismo, unifica una serie de reglas de procedimiento en materia de investigaciones a cargo principalmente de la Comisión Federal de Comercio (FTC).

88. Por otra parte, esta ley otorga el derecho a las víctimas de una práctica de comercio desleal prohibida por las leyes *antitrust*, de demandar en juicio a la empresa o las personas que resulten responsables, por una cantidad equivalente a tres veces el valor del perjuicio (*treble damages*), así como por los costos inherentes al proceso judicial.<sup>141</sup>

<sup>135</sup> United States contra Socony-Vacuum Oil Co. 310 U.S. 150, 1940. Citado en PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERREAU, Renato Roberto. *Derecho de la Competencia Económica*. Op. Cit. p. 153.

<sup>136</sup> Principalmente en materia de ventas atadas.

<sup>137</sup> Art. 2º de la Ley Clayton, 15 U.S.C. § 13.

<sup>138</sup> Art. 3º de la Ley Clayton, 15 U.S.C. § 13ª, 14.

<sup>139</sup> Art. 7º de la Ley Clayton, 15 U.S.C. § 18.

<sup>140</sup> Art. 8º de la Ley Clayton, 15 U.S.C. § 19.

<sup>141</sup> Art. 4º de la Ley Clayton, 15 U.S.C. § 15.

89. Este texto legal básico del Derecho de la competencia en Estados Unidos se amplió con la Enmienda *Robinson-Patman*<sup>142</sup> el 19 de junio de 1936, para impedir que los grandes productores usen su poder económico e impongan condiciones excesivas o discriminen a los competidores de sus propios distribuidores y menoscaben sus facultades para competir entre ellos; y a preservar a los pequeños productores del poder de mercado de ciertos compradores que abusando de dicho poder quisieran obtener ventajas indebidas contra sus competidores menos poderosos.

90. La Ley *Clayton* se distingue de la Ley *Sherman* en que establece de manera explícita las violaciones al Derecho de la competencia; pero, sobre todo, porque denota un esfuerzo por anticipar cualquier práctica o conducta que pudiera afectar la competencia o generar un monopolio y constituir con el tiempo una violación a las disposiciones de la Ley *Sherman*. Esta característica de la Ley *Clayton*, por otra parte, representa **la esencia del Derecho de la competencia: ser una normatividad fundamentalmente preventiva.**

91. La aplicación de la Ley *Clayton* incumbe tanto al Departamento de Justicia como a la Comisión Federal de Comercio y, en lo que corresponde a su régimen jurídico, es de naturaleza civil, por lo que autoriza la acción privada. Por último, cabe señalar que la Ley *Clayton* trata de completar las lagunas que había dejado la Ley *Sherman*, en particular en materia de control de fusiones y de concentraciones.

El ámbito de aplicación de la Ley *Clayton* está claramente circunscrito al comercio interestatal dentro de Estados Unidos, o a lo que afecte a dicho comercio. Por otra parte, sólo está contemplado el comercio de bienes o de productos y se excluye el comercio de servicios, para el cual hay que referirse a los demás textos vigentes, esto es, la Ley *Sherman* o la Sección § 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio.

### **c) La Ley de la Comisión Federal de Comercio.**

92. La Ley de la Comisión Federal de Comercio tuvo su origen en una decisión de la Corte Suprema, cuando ésta precisó el alcance de la prohibición establecida en la Sección 1 de la Ley *Sherman* -en su célebre decisión *Standard Oil Co.*,<sup>143</sup> de 1911- a las restricciones irrazonables al comercio entre los Estados de la Unión.

Por lo anterior, el Senado de Estados Unidos de América solicitó un estudio de impacto que concluyó en la necesidad de crear un organismo encargado de vigilar los *métodos de competencia desleal* que de manera más general afectan a la competencia. Fue entonces, con base en la cláusula *Interstate Commerce* que otorga facultades al Congreso de la Unión para regular el comercio entre los diferentes Estados, y en particular asegurar la libre circulación de las personas y de los bienes en Estados Unidos, cuando el 26 de septiembre de 1914 se adoptó la ley que establece la Comisión Federal de Comercio (FTC).

<sup>142</sup> La *Robinson-Patman Act* regula la discriminación de precios. Ver respecto al origen de esta ley la nota al pie n° 260.

<sup>143</sup> *Standard Oil Co. v. U.S.* 221 U.S. 1, 1911.

93. Con esta ley se creó y facultó a la nueva Comisión para combatir los métodos de competencia desleal (*unfair methods of competition*) en el comercio o que afectan el comercio entre los Estados de la Unión. Posteriormente, con la Enmienda *Wheeler-Lea*, de 1938, se adicionó la facultad de velar por los consumidores conforme a la disposición que sanciona incluir “las prácticas o conductas desleales o fraudulentas (dolosas), siempre que las restricciones que implican dichas prácticas o conductas no sean contrarrestadas por un beneficio mayor para los consumidores o para la competencia; o bien, tengan un carácter irrazonable y afecten de manera sustancial al consumidor.” Así, la Ley de la Comisión Federal de Comercio declara ilegales a la competencia desleal y a las prácticas comerciales engañosas.<sup>144</sup>

94. Debe mencionarse que la Ley de la Comisión Federal de Comercio no da una definición de qué debe entenderse por métodos de competencia desleal, sino que se limita a prohibir su utilización en el comercio cuando afecte a la competencia en Estados Unidos.

El lenguaje aparentemente vago de la ley se explica porque es materialmente imposible describir todas las prácticas dolosas existentes. Cada práctica o conducta que se supone ilegal debe, por tanto, examinarse a la luz de las circunstancias en las que se dan y según la situación peculiar de cada industria.

#### **d) La doctrina *per se*.**

95. La Ley *Sherman* prohíbe en términos absolutos todas las conductas que restringen los intercambios o el comercio (*restraint of trade or commerce*). Con base en este principio de prohibición absoluta, la jurisprudencia desarrolló un concepto denominado de la **sanción automática** y que más tarde, una vez perfeccionado, fue conocido como la doctrina o regla *per se*.<sup>145</sup>

De acuerdo con esta doctrina, existe una **presunción** conforme a la cual, **todas las conductas que afecten a la competencia deben ser sancionadas** sin tomar en cuenta ningún tipo de justificación. La regla *per se* significa que una vez que el juez haya identificado una conducta o práctica anticompetitiva, debe proceder a condenarla sin tener necesidad de justificar cuáles son los efectos negativos o positivos sobre la competencia, e incluso sin determinar si ésta causó o no un perjuicio a la competencia.

96. El carácter automático de la sanción se explica por la “ausencia de razón” de dichas conductas, ya que se presumen los efectos negativos para la competencia, así como la ausencia de efectos procompetitivos.

“Existe cierto número de acuerdos o prácticas que, debido a sus efectos perniciosos (*pernicious effect*) sobre la competencia, así como a la ausencia de

<sup>144</sup> Art. 5° de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, 15 U.S.C. § 45.

<sup>145</sup> La determinación de conductas que constituyen, bajo el Derecho de los Estados Unidos, ilicitudes *per se*, es básicamente **de origen jurisprudencial**. Los jueces que la han desarrollado han recurrido constantemente a la mención de los fines y sentido de las leyes aplicadas, aunque éstas guarden un silencio absoluto sobre el tema.



virtudes favorables (*redeeming virtue*), se presumen irrazonables (*unreasonable*) y por ende son ilegales, sin que haya necesidad alguna de investigar los daños precisos causados o las prácticas de negocios que eventualmente pudieran justificarlos. Este principio de la *irrazonabilidad* en la práctica o práctica *per se*, no sólo asegura la protección de todos los interesados en contra de las restricciones prohibidas por la Ley *Sherman*, sino que también evita la necesidad de iniciar investigaciones sumamente complejas sobre los antecedentes de las actividades de la industria involucrada cuando se trata de demostrar que una conducta ha sido especialmente irrazonable, a sabiendas de que dichas investigaciones son casi siempre infructuosas cuando han sido realizadas.”<sup>146</sup>

97. Por *restricción irrazonable* el Derecho estadounidense entiende todo tipo de **acuerdos o prácticas que buscan el control del mercado mediante la eliminación de los demás competidores** (existentes o futuros) y que, por ende, afectan el libre desarrollo de la competencia.

La “ausencia de razón” en la conducta se establece cuando se demuestra que ésta tiende a controlar la libre formación de los precios o la libre determinación de la producción (*out put*) de bienes o servicios.

No importa la forma o el objetivo del acuerdo o de la práctica incriminados, sino que basta que el resultado que se busque sea la eliminación de alguna forma de competencia. En estas condiciones, dicho acuerdo o práctica será declarado irrazonable, es decir, ilegal.

98. Lo que se condena es el poder actual o potencial de controlar el mercado cuando éste permite a uno de los competidores fijar arbitrariamente los precios o la producción. No importa tampoco que se demuestre que la persona acusada de restringir el comercio no tenía la capacidad material de realizar una violación objetiva de la ley, es suficiente el elemento intencional (la confabulación para restringir el comercio) para justificar la sanción.<sup>147</sup>

99. No obstante lo anterior, en el análisis de la regla *per se* puede llegarse a requerir que no es suficiente con demostrar que el objeto o el efecto de un acuerdo o práctica es menoscabar la competencia, sino que también es necesario demostrar que dicho acuerdo o práctica carece de factores procompetitivos.

En caso de que estos factores procompetitivos llegaran a existir, obligarían al juez a examinarlos antes de pronunciarse sobre si la conducta de que se trata debe o no ser sancionada conforme a la Ley *Sherman*. La existencia de “efectos perniciosos sobre la competencia”, sumado “a la ausencia de factores procompetitivos” configuran al concepto de *restricción directa al comercio* (*naked restriction of trade*); este último concepto justifica la automaticidad de la sanción del acuerdo o práctica prohibido por la Ley *Sherman*.

---

<sup>146</sup> *Northern Pacific Railway v. U.S.* 356 U.S. 1, 5, 1958. Citado en PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERREAU, Renato Roberto. *Derecho de la Competencia Económica*. Op. Cit. p. 155.

<sup>147</sup> *United States v. Socony - Vacuum Oil Co.* 310 U.S. 150, 1940. Caso en el que se utilizó por primera vez la expresión “*per se*”.

#### e) La regla de la razón.

100. La regla de la razón (*rule of reason*) surge como un **método de interpretación de la Ley Sherman**, y apareció por primera vez en jurisprudencia en 1911.<sup>148</sup>

Este método se plantea desde su inicio como una alternativa al principio de prohibición *per se*, al establecer que **corresponde al juez evaluar los factores competitivos de una restricción al comercio y su impacto en la competencia**, obligándolo, por tanto, a sancionar únicamente aquellas restricciones irrazonables al comercio. La aplicación de este principio fue precisada pocos años después, al decidir la Corte:

"El verdadero test de legalidad consiste en examinar si la restricción impuesta sólo regula o tal vez promueve la competencia, o si por el contrario la suprime o incluso la destruye. Para solucionar este punto (y determinar si una restricción es o no razonable), la Corte debe por costumbre considerar los elementos relevantes particulares de la práctica de los negocios (en cuestión);... su situación antes y después de la restricción; la naturaleza de la restricción, así como sus efectos actuales o probables. La historia de la restricción, sus defectos presentidos (*evil believed to exist*), las razones por las cuales fue adoptada, sus propósitos o fines."<sup>149</sup>

101. Este test llamado *test de la significación competitiva*<sup>150</sup>, se limitaba al análisis económico de la influencia de la conducta sobre la competencia. Sin embargo, fue más tarde<sup>151</sup> cuando la jurisprudencia completó este test con el análisis de la eficiencia económica, el cual establece que **se deben tomar en cuenta, al evaluar una conducta o restricción al comercio, no estrictamente factores de competencia, sino todos los factores económicos que en su caso pueden promover la eficiencia económica**, por ejemplo, el mejoramiento de la producción, de la distribución, el bienestar de los consumidores, el progreso económico.

En los casos en los que las consecuencias de la conducta de los agentes económicos pudiera afectar la libre formación de los precios o la libre determinación de la producción pero dichas consecuencias no son directas, ni claras, el juez debe proceder a examinar la conducta según la regla de la razón. Esto es, tomando como base los siguientes cuatro elementos: 1. la estructura de la industria de que se trate; 2. el poder sobre el mercado de las empresas involucradas; 3. el objeto y 4. el efecto de la conducta incriminada.

Si de dicho análisis el juez encuentra que existen suficientes elementos procompetitivos, procederá a verificar si la práctica o conducta incriminada, así como la restricción que ésta ocasiona, son necesarias para alcanzar la eficiencia perseguida, y que los efectos de dicha eficiencia no son rebasados por los efectos negativos de la restricción impuesta a la competencia.

<sup>148</sup> *Standard Oil Co. v. U.S.* 221 U.S. 1, 1911.

<sup>149</sup> *Chicago Board of Trade v. U.S.* 246 U.S. 231, 1918.

<sup>150</sup> *National Society of Professional Engineers v. U.S.* 435 U.S. 679, 1978.

<sup>151</sup> *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System.* 441 U.S. 1, 1979.

102. Si al hacer el balance de todos los factores anti y procompetitivos, estos últimos son mayores, el juez descarta entonces la prohibición dictada por la Ley *Sherman*.

103. En el caso de que los factores procompetitivos no existieran o no fuesen suficientes, el juez procede a la aplicación de la prohibición *per se* y, en consecuencia, a sancionar la conducta y a sus autores.

Cabe destacar que la aplicación de la regla de la razón no exceptúa necesariamente la conducta incriminada del régimen de prohibición absoluta establecido por la Ley *Sherman*, sino que sólo obliga al juez a examinar si existen factores procompetitivos suficientes para exonerar dicha conducta. En otras palabras, para que una conducta se examine según la regla de la razón, debe constituir previamente una restricción al comercio (*ancillary restraint*). Corresponde a las partes, en todo caso, probar la existencia de los factores procompetitivos que argumentan.

#### **f) Autoridades estadounidenses responsables de la aplicación de las leyes de competencia.**

104. En Estados Unidos, como ya se ha hecho mención, dos son las autoridades que dirigen conjuntamente las investigaciones y la aplicación de las leyes antimonopolistas: la División Antimonopolio del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (FTC), una agencia gubernamental independiente.

Con frecuencia, una u otra agencia emprende la evaluación de una fusión de empresas o una investigación antimonopolio por tener mayor experiencia en un área determinada.<sup>152</sup> Dado que las dos agencias tienen jurisdicciones paralelas para investigar fusiones y conductas que pueden ser anticompetitivas, se ha elaborado un procedimiento de adjudicación rápida de las cuestiones individuales entre ambas agencias.

105. Otras agencias federales intervienen en evaluar las fusiones en las industrias que reglamentan, como el Departamento de Transporte, que regula las fusiones de compañías aéreas y la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) para las fusiones en la industria de las telecomunicaciones.

106. La misión de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia es promover y proteger la competencia mediante la aplicación de las leyes antimonopolistas, las que se aplican en Estados Unidos en todos los niveles del comercio, en prácticamente todas las industrias, incluso manufacturera, del transporte, y distribución y mercadeo.

107. La División Antimonopolio inicia acciones judiciales por violación de las leyes antimonopolio, al entablar **casos criminales** que pueden resultar en **multas** de hasta 10 millones de dólares para corporaciones, 350.000 dólares para otras

---

<sup>152</sup> Por ejemplo, en una reciente fusión de las empresas British Petroleum y Amoco Oil, la FTC tomó la iniciativa debido a su mayor experiencia en administrar fusiones de compañías petrolíferas.

entidades, y hasta tres años de **prisión** para individuos, o **una combinación de multas y encarcelamiento**. Conforme a la Ley Sherman, el Departamento también puede demandar a una corporación o individuo por daños triples cuando el comprador de los bienes o servicios afectados es el gobierno de Estados Unidos.

108. Cuando no corresponde el enjuiciamiento penal, la División inicia un juicio civil al procurar una orden judicial que prohíba las violaciones futuras de la ley y exija medidas para remediar los efectos sobre la competencia de violaciones anteriores. La labor de la División depende de la cooperación con los procuradores generales federales a nivel estatal y, en forma creciente, con las agencias encargadas de aplicar las leyes antimonopolistas de países extranjeros.

109. La Comisión Federal de Comercio, cuyo mandato es promover un comercio justo, **supervisa la política antimonopolista** de Estados Unidos, al asegurar el cumplimiento de una variedad de leyes federales antimonopolistas y de protección del consumidor, **con el fin de asegurar que los mercados estadounidenses operen en forma competitiva, vigorosa, eficiente y libre de restricciones indebidas.**

Si bien la Comisión trabaja en conjunción con la División Antimonopolio del Departamento de Justicia, es una agencia independiente. La FTC puede procurar una orden judicial que prohíba violaciones futuras de la ley y en algunos casos puede aplicar multas.

La FTC también se ocupa de mejorar la operación ininterrumpida del mercado, al eliminar prácticas que son injustas o engañosas, prácticas que representan una amenaza para las oportunidades de los consumidores de ejercer opciones inteligentes. Realiza análisis económicos para respaldar su aplicación de las leyes y para contribuir a las deliberaciones políticas de las autoridades federales, estatales y locales. La Comisión mantiene además programas para educar a los consumidores acerca de las leyes que administra.

## **B) El Derecho comunitario europeo de la competencia.**

110. La Comunidad Europea nació en 1957 con la firma del Tratado de Roma.<sup>153</sup> La finalidad última es la creación de una unidad europea a través de una progresiva integración de las actividades económicas de los Estados Miembros. Esta idea aparece tanto en el Preámbulo del Tratado de París en el que se reconocía que *“Europa sólo puede ser construida a través de logros prácticos que, antes que nada, crearán una verdadera solidaridad.”*, como en el Preámbulo del Tratado de Roma en el que los Estados Miembros expresan su determinación de establecer *“los fundamentos de una unión más estrecha entre los pueblos de Europa para preservar la paz y la libertad.”*

---

<sup>153</sup> Entonces era denominada Comunidad Económica Europea. El término “Económica” fue eliminado en 1992 con la firma del Tratado de Maastricht (Tratado de la Unión Europea), el 7 de febrero de 1992 (en vigor desde el 1º de enero de 1994).

111. El objetivo principal del Tratado viene expresado en su artículo 2° (CE)<sup>154</sup>, que dispone: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, **un alto grado de competitividad** y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.”

#### a) Normas de competencia en la Comunidad Europea.

112. El artículo 3° del Tratado CE define las actividades principales que la Comunidad emprenderá para el logro de los objetivos establecidos en el artículo 2° CE; el párrafo g) del artículo 3° define como una de estas actividades esenciales “**un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior**”.<sup>155</sup>

113. Fundamentalmente, las normas de competencia de la Comunidad Europea se encuentran en los artículos 81 a 89 (antiguos artículos 85 a 94)<sup>156</sup> del Tratado de Roma.<sup>157</sup>

114. Estos preceptos desarrollan el artículo 3° g) y están situados en la Tercera Parte del Tratado, “Políticas de la Comunidad”, Título VI, Capítulo I.

<sup>154</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

<sup>155</sup> Asimismo, el Tratado de Roma asume que la Comunidad se basa en una **economía de mercado** -artículo 4.1-, es decir, en una economía que básicamente se deja a las fuerzas del mercado competitivo determinar qué productos se compran y se venden, cuándo y a qué precio. El principio subyacente de una economía de mercado es que sea la competencia y no el control estatal o los monopolios privados, el mejor sistema para conseguir una mayor eficiencia, una creciente innovación y unos precios más bajos, de lo cual resultará a su vez una óptima asignación de recursos, unos niveles de vida crecientes y por lo menos a largo plazo la protección del empleo. Para producir tales resultados deseables una economía de mercado debe mantener una estructura de *competencia efectiva*. De otro modo, se dice, resultará costosa, ineficiente e incapaz de satisfacer las necesidades de los consumidores a los precios que ellos estén dispuestos a pagar. De esta forma, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictaminado que el mantenimiento de una competencia efectiva es tan esencial “que sin ella, numerosas disposiciones del Tratado no tendrían sentido” (Asunto 6/72 *Europemballage y Continental c. Comisión*. 1973. Rep. 215, 244). BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Op. Cit. p. 40 y 41.

<sup>156</sup> El Tratado de Amsterdam, firmado en 1997, en vigor desde el 1° de mayo de 1999, reenumeró estos artículos, entre otros.

<sup>157</sup> Los artículos 4, letra c) y 65, 66 y 67 del TCECA sirvieron de inspiración a los autores del Tratado de Roma y del Teurotam. Al TCECA de 1952 y al TCEE de 1958 les corresponde -como ha recordado el profesor E. J. Mestmäcker- haber sido los primeros tratados internacionales -y, en mucho, los únicos- que disponían de normas imperativas contra las limitaciones de la competencia. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 285. Por otro lado, debe decirse que el **Tratado de Roma no contiene normas relativas a concentraciones de empresas** (contrariamente el TCECA si las contenía -artículo 66-), esto se debe a que en sus orígenes no se pretendía evitar éstas, si no lo contrario. No obstante, la Comisión dispuso un instrumento de control de concentraciones a través del Reglamento 4064/89.

115. Tales reglas comprenden dos grupos principales que son "reglas aplicables a las empresas" (artículos 81 al 86 fundamentalmente) y "ayudas concedidas por los Estados" (en especial artículos 87 a 89).<sup>158</sup> De esta forma el Tratado pretende eliminar todas las distorsiones a la competencia ocasionadas por el comportamiento de las empresas, o los sean por el comportamiento de los Estados miembros.

116. Las tres disposiciones principales son:

El artículo 81.1<sup>159</sup> (**regla general de prohibición de ententes**), que prohíbe, sujeto a una posibilidad de una exención según el propio artículo 81. 3, todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

El artículo 82<sup>160</sup> (**prohibición del abuso de posición dominante**), que prohíbe cualquier abuso por una o más empresas de una de una posición dominante en el

---

<sup>158</sup> Como dicen los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, la distinción no es en absoluto rígida. *Ibidem.* p. 286.

<sup>159</sup> Artículo 81. 1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

<sup>160</sup> Artículo 82. Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

mercado común o en una parte sustancial del mismo, en la medida que tal abuso pueda afectar el comercio entre los Estados miembros.

El artículo 87.1<sup>161</sup> (**régimen de ayudas de Estado**), que prohíbe, sujeto a los artículos 87.2 al 89, la concesión a empresas de cualesquiera ayudas públicas, que falseen o amenacen falsear la competencia, en la medida que la concesión de tal ayuda pueda afectar el comercio entre Estados miembros.

## **b) Los tres regímenes europeos.**

117. Los fundadores de la Comunidad Europea diseñaron tres regímenes -distintos y autónomos<sup>162</sup>- : el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE y después CE)<sup>163</sup>, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)<sup>164</sup> y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom)<sup>165</sup>.

Estos ordenamientos contemplan cada uno reglas de competencia, con particulares variantes<sup>166</sup>, y nada impediría que no extendiendo jerarquía entre estos Tratados, unos mismos comportamientos de empresas que operen en mercados diversificados, pudieran ser juzgados a la luz de sus disposiciones respectivas y eventualmente sancionados mediante una aplicación cumulativa de éstos.

---

<sup>161</sup> Artículo 87. 1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado común:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.

<sup>162</sup> Antiguo art. 232 TCEE, actual art. 305 TCE.

<sup>163</sup> Firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

<sup>164</sup> Firmado en París el 18 de abril de 1951.

<sup>165</sup> Firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

<sup>166</sup> Por ejemplo, en la CECA, no se exigía la posible afectación de comercio entre Estados miembros; o en la CEE no había una reglamentación de precios semejante a la del TCECA, ni un control de las concentraciones de empresas. En el Teuratom se contenían pocas normas (arts. 2º d, 52.1, 60, 68 y 69 TEuratom), insuficientes y no siempre fáciles de relacionar con la defensa ágil y eficaz de la competencia.

118. No obstante, como señalan los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, la divergencia entre estos cuerpos normativos se ha visto favorecida por el hecho de que son las mismas autoridades comunitarias -la Comisión y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)- las encargadas de la vigilancia, interpretación y aplicación de las reglas europeas sobre competencia, al margen de cual sea el Tratado en que estén formuladas.<sup>167</sup>

119. Igualmente, por lo que hace al TCECA, el TJCE afirmó que se podría recurrir al artículo 81 TCE para interpretar la prohibición de los convenios entre empresas contemplada por el artículo 65 del TCECA (STJCE 13 de mayo de 1962, *Comptoir Charbonnier de la Rhur*, 13/60, Rec. 1962, p. 165).<sup>168</sup>

En estos ámbitos, hay que recordar que el TCECA (art. 97) expiró el 23 de julio de 2002 y por consiguiente el día siguiente a su finalización, los sectores cubiertos por el TCECA quedaron en principio sujetos a las normas del TCE y a las normas de procedimiento y otras normas de derecho derivado del TCE, y para aclarar como sería esta transición al régimen del TCE, la Comisión adoptó la *Comunicación relativa a determinados aspectos del tratamiento de los asuntos de competencia resultantes de la expiración del TCECA* (DOCE núm. C 152 de 26/06/2002. p. 5).

120. Asimismo, por cuanto toca al TEuratom -rudimentario en reglas de competencia- las autoridades comunitarias han adoptado y aceptado cómo válida la interpretación según la cual los artículos 81 y 82 TCE son aplicables a las actividades extractivas y comerciales de minerales y combustibles nucleares. (Dec. Com. 23 de diciembre 1975, *United Reprocessors GmbH et Kewa*. DOCE núm. L 51 de 26/02/1976. p. 7. y STJCE 14 de noviembre 1978, *Projet de Convention de l'Agence internationale de l'énergie atomique sur la protección des matières, installation et transports nucléaires / délibération*, 1/78, Rec., p. 215.)

### c) Derecho derivado.

121. Hasta ahora hemos hablado de las principales fuentes de Derecho comunitario de la competencia contenidas en el Tratado de Roma<sup>169</sup> (derecho originario), pero estas disposiciones han sido completadas y desarrolladas en numerosos textos jurídicos de carácter obligatorio (reglamentos<sup>170</sup>, directivas<sup>171</sup>) o no (comunicaciones<sup>172</sup>).

---

<sup>167</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 292.

<sup>168</sup> Ibidem.

<sup>169</sup> Artículos 81, 82 y 87.

<sup>170</sup> Constituyen legislación obligatoria y automáticamente entran en vigor en todos los Estados miembros. Regulan cuestiones de forma o procedimiento o cuestiones de fondo.

<sup>171</sup> También tienen carácter obligatorio. Señalan resultados que se deben lograr en una particular área. Los gobiernos de los Estados miembros son libres para determinar como lograr esos resultados.

<sup>172</sup> Las comunicaciones -aun siendo actos jurídicamente no obligatorios- cumplen un papel nada desdeñable en el Derecho comunitario de la competencia. Surgen para aliviar el trabajo de la Comisión, descargándola de la obligación de contestar un número abultado de consultas individuales por parte de las empresas, reflejan la política de ésta y proporcionan, por consiguiente, una guía razonablemente segura a los agentes económicos.



122. Dentro de los reglamentos sobresale mencionar al Reglamento n° 17 del Consejo de 6 febrero 1962, que fue el primer reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82, en el que se determinan las atribuciones de la Comisión -órgano especialmente encargado (art. 85 TCE)<sup>173</sup>, a través de la Dirección General de Competencia<sup>174</sup>, de la custodia del Derecho europeo de la competencia- y el procedimiento que debe seguirse en esta materia.<sup>175</sup>

123. Igualmente, se distinguen los reglamentos que precisan las modalidades de aplicación del Derecho de la competencia a determinados sectores económicos, como la agricultura y los transportes; y los que en cumplimiento del artículo 81.3 TCE, autorizan ciertas ententes.

124. Un lugar aparte merece por su importancia y porque regula conjuntamente cuestiones de fondo y de procedimiento el **Reglamento n° 4064/89 del Consejo, de 29 diciembre 1989, sobre control de operaciones de concentración entre empresas.**<sup>176</sup>

125. Dentro de las Comunicaciones podemos citar, por ejemplo, las que precisan la aplicabilidad del artículo 81 TCE a los contratos de representación exclusiva o excluyen los acuerdos de importancia menor -**regla de *minimis***- (*Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de *minimis*)*, DOCE núm. C 368 de 22/12/2001 p. 13), de acuerdos de subcontratación (Comunicación de la Comisión de 18 diciembre 1978, DOCE núm. C 1 de 03/01/1979. p. 2), de acuerdos de cooperación (Comunicación de la Comisión de 27 julio 1968, DOCE núm. C 75 de 29/07/1968. p. 3) o de interpretación de ciertos artículos del Reglamento sobre concentraciones (Comunicación de 4 julio 2001 relativa a las restricciones directamente vinculadas y necesarias para la realización de las operaciones de concentración, DOCE núm. C 188 de 04/07/2001 p. 5), entre otras.

126. Otra fuente importante del Derecho comunitario de la competencia lo constituyen las Decisiones de la Comisión<sup>177</sup> y la Jurisprudencia<sup>178</sup> del Tribunal de

---

<sup>173</sup> Antiguo artículo 89.

<sup>174</sup> Antes Dirección General IV.

<sup>175</sup> Este Reglamento estará en vigor hasta el 1° de mayo de 2004, cuando será sustituido por el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE L 1 de 4 enero 2003, p 1 - 25), fecha desde la cual este será aplicable.

<sup>176</sup> Modificado por el Reglamento 1310/97.

<sup>177</sup> Representan el punto de vista microeconómico de la Comisión, y a través de ellas se han interpretado artículos correspondientes del Tratado o de los textos del derecho derivado; se han descubierto problemas y se han anticipado soluciones con validez general; se han preconcebido reglamentos o comunicaciones: hasta el punto de que, en algún caso, se ha dicho de algún reglamento o proyecto de reglamento que no eran "apenas sino síntesis muy puntillosas de las decisiones que les han precedido" (M. A. Sansón-Hermitte). Su utilización - además de difícil, dada su abundancia- debe realizarse con cautela, valorando que, en el transcurso del procedimiento en que han sido dictadas, hay unas circunstancias muy concretas y que, por consiguiente, la respuesta jurídica a ese caso en particular no siempre será extrapolable a otros casos semejantes. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 295.

Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y del Tribunal de Primera Instancia (TPI<sup>179</sup>). Estas dos fuentes, como lo indican los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, juntas constituyen el armazón de un auténtico *case law*.<sup>180</sup>

#### d) Aplicación de las normas de competencia.

127. El Tratado de la CE ha establecido un **sistema dualista** de aplicación<sup>181</sup> en el que la aplicación de las normas de competencia es objeto de seguimiento por parte de las autoridades nacionales y de las autoridades comunitarias, existiendo en ambos niveles diferentes instancias.

La Comisión y las autoridades nacionales de competencia aplican las reglas comunitarias de competencia y los tribunales de la Comunidad, así como los tribunales nacionales, son responsables de revisar las decisiones de las autoridades de competencia.

#### e) Aplicación comunitaria.

128. La principal autoridad de control del respeto de las normas comunitarias de competencia es la Comisión, a través de su Dirección General de Competencia<sup>182, 183</sup>. Cualquier comportamiento, tanto de empresas como de Estados, que pueda suponer una violación a las reglas de competencia del Tratado, es instruido por este servicio de la Comisión.

129. La Dirección General de Competencia puede actuar de oficio o a instancia de parte, a través de la presentación de una queja (si son empresas que ven afectados sus intereses por el comportamiento anticompetitivo de otras empresas) o a través de la previa notificación de acuerdos que las empresas pretenden concluir (si estas empresas temen que este acuerdo pueda ser contrario al artículo 81.1 y quieren pedir una exención individual bajo el artículo 81.3).

---

<sup>178</sup> Fase última del *iter* lógico que debe seguir el intérprete del derecho. El carácter a veces impreciso, incompleto o demasiado general de las normas contenidas en los Tratados, y la calidad manifiestamente mejorable de los textos jurídicos del derecho derivado, tributarios del compromiso político y de la diversidad lingüística y jurídica de las Comunidades Europeas, permiten al TJCE ser un verdadero legislador de Derecho jurisprudencial comunitario, llenando lagunas donde ni el derecho originario ni el derecho derivado han dado cumplida respuesta a los problemas planteados por la evolución comunitaria.

<sup>179</sup> Creado por decisión del Consejo de 24 de octubre 1988, *DO* L 319, de 25 de noviembre 1988. Esta dotado de competencia para conocer de los recursos contra instituciones comunitarias relativos a las reglas de competencia aplicables a las empresas. Contra sus resoluciones que pongan fin al procedimiento cabe interponer recurso de casación ante el TJCE.

<sup>180</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 295.

<sup>181</sup> También en respeto al principio de subsidiariedad (artículo 5 TCE, párrafo segundo –antiguo artículo 3 B-). Este principio rige las relaciones entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros. Permite que la intervención comunitaria se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada.

<sup>182</sup> Antes Dirección General IV.

<sup>183</sup> También la Comisión es la autoridad responsable de la orientación de la política de competencia comunitaria.

130. La Dirección General de Competencia, en la realización de sus funciones, tiene poderes de investigación que le han sido dados por el Consejo a través del Reglamento 17/62 de manera general y por otros reglamentos sectoriales. Puede requerir informaciones de las empresas, realizar registros sorpresas en las empresas investigadas, entre otras actuaciones.

131. Con las informaciones obtenidas la Dirección General de Competencia efectúa la instrucción del caso que puede concluir con:

1) Decisión formal de infracción.

132. La Dirección General de Competencia llega a la conclusión de que el comportamiento denunciado o investigado supone una infracción al artículo 81.1 por lo que ordena a las empresas abandonar tal comportamiento. **No sólo** tiene autoridad para **ordenar el cese del comportamiento anticompetitivo sino también puede imponer la obligación de realizar algo concreto** (por ejemplo, suministrar a una empresa en un periodo determinado).

Otro instrumento de gran valor práctico del que dispone la Dirección General de Competencia es el poder de imponer **multas** a las empresas, multas que sirven tanto para contrarrestar los beneficios exorbitantes adquiridos de modo anticompetitivo, como para disuadir al conjunto de las empresas de adoptar tal tipo de conducta.

Sin embargo, normalmente se prefiere llegar a otro tipo de conclusión, bien a través de **negociaciones informales** con las empresas en cuestión de manera que éstas modifican su comportamiento para que sea compatible con el artículo 81.1 o al menos eximible bajo el artículo 81.3; o bien se adoptan decisiones menos formales con lo que la carga de trabajo disminuye y permite a la Dirección General de Competencia realizar más ágilmente su función.

2) Decisión formal de exención bajo el artículo 81.3.

133. La Dirección General de Competencia tras analizar el acuerdo notificado por las partes interesadas, llega a la conclusión de que viola el artículo 81.1 pero que reúne las condiciones exigidas por el artículo 81.3 para que le sea otorgada una exención individual.

También en esta ocasión la Dirección General de Competencia tiene poderes para **condicionar** la exención al cumplimiento de ciertas condiciones específicas; y, por otro lado, la Dirección General de Competencia tiene la posibilidad de **revocar** la exención otorgada por un cambio esencial en las condiciones bajo las que fue otorgada o por el suministro de falsa información por parte de la empresa en la notificación, en cuyo caso la revocación tiene efectos retroactivos y puede ir acompañada de sanciones pecuniarias.

Al igual que en las decisiones formales negativas, la concesión de una exención individual es un proceso largo, lento y que implica una considerable carga de trabajo para los servicios de la Comisión. Con el propósito de aligerar esta carga, la

Comisión ha adoptado una serie de Reglamentos llamados "de exención por categorías" que protegen los acuerdos que no contengan más que las restricciones previstas en los Reglamentos y que es concedida sin necesidad de que medie una notificación formal por parte de las empresas partes al acuerdo.

### 3) Certificación negativa.

134. Por la certificación negativa la Comisión certifica que el acuerdo notificado no presenta motivos para provocar una actuación de la parte de la Comisión.<sup>184</sup> Este procedimiento da a las partes cierta seguridad jurídica frente a la posible actuación de la Comisión. Por otro lado, permite a la Comisión concluir un caso sin adoptar una decisión formal.

### 4) Carta administrativa.

135. Las cartas administrativas son otorgadas por la Dirección General de Competencia y sencillamente declaran la intención de esta Dirección de no proceder a ninguna actuación en el caso presentado. Pueden indicar que no se considera que el artículo 81 u 82 sean aplicables en el caso, o bien que el artículo 81.3 parece aplicable. Son de naturaleza administrativa, firmadas por un funcionario y no cumplen las formalidades previstas en el Reglamento 17/62.

Al igual que la certificación negativa la carta administrativa concede cierta seguridad jurídica a las partes (principalmente en el ámbito comunitario; su valor jurídico frente a las autoridades nacionales es más conflictivo) y al igual que la certificación negativa representa una técnica administrativa ideada para aligerar de trabajo a los servicios de la Comisión. Sin embargo, se diferencia de la certificación negativa en que sólo liga a la Dirección General de Competencia y no a la Comisión entera.

136. Las decisiones de la Comisión son revisables ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) de la Comunidad. La jurisdicción del TPI en este sentido es ilimitada. La sentencia no tiene porqué limitarse a reconocer o desestimar las pretensiones de los demandantes sino que puede anular la decisión, ratificarla o incrementar o disminuir las multas impuestas.

Por su parte, las sentencias del TPI son revisables en cuanto a las cuestiones de derecho por el Tribunal de Justicia (TJCE).<sup>185</sup>

### **f) Aplicación por los Estados miembros.**

137. En la aplicación de las reglas de competencia a nivel nacional se pueden distinguir dos situaciones diferentes en las que se recurre a estas reglas: la primera, es la invocación de estas reglas directamente por los particulares; y, la segunda, es la obligación de las autoridades nacionales de respetar y dar aplicación al Derecho comunitario de la competencia.

---

<sup>184</sup> Artículo 2º Reglamento 17/62.

<sup>185</sup> Artículos 230 y 232 TCE.

## 1) Invocación directa por los particulares: doctrina del efecto directo.

138. Ciertas disposiciones de derecho comunitario son efectivas *per se* ya que crean derechos individuales que los tribunales nacionales deben proteger, sin necesidad de una legislación que implemente en cada Estado miembro estas disposiciones.<sup>186</sup>

El TJCE ha establecido que para que una disposición pueda producir efectos directos, ésta debe ser incondicional y suficientemente precisa.<sup>187</sup>

139. En relación con las reglas de competencia, la doctrina del efecto directo ha sido establecida claramente en diferentes sentencias del TJCE. Los preceptos 81.1, 81.2 y 82 tienen efecto directo y pueden ser invocados ante los Tribunales nacionales directamente por los particulares.

Sin embargo el artículo 81.3 no es una norma de efecto directo, ya que al contrario que los otros artículos mencionados que contienen una prohibición clara e incondicional, el artículo 81.3 implica un margen de apreciación de la situación concreta del caso y su aplicación le es reservada a la Comisión en virtud del artículo 9.1 del Reglamento 17/62.

Esta incapacidad de las autoridades nacionales de conceder exenciones individuales dificulta en la práctica la aplicación nacional de las reglas comunitarias de competencia.

140. Lo que sí es importante señalar son las consecuencias positivas de esta vía abierta de la aplicación a nivel nacional. Por un lado, se logra reducir la carga de trabajo de la Comisión con lo que se le permite que de prioridad a los casos de un mayor interés comunitario. Por otro lado, las reglas de competencia son doblemente efectivas al abrir también un control de tipo nacional. Finalmente, la aplicación a nivel nacional de las reglas de competencia también supone un logro respecto al objetivo general del Tratado de integrar el Derecho comunitario dentro del orden legal nacional.

## 2) Aplicación de las reglas de competencia por las autoridades nacionales.

141. Las disposiciones comunitarias en materia de competencia son aplicables por las autoridades nacionales, tal y como dispone el artículo 9.3 del Reglamento 17/62 del Consejo. Sin embargo, esta posibilidad es limitada por el mismo artículo ya que las autoridades nacionales sólo pueden prohibir prácticas restrictivas o abusivas del artículo 81.1 y 82 si la Comisión no ha abierto procedimiento sobre estas mismas prácticas.

En las legislaciones nacionales implementando el Reglamento 17/62, los Estados Miembros especificarán tanto los procedimientos, como los poderes de las autoridades nacionales y las sanciones previstas en la aplicación de los artículos 81.1, 81.2 y 82.

<sup>186</sup> Asunto 26/62 *Van Gend en Loos*. 1963. Rep. 3.

<sup>187</sup> Asunto 148/78 *Ratti*. 1979. Rep. 1629.

Normalmente, al igual que en el procedimiento comunitario, la decisión inicial será tomada por la autoridad administrativa, decisión que será revisable ante los Tribunales nacionales. Al tratarse de la aplicación de disposiciones de Derecho comunitario, los Tribunales nacionales, en caso de duda sobre la interpretación a dar a estas disposiciones pueden pedir la colaboración del TJCE, vía artículo 234 TCE.<sup>188</sup> A través de este mecanismo se asegura la uniforme aplicación de las reglas comunitarias en todo el territorio de la Unión Europea.

### **C) Diferencias entre los sistemas legales norteamericano y comunitario europeo.**

#### **a) Diferencias procesales.**

##### **a) El papel del sistema judicial.**

142. En los Estados Unidos, las decisiones en materia de competencia las adoptan los **jueces**, que pueden decidir cuestiones de legalidad e imponer sanciones. Esta es una gran diferencia con Europa, donde el **sistema es administrativo**. Otra manera de expresarlo es que existe separación entre los que investigan y persiguen un caso y los que lo deciden. Sin embargo, en Bruselas, es efectivamente la misma institución la que actúa como fiscal y juez.<sup>189</sup>

Esto sugiere un conflicto de interés en el momento de la decisión y puede provocar un sutil desplazamiento de la carga o suficiencia de la prueba al acusado. Si se considera el alto coste de los errores de aplicación de la ley en esta área y la dificultad de determinar los efectos de la competencia, en particular efectos futuros, como sucede en el caso de controles de concentración, aún un sutil desplazamiento de la carga o suficiencia de la prueba puede provocar resultados muy diferentes.

143. En materia de control de concentraciones, tanto los Estados Unidos como la Comisión Europea (y otros muchos regímenes antimonopolio) coinciden en el hecho de que ambos han puesto en práctica sistemas de notificación previas a la operación, y las partes de la transacción deben esperar un cierto tiempo antes de proceder con la misma. No obstante, aquí es donde los dos sistemas se separan en sus procedimientos.

144. La Comisión Europea continúa siendo un verdadero modelo regulatorio/administrativo, cuando adopta una decisión en esta materia, que más tarde puede ser impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

---

<sup>188</sup> El artículo 234 TCE reglamenta la cuestión prejudicial ante el TJCE, que constituye un mecanismo de colaboración entre el TJCE y los órganos jurisdiccionales nacionales, con la finalidad de garantizar uniformidad en la aplicación y la interpretación del Derecho comunitario.

<sup>189</sup> La Comisión Europea.

145. El sistema de los Estados Unidos, sin embargo, se desplaza hacia el modelo judicial, o de aplicación de la ley, antes descrito, dado que la autoridad que se opone a la transacción debe litigar ante un tribunal para impedirla.

Existe una cantidad notable de procedimientos regulatorios relacionados con el cumplimiento de las solicitudes de información, que proporcionan a la autoridad una cierta ventaja pero, en última instancia, para suspender cualquier transacción debe intervenir un juez.

Esto tiene importantes implicaciones en el proceso de revisión de las concentraciones, dado que la autoridad encargada de la revisión debe evaluar su probabilidad de éxito ante el tribunal, y calcular si merecen la pena los esfuerzos realizados en términos de asignación de recursos.

El temor a perder ante el tribunal eleva notablemente los márgenes, por lo que, por regla general, se desanima a los fiscales *antitrust* a iniciar causas basadas en teorías dudosas de daño competitivo o en cuestiones de hecho igualmente dudosas.

146. Existe aquí una crítica común a los sistemas de Estados Unidos y de la Unión Europea, que consiste simplemente en que el procedimiento de impugnación de las decisiones que prohíben las fusiones no es lo suficientemente rápido para tener sentido.<sup>190</sup>

En general, son necesarios dos años o más para sustanciar el procedimiento judicial, y ello después de que las partes han esperado un año o más en el procedimiento inicial de análisis previo a la concentración ante las autoridades de investigación. La velocidad del negocio y los efectos perjudiciales de la incertidumbre hacen que sea prácticamente imposible esperar a obtener una sentencia favorable.

### ***b) Demandas particulares.***

147. Otro punto importante en la iniciación de un procedimiento es el papel del "fiscal privado" en los Estados Unidos. La legislación sobre competencia de los Estados Unidos la aplican no solamente las autoridades regulatorias del gobierno, o fiscales, sino también los ciudadanos particulares (incluidas las empresas), que cumplan ciertos requisitos en cuanto a su posición, el más importante de los cuales incluye la demostración del daño que se deriva de una conducta que perjudicara a los competidores.<sup>191</sup>

La acusación particular puede llevar su demanda antimonopolio directamente ante un tribunal, sin solicitar previamente remedio a un organismo regulatorio, como

---

<sup>190</sup> En los Estados Unidos esto se refiere a la impugnación de la decisión del tribunal primario ordenando preliminarmente que las partes no pueden llevar a cabo su transacción. En la CE esto se refiere a la decisión de la Comisión que prohíbe llevar a cabo una transacción.

<sup>191</sup> EGGE, Michael G. *El beneficio de la duda y el Derecho de la Competencia en Estados Unidos y la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 63.

ocurre en España y en la mayoría de jurisdicciones europeas. Este "multiplicador" de la aplicación de la ley lleva en vigor más de 100 años.

148. Las demandas particulares antimonopolio tienen algunas implicaciones muy importantes. En primer lugar, significa que existe un elevado grado de vigilancia en el mercado en cuanto a la conducta anticompetitiva. La aplicación de la ley no se limita a las autoridades regulatorias con escasos recursos.

En segundo lugar, el acceso a los tribunales por los particulares para plantear demandas basadas en la legislación sobre competencia facilita una cultura de la competencia, dado que los derechos de los particulares en actuaciones judiciales crean fuertes incentivos para conocer los límites de tales derechos.

En tercer lugar, es probablemente justo observar un número notablemente superior (de hecho, multiplicado varias veces) de procedimientos incoados, y por consiguiente de decisiones de los tribunales, en jurisdicciones que permiten derechos de acción a los particulares.

149. Un mayor número de sentencias da como resultado un aumento de la jurisprudencia, y una constante revisión y mejora de las reglas basadas en la legislación sobre competencia. Un mayor número de decisiones ayuda igualmente a promover una cultura de la competencia, al mismo tiempo que son más los tribunales y abogados que adquieren práctica en la decisión y la defensa, respectivamente, de las demandas basadas en la legislación sobre competencia.

150. En la mayoría de las jurisdicciones europeas, los particulares necesitan plantear sus demandas basadas en la legislación sobre competencia, ante las autoridades de aplicación de la ley, para obtener cualquier remedio. Este requisito tiene como resultado un estrangulamiento de todos los asuntos basados en la legislación sobre competencia y planteados ante la autoridad regulatoria y crea una enorme presión sobre dicha autoridad para el uso de sus limitados recursos en la investigación de las demandas de los competidores. Además, los competidores denunciadores no pagan ninguno de los costes que representa el instruir y estudiar las denuncias contra su competidor.

151. No es del todo claro que la situación sea muy diferente en los Estados Unidos, en donde los competidores pueden plantear, y plantean, demandas que carecen de firme fundamento, en las cuestiones de hecho o en los fundamentos de derecho, para fines no del todo nobles.

Que esto ocurra en los Estados Unidos no es muy extraño, porque el sistema judicial estadounidense, al no tener como norma general la condena en costas del demandante, cuando su demanda no tiene éxito, tiende a incentivar la litigiosidad. Pero que esto ocurra en la Unión Europea -y en países como España-, es más inexplicable, porque aquí, en los procedimientos civiles, un demandante se lo debe pensar dos veces antes de presentar una demanda: si su demanda fracasa es prácticamente seguro que deba pagar los gastos de defensa de la otra parte.



Sin embargo, dado que en la Unión Europea<sup>192</sup> los procedimientos *antitrust* son, en principio, procedimientos administrativos (ante la Comisión Europea<sup>193</sup>), no se aplica la regla de condena en costas judiciales. De esta forma, un denunciante cuya denuncia no prospere puede obligar al denunciado a defenderse durante meses o incluso años.<sup>194</sup>

### **c) Daños triplicados.**

152. En los Estados Unidos, los demandantes que ganan un litigio civil antimonopolio tienen derecho al triple del importe de daños demostrados en el juicio.<sup>195</sup> Esta decisión es prácticamente automática: los tribunales se limitan a multiplicar por tres los daños reales y conceden dicha cantidad.

Este punto de partida está estrechamente relacionado con la admisión de demandas particulares, dado que el triple de los daños proporciona un incentivo muy fuerte para que los particulares ejerciten sus derechos de acción bajo la legislación antimonopolio.

Este efecto multiplicador da un carácter exponencial a la aplicación de la ley. Además, la importancia de lo que se encuentra en juego -en algunos casos la propia supervivencia de una empresa- hace que el grado de impugnabilidad de los hechos y de la teoría en los procedimientos decididos sea sumamente preciso.

Como es lógico, lo que se encuentra en juego en este contexto tiende a elevar notablemente la importancia de la carga de la prueba, y provoca un estudio exigente en cuanto a la carga y suficiencia de la misma.

### **d) Sanción penal.**

153. Estados Unidos es uno de los pocos países en los que el Derecho de la competencia permite sanciones penales, incluida la prisión de personas físicas.<sup>196</sup> Según la Ley *Sherman*, las personas convictas de violación de las normas de competencia pueden ser castigadas con prisión de hasta tres años por cada violación.<sup>197</sup>

---

<sup>192</sup> Y también en España.

<sup>193</sup> O ante el Servicio de Defensa de la Competencia, en el caso de España.

<sup>194</sup> Michael G. Egge, menciona que no ha sido infrecuente en el pasado que algunas compañías de gran éxito comercial -como Bacardí y Roca Radiadores- hayan sido denunciadas por algún competidor, sin ningún fundamento, por abuso de posición de dominio y cuando al cabo de los años, la denuncia ha sido finalmente desechada, los denunciantes no han sufrido ningún perjuicio. Ibidem.

<sup>195</sup> § 4 *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15 (a).

<sup>196</sup> Las leyes sobre competencia de Noruega e Indonesia, también disponen sanciones penales que incluyen penas de prisión. Ley n° 65 de 11 de junio de 1993, relativa a la Competencia en la Actividad Comercial (Ley de Competencia de Noruega) (<http://www.konkurransetilsynet.no/index.html>), y Ley de la República de Indonesia n° 5 de 1999 relativa a la Prohibición de Prácticas Monopolistas y de Competencia Comercial Ilícita, artículo 25.

<sup>197</sup> § 1 *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 1. Noruega, por su parte, dispone de prisión de hasta seis años en los casos más graves. (Sección 6-6 Ley de Competencia de Noruega)

La pena de prisión ha sido aplicada tanto a personas extranjeras como a ciudadanos de los Estados Unidos.<sup>198</sup>

154. Por otra parte, además de la posibilidad de daños civiles y de prisión, las personas físicas y jurídicas se enfrentan a sanciones penales de hasta \$350.000 USD para las personas físicas y de \$10.000.000 USD, o el doble de la ganancia obtenida con la conducta ilegal, o del doble de la pérdida para las víctimas.<sup>199</sup> Este último principio ha sido utilizado para obtener multas que alcanzan varios centenares de millones de dólares.<sup>200</sup>

Evidentemente, la pena de prisión y las fuertes multas penales aumentan aún más todo lo que está en juego en los litigios antimonopolio, planteando así las mismas implicaciones asociadas al triple de los daños.

#### **b) El Caso *General Electric/Honeywell*.**

155. El drástico aumento de interés en todas las materias de competencia en una gama tan amplia de culturas y tradiciones jurídicas tenía que dar lugar a un **tratamiento distinto de comportamientos similares** en diferentes países. El caso *GE/Honeywell* refleja lo anterior, y es representativo de un enfrentamiento entre los sistemas norteamericano y comunitario europeo.<sup>201</sup>

156. *General Electric* pretendía comprar *Honeywell*. La transacción la fue notificada en Estados Unidos y en la Unión Europea, entre otras jurisdicciones, donde tenía efectos. *General Electric* es un consorcio mundial con una amplia gama de actividades, entre las que cabe citar, seguros, finanzas, maquinaria y equipos eléctricos, y motores y componentes para aeronaves. El ámbito del negocio de *Honeywell* es más reducido y se orienta en gran medida hacia productos del sector de defensa, como componentes para aeronaves, actividad en la que también está presente *General Electric*.

157. La operación generaba posibles problemas en materia de competencia en relación con componentes y servicios aeronáuticos. Dichos productos y servicios se ofrecen en mercados de ámbito mundial, por lo que la labor de dilucidar las cuestiones de defensa de la competencia era esencialmente análoga en Estados Unidos y en la Unión Europea.

---

<sup>198</sup> En efecto, en los procedimientos de fijación de precios de las vitaminas, varios ciudadanos extranjeros aceptaron en 1999 cumplir el período de prisión en los Estados Unidos, después de un acuerdo de aceptación de culpabilidad, en respuesta a cargos criminales. *Antitrust Division Annual Report 1999*. United States Department of Justice. March 20, 2000. p. 8. (<http://www.usdoj.gov/atr/public/4523.pdf>)

<sup>199</sup> § 1 *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 1.

<sup>200</sup> "The vitamins investigation led to the conviction of U.S., Swiss, German, Canadian and Japanese firms, among others, and a number of top executives went to jail. In fiscal year 1999 alone, over \$850 million in fines was imposed on members of the vitamins cartel, including a record \$500 million fine imposed on F. Hoffmann-La Roche, Ltd. and a \$225 million fine imposed on BASF AG." *Antitrust Enforcement and the Consumer*. U.S. Department of Justice. Antitrust Division. Washington, D.C. p. 7. ([http://www.usdoj.gov/atr/public/div\\_stats/9142.pdf](http://www.usdoj.gov/atr/public/div_stats/9142.pdf))

"The \$500 million fine imposed against Hoffmann-La Roche is the largest fine ever imposed in any Department of Justice proceeding under any statute." *Antitrust Division Annual Report 1999*. United States Department of Justice. Op. Cit. p. 8.

<sup>201</sup> Ver caso *IMS Health* en párrafos 234 y 235.

158. Estados Unidos decidió limitar su preocupación principalmente a cuestiones horizontales de productos y exigió soluciones con respecto a los motores de helicópteros y servicios de mantenimiento y puesta a punto conexos.<sup>202</sup> Así *General Electric* y Estados Unidos llegaron a un acuerdo transaccional o “*consent decree*” que resolvió todas las preocupaciones de la Administración norteamericana.

159. Por el contrario, la Comisión Europea se centró además en las cuestiones de productos complementarios o verticales y exigió soluciones adicionales en relación con servicios de sistemas de control de vuelo del avión y de financiación aeronáutica. Finalmente decidió que *General Electric* tendría un poder de mercado excesivo en virtud de su capacidad de ofrecer (i) sistemas de control de vuelo de aviones y motores de aviones conjuntamente a sus clientes, y (ii) mejores condiciones para el arrendamiento de aeronaves para los clientes que acepten comprar aviones con motores *GE* y sistemas de control de vuelo de aviones *Honeywell*.<sup>203</sup>

Las partes no consiguieron alcanzar un acuerdo con la Comisión Europea sobre las soluciones propuestas y posteriormente fue prohibida la operación.

160. Así entonces, se produjeron reacciones airadas en distintos ámbitos. La comunidad empresarial y la prensa, especialmente en Estados Unidos, reaccionaron con alarmas y críticas, sosteniendo que la Comisión Europea había distorsionado la legislación de competencia, protegiendo a los competidores en lugar de la competencia, y que su teoría del perjuicio competitivo a largo plazo, pese a las eficiencias a corto plazo y la bajada de los precios, era demasiado especulativa para justificar una intervención en el mercado.

161. La Comisión Europea, a través de una nota de prensa (IP/01/939) del 3 de julio de 2001<sup>204</sup>, defendió su decisión explicando el control europeo de las concentraciones no pretende proteger a los competidores, sino garantizar la competencia en el mercado a largo plazo.

Dicha nota de prensa fue contestada, el mismo día, mediante un comunicado de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, cuyos fragmentos más relevantes son los siguientes:<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup> El Departamento de Justicia exige desinversiones en la fusión entre *General Electric* y *Honeywell*. “Se exige a las partes que abandonen el negocio de motores de helicópteros y autoricen un nuevo proveedor de servicios para motores y unidades de potencia auxiliares.” Nota de prensa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos n° 01-202. 2 de mayo de 2001, Washington, D.C.

([http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2001/8140.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8140.htm))

<sup>203</sup> Nota de prensa de la Comisión Europea (IP/01/939), de fecha 3 de julio de 2001.

([http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p\\_action.getfile=gf&doc=IP/01/939|0|AGED&lq=ES&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/01/939|0|AGED&lq=ES&type=PDF))

<sup>204</sup> *Ibidem*.

<sup>205</sup> Nota de Prensa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos n° 01-303. *Statement by Assistant Attorney General Charles A. James on the EU's Decision regarding the GE/Honeywell acquisition*. July 3, 2001. Washington, D.C. ([http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2001/8510.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8510.htm))

“... la División *Antitrust* ha llegado a la firme conclusión de que la concentración, modificada por las condiciones que hemos exigido, favorecería a la competencia y a los consumidores. Nuestra conclusión se basa en la convicción, confirmada por clientes de todo el mundo, de que la empresa resultante de la concentración podría ofrecer productos y servicios mejores a un precio más atractivo que las empresas por separado. Esto, en nuestra opinión, es la esencia de la competencia. Sin embargo, la UE ha llegado al parecer a la conclusión de que *GE*, al ser más diversificada y por tanto más competitiva, podría perjudicar en cierta forma a otros participantes en el mercado. En consecuencia, hemos llegado a resultados distintos partiendo de una evaluación similar de las condiciones competitivas de los mercados afectados. Las normas estadounidenses, claras y antiguas, establecen que la legislación *antitrust* protege a la competencia y no a los competidores. La decisión de hoy de la UE refleja una discrepancia significativa.”

162. Los anteriores comunicados subrayan diferencias entre la manera de aplicar las leyes *antitrust* en los Estados Unidos y en la Unión Europea.<sup>206</sup>

163. Entre otras diferencias que contribuyen a una gran disparidad entre el tratamiento por las legislaciones de competencia de la conducta de una misma empresa en las jurisdicciones europeas y de los Estados Unidos, podemos mencionar las relativas a las presunciones de cuotas de mercados, que se traducen en poder de mercado.<sup>207</sup>

El caso *GE/Honeywell* ha constituido una manifestación evidente de tensión entre las legislaciones de competencia de distintos países.

164. Los diferentes tratos en legislaciones distintas para casos similares, ha dado lugar a preocupaciones, tanto para las empresas que intervienen como para los poderes públicos.

Para las empresas que actúan en más de un país, los diferentes resultados de una misma operación, según el país en el que se plantee, confunden, provocan riesgos innecesarios y generan incertidumbre. La mayoría de las compañías saben que las leyes de defensa de la competencia atribuyen a las autoridades amplios poderes para reaccionar cuando se produce una infracción, incluidas multas de hasta un 10% del total de ingresos, e insinuaciones que pueden llegar a la desinversión.

165. En consecuencia, cuando existe incertidumbre en cuanto al riesgo legal que representa una misma conducta en diversas jurisdicciones, junto con la posibilidad de consecuencias sumamente graves, una empresa podría decidir perfectamente

---

<sup>206</sup> Lo cierto es que, debido a la rápida proliferación de leyes de defensa de la competencia en todo el mundo, en un amplio abanico de culturas y tradiciones jurídicas, y el ámbito cada vez más global de las empresas y de las transacciones comerciales, siempre había existido el riesgo de que las prácticas o transacciones comerciales consideradas lícitas en una jurisdicción fuesen tratadas como ilícitas en otra.

<sup>207</sup> La mayoría de jurisdicciones europeas, incluida la Unión Europea, han adoptado la presunción de “dominio” o “poder sobre el mercado” cuando la cuota de mercado alcanza o supera el 40%. El patrón fijado para establecer el control del mercado es significativamente más elevado en los Estados Unidos. (*Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 65 F. 3<sup>o</sup> 1406, 1411 -7<sup>o</sup> Cir. 1995- “El 50% está por debajo de cualquier punto de referencia aceptado para deducir un poder de monopolio de la cuota de mercado”)

renunciar a transacciones o estrategias comerciales que, de hecho, son neutras en el campo de la competencia, o incluso fomentan la competencia.

166. En efecto, como en el caso de *GE/Honeywell* y prácticamente todos los demás casos surgidos en los Estados Unidos y Europa en los que se produce una decisión en primera instancia de prohibir una transacción, las partes prefieren abandonar la transacción a esperar el posible resultado favorable de un recurso.

Existen ciertamente muchas más transacciones, abandonadas por razón de riesgo de aplicación de la legislación antimonopolio mucho antes de que la transacción prevista llegue siquiera a ser formalizada y/o notificada. El aumento percibido de riesgo, debido a esta tensión producida por la divergencia puede, en última instancia, enfriar una actividad económica que podría ser en otros aspectos muy deseable. Para los poderes públicos, una disminución de la actividad económica es evidentemente una grave preocupación.

167. No obstante, por lo que hace a los riesgos de tratamientos distintos en casos semejantes, en el campo de la legislación sobre defensa de la competencia, **se tiene la esperanza de que una conducta similar, en condiciones similares del mercado, produzca los mismos resultados en cuanto al Derecho de la competencia.** Esta esperanza es fundada si aceptamos (como hacen la mayoría de autores especializados en las leyes antimonopolio) que: la legislación de defensa de la competencia se basa en la creencia de que el libre juego del mercado es la mejor manera de organizar la actividad productiva, a fin de aumentar al máximo el bienestar social, y los principios económicos que rigen el mantenimiento de este libre juego de las fuerzas del mercado, es decir, las leyes de la oferta y la demanda, son universales.

El peso de las razones económicas y la exigencia de convergencia en la filosofía antimonopolio en un mercado cada vez más global deben contribuir a reducir las diferencias sustanciales entre legislaciones.

### **3. Funciones y objetivos del Derecho de la competencia.**

168. Para una mejor comprensión del Derecho de la competencia es necesario conocer cuales son los objetivos y funciones que tiene asignada esta materia.<sup>208</sup>

Al abordar este tema, una cuestión que debe mencionarse es que, contrariamente a lo que sucede en otros campos de la Economía o el Derecho, todavía no hay un consenso claro sobre cuales sean los objetivos del Derecho *antitrust*<sup>209 210</sup>; al

---

<sup>208</sup> Una interpretación teleológica de la normativa *antitrust* nos permite una correcta comprensión de las particularidades y concretas figuras y herramientas con las que se instrumenta su función.

<sup>209</sup> Los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González señalan que, uno de los problemas más arduos de política legislativa es la fijación de los intereses dignos de protección jurídica en el marco del Derecho regulador de la libre competencia. Se trata de una temática en la que aparecen hilvanadas distintas concepciones ideológico-sociales y económicas, en las que subyacen graves problemas de definición de la misión del Estado e, incluso del Derecho como ordenación de la economía. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 267 y 268.

margen de las diferencias de los sistemas normativos, tanto en sus aspectos materiales como procesales. Esto es admitido tanto por la doctrina estadounidense como por la europea.

169. Respecto a lo anterior, son significativas las palabras de la profesora Valentine Korah cuando menciona que “no hay acuerdo sobre qué objetivos son los que tiene que perseguir el Derecho comunitario de la competencia”.<sup>211</sup>

170. El profesor Javier Viciano Pastor, señala con carácter previo, que se debe diferenciar entre funciones y objetivos de las disposiciones de defensa de la competencia. El primer concepto hace referencia a las finalidades últimas que se asignan a éste tipo de normas, **finalidades que pueden ser -o, al menos, deberían ser- comunes** a todos los sistemas jurídicos de economías de mercado. Sin embargo, los **objetivos pueden ser cambiantes** en cada sistema jurídico, como consecuencia de la adscripción de estas normas al bloque de constitucionalidad y, en gran medida a su carácter de disposiciones de política económica.<sup>212</sup>

171. La evolución histórica del debate sobre las funciones asignadas al Derecho de la competencia nos lleva de forma indudable a la defensa de **multiplicidad de funciones**.

El profesor Fikentscher define tres funciones generales de las reglas de competencia:<sup>213</sup> una *función político-jurídica*, en el que el bien protegido es la igualdad de condiciones en el mercado; una *función político-económica*, que busca la tutela de la justicia en las relaciones comerciales; y una *función político-social*, que tutela una distribución equitativa de bienes y posibilidades para todos los ciudadanos.

172. Los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, hacen eco de esta cuestión mencionando la **pluralidad de funciones** político económicas y político jurídicas de la competencia.<sup>214</sup>

173. Si bien las **funciones** de estas normas **pueden coincidir en la mayoría de los sistemas jurídicos, los objetivos concretos asignados en cada uno de ellos** (eficiencia económica, defensa de las pequeñas y medianas empresas, desarrollo tecnológico, instrumento de política social, eliminación de barreras de entrada, mantenimiento de condiciones adecuadas para el ejercicio de la libertad de

---

<sup>210</sup> El *Robert Schuman Center* del *European University Institute* de Florencia dedicó su seminario de 1997 íntegramente a esta cuestión, habiéndose presentado trabajos por más de dos docenas de autores, publicándose 600 páginas.

<sup>211</sup> KORAH, Valentine. *EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency, Current Legal Problems*. 1996. *apud*. DÍEZ ESTELLA, Fernando. Los objetivos del Derecho Antitrust. *len/ Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Marzo/Abril 2003. No. 224. p. 32.

<sup>212</sup> El profesor Viciano indica que la diferencia entre *funciones* y *objetivos* de las reglas de competencia puede parecer teórica pero es fundamental para poder entender el sustrato básico común a todas las reglas de competencia y la diferente aplicación existente en los diversos sistemas. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 65 - 66.

<sup>213</sup> Las denomina funciones del control de la economía.

<sup>214</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 258 - 262.

empresa, eliminación de arbitrariedades de los poderes públicos, etc.) **variarán e, incluso, podrán competir entre ellos**, dependiendo del mayor o menor peso específico asignado a cada una de las funciones.<sup>215</sup>

174. Así pues; determinar un cuadro sistemático de las funciones de las normas de defensa de la competencia no es tarea sencilla, sobre todo porque si bien es relativamente fácil aceptar las funciones generales antes indicadas, resolver los conflictos entre funciones e incluso entre objetivos dentro de la misma función puede ser una labor en muchos casos casi de imposible solución.<sup>216</sup>

175. Lo anterior ha sido motivo de intensos debates, tanto en los sistemas de los Estados Unidos como en Europa. La lucha entre concepciones diferentes -y, por tanto, entre funciones y objetivos- del Derecho *antitrust* ha dado lugar a que en estos sistemas se produzcan posturas distintas en este tema, que además han ido evolucionando.

A continuación haremos una exposición de las funciones que los sistemas norteamericano y comunitario europeo han asignado al Derecho de la competencia.

### **A) Funciones de las normas *antitrust* en los Estados Unidos.**

176. Tanto la historia legislativa de las leyes *antitrust* americanas como su ulterior interpretación judicial permiten bastantes interpretaciones sobre la intención o los fines que perseguían los que las elaboraron. Por otro lado, la literalidad de los textos legales (con expresiones absolutamente vagas, genéricas e imprecisas) no ayuda tampoco a éste propósito.

Esto es particularmente cierto de la *Sherman act*<sup>217</sup>, el cuerpo legal inspirador y conductor de toda la normativa *antitrust* estadounidense, y cuya redacción ha dado pie a un extenso debate sobre sus fines y objetivos: **la maximización del bienestar, la justicia y la equidad en el mercado, fines redistributivos de la renta o simplemente defender intereses de grupos de presión.**

177. En atención al origen que las normas *antitrust* norteamericanas encuentran en la doctrina de la *restricción de comercio* del *Common Law*<sup>218</sup>, se asumió que sus

<sup>215</sup> VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 67.

<sup>216</sup> Ibidem.

<sup>217</sup> Remarca Oppenheim, que en el debate parlamentario hubo pocas referencias a objetivos económicos ya que en realidad la ley no era más que una readopción de los principios sobre *restricción del comercio* establecidos en el *Common Law*. OPPENHEIM, Ch. (et al) *Federal Antitrust Laws. Cases, text and commentary*. Minnesota. West Publishing Co. 1981. p. 7. *apud*. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 71. Vid nota al pie nº 89.

<sup>218</sup> Según la cual eran contrarios a Derecho aquellos contratos de los que se derivaba una no razonable limitación de la libertad de comercio y/o de empresa, bien en una de las partes del contrato (sentencia de la *Court of King's Bench, Mitchel v. Reynolds*, 1 p. Williams 181, 1711, Eng. Rep., vol. 24, p. 347, en la que se consideró como razonable una obligación de no competencia durante un período de cinco años incluida en un contrato de compraventa de empresa), bien en un tercero (sentencia de la *Court of King's Bench, Darcy v. Allen*, 11 Co. Rep. 84b, 1602, Eng. Rep., vol. 77, p. 1260 y ss.). El juicio de razonabilidad inherente a esta doctrina -y que se heredó por las normas *antitrust*- no está exento de una gran dificultad, porque lo *razonable* no es fácilmente objetivable, ya que depende la mayor parte de las veces de las circunstancias personales y contextuales de las restricciones auxiliares del contrato. Esta dificultad se agrava cuando la determinación de lo

finés originarios eran obtener precios bajos para los consumidores, permitir una oportunidad para todos aquellos que quisieran participar en el mercado, mantener una estructura industrial que impidiera la corrupción y el abuso de poder y, también, buscar la eficiencia.<sup>219</sup>

178. En los primeros años de existencia de la Ley *Sherman* sus prohibiciones eran absolutas. Las excepciones eran inexistentes por la razón fundamental de que en aquellos momentos se pensaba que la **libertad de comercio** era la mejor solución tanto para la protección de las libertades individuales, como para la consecución del **interés público**.

179. La adopción de la *rule of reason* (excepción al principio general de prohibición) fue de gran trascendencia. Con esta regla el juicio *antitrust* ya no se refería simplemente a las relaciones empresariales. Por el contrario, debía referirse a los efectos que una práctica pudiera producir sobre la estructura del mercado.

180. De esta forma, lo razonable supone un análisis de los efectos de una *restricción de comercio* sobre el sistema competitivo, por lo que **existe una clara desviación desde el ámbito de los principios jurídicos -libertad, igualdad- hacia el ámbito de los principios económicos -competencia, eficiencia<sup>220</sup>-**.

181. Una *restricción de comercio* supone un ataque a la libertad de comercio: se dificulta el acceso al mercado mediante la interposición de barreras de entrada, se elimina un competidor o se restringe la libertad de los competidores. Sin embargo, la competencia como objeto de protección no implica necesariamente un rechazo de los ataques contra la libertad de comercio, sino que, al contrario, en algunas ocasiones supondrá la promoción de una actuación restrictiva.<sup>221</sup>

---

razonable no sólo debe tener en cuenta el interés de las partes en el contrato, sino también el interés público y de los usuarios como beneficiarios o perjudicados de esta libertad y de las restricciones que su ejercicio implica. Ibidem.

<sup>219</sup> Algunos autores (Armentano, Di Lorenzo, Withrow J.R) sostienen que la *Sherman Act* no estaba dirigida a defender el interés público.

<sup>220</sup> Uno de los fines de la ciencia económica al estudiar los modelos económicos es determinar cuál de todos produce mayor cantidad de *good performance* -buenos resultados-. Alcanzar dicho *performance* implica, al menos, instaurar un sistema eficiente en la asignación de recursos y en la producción, promover el progreso, el pleno empleo y una justicia distributiva. Todo ello se consigue mediante la combinación adecuada de una serie de variables -condiciones básicas de la oferta y la demanda, de la estructura de mercado, de la conducta de los compradores o vendedores- que influyen directamente en la consecución de estos objetivos.

Hay que señalar, que el *performance*, siendo un objetivo deseable, no puede alcanzarse en la nada. Los objetivos a los que se orienta el modelo económico están enmarcados en un sistema de derechos y deberes que, indudablemente, el modelo económico debe respetar. No se puede favorecer uno u otro de los objetivos a costa de uno de los derechos y libertades que conforman el sistema jurídico propio de un determinado Estado, si dicha limitación no está plenamente justificada y es absolutamente necesaria. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 75.

<sup>221</sup> Una **economía competitiva está basada en la libertad de empresa**, porque es precisamente la presión que ejercen los competidores lo que motiva a las empresas a ser eficientes y a fomentar el progreso tecnológico; de esta manera se propicia el beneficio del consumidor en forma de precios bajos, diversificación productiva y mejora de la calidad de los productos y los servicios. Pero la defensa del sistema competitivo no implica en todo caso la defensa de la libertad de empresa, porque en muchas ocasiones el beneficio del consumidor se produce precisamente mediante la eliminación de la libertad, como por ejemplo, mediante un acuerdo entre dos empresas para el desarrollo de un programa de I+D, por el que ambas empresas se comprometen a no iniciar investigaciones por su propia cuenta. Como dice Lipsey, R.G. (*Introducción a la economía positiva*. Barcelona. Vicens Universidad. 1995. p. 70), "el concepto de eficiencia es completamente distinto al de justicia". Por eso,



182. Una vez introducidos en el análisis *antitrust* objetivos económicos, la evolución de las funciones asignadas a este tipo de normas sufrió una fuerte desviación. Hasta los años 70 el control de legalidad de las actuaciones empresariales supuso un análisis multifuncional. Los tribunales norteamericanos interpretaban estas normas con el **propósito de alcanzar diversos fines político-sociales**.

183. Si bien es cierto que, en ocasiones los tribunales utilizaban el análisis económico, también lo es que objetivos, como el garantizar el acceso al mercado, la independencia de los distribuidores, la dispersión del poder económico, la protección de las pequeñas empresas, etc. -más relacionados con la defensa de la libertad, que con la eficiencia- estuvieron presentes en la mayor parte de las resoluciones judiciales.

184. Al introducirse en el enjuiciamiento *antitrust* el análisis económico<sup>222</sup>, se predicó como fin de las normas de defensa de la competencia, **el bienestar de los consumidores**, se defendió **la eficiencia económica como único objetivo**, despreciando cualquiera otra de las funciones hasta ahora contempladas.<sup>223</sup>

185. **La eficiencia económica asegura el bienestar de los consumidores y, para ello, si es necesario, deben sacrificarse otras funciones y objetivos**, como la defensa de la libertad de empresa, la existencia de pequeñas empresas o la libertad efectiva de acceso al mercado.<sup>224</sup>

186. Hoy existen en la doctrina jurídica norteamericana, relativa al Derecho *antitrust*, básicamente tres grandes escuelas: a) la de **Harvard**, con Areeda a la cabeza<sup>225</sup>, que cree en el "*antitrust*" como medio de lucha contra los grandes conglomerados y para la difusión social de la empresa y de la propiedad; b) la de **Chicago**, con Posner, Porter, y sobre todo, Bork<sup>226</sup>, que apenas cree en el "*antitrust*", lo que se ve claramente en la evolución de Stigler, y c) la escuela de **Nueva York**, con Eleanor Fox y Barry Hawk, de carácter fundamentalmente técnico y que, curiosamente, es la que más ha influenciado en Europa, siendo hoy B. Hawk el consultor más utilizado por la Unión Europea y por la OCDE.<sup>227</sup>

187. La discusión doctrinal sobre los fines del derecho *antitrust* tuvo principalmente sus raíces en el debate entre la Escuela de Chicago, que consideraba como único

---

las normas de defensa de competencia no deben únicamente enjuiciar si la restricción promueve la eficiencia. Por el contrario, el enjuiciamiento *antitrust* debe comprobar si el progreso económico -la eficiencia- es compatible con la libertad de empresa y con la justicia distributiva. Ibidem.

<sup>222</sup> Apoyándose en las doctrinas defendidas por la generación *lawyer-economists* surgidos de la *Chicago School of law*. Ibidem.

<sup>223</sup> Según Posner, en la medida en que **la eficiencia es el objetivo de las normas *antitrust*** no hay justificación para la aplicación de estas en ámbitos en los que el monopolio sea más eficiente que la competencia. POSNER, R. A. *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago. The University of Chicago Press. 1976. p. 44. *apud*. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 77.

<sup>224</sup> Ibidem.

<sup>225</sup> También son significativos de esta escuela Turner, D. F.; Scherer, F. y Ross, D.

<sup>226</sup> También destaca en esta escuela Armentano, D. T.

<sup>227</sup> SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Op. Cit. p. 43.

fin la asignación eficiente de recursos, y la Escuela de Harvard, que consideraba también otros fines, el primero de ellos la protección de los pequeños negocios.

188. En la actualidad, el debate acerca de cuáles son las funciones de estas normas continúa, y enmarcados en las dos corrientes principales -Harvard y Chicago-, los máximos exponentes de la literatura *antitrust* se debaten sobre los principios que deben utilizarse en el juicio de legalidad de las actuaciones de los operadores privados en el mercado.

189. A pesar de la influencia que la escuela de Chicago<sup>228</sup> ha tenido y tiene en el sistema *antitrust* norteamericano, actualmente se defiende cada vez más que, **si bien la eficiencia económica debe ser uno de los objetivos de las normas *antitrust*<sup>229</sup>, este debe verse completado por otros objetivos políticos y sociales.**

190. Según la más reciente doctrina norteamericana, **estos objetivos político-sociales no deben eliminar la eficiencia económica**, sino que todos ellos deben utilizarse conjuntamente en el enjuiciamiento *antitrust*, pero **fundamentarse únicamente en la eficiencia económica es desconocer las funciones asignadas -en el pasado, pero también ahora- a estas normas por el órgano legislativo.**

#### **B) Funciones de las normas de competencia en Europa.**

191. Como sabemos, en Europa las disposiciones de defensa de la competencia son más recientes que en los Estados Unidos. La novedad de este tipo de normas jurídicas en Europa<sup>230</sup> no ha impedido una importante discusión sobre las funciones que este tipo de disposiciones, discusión que todavía introduce mayor dificultad por la diversidad de normas -comunitarias y nacionales- que conviven en el continente.

---

<sup>228</sup> La postura del bienestar económico como fin último del derecho *antitrust*, ha estado en los últimos treinta años mantenida por los postulados de la Escuela de Chicago. Desde este sector se da prioridad al bienestar del consumidor y al objetivo rector de la eficiencia en el derecho *antitrust*, así como a la importancia del análisis económico.

Los postulados básicos de esta escuela pueden resumirse en el siguiente decálogo: 1) La eficiencia económica (en su doble vertiente, asignativa y productiva) expresada a través de la maximización del bienestar del consumidor, es el objetivo último y prioridad esencial del Derecho *antitrust*. 2) La mayoría de los mercados son competitivos. 3) El monopolio tiende a auto-corregirse, ya que las rentas monopolísticas atraerán la entrada de nuevos agentes al mercado que reducirán su cuota de mercado y su poder. 4) Las empresas se rigen por el principio de maximización del beneficio. 5) La aplicación de las leyes *antitrust* ha de dirigirse a impedir aquellas conductas que sean ineficientes, y a promover las que sean eficientes. 6) Las barreras de entrada son pequeñas o no existen, en el largo plazo. 7) Las economías de escala tienen una influencia esencial en el mercado. 8) Una empresa maximiza su beneficio cuando los mercados ascendente (proveedores) y descendente (clientes) en los que opera son competitivos. 9) Incluso en el caso de mercados no competitivos, la intervención del Estado sólo se justifica si va a obtener un mejor resultado, teniendo en cuenta los costes de dicha intervención. 10) La decisión de hacer de la eficiencia económica el principio inspirador de este modelo de mercado no es política, no se ve afectada por las decisiones relativas al reparto de la riqueza, la distribución de las rentas, etc. DÍEZ ESTELLA, Fernando. Los objetivos del Derecho *Antitrust*. *len/ Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Marzo/Abril 2003. No. 224. p. 36.

<sup>229</sup> Existe un acuerdo general en que el principal objetivo económico del Derecho *antitrust* es la promoción del bienestar del consumidor mediante la promoción de un sistema de mercado competitivo privado eficiente.

<sup>230</sup> A pesar de concretos precedentes, las normas de competencia fueron incorporadas a los ordenamientos jurídicos europeos, por la presión ejercida por los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial.

192. A las normas europeas de defensa de la competencia se les asignan funciones diferentes a las normas *antitrust* norteamericanas. Entre otras razones porque, como indica Bernini<sup>231</sup>, en Europa el principio de libertad de empresa se invocaba frente a las restricciones que provenían del Estado, por lo que no existía una oposición radical hacia las tendencias monopolísticas de los particulares.

Por eso, las disposiciones europeas de defensa de la competencia partiendo de la prohibición de las prácticas colusorias o abusivas que eliminan la competencia, habitualmente cuentan también de una o varias disposiciones que permiten la autorización de las, en principio, prácticas prohibidas.

Sin embargo, también es cierto que **los ordenamientos europeos han asignado funciones mucho más variadas a las normas *antitrust* que las propiamente económicas que los defensores de la *Chicago School* han mantenido.**<sup>232</sup>

193. Gran parte de la legislación europea se encuentra influida por los pensadores de la escuela neoliberal o *Escuela de Friburgo*, que propugnaba una vuelta a la economía de mercado como reacción al profundo intervencionismo imperante, sobre todo en la economía alemana, en la época que precedió al conflicto bélico y durante el mismo. Reconociendo que no podía aceptarse un funcionamiento totalmente libre del mercado, se propugnaba el establecimiento de un marco normativo suficiente que permitiera la existencia de un verdadero sistema competitivo.

194. Se suscita así el debate acerca de las funciones asignadas a estas normas. Dos son las concepciones que se han contrapuesto tradicionalmente, dando lugar a lo que se ha conocido como la *Dilemmathese*. Para una parte de la doctrina alemana el objetivo último de las normas de defensa de la competencia era la **libertad individual -*Individualschutz***<sup>233</sup>. Para otros el objeto de protección es la propia **competencia como institución** jurídico-económica de ordenación del sistema de economía de mercado -*Institutionsschutz*<sup>234</sup>-.

195. Sin embargo, desde la perspectiva de la *Harmoniethese*, tesis triunfante en Alemania en los últimos años, mayoritariamente se ha defendido que la normativa alemana persigue la defensa de la competencia como institución de la economía de mercado y junto a ello defiende la libertad individual en el ejercicio de la actividad económica, optando por **un sistema de competencia compatible con ambos fines** o en el que no existe conflicto entre ellos.

Estas concepciones triunfantes en Alemania han sido también asumidas por la doctrina de algunos otros países europeos.

---

<sup>231</sup> Citado en VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 81.

<sup>232</sup> Ibidem.

<sup>233</sup> Fikentscher es de los más significativos representantes de la *Individualschutz*.

<sup>234</sup> Como partícipe de la *Institutionsschutz* se cita a Würdinger.

196. La razón de ser de la *institucionalización* de la competencia económica como objeto de protección radica en la **dimensión social** que en los últimos años ha adquirido el Derecho de la competencia que ha pasado de ser un *Derecho de clase* a ser un *Derecho de ordenación del mercado (Marktrecht)*, que **defiende la competencia como sistema en el que se garantizan no sólo los intereses de los competidores, sino también los de los consumidores y los del interés público.**<sup>235</sup>

197. Consecuencia de esta teoría institucional es que la mayoría de las disposiciones *antitrust* europeas realizan un reconocimiento explícito de la **competencia económica como bien jurídico protegido**, al entender que protegiendo la competencia económica como institución se protegen los intereses de los consumidores y también la libertad empresarial.

#### a) Particularidades en el Derecho comunitario europeo de la competencia.

198. Todo el debate sobre la finalidad de las leyes *antitrust*, cuando se traslada al ámbito del Derecho comunitario de la competencia, presenta unas peculiaridades propias, consecuencia básicamente de la realidad económica, social y política que es Europa.

199. El profesor Michel Waelbroeck, opina que en el ámbito del Derecho comunitario, el ordenamiento *antitrust* tiene **dos objetivos** claramente definidos: por un lado, **evitar** que a través de prácticas abusivas o acuerdos colusorios **se llegue a una partición del Mercado Común**; por otro, **favorecer los procesos de concentración necesarios** para, sin entrar en contradicción con el objetivo anterior, que las empresas europeas alcancen el suficiente tamaño **para estar en condiciones competitivas equiparables a las de sus homologas estadounidenses y japonesas**. Todo ello, además, **sazonado con una serie de objetivos que claramente poco tienen que ver con la eficiencia económica**: integración de los mercados nacionales, protección de los pequeños y medianos negocios, protección de los regímenes democráticos en el seno de la Unión Europea y la protección de los consumidores.<sup>236</sup>

En efecto, de la literalidad de los preceptos que integran el Tratado de Roma (y sus subsiguientes modificaciones) y de las reiteradas declaraciones de los sucesivos Comisarios Europeos de Competencia, Sir Leon Brittan<sup>237</sup>, su sucesor a partir de enero de 1993, Karel Van Miert<sup>238</sup>, y del actual Comisario Mario Monti<sup>239</sup>, es

<sup>235</sup> Frente al *derecho subjetivo individual* de los empresarios como objeto de protección -propio del sistema liberal inhibido-, se defiende una concepción social del mercado en el que hay que proteger otros intereses también amparados, de manera que se determinan una serie de *reglas objetivas de conducta* que deben cumplir los empresarios en el mercado. VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Op. Cit. p. 85 y 86.

<sup>236</sup> WAELBROECK, Michel. *Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law*. /En/ *Fordham Corporate Law Institute*, 22nd Annual Conference, 26 y 27 Oct, 1995. (Barry Hawk Editor, 1996), Chapter 10, p 147 a 160. *apud*. DÍEZ ESTELLA, Fernando. *Los objetivos del Derecho Antitrust*. Op. Cit. p. 39.

<sup>237</sup> SIR LEON BRITTAN, Conferencia: *European Competition Policy: Keeping the Playing-Field Level*. 1992.

<sup>238</sup> VAN MIERT, Karel. Conferencia: *Frontier-Free Europe*, 5 de mayo de 1993.

<sup>239</sup> MONTI, Mario. Comisario Europeo de la Competencia. Conferencia: *A European Competition Policy for today and for tomorrow*. 26 de Junio de 2000.

universalmente admitido que **los fines de la política de competencia de la Unión Europea son económicos, sociales y políticos.**<sup>240</sup>

200. No sólo se busca maximizar la eficiencia, también hay que tener en cuenta otros objetivos, como el establecimiento de un mercado único, la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros, promover un crecimiento armonioso y sostenible, elevar el nivel de vida de las regiones menos desarrolladas, la globalización de los mercados, la consolidación de las libertades individuales y de la ciudadanía europea, etc.

201. Por ello, la operatividad de los postulados de la Escuela de Chicago en Europa es relativamente escasa, ya que es una corriente doctrinal que presupone la existencia de un mercado único e integrado, mientras que en Europa eso es una cosa que todavía está por hacer y, por ello, cualquier análisis de la política comunitaria de competencia que obvie estos fines “extra-competenciales” estará viciado en su raíz.

202. La competencia en la Unión Europea está llamada a cumplir unos fines muy concretos, uno de los cuales es contribuir de forma decisiva al objetivo de la creación de un Mercado Único, integrado por los mercados nacionales de los Estados miembros.

Aunque el objetivo de la integración de mercados parece entenderse ahora con más claridad, no es desde luego un descubrimiento de la época moderna. Desde el nacimiento mismo de la Comunidad Económica Europea y en los primeros estadios de aplicación del Derecho comunitario de la competencia se ha afirmado que el principal objetivo de las leyes *antitrust* comunitarias va dirigido a favorecer la interpenetración de los mercados nacionales de los Estados miembros y a desarbolar aquellos acuerdos privados que tiendan a aislar dichos mercados nacionales. Lo anterior, ha generado **tensión entre las consideraciones de eficiencia y las de integración de mercados.**<sup>241</sup>

203. Al comparar los ordenamientos estadounidense y comunitario, el Derecho europeo de la competencia, a primera vista no parece contemplar la competencia como un proceso generador de eficiencia, aunque es necesario admitir que, tal como lo interpreta actualmente la Comisión y los Tribunales, el enfoque adoptado hacia el Derecho de la competencia está más orientado hacia el mercado que la legislación en sí misma.

204. Quizá una de las veces en que se ha detenido más extensamente a hacer una reflexión sobre los fines de las normas de competencia en el marco del Tratado de la Unión Europea, es en la decisión que resolvió el asunto *ECS /AKZO*<sup>242</sup>, cuando resolviendo un problema de abuso de posición dominante y discriminación de

---

<sup>240</sup> DÍEZ ESTELLA, Fernando. Los objetivos del Derecho *Antitrust*. Op. Cit. p. 39.

<sup>241</sup> El artículo 81.3 TCE permite acuerdos que restrinjan la competencia si una parte razonable de los beneficios obtenidos se traslada a los consumidores.

<sup>242</sup> Decisión 85/609/CEE, de la Comisión de 14 de diciembre de 1985 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado de la CEE (IV/30.698 - *ECS/AKZO Chemie*) DOCE L 374, de 31/12/1985.

precios<sup>243</sup>, hizo la Comisión en el párrafo n° 73 de su fallo la siguiente consideración:

*“Para interpretar las cláusulas del artículo 86 la Comisión ha de tener en cuenta el sistema y los objetivos del Tratado. El artículo 86 es parte del capítulo que el Tratado dedica a las reglas comunitarias sobre competencia, basadas principalmente en el artículo 3 (f) del Tratado, que exige que la Comunidad instaure un sistema de competencia efectiva. Cualquier comportamiento de una empresa dominante que atente a la consecución de este objetivo y ponga en peligro la estructura de la competencia será considerado un abuso de posición de dominio de los contemplados en el artículo 86”.*

205. La resolución de este asunto dio pie a la consideración que hemos reproducido, y a consolidar una línea jurisprudencial: **no se aceptaran, en el seno del Derecho comunitario de la competencia, justificaciones de conductas abusivas basadas en motivos de eficiencia económica**<sup>244</sup>. Esta Decisión fue recurrida, y en la Sentencia *AKZO Chemie BV c. Comisión de la Comunidad Europea*, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso y repitió el argumento de la Comisión prácticamente en sus mismos términos<sup>245</sup>.

206. Por otro lado, debemos señalar que **el objetivo de la eficiencia en el Derecho comunitario no está reñido con el de maximización del bienestar del consumidor y el mantenimiento de un proceso competitivo eficiente**. Es importante insistir en que el Derecho comunitario no “penaliza” la eficiencia.

En su *XXXI Informe sobre Política de Competencia (2001)* la Comisión Europea se hace eco de esta consideración cuando señala la gran importancia que otorga a aquellos aspectos del Derecho y de la política de competencia que presentan interés para los **consumidores**<sup>246</sup>, en el sentido de que cuando los mercados funcionan correctamente y sin alteraciones debidas a acuerdos colusorios o abusos de posición dominante, **son los clientes finales, los particulares, los que se ven**

---

<sup>243</sup> Este litigio se planteó cuando AKZO, una compañía que tenía una cuota de mercado de más del 50% en el sector de los peróxidos orgánicos pretendió evitar que otra compañía, ECS, que operaba únicamente en el sector de los aditivos farináceos se introdujera también en el de los plásticos. Utilizando todo el potencial financiero de un sector, decidió emprender una guerra de precios con el otro.

<sup>244</sup> Párrafo n° 77 (Decisión 85/609/EEC): *“La Comisión no acepta el motivo de que la aplicación del artículo 86 depende enteramente de la aplicación mecánica de un test 'per se' basado en los costes variables o marginales. El estándar propuesto por AKZO se basa en una concepción estática y a corto plazo de la eficiencia, y no tiene en cuenta los objetivos más amplios de la normativa comunitaria de competencia establecidos en el artículo 3 (f), especialmente la necesidad de evitar el falseamiento de la estructura competitiva del Mercado Común”.*

<sup>245</sup> Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86, *E.C.R.* (1991) p. I-3359, párrafo n° 64: *“De acuerdo con la postura adoptada por la Comisión, los costes no son el criterio decisivo que el artículo 86 prevé para determinar si las reducciones de precio efectuadas por una empresa dominante son abusivas. Ese criterio no tendría en cuenta los objetivos más amplios de las normas comunitarias de competencia previstos por el artículo 3 (f) del Tratado, y en particular la necesidad de impedir el falseamiento de una estructura de competencia efectiva en el Mercado Común”.*

<sup>246</sup> Comisión Europea. *XXXI Informe sobre la política de competencia 2001*. Bruselas, Luxemburgo. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 2002. p. 21. (disponible en la web: [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/2001/es.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/es.pdf))

**beneficiados** de unos precios más bajos, mejor servicio y calidad y mayor amplitud de posibilidades de elección.

207. Prueba de ello es la importante Sentencia *Michelin v. Comisión de la Comunidad Europea*, en la que el gigante de los neumáticos fue sancionado por prácticas de abuso de posición de dominio restrictivas de la competencia, y en cuyo párrafo nº 57 el TJCE sentó la -considerada por algunos como desafortunada- doctrina de la “especial responsabilidad”<sup>247</sup>.

Veinte años después, la Comisión ha vuelto a sancionar a esta misma empresa por unos hechos prácticamente idénticos, en su Decisión *Michelin 2*<sup>248</sup>, que para un sector doctrinal ha sido una dolorosa reafirmación de que, después de veinte años, la Comisión Europea sigue adoleciendo en sus pronunciamientos de las necesarias consideraciones de eficiencia y el pertinente análisis económico, en general.<sup>249</sup>

208. Con todo, no falta quien afirma que el principio -u objetivo- de la consecución de la máxima eficiencia ha adquirido carta de naturaleza entre los principios de la Unión Europea y “amenaza” con primar sobre el de la integración de mercados. Así, se ha dicho que **el objetivo de la eficiencia se ha convertido recientemente en uno de los principales objetivos de la política comunitaria de competencia.**<sup>250</sup>

Lo anterior también se desprende de documentos como el *XIV Informe sobre Política de Competencia (1984)*, donde la Comisión Europea considera (nº 11) que la “función de asignación de recursos”, la “función de incentivación” y la “función innovativa”, todas ellas orientadas a la consecución del objetivo de la máxima eficiencia, satisfacen plenamente los objetivos buscados con la constitución de la entonces Comunidad Económica Europea a través del Tratado de Roma de 1957.

209. En palabras del propio Comisario Monti, en una reciente intervención, “**el fin último (de la política comunitaria de competencia) es la promoción de la actividad económica y la protección del bienestar del consumidor.**”<sup>251</sup>

Prueba de ello son también algunos documentos emanados de la Comisión Europea, que representan un cambio de orientación en la política comunitaria en el

---

<sup>247</sup> Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión de la CE*. Caso 322/81, E.C.R. (1983) p. 3461. Considerando nº 57: “No es posible aceptar los argumentos (...) de que *Michelin NV* es castigado por la calidad de sus productos y servicios. La determinación de que una empresa tiene posición de dominio no es, en sí misma, recriminatoria, simplemente significa que, al margen de las razones por las que se haya llegado a esa posición, dicha empresa tiene una especial responsabilidad en no falsear, con su conducta, el mantenimiento de una competencia efectiva en el Mercado Común”.

<sup>248</sup> Decisión 2002/405/CE de la Comisión, de 20 junio de 2001, DOCE núm. L 143 de 31/05/2002. p. 1.

<sup>249</sup> También en cuanto al tratamiento concreto de las políticas de descuentos de las empresas y los precios discriminatorios.

<sup>250</sup> MASTROMANOLIS, E. P. Predatory pricing strategies in the European Union: A case for legal reform. *European Competition Law Review*, vol. 19 abril 1998. p. 211. *apud*. DÍEZ ESTELLA, Fernando. Los objetivos del Derecho Antitrust. *en/ Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Marzo/Abril 2003. No. 224. p. 42.

<sup>251</sup> “The ultimate goal is the promotion of economic performance and the protection of consumer welfare”. MONTI, M. E.U. Competition Policy. *Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*. Nueva York. 31 de octubre de 2002. (texto en: <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/>).

sentido de que la integración pierde peso como elemento interpretativo de las normas de competencia. Así, en las recientes *Directrices sobre las Restricciones Verticales*, se dice en el párrafo n° 7: “La protección de la competencia es el objetivo principal de la política comunitaria de competencia, ya que ello favorece el bienestar del consumidor y consigue una asignación eficiente de recursos”.<sup>252</sup>

210. Lo que parece claro es que, junto a esa apreciación de los efectos que sobre el mercado tiene una determinada práctica empresarial, y atender a la consecución del mayor grado posible de eficiencia, la política de competencia comunitaria también tiene que tener en cuenta los objetivos que le marca el Tratado de la Unión Europea, y llevar a cabo su veredicto final integrando todos esos elementos. Igualmente, también se ha argumentado que la protección de los intereses de los consumidores tampoco es ajena al Derecho comunitario de competencia.<sup>253</sup>

211. Para la consecución de dichos objetivos el Tratado de Roma prevé básicamente dos instrumentos fundamentales: el artículo 81 (acuerdos colusorios) y el artículo 82 (abuso de posición dominante) y, secundariamente, el artículo 87 (ayudas de Estado). Como fácilmente puede entenderse, según el sector y el mercado en que nos encontremos, cobrará más importancia uno u otro, siendo su aplicación más que contrapuesta, complementaria.

212. Así, en sectores que están atravesando la fase inicial de su proceso de liberalización, lo normal será que las empresas busquen el tamaño empresarial óptimo para competir en un mercado globalizado a través de acuerdos y alianzas estratégicas de todo tipo, y por tanto, tendrá aplicación prioritaria el artículo 81.

Cuando el mercado esté plenamente liberalizado y los agentes hayan tomado ya posiciones, lo más importante será entonces, el control del comportamiento de los mismos, y evitar los posibles abusos de posiciones dominantes, siendo de aplicación prioritaria el artículo 82.

213. Es evidente que la aplicación del Derecho de la competencia en estos sectores tiene que impedir que las barreras estatales y la compartimentación de mercados que la liberalización pretende conseguir no sea inútil debido a las prácticas anticompetitivas de las empresas que ocupan posiciones de operadores dominantes.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> “The protection of competition is the primary objective of EC competition policy, as this enhances consumer welfare and creates an efficient allocation of resources”. Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre las Restricciones Verticales*. DOCE. C 291/01, de 13 de octubre de 2000, n° 7.

<sup>253</sup> Por ejemplo, en el razonamiento de la Comisión en la reciente fusión -aprobada en la Comunidad Europea bajo condiciones- entre las empresas americanas *Alcoa* y *Reynolds Metals*, en que la Comisión decidió autorizar esta operación, pero como esa fusión provocaría la creación del mayor grupo empresarial integrado productor de aluminio en todo el mundo, y la consecuente posición de dominio en varios mercados de producto (SGA, o aluminio para fusión; hidrato compacto de aluminio y aluminio de alta pureza PO404), Alcoa propuso una serie de medidas para asegurar el mantenimiento de una competencia saneada en el sector y la consecuente protección de los intereses de los consumidores. Nota de Prensa de la Comisión, IP/00/424, Bruselas, 3 de mayo de 2000.

<sup>254</sup> Esta es la preocupación expresada por la Comisión Europea en su *XXXI Informe sobre la política de competencia 2001*, bajo el epígrafe “Relaciones entre la política de la competencia y la normativa del mercado interior”. Op. Cit. p. 44.



Por el mismo motivo, una vez que se consiga de modo pleno la integración, parece que el papel que el Derecho comunitario de competencia tiene que jugar para conseguir este objetivo se reducirá sensiblemente.

214. Así, una vez establecido en toda su integridad el mercado interno, las normas de competencia podrían orientarse hacia la mera **eficiencia económica**. No obstante, el peso que se puede dar a este argumento es relativo, ya que el Mercado Único aún no es completamente una realidad, y en caso de que lo sea parece que exigiría cierta vigilancia o mantenimiento.<sup>255</sup>

Con todo, habida cuenta de la situación actual de la Unión Europea y del nivel de integración de mercados en que se encuentra, no parece que las autoridades comunitarias de competencia vayan a permitir ningún tipo de práctica que signifique una compartimentación del mercado.<sup>256</sup>

### **C) Cuestiones básicas que delimitan las diferencias entre los sistemas antitrust comunitario y estadounidense.**

215. 1) Uno de los objetivos fundamentales del Derecho comunitario de la competencia es la eliminación de las prácticas que interfieran con el fin de la **integración de los mercados**. Semejante "cláusula" no existe en el Derecho *antitrust* norteamericano.

216. 2) La **eficiencia asignativa** ha sido, por lo menos desde 1970, uno de los principios rectores -si no el único- de la mayoría de las decisiones de política legislativa y judicial en los Estados Unidos. Por su parte, en la Unión Europea se da una mayor importancia a **consideraciones de carácter social y político**.

217. 3) En Estados Unidos el sistema de aplicación del Derecho *antitrust* es eminentemente **descentralizado** y en la Unión Europea las potestades más importantes se atribuyen en exclusiva a las autoridades a **nivel nacional o comunitario**.

A ello hay que añadirle dos consideraciones más, cuyo entendimiento se revela imprescindible para entender los diferentes modelos:

218. 4) Mientras que **en el ámbito estadounidense el tamaño no era un objetivo** a conseguir, **en la Unión Europea sí**, si se quería estar en situación de competir eficientemente con las grandes corporaciones mundiales. En consecuencia, el poder de mercado que de ahí se derivaría sería inevitable y no se prohibirían por tanto las situaciones de dominio, sino sólo el **abuso** de las mismas.

---

<sup>255</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Entre Competencia y Libre Circulación. El Derecho Constitucional Europeo de la Comunidad Europea*. Madrid. Civitas. 2002. p. 175. *apud*. Díez ESTELLA, Fernando. *Los objetivos del Derecho Antitrust*. Op. Cit. p. 44.

<sup>256</sup> Un exponente claro de esta línea de razonamiento lo encontramos en la Sentencia del TPI *Volkswagen AG v. Comisión de las Comunidades Europeas*, de 6 de julio de 2000, Asunto T - 62/98, en la que se resuelve -desestimándolo- el recurso interpuesto por la sociedad holding del grupo Volkswagen contra una Decisión de la Comisión (98/273/CE, de 28 de enero de 1998) en la que se le sancionaba por llevar a cabo una política de compartimentación del mercado con sus concesionarios italianos de Audi y Autogerma.

219. 5) En la Unión Europea la **tradicón reguladora** ha sido mucho mayor que en los Estados Unidos, y también la **confianza** en que la **intervención de los gobiernos** solucionaría los problemas existentes en el mercado, al tiempo que existía la creencia comúnmente generalizada de que un monopolio, una vez creado, duraría por siempre. Por el contrario, al otro lado del Atlántico el Derecho *antitrust* es más reacio a **atribuir a los jueces capacidad para evaluar la eficiencia**, a la vez que se piensa que existen fuerzas en el mercado que terminarán por destruir los monopolios (excepto cuando la situación de monopolio se debe a una mayor eficiencia).

#### **D) Protección a los competidores o a la competencia.**

220. Otra cuestión que ha suscitado gran polémica ha sido el debate respecto a si lo que debe protegerse son a los competidores o a la competencia. La cuestión ha revestido diferentes caracteres en los sistemas norteamericano y comunitario europeo.<sup>257</sup>

En palabras que sintetizan acertadamente este debate, “en la política comunitaria de competencia las consideraciones sobre justicia, protección de los compradores de la explotación, la regulación directa de los precios y el acceso a las redes contrastan de forma aguda con el Derecho *antitrust* estadounidense que se centra en el análisis económico (lo que significa, sólo en la eficiencia asignativa<sup>258</sup>, no en cuestiones de redistribución de renta) y en la protección de la competencia y no de los competidores”.<sup>259</sup>

##### **a) Estados Unidos y la *Robinson Patman Act*.**

221. Si bien, han habido fervientes partidarios del objetivo de la eficiencia económica, en Estados Unidos, no menos rotundos son los que afirman que el Derecho *antitrust* tiene como objetivo primordial -y sostienen, que con tal fin se promulgó- la **protección de los intereses de los pequeños negocios**.

222. Dentro del ámbito general de las leyes *antitrust*, una de las figuras donde quizá mejor se aprecia esta postura es en la regulación de la discriminación de precios. En Estados Unidos, a parte de la regulación general *antitrust*, la ley reguladora de la discriminación de precios es la *Robinson-Patman Act*.<sup>260</sup>

<sup>257</sup> Ver caso *GE/Honeywell* (párrafos 155 – 167).

<sup>258</sup> Sobre la eficiencia asignativa ver pie de página nº 17.

<sup>259</sup> ZAMORA CABOT, F. J. Algunas claves actuales del Derecho *antitrust* de los Estados Unidos. /en/ *Revista de Derecho Mercantil*. núm. 181-182, 1986, p. 380. *apud*. DÍEZ ESTELLA, Fernando. *Los objetivos del Derecho Antitrust*. Op. Cit. p. 45.

<sup>260</sup> Su origen está ligado al enfrentamiento de las grandes cadenas comerciales (*chain stores*) contra los pequeños comerciantes (*independant retailers*). En efecto, entre 1920 y 1930 aquéllas experimentaron un vertiginoso crecimiento, llegando a triplicar su cuota de mercado, en detrimento de los pequeños comercios. Al emplear su poder de mercado para obtener importantes rebajas y descuentos de sus suministradores, dejaban a los pequeños comercios indefensos ante una práctica que las leyes entonces vigentes no prohibían. De ahí que la *Federal Trade Commission* abriera una investigación al respecto, que acabó con la promulgación en 1936 de la *Ley Robinson-Patman*.

223. Así, en una de las primeras Sentencias del Tribunal Supremo norteamericano que abordó esta cuestión, la recaída en el asunto *Morton Salt*, se dice expresamente que “cuando se promulgó la Ley Robinson-Patman, el Congreso estaba especialmente preocupado por **proteger a los negocios pequeños que eran incapaces de comprar en grandes cantidades**”.<sup>261 262</sup>

224. Desde su surgimiento hasta la fecha, esta ley no ha parado de recibir las críticas de la doctrina estadounidense y de la misma jurisprudencia, por entender que con ella **no se conseguía ni una mejora competitiva ni una mejora del bienestar, sino que simplemente se protegía al pequeño comerciante frente a las grandes cadenas, lo que en muchas ocasiones significaba proteger al ineficiente a expensas del eficiente.**

225. Así, por ejemplo, en la sentencia *Fred Meyer*<sup>263</sup> se dice de ella que “no es precisamente un ejemplo de claridad legislativa” y luego se le atribuye el calificativo de “ley notoriamente amorfa”.<sup>264</sup> Por otro lado, en un voto particular *-dissenting opinion-* de la sentencia *Utah Pie*<sup>265</sup> los Magistrados Stewart y Harlan afirmaron que “el Tribunal Supremo ha caído en el **error de interpretar que la Ley Robinson-Patman protege a los competidores, en vez de la competencia**”.

226. A este respecto, la jurisprudencia de ese órgano ha sido bastante contradictoria. La ya citada *Morton Salt*<sup>266</sup> constata la ambigüedad de la discriminación de precios y el carácter de arma de doble filo de la regulación contenida en la *Robinson-Patman Act*.

Esto queda reflejado en la Sentencia *Brown Shoe Co. v. United States*<sup>267</sup>. En efecto, en esta polémica decisión -calificada por el Juez Robert H. Bork como “la peor decisión *antitrust* jamás dictada”<sup>268</sup> y por Richard A. Posner, como el máximo exponente de lo errado que es proteger “los pequeños negocios en vez de el proceso competitivo”<sup>269</sup>- afirma el Magistrado Warren que, **a pesar de mayores**

---

<sup>261</sup> *F.T.C. v. Morton Salt Co.* 334 U.S. 37 (1948), párrafo n° 47.

<sup>262</sup> En el mismo sentido se han pronunciado diversos autores, como el profesor (y antiguo miembro de la *Federal Trade Commission*) Calvani, para quien la “*la Robinson-Patman Act* es diferente. Tiene poco que ver con el término competencia, en el sentido que se le da habitualmente (...). El objetivo de la *Robinson-Patman Act* no es la protección del proceso competitivo sino la protección de los competidores”. CALVANI, T. y BREIDENBACH, G., *An introduction to the Robinson Patman Act and its Enforcement by the Government*. 59 *Antitrust L. J.* 761 (1991), p. 762. *apud.* DÍEZ ESTELLA, Fernando. *Los objetivos del Derecho Antitrust*. Op. Cit. p. 45.

<sup>263</sup> *F.T.C. v. Fred Meyer Inc.*, 390 U. S. 341 (1968), párrafo n° 9.

<sup>264</sup> Voto particular del Magistrado Harlan, párrafo n° 2. *Ibidem*.

<sup>265</sup> *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967), párrafo n° 25.

<sup>266</sup> *F.T.C. v. Morton Salt*. 334 U.S. 37 (1948), párrafo n° 23: “*por un lado, los descuentos de cantidad pueden utilizarse arbitrariamente y sin justificación por ahorro de costes, en otorgar a los grandes compradores una ventaja discriminatoria sobre los pequeños; por otro lado, (...) nuestra calidad de vida depende en gran medida de la oferta existente de bienes a bajo precio que es posible gracias a la producción en masa y a las técnicas en la distribución, y a que las economías resultantes de las grandes transacciones han de ser transferidas hacia abajo a los consumidores finales*”.

<sup>267</sup> El Tribunal Supremo decretó la ilegalidad de la adquisición por parte de *Brown Shoe Co* -fabricante de zapatos- de la firma *G. R. Kinney Co.*, un distribuidor de zapatería. 370 U.S. 294 (1962).

<sup>268</sup> BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. New York. Basic Books. 1978. p. 210.

<sup>269</sup> POSNER, R. A. *Antitrust law: an economic perspective*. Op. Cit. p. 101 y 108.

**costes y precios, las consideraciones competitivas deben ceder a favor de la protección de los pequeños negocios.**<sup>270</sup>

227. Al margen de los dilemas planteados, en el debate en torno a los fines del Derecho *antitrust*, desde posturas extremas, como las de los autores citados, ningún tribunal norteamericano secundaría hoy la doctrina *Brown Shoe*, además, para todos los partidarios del planteamiento "economicista" del Derecho *antitrust* la postura de mantener cierto control sobre las industrias y economías locales y proteger al pequeño comerciante, calificada irónicamente como *ancient and disreputable "social purpose" theory of antitrust*<sup>271</sup>, está equivocada en sus planteamientos y es inviable desde el punto de vista de su aplicación en la práctica. Sin embargo, fue la que mantuvo el Tribunal Supremo en muchos pronunciamientos.

228. Lejos de ser una polémica de carácter histórico sobre unas leyes promulgadas hace ya más de un siglo, este debate sigue plenamente vigente, como puede deducirse de algunas intervenciones recientes del Presidente de los Estados Unidos como la recogida en el *Informe Shils*: "**La supervivencia de los pequeños negocios, que es un objetivo de la Conferencia de 1995 en la Casa Blanca sobre Pequeños Negocios, es necesaria para una economía equilibrada y para la seguridad industrial y colectiva, tanto desde un punto de vista económico como sociológico**".<sup>272</sup>

229. Igualmente, en la reedición de 2001 del libro del profesor Posner, vuelve a incidirse explícitamente sobre esta cuestión, al analizar las que él llama "objeciones de corte populista" al Derecho *antitrust*, afirmando que "**la aplicación del Derecho *antitrust* no sólo es un instrumento inefectivo, sino también malévol, para intentar proteger los intereses de los pequeños comerciantes en su conjunto, ya que los objetivos del Derecho *antitrust* y los objetivos de éstos son incompatibles en un plano fundamental; la mejor política *antitrust* -en su globalidad- desde el punto de vista de los pequeños comerciantes es la no existencia de política *antitrust***".<sup>273</sup>

## **b) La cuestión en el Derecho comunitario europeo.**

230. Por su parte, en el ámbito del Derecho comunitario, encontramos también un reflejo de esta polémica, aunque con rasgos y matices propios y diferenciados. Así, en antiguos documentos comunitarios como el *IX Informe sobre Política de*

---

<sup>270</sup> "*La Ley (Sherman) protege la competencia, no a los competidores. Sin embargo, no podemos dejar de tener en cuenta la intención del Congreso de proteger la competencia a través de la protección de los pequeños negocios, propiedad de agentes locales. El Congreso es consciente de que el mantenimiento de una industria y un mercado fragmentados dará lugar ocasionalmente a mayores costes y precios. Sin embargo, ha resuelto estas consideraciones competitivas a favor de la descentralización*". 370 U.S. 294.

<sup>271</sup> BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. Op. Cit. p. 203.

<sup>272</sup> "*The survival of small business, which was the desired aim of the 1995 President's White House Conference on Small Business is necessary for a balanced economy and for industrial and collective security, both economically and sociologically.*" PERSON, Carl. 2/7/97 *Shils Report - Impact of Mega-Retail Discount Chains on American Small Businesses*. Cap. 5. 1997. (Edición en Internet integrada en el sitio web: <http://www.lawmall.com/rpa/chap5.html>)

<sup>273</sup> POSNER, R. Op. Cit. (2001) p. 26.

*Competencia* (1979) encontramos una declaración de principios que recuerda casi textualmente la literalidad de la *Robinson Patman Act*, pues se afirmaba (n° 10) que **el principio de equidad es una de las principales herramientas de la política comunitaria de competencia, cuyo objetivo, entre otros, es la protección de la pequeña y mediana empresa, con independencia de que sean eficientes o no.**

231. Es evidente que el número y el tamaño medio de las empresas en la zona Euro y en los Estados Unidos difieren sustancialmente, lo mismo su nivel de competitividad y el grado de concentración del mercado; esto, junto a lo que hemos dicho anteriormente sobre la diferente realidad social, económica y política de uno y otro sistema, hace que los objetivos de las autoridades *antitrust* de uno y otro difieran.

En esta disyuntiva concreta de “proteger a los **competidores**” o “proteger la **competencia**” parece que en la Unión Europea **ambos términos** de la comparación **están en igualdad de condiciones**, en el sentido de que ambos son, por igual, un **objetivo digno de protección**: “los competidores rivalizan con la competencia como objetivos de política legislativa”.<sup>274</sup>

232. En la antes aludida Decisión *ECS / AKZO*<sup>275</sup> “La Comisión insiste en que no considera ilegal el deseo, ni siquiera por parte de empresas dominantes, de prevalecer sobre sus rivales. Una empresa dominante puede competir en méritos. Tampoco quiere la Comisión indicar que las grandes empresas deban estar obligadas a abstenerse de competir vigorosamente con las pequeñas, o los agentes nuevos que entren en el mercado. Sin embargo, **el mantenimiento de un sistema de competencia efectiva exige que el pequeño negocio esté protegido del comportamiento de las empresas dominantes que se dirija a expulsarle del mercado, no en virtud de un mejor desempeño o una mayor eficiencia, sino abusando de su poder de mercado**”.

233. Pronunciamientos como el inmediatamente citado, han dado lugar a que se señale que parece prestar apoyo a quienes recriminan a la Comisión y al Tribunal que, cuando aplican el artículo 82, tienden más a preocuparse de la protección de los competidores en vez de la competencia.

234. Un asunto reciente, importante de citar es la Decisión de la Comisión en el caso *IMS Health*<sup>276</sup>, en que la Comisión ordenó a *IMS* que concediera licencias a sus competidores, en condiciones comerciales razonables, para el uso de derechos de propiedad intelectual relativos a un formato inventado por *IMS Health* para transmitir información sobre datos de ventas farmacéuticas en Alemania.<sup>277</sup>

---

<sup>274</sup> JEBSEN, P. y STEVENS, R. Assumption, Goals and Dominant Undertakings: The regulation of competition under article 86 of the European Union. *Antitrust Law Journal*. Vol. 64. 1996. p. 459. *apud*. DÍEZ ESTELLA, Fernando. *Los objetivos del Derecho Antitrust*. Op. Cit. p. 45.

<sup>275</sup> Párrafo n° 81 de la Decisión 85/609/CEE, de la Comisión de 14 de diciembre de 1985.

<sup>276</sup> IP/01/941. Resuelto por la Comisión el mismo día de la Decisión *General Electric/Honeywell* (3 de julio de 2001). Este caso también apunta a una **discrepancia considerable y tal vez más significativa con la jurisprudencia estadounidense de defensa de la competencia**.

<sup>277</sup> *IMS Health*, una sociedad estadounidense, había desarrollado, con la ayuda de los clientes de compañías farmacéuticas, una estructura exclusiva para presentar datos de ventas. La estructura se refería a zonas geográficas concretas que incluían un número mínimo de farmacias. *IMS Health* obtuvo protección de la

La reacción de *IMS* sobre el efecto que esa decisión podía tener sobre la capacidad de innovación de las empresas, la expresó en un comunicado de prensa de día 6 de julio de 2001:

“(Esta decisión) tendrá graves consecuencias para cualquier compañía cuyo liderazgo en el mercado se deriva de la inversión, innovación y propiedad intelectual. La consecuencia inevitable de la decisión de la Comisión es que cualquier compañía que tenga en un mercado una ventaja importante en cuanto a propiedad intelectual tendrá que compartir dicha ventaja con sus competidores en circunstancias en las que los clientes desean básicamente, o de forma exclusiva, utilizar el principal producto del mercado. Esta proposición impediría la innovación y la competencia, tanto en Europa como en otros lugares”.

235. La concesión obligatoria de una licencia es un remedio drástico; y es aún peor como medida cautelar provisional, cuando no se han tenido plenamente en cuenta todos los hechos y circunstancias de un caso. Después de la decisión de la Comisión sobre medidas cautelares, el Tribunal de Primera Instancia, anuló la orden de concesión obligatoria de licencia<sup>278</sup>, y la Comisión en octubre de 2002 cerró su procedimiento.<sup>279</sup> Sin embargo, la decisión cautelar de la Comisión en el caso *IMS Health* puede considerarse como un ejemplo de lo lejos que puede llegar una administración antimonopolio para reducir el empuje de los ganadores y proteger a los competidores más débiles, en circunstancias en las que no es totalmente claro el impacto sobre la misma competencia.

236. Para concluir con este apartado, nos parece oportuno recoger la opinión de la profesora Valentine Korah, que después de que analizar la jurisprudencia entorno a esta cuestión, señala que: **“Mi preocupación es que las normas de competencia no se están usando para permitir a las empresas eficientes crecer a costa de las ineficientes, sino para proteger a las pequeñas y medianas empresas a expensas de las eficientes o más grandes. Pienso que los intereses de los consumidores, y la economía en su conjunto, al impulsar el desarrollo de la**

---

estructura mediante *copyright* (de la estructura) para transmitir información y la utilizó para vender datos a las compañías farmacéuticas. La estructura llegó a ser tan apreciada por las compañías farmacéuticas, que cuando otros competidores intentaban entrar en el mercado alemán de información sobre datos de ventas, no podían ofrecer los datos de la forma que los clientes farmacéuticos deseaban sin infringir el *copyright* de *IMS*. Ésta les denunció ante los tribunales alemanes, alegando que habían utilizado su *copyright* sin permiso. *IMS* ganó ese pleito y el tribunal confirmó la validez de su propiedad intelectual. Los competidores -una compañía estadounidense y otra belga- recurrieron ante la Comisión Europea alegando que la negativa de *IMS* a conceder bajo licencia su sistema de transmisión de información constituía un abuso de posición dominante, y solicitaron la adopción de medidas provisionales hasta que la Comisión examinara el caso. El 3 de julio de 2001, señalando una vez más que la decisión era de carácter “singular” y destacando su naturaleza excepcional, la Comisión concedió las medidas solicitadas: la concesión obligatoria de licencias sobre tecnología que eran propiedad exclusiva de otra compañía, como una medida provisional.

<sup>278</sup> Posteriormente, el 11 de abril de 2002, el TJCE confirmó la resolución del TPI (del 26 de octubre de 2001).

<sup>279</sup> The decision to close proceedings was taken after *IMS* ceased what the Commission considered in its preliminary analysis to be anticompetitive behaviour. IP/02/1430. *Commission closes certain proceedings against IMS Health*. 4 October 2002.

([http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p\\_action.getfile=gf&doc=IP/02/1430|0|AGED&lg=EN&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/1430|0|AGED&lg=EN&type=PDF))

eficiencia de empresas de cualquier tamaño, se está subordinando a los intereses de los negocios y comercios más pequeños".<sup>280</sup>

#### IV. Políticas de competencia.

##### 1. Contexto e importancia de las políticas de competencia.

237. Junto al **Derecho antitrust** existen **políticas** de competencia, siendo éstas las que marcan las pautas del primero, así como de la adopción de medidas que guardan relación con los mismos fines<sup>281</sup>.<sup>282</sup> Según sea la orientación de un sistema político será la instrumentación jurídica. Consecuentemente, la tendencia ideológica que se traslade a la organización política de un Estado, determinará el ensamble jurídico necesario para su concreción.<sup>283</sup> Lo anterior nos lleva a identificar cual será la ideología que marcará los objetivos buscados.

238. La política sirve para alumbrar, explicar, -en ocasiones, justificar- y, en todo caso, entender *cómo* o *para qué* se adopta una decisión o *por qué* se confía su realización a un determinado ente y éste -el ordenamiento jurídico- existe para ser aplicado. Por consiguiente hablar de **política de competencia** equivale no sólo a analizar las razones que han llevado a adoptar tales artículos o cuáles reglamentos, sino ante todo -y sobre todo- plantearse e intentar responder **cómo son efectivamente aplicadas las normas de competencia**, si realmente satisfacen los objetivos para los cuales han sido elaboradas y quiénes son los órganos encargados de velar por su aplicación.<sup>284</sup>

239. **Las políticas de competencia constituyen algo mucho más amplio que la sola aplicación de las leyes de competencia.** La política de competencia abarca todos los aspectos de la liberalización de segmentos regulados de la economía. Al mismo tiempo, es necesario que exista una eficaz aplicación de las leyes de competencia, de otro modo, los participantes en un mercado se impondrían ellos mismos nuevas reglamentaciones que protegieran a los vendedores de bienes y servicios en perjuicio del consumidor. Las leyes antimonopolistas tienen la misión de velar por que el mercado siga siendo libre, abierto, competitivo y robusto.<sup>285</sup>

240. Las políticas de competencia han adquirido importancia creciente en la promoción del desarrollo de los países, razón por la cual son cada vez más los que

---

<sup>280</sup> KORAH, V. *An Introductory guide to EC Competition Law and Practice*. Ed. Maxwell. 1994. p. 106. *apud*. DÍEZ ESTELLA, Fernando. *Los objetivos del Derecho Antitrust*. Op. Cit. p. 45.

<sup>281</sup> Como es el caso de los procesos de liberalización, desregulación y privatización.

<sup>282</sup> Es pertinente señalar que, si bien la normativa básica *antitrust* en los sistemas norteamericano y comunitario europeo ha permanecido inalterada, las políticas de competencia en estos bloques si ha experimentado transformaciones.

<sup>283</sup> DROMI, Roberto. *Competencia y Monopolio*. Op. Cit. p. 10.

<sup>284</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 310.

<sup>285</sup> Así lo sostenía en una entrevista Joel I. Klein, Secretario de Justicia Adjunto, División Antimonopolio, Departamento de Justicia de Estados Unidos (*Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice*). Ampliación de la Cooperación Internacional contra las Prácticas Anticompetitivas. /en/ Perspectivas Económicas. *Política Internacional Antimonopolista y de Competencia*. Publicación electrónica del Servicio Informativo y Cultural de Estados Unidos (USIS). Volumen 4, Número 1, febrero de 1999. (<http://usinfo.state.gov/journals/ites/0299/ijes/klein.htm>)

adoptan leyes de competencia y establecen autoridades con responsabilidad en la materia, y las diversas organizaciones internacionales, regionales y globales así lo recomiendan.<sup>286</sup>

Igualmente, se negocian acuerdos multilaterales para asegurar que las políticas de competencia logren sus objetivos, sin convertirse en obstáculos al comercio internacional y los flujos de inversión, tecnología y servicios entre países.

241. La generalización a nivel mundial de la política de competencia obedece principalmente a dos factores. En primer lugar, es consecuencia del desplome del socialismo como opción viable para organizar los sistemas económicos de un país, que motivó que la mayor parte de las economías del mundo se organicen bajo el modelo de economía de mercado y de libre competencia.

Las economías antes socialistas, ahora llamadas en transición, al mismo tiempo que han desmantelado sus aparatos burocráticos, han llevado a cabo acciones de fomento a la competencia, creando autoridades y ordenamientos que la tutelan, para evitar que las reformas económicas generen efectos adversos, como puede ser, que por privatizaciones de largo alcance, se genere a una concentración económica excesiva, que induzca a prácticas anticompetitivas y el surgimiento de monopolios privados.

242. Muchos de los países en vías de desarrollo también han dado importancia creciente a las políticas de liberalización económica, con reformas económicas que incorporan la política de competencia como elemento importante.

Debe tenerse en cuenta que **la implantación de políticas de competencia, especialmente en aquellos países con economías en desarrollo, debe atender a sus particulares condiciones económicas, no resultando conveniente adoptar sistemas idénticos a los de economías desarrolladas, como las de Estados Unidos o de la Unión Europea.**

243. La experiencia hasta ahora indica fuertemente que **la política de competencia es un componente importante de la infraestructura legal** que sostiene a una economía de mercado competitiva.

244. La generalización de la política de competencia obedece también al surgimiento de convenios bilaterales o regionales de libre comercio e inversión durante las últimas décadas. Estos convenios hacen indispensable aplicar una política de competencia que asegure el acceso a los mercados, que impida prácticas monopólicas que limiten la participación de competidores. El ejemplo más avanzado de este cambio es el de la Unión Europea, donde se ha implantado una política de competencia muy dinámica para impedir la creación de monopolios intrarregionales que frenen los beneficios de la integración económica y, adicionalmente, para evitar que los Estados miembros establezcan condiciones anticompetitivas que pudieran crear barreras a los mercados y limitar el flujo de inversión entre los miembros.

---

<sup>286</sup> Los ordenamientos, así como las instituciones que tutelan la defensa de la competencia, no sólo existen al margen de la política, sino que su funcionamiento se explica en función de ella.



245. Aunque la política de competencia es relativamente reciente en el panorama económico europeo, hoy por hoy, tanto los países de Europa como el gobierno comunitario, se han convertido no sólo en eficaces guardianes de la competencia en su territorio, sino que enfrentan, además, los ataques cada vez más frecuentes de los cárteles internacionales.<sup>287</sup>

Los gobiernos son concientes que para el crecimiento económico de un país y el desarrollo tecnológico de la industria nacional es necesario crear condiciones igualitarias de competencia en todo el territorio para evitar la fragmentación artificial del mercado en pequeños sub-mercados dominados por unas pocas empresas. Por esto es que la gran mayoría de los países con economías de mercado se han dotado políticas nacionales de competencia.<sup>288</sup>

246. Hay algo más que impulsa a los Estados, principalmente a los gobiernos de países industrializados, a ser activos en las políticas de competencia, además de la constatada necesidad de defenderla.<sup>289</sup> Ese *plus* es que la **política de competencia es la reina de las políticas de oferta**<sup>290</sup> y que éstas son las únicas aplicables hoy, en un mundo en que las tradiciones políticas de demanda están completamente desacreditadas.<sup>291</sup>

Así, la moda de las políticas de competencia se debe, no sólo a su necesidad para el buen funcionamiento de los mercados, sino a que las mismas son unas de las pocas modalidades de políticas económicas que los gobiernos pueden hacer hoy.<sup>292</sup>

## **2. Diversidad en las políticas de competencia.**

247. Los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González<sup>293</sup>, señalan que el estudio de la historia y el Derecho comparado pone de relieve que la existencia de la política de la competencia ha estado marcada por el signo de la **diversidad**, incluso entre Estados con un desarrollo social y económico semejante.

---

<sup>287</sup> *Informe de Competencia Económica 2001*. Comisión Federal de Competencia. México. 2002. p. 13. y SÁNCHEZ UGARTE, Fernando. *La política de competencia en el desarrollo económico*. Comisión Federal de Competencia. México. 2002. p. 5.

<sup>288</sup> “La competencia es la fuerza de la que dependen la mayoría de las economías de mercado libre (...)” PITTMAN, Russell. *La razón de la política de competencia, especialmente para las economías en desarrollo*. Op. Cit.

<sup>289</sup> PASCUAL Y VICENTE, Julio. *La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy*. Op. Cit. p. 13.

<sup>290</sup> Políticas orientadas a facilitar el funcionamiento competitivo de los mercados.

<sup>291</sup> De la misma forma, los profesores Lucía López de Castro García-Morato y Gaspar Ariño Ortiz sostienen que las políticas de competencia se encuentran integradas en las llamadas políticas de oferta, para lograr la flexibilización de los mercados, de gran importancia hoy, frente al limitado margen que existen para las políticas de demanda. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La Competencia en Sectores Regulados*. Op. Cit. p. 55.

<sup>292</sup> Igualmente, en el ámbito comunitario europeo, un rasgo de la política de competencia, es que ésta forma parte de la política económica del TCE. (artículos 3 letra g, 4.1, 4.2, 98 y 105 TCE)

<sup>293</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 271.

248. Existe acuerdo sobre la importancia de las políticas de oferta, es decir, las políticas orientadas a facilitar el funcionamiento competitivo de los mercados, pero, en cambio, no hay unanimidad sobre el camino a recorrer por el Estado.<sup>294</sup>

249. Cuatro son las opciones que se le presentan a un Estado.<sup>295</sup>

1) **abstenerse por completo de intervenir** (*laissez-faire approach*), confiando en la responsabilidad de las propias empresas con poder de mercado y en los mecanismos de defensa de éste. "Liberalizar, privatizar, desregular hasta las últimas consecuencias" podría ser el slogan representativo de esta actitud.

2) **procurar el mantenimiento -y, eventualmente, el restablecimiento- de la estructura competitiva del mercado mediante la prohibición de ciertas conductas** empresariales y el control de las fusiones de empresas (*structure approach*).

3) **aceptar** la existencia del **poder de mercado** en manos de algunas empresas a **cambio de garantizar el interés público** mediante el control de los abusos con relación al comportamiento en el mercado y a los resultados observados en éste (*regulation approach*).

4) **nacionalizar** las empresas con poder de mercado (*ownership approach*).

250. Tanto la no intromisión del Estado como la política de nacionalizaciones de los cárteles han recibido fuertes críticas.<sup>296</sup>

Es por ello por lo que, en la práctica, sólo tienen importancia las otras dos orientaciones, que los ordenamientos nacionales suelen combinar, ante la insuficiencia de una política de la competencia que se apoyara exclusivamente en una perspectiva basada en la estructura del mercado (*market structure*).<sup>297</sup>

251. La política *antitrust* está muy ligada a las concepciones económicas. En Europa, donde el keynesianismo ha tenido y sigue teniendo un peso muy notable en importantes sectores académicos, integrados por economistas y juristas, así como en amplias capas de la población, la intervención del Estado en la economía y la asunción por éste de la política *antitrust*, como una más de sus funciones, no ha sido objeto de cuestionamiento general. Los europeos están acostumbrados a que el Estado intervenga en la vida económica cotidiana. Esto no es nuevo. Lo novedoso ha sido la aparición, en la segunda mitad del siglo XX, de una **política de defensa de la competencia frente a las empresas y al propio Estado**. Por el contrario, en los Estados Unidos, donde, desde los años 50, la denominada

<sup>294</sup> J. Segura. Citado por los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González. Ibidem.

<sup>295</sup> Ibidem.

<sup>296</sup> A la primera se le reprocha que la reacción del mercado sólo se produce a largo plazo o incluso no se produce y entonces los resultados reales son altamente insatisfactorios (W.G. Shepherd) y a la segunda que solo es practicable en sectores económicos muy determinados (monopolios naturales y algunos oligopolios), que repele las inversiones extranjeras, que atribuye poderes a organismos con altos costes financieros y con una burocracia lenta, que el consumidor sale perjudicado (I. Schmidt). Ibidem. p. 272 y 273.

<sup>297</sup> Insuficiencia denunciada en un Informe de la OCDE titulado *Poder de mercado y Derecho (Market Power and the Law)*. Ibidem.

*Escuela de Chicago*, cuestionó el papel económico del Estado, el escepticismo en torno a la aptitud del Estado para intervenir en el mercado ha ido acompañado de su homólogo escepticismo ante la política *antitrust*: es sumamente presuntuoso confiar en que la intervención del Estado produzca unos resultados más eficientes que los que derivarían del proceso natural del propio mercado. (Easterbrook)<sup>298</sup>

### **3. Organización de la política de competencia.**

252. En los complejos Estados de nuestro tiempo, la política de defensa de la competencia hay que organizarla alrededor de tres ejes principales, que sucintamente podemos calificar con estos tres términos: **represión, prevención y fomento.**

#### **A) Política represiva.**

253. La política represiva de defensa de la competencia consiste en la necesaria **actuación del Estado, pronta y eficaz, plasmada en normas jurídicas tendientes a impedir y eliminar conductas restrictivas de la competencia**, a fin de garantizar el eficiente funcionamiento de los mercados de bienes y servicios.<sup>299</sup>

254. La legislación en materia de competencia desempeña un papel importante al incrementar oportunidades para muchos. En efecto, la legislación busca eliminar barreras artificiales a la participación de nuevas empresas en los diversos sectores; sanciona conductas anticompetitivas de agentes económicos con las que indebidamente desplazan a sus competidores del mercado; elimina ventajas exclusivas; evita concentraciones que tengan como fin monopolizar los mercados; fomenta la creatividad de todos en la producción y comercialización de bienes y servicios; y, en términos más generales, crea las condiciones para que los agentes económicos exitosos sean aquellos que produzcan con mayor eficiencia, que ofrezcan menores precios y mayor calidad, o que introduzcan nuevos y mejores productos o servicios. Al contribuir a través de mayor competencia a alcanzar más

<sup>298</sup> Citado en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 479. Igualmente, estos profesores apuntan que el punto de vista clásico más difundido entre los economistas sobre la intervención se ve reflejado en este conocido texto de John Kenneth Galbraith (*El crac del 29*. 4ª ed. Barcelona 1993. p. 42): “La regulación de la actividad económica es, sin duda, la actividad pública menos elegante y agradecida. Casi todo el mundo se opone a ella por principio; su única justificación reside en el poco atractivo argumento del “mal menor”. La regulación da lugar a broncos debates en el Congreso, en los cuales los desnudos intereses de los grupos de presión se muestran en ocasiones de una forma tan sincera que bordean lo obscuro. La promulgación y aplicación de decretos y reglamentos por medio de pesadas burocracias es una servidumbre incesantemente cuarteada por la crítica. Últimamente, los reguladores han considerado ya obligación suya confesar siempre que se presenta una ocasión sus limitaciones e imperfecciones, que de todas formas son demasiado evidentes”. Ibidem. p. 483.

<sup>299</sup> Señala D. Julio Pascual y Vicente que, los agentes económicos que operan libremente en el mercado pueden adoptar conductas, por sí solos o con otros, para limitar artificialmente la competencia. Si las actividades empresariales que se llevan a cabo son verdaderamente libres, es decir, si hay plena libertad de ejercicio para ellas, la propia dinámica del mercado, con el tiempo, neutralizará esas pretensiones privadas de limitar la competencia, aunque no intervengan las autoridades, porque otros operadores aparecerán para participar de las rentas anormales obtenidas por los empresarios que falsean la competencia. Es decir, aflorará una nueva competencia que compensara los anteriores propósitos de limitarla. Pero para que esto suceda, para que aparezcan nuevos operadores económicos y la aparición surta sus efectos, ha de pasar tiempo, mucho tiempo en ocasiones. Por eso es necesaria una actuación del Estado a través normas jurídicas. PASCUAL Y VICENTE, Julio. *La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy*. Op. Cit. p. 13.

eficiencia, la legislación de competencia fortalece el proceso de generación de empleos más productivos y mejor remunerados. Por estas razones, y a través de diversos mecanismos, **la legislación de competencia contribuye a lograr equidad y a asegurar la igualdad de oportunidades**. En la medida en que tengamos más oportunidades, más movilidad social y mayor eficiencia, tendremos sociedades más justas y más prósperas.<sup>300</sup>

255. La **regla general** ideal es la sujeción de todo sector económico a las normas de competencia, no obstante, hay **excepciones** en aquellos ámbitos en los que no opera la libre competencia, por concurrir motivos excepcionales que aconsejan no introducir "criterios de mercado" -libertad de oferta y demanda, pluralidad de oferentes, etc.- en el funcionamiento de un concreto sector de la economía. Es lo que ocurre con sectores ligados a la defensa nacional, mercancías peligrosas, protección de intereses básicos de la población, etc.<sup>301</sup>

Los **destinatarios** de tales normas han de ser, sobre todo, las **empresas**, pero también el **Estado**, cuando éste de lugar a que se reprima la competencia.

### **B) Política preventiva.**

256. Por su parte, la política preventiva se instrumenta mediante el llamado **control de concentraciones**, consistente en dotar legalmente a los poderes públicos de la facultad de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones, concediéndoles la posibilidad de impedir su realización o de condicionarla.<sup>302</sup>

257. El control de las concentraciones es un tema que también ha supuesto debates. En efecto, quienes defienden que las fusiones y las concentraciones no deben ser dificultadas argumentan que en tiempos de globalización como los presentes, son necesarias empresas fuertes que puedan competir con los gigantes económicos que aparecen por doquier. Quienes, por el contrario, son partidarios de un riguroso control de concentraciones, ponen el acento en la necesidad de evitar que se creen empresas que lleguen a ser dominantes y puedan abusar. En tal caso, dirán los primeros, persíganse las conductas abusivas si es que llegan a producirse, pero no las posiciones de dominio en sí mismas. Y por el otro lado, a ese planteamiento responderán los partidarios del control de las concentraciones, que quien evita la ocasión, evita el peligro.

258. La necesidad de un control de concentraciones y el rigor con que ha de aplicarse, depende de varios factores, entre los que destacan los siguientes:

Uno es el relativo al **grado de desarrollo** del respectivo ámbito geográfico. Es evidente que, en una nación apenas industrializada, el tamaño de las empresas

<sup>300</sup> *Informe Anual 1993-1994*. Comisión Federal de Competencia. México, 1994. p. 9.

<sup>301</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 478.

<sup>302</sup> Michael G. Egge señala (abril del 2002) que en aproximadamente en 80 de los más de 107 países que cuentan con leyes sobre competencia, se exigen formas de comunicación previa a las concentraciones. EGGE, Michael G. *El beneficio de la duda y el Derecho de la Competencia en Estados Unidos y la Comunidad Europea*. Op. Cit. p. 52.

será en general pequeño y estas empresas trabajarán con costes elevados. En esta situación, el crecimiento del tamaño de las empresas no deberá, en general, ser estorbado sino, más bien, alentado.

Otro factor a tener en cuenta es la **estructura del mercado** en cuestión. No es lo mismo si hay gran número de empresas en el sector estudiado que si únicamente existen las dos que se fusionan, por extremar el ejemplo.<sup>303</sup>

Otro factor importante a considerar en el control de concentraciones es el relativo a las **barreras de entrada**. Así, no puede actuarse con el mismo rigor en el control de concentraciones cuando las empresas que se fusionan operan en un mercado donde existen importantes barreras de entrada, sobre todo si son legales, que si éstas no existen.

259. Hay más cuestiones a considerar también en el control de concentraciones, una importante es si las actividades de las empresas que se concentran se desarrollan en un **régimen de titularidad plenamente privada** o si lo hacen en un **régimen de concesiones administrativas**, en el que la competencia sólo aparece, cada bastantes años, en el momento de otorgar las concesiones. También hay que tener en cuenta si las empresas actúan en **sectores plenamente liberalizados y desde cuándo**.

Así entonces, hay en este campo un conjunto de circunstancias que han de ser cuidadosamente valoradas con prudencia actual y visión de futuro. Todas las cuestiones apuntadas han de determinar, según se presenten, la oportunidad, la intensidad y el detalle del control de concentraciones que deba ser aplicado.

### **C) Política de fomento de la competencia.**

260. El fomento de la competencia, más allá de políticas represoras y preventivas, hay que propiciarlo desde el Estado mediante la **combinación** de los siguientes tres instrumentos: **desregulación, liberalización y privatización**.

261. La **desregulación** es de aplicación a los sectores previamente monopolizados y consiste en una política activa que combina mandatos y prohibiciones legales. Mediante la desregulación, el Estado introduce competencia en sectores monopolizados, a cuyas empresas, casi siempre únicas, se les prohíbe que sigan haciendo determinadas cosas, mientras que se les obliga a hacer otras.

262. La **liberalización** constituye un proceso mediante el que el Estado deja de intervenir en un sector, quitando trabas preexistentes, permitiendo la entrada en el

---

<sup>303</sup> Vale la pena mencionar el caso europeo del control de concentraciones en los últimos cincuenta años, exponente de que este enfoque pragmático. Así, en el Tratado de París (1951), que instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, se establece el control de concentraciones, por tratarse de un sector con muy grandes empresas, mientras que en el posterior Tratado de Roma (1957), que crea la Comunidad Económica Europea, tal control no fue instituido. Habría que llegar a 1989 para que se aprobara, con carácter general, un Reglamento de Control de Concentraciones europeo.

mismo a empresas nuevas y, en definitiva, suprimiendo las anteriores limitaciones a la capacidad de elegir de los consumidores o usuarios.<sup>304</sup>

263. La **privatización** es meramente el proceso mediante el cual las empresas propiedad del Estado pasan a manos privadas.

La combinación de estos tres procesos supone un poderoso impulso para el aumento de la competencia en cualquier país.<sup>305</sup>

#### **4. Consideraciones en torno a los procesos de privatización.**

264. Las vicisitudes del Estado empresario no han sido ciertamente admirables en ninguna parte. Como ha ocurrido con el intervencionismo económico en general, la irrupción del Estado en las modernas economías ha sido azaroso, improvisado y por aluvión.<sup>306</sup>

---

<sup>304</sup> La experiencia internacional ha mostrado que las políticas de apertura a la competencia del exterior no bastan para resolver los problemas del ejercicio de poder monopólico. Uno de los objetivos de los procesos de apertura es inducir una mayor competencia y obligar a los productores nacionales a mejorar la calidad de la producción, o a reducir sus precios. Este objetivo no siempre se alcanza con la apertura debido a la existencia de sectores en los cuales los bienes tienen una naturaleza no comercializable. En ausencia de la política de competencia, un proceso de apertura puede acentuar las imperfecciones de los mercados en los sectores relacionados con la producción de bienes no sustituibles por importaciones. ANDERSON, Robert D. y DEV KHOSLA, S. *Competition policy as a dimension of industrial policy: a comparative perspective*. Bureau of Competition Policy (Canada), may 1993, p. 21. *apud*. BOSCH GARCÍA, Pedro. Política de competencia, un mecanismo promotor de la democracia económica. *en/ Informe de Competencia Económica, Segundo Semestre de 1996*. Comisión Federal de Competencia. México, 1997. p. 150.

<sup>305</sup> La **desregulación, la liberalización y la privatización son elementos necesarios pero no suficientes para lograr que los mercados sean eficientes**. Varios ejemplos ayudarán a entender esta afirmación. La apertura de una economía al comercio internacional enfrenta a los productores nacionales con la competencia de los productos del exterior en los mercados internos. Esto no quiere decir que no haya barreras que limiten o dificulten el acceso a los mercados o que no pueda haber situaciones de poder de mercado. Algunos productos tienen altos costos de transporte, lo que reduce la competencia de las importaciones; otros operan bajo franquicias o licencia de titulares en el extranjero, a menudo con la imposibilidad legal de importar el producto a quien no sea titular de la licencia; otros más están sometidos a regulaciones sanitarias o ambientales que impiden o encarecen su internación legal. Hay, en fin, restricciones o impedimentos de toda índole que hacen casi imposible que el comercio internacional sea perfecto, como se entiende este concepto en sentido teórico. Existen, además, bienes o servicios que no son intercambiables en los mercados internacionales, por lo que su mercado relevante es estrictamente nacional o aun regional. En el caso de todos estos bienes o servicios, la liberación de los mercados internacionales no implica un aumento en la competencia.

La privatización, por su parte, tampoco implica un aumento en la competencia económica. Suele suceder que un gobierno privatiza una empresa sin considerar los elementos de política de competencia y termina por transformar un monopolio público, que mantenía algunos escrúpulos para abusar de su poder de mercado, en un monopolio privado que, en su afán de no dejar dinero sobre la mesa, extrae sin cortapisas toda la ganancia extranormal que se deriva del poder de mercado.

Un gobierno enfrenta una disyuntiva compleja en los procesos de privatización. Por un lado, busca obtener el máximo ingreso monetario de la venta. Por otro, tiene que velar por el interés de la economía en su conjunto y hacer que la privatización asegure la eficiencia económica. Estos dos objetivos plantean frecuentemente un dilema, pues el ingreso máximo se alcanza casi siempre otorgando poder monopólico a la empresa privatizada, lo que a todas luces se opone al objetivo de maximizar la eficiencia económica y defender el interés público.

La política de desregulación, aunque amigable para la competencia, no siempre favorece a ésta. Por una parte, porque la desregulación no logra evitar prácticas anticompetitivas y, por otra más relevante para la discusión presente, porque a veces la regulación es necesaria para evitar el abuso de mercado. *Informe de Competencia Económica 2001*. Comisión Federal de Competencia. México. 2002. p. 14 - 15.

<sup>306</sup> PASCUAL Y VICENTE, Julio. *La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy*. Op. Cit. p. 16.

No obstante lo anterior, no han faltado voces que han intentado justificar esa presencia del Estado en la vida económica por dos motivos principales. El primero, que el mercado tiene fallos que producen externalidades y, el segundo, que mientras los sujetos del mercado buscan su interés particular, el sector público persigue el interés general.

Pero las justificaciones de la intervención estatal en la economía y de la existencia de la empresa pública, son menos sostenibles cuando se consideran dos evidencias que propone el moderno análisis económico y que antes eran pasadas por alto. La primera evidencia es que la acción pública también produce efectos externos y, la segunda, que los políticos y los funcionarios también persiguen legítimamente sus intereses particulares.

265. Cuando se cobra conciencia de ambas realidades, pierden consistencia los argumentos tradicionales a favor, tanto del intervencionismo del Estado en la vida económica, como de la existencia misma de la empresa pública, haciéndose evidente que la **regulación** y la **producción pública de bienes y servicios** acaban suponiendo meras transferencias de rentas entre grupos de ciudadanos, acompañadas de **pérdidas de productividad**.

266. Hay que estudiar el mercado tal como es y el sector público y los gobiernos, como son. El hecho de que los resultados del mercado puedan separarse de un desconocido óptimo social no debe llevar a la conclusión de que sea preferible la intervención pública, cuyos resultados podrían alejarnos aún más de ese inaprehensible óptimo.

267. En definitiva, **mercado y Estado son dos sistemas imperfectos y cambiantes** de acción, cuyos respectivos méritos no pueden plantearse de una vez y para siempre, por lo que es exigible un proceso crítico permanente de las actividades económicas que realiza el Estado. Sin embargo, en las últimas décadas, no habiéndose llevado a cabo este proceso crítico de un modo sistemático en apenas ningún país, **la empresa pública se halla hoy en retirada** por todas partes.

268. En desbandada se retira la empresa pública hoy, con parecido desorden a como irrumpió y fue creciendo anteriormente. Si la presencia del sector público en la vida social y económica fue creciendo durante muchos años de manera caótica, en los últimos años se ha producido una brusca ruptura de ese proceso en numerosos países, en la mayor parte de los casos sin suficiente rigor, lo que está llevando al desmantelamiento del aparato productivo estatal, no tanto por cuestiones de principio o respondiendo a un plan previamente trazado, sino, sobre todo, como un **medio para atajar** el desbordamiento de los **déficit del Estado**.

De este modo asistimos, en todo el mundo, durante las dos últimas décadas, a un **proceso desordenado de privatización** de actividades económicas de propiedad estatal, en el que los gobiernos en distintos países están pasando al sector privado algunas de las actividades anteriormente desarrolladas en su ámbito.



269. La ola privatizadora es ya un movimiento mundial, en el que los gobiernos con sus actuaciones, más que con sus programas, han ido contagiándose y quebrando la vieja idea de irreversibilidad del proceso estatalizador, que dominó en buena parte de los medios académicos y de los políticos, y aún de la opinión pública, a veces por inercia y a veces, seguramente, por resignación.<sup>307</sup>

270. Cuando los gobiernos transfieren empresas estatales al sector privado, generalmente tienen una serie de **objetivos: mejorar la eficiencia, reducir las obligaciones fiscales del Estado, suministrar mejor servicio a los clientes, obtener beneficios de las ventas y sentar las bases para una economía de mercado competitivo.**<sup>308</sup>

271. No obstante lo anterior, los **objetivos** esgrimidos por la mayoría de los privatizadores de nuestro tiempo **son básicamente dos**, que han aparecido sucesivamente. El primero, que ha dominado la escena, ha sido el de la **disminución del déficit público**, pero a su lado surgió otro importante objetivo, el de la **mejora de la productividad**, que devenía imprescindible para afrontar con éxito la globalización de las economías, en la que prácticamente todos los países se han visto inmersos.

272. Pero lo cierto es que, a pesar de la vigencia de los descritos principios asumidos por los gobiernos privatizadores, una vez desaparecido el mito de que el Estado debía producir necesariamente ciertos bienes y servicios, su proceso desinversor ha iniciado una veloz carrera con semejante **falta de planificación** a como actuó cuando la moda era crear empresas públicas.

Por eso, la realidad es que hoy se están desarrollando en numerosos países **procesos de privatización de empresas públicas tan mal concebidos y ejecutados** que, aunque remedien ciertas calamidades, también **producen frecuentemente perversas consecuencias.**<sup>309</sup>

273. En efecto, ciertos desordenados y acrílicos procesos de privatización, que se llevan a cabo en algunos países, están produciendo diversos **fenómenos negativos** frecuentemente asociados entre sí, de los que podríamos destacar los dos siguientes:

---

<sup>307</sup> Ibidem.

<sup>308</sup> Sin embargo, pueden haber conflictos entre los objetivos. Por ejemplo, puede aumentar el beneficio de la venta para el gobierno si éste vende una empresa grande como una entidad única, mientras que si se reestructura la empresa en unidades más pequeñas aumenta la competitividad del sector y la economía, pero se reduce el beneficio de la venta. WADDELL, Jim (Vicepresidente, Grupo Internacional de Privatización *Price Waterhouse*). La Privatización de Monopolios. /en/ Perspectivas Económicas. *Privatización*. Publicación electrónica del Servicio Informativo y Cultural de Estados Unidos. Volumen 2, Número 1, enero de 1997. (<http://usinfo.state.gov/journals/ites/0197/ijes/ej5com4.htm>)

<sup>309</sup> La experiencia internacional ha mostrado que **la privatización per se no asegura una mejoría en el desempeño de las empresas transferidas, ya que éstas suelen contar con poder monopolístico en el momento de su venta** (incluso algunas pueden haber nacido como monopolios naturales). BOSCH GARCÍA, Pedro. *Política de competencia, un mecanismo promotor de la democracia económica*. Op. Cit. p. 150.



1) Algunas veces las privatizaciones son meros **cambios de titularidad de monopolios preexistentes** nacidos al abrigo del apoyo estatal, cuyos negativos efectos se mantienen después de cambiar la propiedad.

2) Frecuentemente se privatiza la mayoría del capital de una empresa pública vendiendo las acciones libremente en Bolsa, pero **reservando una minoría cualificada del capital a un conjunto de accionistas privilegiados que pasan a constituir el núcleo duro de la sociedad y, en cuanto tal, a ejercer el control** de la misma. Esta es una práctica sólo justificable excepcionalmente, como en el caso de la privatización de una empresa que sin esa reserva pudiera pasar al dominio del sector público de otro país que mantiene estatalizado el sector en cuestión.<sup>310</sup>

274. Por lo expuesto, consideramos que para que los efectos de un proceso de privatización sean sólo positivos deben observarse ciertas condiciones, y que además se haga coherente con los presupuestos de una economía competitiva. Estas son:

1) En general, no debe privatizarse una empresa pública monopolista sin antes haber liberalizado su sector de pertenencia, con el fin de suprimir las barreras de entrada preexistentes. La condición podría enunciarse así: **primero liberalizar, después privatizar.**

2) En general y con las excepciones señaladas, la privatización de una empresa pública debe hacerse **enajenando la totalidad de las acciones, sin reservas de núcleo duro, de acciones especiales o de residuos que hagan inviable el control** de la compañía por los accionistas en beneficio de los ejecutivos.

3) Toda privatización debe realizarse en un ambiente de plena **transparencia e igualdad** de oportunidades para los posibles adquirentes.

4) La adquisición privada de las acciones de las compañías que se enajenan debe hacerse mediante cualquier modalidad de puja que garantice la **igualdad de oportunidades** entre los potenciales compradores y permita al sector público maximizar los ingresos provenientes de las enajenaciones.

275. Por último, debe señalarse que la privatización resulta significativa en tanto conduce a la modificación en el desempeño de las empresas por la vía del cambio en los objetivos e incentivos, los cuales determinan las acciones de los agentes involucrados en el manejo administrativo y en la propiedad de los activos. Pero existe evidencia de que **más importante que la privatización es el cambio en las reglas competitivas y en las medidas que regulan la operación de los**

---

<sup>310</sup> Por ejemplo, en España una empresa eléctrica pública (Endesa), si hubiese sido privatizada sin reservas, podría haber sido adquirida por la empresa pública gala *Electricité de France*, que es propiedad del Estado francés. Y hubiese resultado que, por falta de previsión, Endesa hubiese pasado del sector público español al sector público francés, en un afán de privatizar sin ton ni son.

mercados. En mercados competitivos, las empresas alcanzan mayores niveles de eficiencia independientemente de que sean públicas o privadas.<sup>311</sup>

---

<sup>311</sup> VICKERS, John y YARROW, George. *Privatization: an economic analysis*. Cambridge, Mass. The MIT Press. 1988. p. 43. *apud*. BOSCH GARCÍA, Pedro. *Política de competencia, un mecanismo promotor de la democracia económica*. Op. Cit. p. 150.





## CAPÍTULO II. TRANSPORTES.

### I. Importancia económica.

276. Los transportes son elementos esenciales para la competitividad económica, como también lo son para los intercambios comerciales, económicos y culturales.<sup>312</sup> El transporte es algo más que cemento, asfalto y acero, consiste en gente, y en asegurarse de que nadie queda rezagado. Los proyectos de transporte deben diseñarse con vistas a hacer de nuestras comunidades mejores lugares donde vivir, de darles a nuestros ciudadanos más opciones y movilidad, y de ayudar a crear una comunidad verdaderamente mundial.<sup>313</sup>

277. Desde el punto de vista macroeconómico<sup>314</sup>, la **importancia** del transporte es **incuestionable**: la existencia de una infraestructura del transporte es un requisito indispensable e, incluso en muchas ocasiones, previo a un desarrollo económico adecuado, tiene interés estratégico para un país, sirve para aprovechar los recursos que ofrece la naturaleza, ampliar el mercado de mercancías -llevándolas hasta lugares geográficamente alejados- y el de las relaciones laborales y profesionales -permitiendo el desplazamiento de las personas allí donde tienen que prestar sus servicios-. Desde el punto de vista microeconómico<sup>315</sup>, dicha **actividad económica**

---

<sup>312</sup> En la Unión Europea, este sector económico representa aproximadamente 1 billón de euros, lo que equivale a más del 10% del producto interior bruto, y emplea a 10 millones de personas. Asimismo, los transportes también contribuyen al acercamiento de los ciudadanos europeos y constituyen, en su calidad de política común, uno de los fundamentos del proyecto europeo. *Libro Blanco - La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*. Luxemburgo. Comisión Europea. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 2001. p. 2. Cifras semejantes son las de los Estados Unidos, algo por encima superiores, según datos contenidos en el *Chapter 3 "National Transportation Statistics 2002"*. *National Transportation Library. Bureau of Transportation Statistics. U.S. Department of Transportation*. [http://www.bts.gov/publications/national\\_transportation\\_statistics/2002/index.html#chapter\\_03](http://www.bts.gov/publications/national_transportation_statistics/2002/index.html#chapter_03).

<sup>313</sup> SLATER, Rodney E. (Secretario de Transporte de Estados Unidos 1997-2001) *Perspectivas Económicas. El Transporte Internacional Impulsa la Economía Mundial*. Periódico electrónico del Departamento de Estado de Estados Unidos. Vol. 5, No. 3, Octubre 2000. p. 3. (Edición también en Internet integrada en el sitio web: <http://usinfo.state.gov/journals/ites/1000/ijes/ijes1000.pdf>)

<sup>314</sup> La macroeconomía es la parte de la ciencia económica que estudia los agregados económicos con el objeto de comprender su funcionamiento de conjunto en un país o región. La macroeconomía utiliza categorías tales como empleo global, renta nacional, consumo, oferta y demanda agregadas, valor promedio de los precios, etc., siguiendo en general la conceptualización realizada por John M. Keynes. Su propósito es estudiar las influencias que determinan el nivel de la renta nacional y el crecimiento económico, así como otros problemas relacionados a los anteriores, como el desempleo y las recesiones.

La macroeconomía tiene sus propias reglas, que a veces difieren de la microeconomía (ver siguiente nota al pie), debido a que el comportamiento de los grandes agregados que estudia no es igual al de las mismas variables en el plano microeconómico. La macroeconomía es útil para apreciar y comprender la evolución de la economía de un país y el modo en que diversas decisiones públicas afectan su comportamiento, pero puede llevar a conclusiones erróneas si se pasan por alto los efectos microeconómicos que tienen sus variaciones, en cada caso específico, sobre los precios relativos y la asignación de recursos. SABINO, Carlos. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Op. Cit.

<sup>315</sup> El término microeconomía es usado para hacer referencia a la parte de la economía que estudia el comportamiento de las unidades individuales -consumidores, empresas y grupos- y no los grandes agregados a nivel regional o nacional, cuyo estudio corresponde a la macroeconomía. La microeconomía tiene que ver con la oferta y la demanda, y con el mundo en que éstas interactúan en mercados diversos. El análisis microeconómico se centra normalmente en la teoría de la demanda del consumidor, en el estudio de la oferta, en la asignación de recursos a escala de la empresa y en la teoría de los precios.

puede ser ofertada por el Estado o por empresas privadas. El sector se presta también a que ciertos transportes sean desarrollados por empresas privadas, que reciben ayudas de la Administración con el fin de cubrir parte de los costes, mantener unos precios moderados y facilitar su disfrute por parte de la población.<sup>316</sup>

278. La provisión de servicios e infraestructuras de transporte constituye una condición necesaria para el crecimiento económico. Las estimaciones econométricas<sup>317</sup> han revelado una fuerte relación entre las infraestructuras y el desarrollo económico. Aunque persiste el debate sobre las razones por las que existe esta relación, como por ejemplo la dirección de causalidad, es difícil imaginar cómo una sociedad con un alto grado de especialización de su economía podría funcionar sin un complejo y efectivo sistema de transporte que haga posible la circulación de personas y bienes necesaria.<sup>318</sup>

279. Los economistas del transporte<sup>319</sup> tienden a afirmar que el sector del transporte requiere un análisis especial dentro de la economía por varias razones:<sup>320</sup>

i) El transporte aparece como **factor de producción vital** en la mayoría de las actividades económicas. La producción en transporte consiste en cambiar la localización física de personas y bienes sin transformar físicamente sus características. La naturaleza espacial de los servicios de transporte y la imposibilidad de almacenamiento complican el lado de la oferta de las industrias del transporte, que tienen que hacer frente a demandas fluctuantes y a múltiples

---

No existe una línea divisoria neta entre la micro y la macroeconomía, ni tampoco una oposición que haga imposible utilizarlas combinadamente en el estudio de los problemas económicos. Ibidem y HARBERGER, Arnold C. *Microeconomía*. /en/ HENDERSON, David. R. *Enciclopedia Fortune de Economía*. Op. Cit. p. 67 - 71.

<sup>316</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Op. Cit. p. 379.

<sup>317</sup> Econometría es el nombre con el que se designa la aplicación de las técnicas matemáticas y estadísticas a la resolución de problemas de economía. La econometría, por lo general, se basa en la construcción de modelos formales con los cuales es posible verificar hipótesis, medir variables estadísticas y realizar pruebas de simulación. En las últimas décadas se ha recurrido crecientemente al uso de técnicas econométricas para la validación de muchas afirmaciones que se formulan en el plano de la teoría económica, lográndose así conocimientos valiosos y predicciones cuantitativas de mayor precisión. Esta tendencia ha dado lugar, también, al desarrollo de una rama de teorías estadísticas y matemáticas específicamente ligadas a su aplicación a los problemas y datos típicos de la economía, que suele denominarse como econometría teórica, para distinguirla así de la econometría aplicada, cuyo objeto se concentra en la estimación del comportamiento futuro de las variables de acuerdo a lo mencionado al comienzo de esta definición. [econometrics]. SABINO, Carlos. *Diccionario de Economía y Finanzas*. Op. Cit.

<sup>318</sup> Aunque el transporte contribuye significativamente al desarrollo económico, constituye también una importante fuente de **externalidades**, las cuales en muchos casos no se internalizan debido a fallos de políticas encaminadas a igualar los costes privados con los sociales. Esto implica una gran ineficiencia, ya que conduce a un crecimiento excesivo de la demanda de transporte, a la distorsión de la distribución modal y a la degradación del entorno. DE RUS, Ginés y NASH, Chris. *Desarrollos Recientes en la Economía del Transporte*. Madrid. Ed. Civitas. 1998. p. 25.

<sup>319</sup> En ámbitos de la ciencia económica, la economía del transporte se encarga del análisis del sistema de transportes, el funcionamiento de los mercados de transporte y en general de los problemas económicos asociados a la movilidad de la población y al transporte de bienes. En muchos aspectos la economía del transporte es simplemente la aplicación de los principios y métodos microeconómicos a una actividad económica consistente en el movimiento de mercancías y pasajeros. Ibidem.

<sup>320</sup> Ibidem.

combinaciones de orígenes y destinos. Dado que cada combinación de origen, destino y tiempo debe ser considerada como un bien separado, el sector del transporte produce literalmente millones de servicios diferentes usando los mismos factores, de modo que abundan los problemas relacionados con los costes de producción conjunta.

ii) La calidad de los servicios de transporte es particularmente relevante en la explicación del comportamiento de la demanda. La evidencia empírica muestra que **los consumidores valoran mucho la calidad del transporte**, y que la calidad depende de la **combinación de velocidad, frecuencia y otras características** ofrecidas por todos los operadores de una ruta dada. El concepto de coste generalizado ha sido muy útil en el análisis económico, incorporando un modelo más completo de interacción entre oferta y demanda en una actividad en la cual el tiempo de viaje es con mucha frecuencia más importante que el coste de producción.

iii) **Intervención del gobierno.** Aunque con menor intensidad que en un pasado reciente, la entrada, la tarificación y las condiciones de funcionamiento son todavía determinadas por los gobiernos en muchos servicios de transporte (autobuses, taxis y ferrocarriles, por ejemplo) en todo el mundo. **La provisión de infraestructuras de transporte está principalmente en manos públicas.** El modo en que la infraestructura pública debería ser tarificada y las normas para invertir en nueva capacidad continuarán en manos públicas en los próximos años, a pesar de la creciente contribución del capital privado a la financiación de determinados proyectos.

iv) Economías de escala y externalidades. Las indivisibilidades, las economías de escala o de densidad son frecuentes en las industrias de transporte. La tarificación tiene que resolver la diferencia entre el bajo coste marginal y los elevados costes medios, con la dificultad añadida de asignar los costes comunes en las industrias multiproducto. La divergencia entre el coste marginal social y el coste marginal del usuario requiere el diseño de un mecanismo de precios que haga compatible la libertad de mercado con la eficiencia asignativa. La subaditividad en costes y los efectos externos positivos o negativos de la infraestructura pública y el uso de vehículos privados requieren un marco regulador que ayude al mercado a asignar los recursos en beneficio de la sociedad.

## **1. Transporte, crecimiento económico y pobreza.**

280. Aunque permanece una controversia sustancial con respecto a si la desigualdad es perjudicial para el crecimiento, o si el crecimiento necesariamente reduce la desigualdad, hay un consenso creciente en que el crecimiento económico casi siempre reduce la pobreza absoluta. **El nexo entre el crecimiento y el transporte** es claro, igualmente.

Desde hace mucho se ha reconocido que el desarrollo económico se incrementa con el comercio. Así el **proceso de desarrollo genera una demanda creciente de transporte** para dar acceso físico a mercados cada vez más extensos para productos y materias primas.

281. Las debilidades del sector de transporte **limitan** la realización de esta potencialidad de desarrollo de dos maneras. En primer lugar, las **malas instalaciones** de transporte restringen las posibilidades de ganancia a través del comercio. Para los exportadores tradicionales de productos primarios, **el coste alto y la baja calidad del transporte nacional han conducido a veces a la pérdida de los mercados** tradicionales de exportación, fuentes de abastecimiento competitivas o han excluido a países de los nuevos mercados de potencialidad alta.<sup>321</sup> En segundo lugar, **la mala infraestructura**, incluyendo las instalaciones de transporte, **parece afectar adversamente el crecimiento de productividad en otros sectores**. Estudios a nivel macro han indicado que la inversión en comunicación y transporte se correlaciona altamente con el crecimiento, pero está incorrelacionada con la inversión privada. Esto sugiere *a)* que la inversión en este sector no está expulsando otras inversiones productivas y *b)* que aumenta el crecimiento al aumentar el rendimiento social de la inversión privada.<sup>322</sup>

#### **A) Transporte y comercio.**

282. La inversión en la infraestructura del transporte tiene sentido para la gente porque **mejora** directamente su **vida diaria**. Por otra parte, también la ayuda indirectamente, ya que **impulsa el comercio** de sus países.

Un país mediano sin litoral marítimo tiene sólo 30% del volumen de comercio de una economía costera mediana. Sin embargo, cuando se reduce a la mitad los costos de transporte, ese volumen de comercio aumenta, se quintuplica. **Las reformas institucionales, como la privatización de los sectores portuario y ferroviario y la comercialización del mantenimiento de las carreteras, también contribuyen considerablemente a un mejor desempeño comercial en algunos países.**<sup>323</sup>

---

<sup>321</sup> Por ejemplo, la carencia de accesibilidad a mercados ha contribuido al bajo crecimiento de las exportaciones de los países del centro y sur de África (particularmente aquellos sin litoral). Un estudio reciente daba a conocer que el coste de transporte por tonelada-kilómetro para bienes comercializados internacionalmente en Camerún, Malí y Costa de Marfil era dos veces el de Francia y cinco veces el de Pakistán. GWILLIAM, K. M. *La Economía del Transporte y el Desarrollo*. /en/ DE RUS, Ginés y NASH, Chris. *Desarrollos Recientes en la Economía del Transporte*. Madrid. Ed. Civitas. 1998. p. 400.

<sup>322</sup> Ibidem.

<sup>323</sup> Recientemente el Banco Mundial se ha concentrado específicamente en la **contribución del transporte al comercio**. La construcción de carreteras es un comienzo, pero su mantenimiento es igualmente importante. A finales de los años ochenta, un estudio del Banco Mundial reveló que la pérdida de la infraestructura vial en el mundo en desarrollo, debida al abandono del mantenimiento, fue, durante las dos décadas precedentes, aproximadamente igual al total de los préstamos del Banco Mundial para carreteras durante el mismo período. Por esta razón, una parte creciente de los préstamos que hace el Banco Mundial con fines de transporte tiene como mira ayudar a los países a realizar el tipo de modificaciones institucionales y de política que haga más sostenible fiscal y financieramente el sector del transporte. El Banco Mundial ha emprendido programas para reestructurar los organismos encargados de carreteras, de manera que las administren en forma más eficiente. En países tan distintos como Malawi, Pakistán y Nepal, se han establecido juntas público-privadas para la administración de carreteras, en las que el usuario tiene una representación fuerte a fin de realzar la fiscalización y responsabilidad de los interesados. Estas juntas, entre otras cosas, contribuyen a su eficaz funcionamiento. El aumento de la participación del sector privado, como contratista y concesionario, ha resultado, generalmente, en una reducción de 25% en el costo de la carga presupuestaria, cuando el sector privado se encarga de obras financiadas públicamente. WOLFENSOHN, James D. (presidente del Banco



La inversión en la infraestructura del transporte, si tiene lugar en un entorno de políticas acertadas, puede **reducir la pobreza**, ya que estimula y crea oportunidades de crecimiento. Más aun, es importante que se dirija esta inversión hacia poblaciones particularmente mal atendidas, para alimentar un potencial de crecimiento que es enorme. Es entonces cuando se puede empezar a hablar de tasas de crecimiento en términos exponenciales.<sup>324</sup>

### **B) Transporte y crecimiento.**

283. Los mecanismos mediante los que **el transporte afecta a la actividad productiva** son complejos. La mejora del transporte rebaja los precios de los *inputs* y en consecuencia los costes de producción, mejora los accesos a créditos, facilita la difusión tecnológica y aumenta la disponibilidad de bienes "incentivadores". La infraestructura inadecuada de transporte es una restricción importante sobre la productividad.<sup>325</sup>

284. Para actividades urbano-industriales y de servicio, la calidad de infraestructura de transporte y el servicio público de transporte afecta a las decisiones de ubicación, la eficiencia del mercado de trabajo y los costes a los que se obtiene trabajo. Tomado conjuntamente con los costes reales decrecientes del transporte internacional, esto ha contribuido a cambios radicales en la estructura de comercio y transporte. **La importancia de transporte no disminuye cuando los países se industrializan.**

285. **El transporte eficiente y de alta calidad y las líneas de comunicación son esenciales para el logro del crecimiento económico**, al contribuir al éxito de los procesos de industrialización y de la competitividad empresarial.<sup>326</sup>

### **C) Transporte y pobreza.**

286. La necesidad de transporte en el mundo en desarrollo es impresionante. Los países de ingresos bajos y medianos no tienen suficientes carreteras apropiadas para ayudar a sus economías a crecer y a sus ciudadanos a prosperar.<sup>327</sup> El Banco Mundial ha dado nueva orientación al apoyo que prestaba a grandes proyectos de infraestructura del transporte, a fin de favorecer la financiación de carreteras rurales y transporte urbano, de manera que los pobres puedan llegar a sus trabajos y a los

---

Mundial) El transporte puede ayudar en la lucha contra la pobreza. *en/ Perspectivas Económicas. El Transporte Internacional Impulsa la Economía Mundial*. Op. Cit. p. 38 y 39.

<sup>324</sup> El hincapié que hace el Banco Mundial en la reforma del sector y especialmente en una colaboración ampliada con los interesados para precisar a dónde pueden dirigirse mejor sus intervenciones, constituye la base sobre la cual **la infraestructura del transporte puede ser parte integral de la lucha mundial contra la pobreza**. *Ibidem*.

<sup>325</sup> Esto es confirmado por estudios en países en desarrollo. GWILLIAM, K. M. *La Economía del Transporte y el Desarrollo*. Op. Cit. p. 401.

<sup>326</sup> Estudios sobre países, tales como los de desarrollo y política económica en Indonesia, subrayan la continua importancia de la infraestructura en el crecimiento del país, en la fase en que el crecimiento del sector privado industrial comienza a presionar sobre la capacidad disponible. *Ibidem*. p. 402.

<sup>327</sup> WOLFENSOHN, James D. *El transporte puede ayudar en la lucha contra la pobreza*. Op. Cit. p. 37.

mercados más fácilmente, abastecerse de agua y combustible más rápidamente y asistir a las escuelas y llegar a los centros de salud en forma más eficiente.<sup>328</sup>

287. Las necesidades de transporte del mundo en desarrollo son impresionantes. Estudios recientes, llevados a cabo por el Banco Mundial, indican que los países con ingresos *per cápita* bajos y medianos no tienen suficientes carreteras apropiadas para ayudar a sus economías a crecer y a sus ciudadanos a prosperar. De los 3.000 millones de personas que viven en áreas rurales en los países en desarrollo, 900 millones no tienen acceso a carreteras utilizables en todas las estaciones del año y 300 millones no están conectados con el resto del país.<sup>329</sup>

288. Los problemas de transporte no solamente son rurales. En un futuro muy cercano la mitad de la población pobre del mundo residirá en las ciudades. La mayoría se verá forzada a vivir ya sea en la periferia de las ciudades, lejos de los sitios donde hay empleo y servicios, o en tugurios, que a menudo no tienen acceso a servicios regulares de transporte. A los muy pobres les puede llevar hasta tres horas al día, en promedio, y un gasto de hasta 40% de su ingreso, el viaje de ida y regreso al trabajo. De esta forma, en ámbitos de transporte urbano se ha hecho hincapié en la necesidad de transporte más económicamente accesible para los pobres, incluso mejor transporte público y transporte no motorizado, así como carreteras de acceso para algunas de las zonas más pobres.

---

<sup>328</sup> Durante los últimos años el Banco Mundial ha avanzado considerablemente en la tarea de integrar el desarrollo del transporte en su misión básica de aliviar la pobreza. Se han dejado de hacer préstamos para proyectos grandes de infraestructura, que el sector privado financia más fácilmente, a fin de favorecer los programas de transporte que mejoran las redes de comercio regionales en los países en desarrollo más pobres. No obstante, a pesar de esa nueva orientación general que se aleja de la infraestructura, se siguen prestando un promedio de 3.000 millones de dólares al año para transporte, lo que representa alrededor de 13% del total la cartera del Banco Mundial. Entre tanto, el promedio total de los organismos de ayuda bilateral de los 22 miembros del Comité de Ayuda al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (excluyendo los bancos regionales de desarrollo) fue de 4.500 millones de dólares al año durante el mismo período, dos tercios de ellos provenientes de Japón. Ibidem.

<sup>329</sup> Durante sus primeras décadas de existencia el Banco Mundial dedicó el grueso de sus préstamos de transporte a la construcción de ferrocarriles, puertos y carreteras. Aunque la participación del Banco en el campo de la aviación es relativamente moderada, ha ido ampliándose. Por ejemplo, una importante iniciativa reciente es la asociación entre el Banco y el Departamento de Transporte de Estados Unidos, creada para atender la seguridad aérea y cuestiones conexas de infraestructura en regiones con esa necesidad (por ejemplo en África). En años recientes se han reducido los préstamos para puertos y ferrocarriles para dejarles el campo a inversionistas privados que han demostrado creciente interés en ese tipo de proyectos, y se ha dirigido más financiamiento hacia las carreteras rurales, carreteras que llevan tráfico hasta otras y transporte urbano, de manera que los pobres puedan llegar a sus trabajos y a los mercados más fácilmente, abastecerse de agua y combustible más rápidamente y asistir a las escuelas y llegar a los centros de salud en forma más eficiente. Además, este tipo de proyectos acerca más a los residentes rurales a la posibilidad de tener mejor transporte y produce muchos efectos directos que estimulan el desarrollo de un país. En Marruecos, por ejemplo, el mejoramiento de las carreteras redujo el costo del transporte del gas envasado, lo que disminuyó la necesidad de que las niñas tengan que ir a recoger nuevas provisiones todos los días. A su vez ello permitió a muchas niñas asistir a la escuela en forma más permanente. Ibidem. p. 37 y 38.

## 2. Desarrollo sostenible.<sup>330</sup>

289. El proceso de desarrollo sostenible tiene tres dimensiones.<sup>331</sup> La primera implica una **capacidad continua para apoyar la mejora de la calidad de vida**. La infraestructura y los servicios deben financiarse de tal forma que permitan que el capital necesario se mantenga y los costes operativos se cubran. (**sostenibilidad económica**). La segunda supone una **mejora en la calidad general de vida**, y no meramente un aumento en la cantidad de bienes comerciados. Mientras la posibilidad de intercambio entre los diversos aspectos de calidad de vida no excluye rígidamente una trayectoria de desarrollo que implique algún uso de recursos no renovables, la trayectoria de desarrollo debería ser aquella en que el resultado ocurre por elección, y no por las consecuencias imprevistas a largo plazo de las políticas. (**sostenibilidad ambiental**). La tercera es que **debe ser compartido por todas las categorías de población**, particularmente por aquellos con calidad de vida muy baja. En particular, es deseable evitar modelos de desarrollo que imponen pérdidas descompensadas, sobre aquellos que son ya muy pobres. (**sostenibilidad social**).

290. La necesidad de asegurar una provisión de transporte que sea sostenible económica, medioambiental y socialmente, tiene importantes implicaciones políticas. La sostenibilidad económica requiere que el núcleo de la infraestructura se mantuviese en el **estado operacional efectivo**, y que la infraestructura estuviese eficientemente gestionada para la provisión de servicios de transporte. La sostenibilidad ambiental requiere que las **actividades del sector de transporte no pongan en peligro inconscientemente la disponibilidad a largo plazo y calidad del ambiente físico** (agua, aire, suelo y biodiversidad). La sostenibilidad social requiere que **todos los grupos de la población se beneficiasen del proceso de desarrollo**.

291. En muchos países en desarrollo el sector de transporte exhibe la antítesis de estas condiciones. Se ha permitido que se deterioren muchas infraestructuras hasta llegar a un estado inutilizable, en parte como consecuencia de la miopía en la asignación de fondos adecuados para el mantenimiento ordinario. Además, **los servicios de transporte de bajo coste y de buena calidad no han sido provistos por empresas de propiedad estatal o reguladas estatalmente**, en parte a consecuencia de los objetivos impuestos por los Gobierno y las restricciones que han hecho imposible mantener el equipamiento necesario para proveer el servicio.

---

<sup>330</sup> El desarrollo sostenible puede ser definido como “un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”. Esta definición fue empleada por primera vez en 1987 en la Comisión Mundial del Medio Ambiente de la ONU, creada en 1983. Sin embargo, el tema del medio ambiente tiene antecedentes más lejanos. En este sentido, las Naciones Unidas han sido pioneras al tratar el tema, enfocándose inicialmente en el estudio y la utilización de los recursos naturales y en la lucha porque los países -en especial aquellos en desarrollo- ejercieran control de sus propios recursos naturales. Naciones Unidas - Centro de Información. ([http://www.cinu.org.mx/temas/des\\_sost.htm](http://www.cinu.org.mx/temas/des_sost.htm))

<sup>331</sup> Siguiendo al profesor K. M. Gwilliam en un trabajo basado en un documento del Banco Mundial: *Sustainable Transport. apud.* DE RUS, Ginés y NASH, Chris. *Desarrollos Recientes en la Economía del Transporte*. Op. Cit. p. 393.

292. El transporte ha pasado a ser un **contribuyente importante a los problemas ambientales** de las más contaminadas megaciudades del mundo en vías de desarrollo. Algunos grupos de población más pobres sufren realmente, en vez de beneficiarse, del proceso de asegurar el crecimiento de la renta nacional.

293. El núcleo del problema ha sido un fracaso persistente a la hora de asegurar la consistencia entre los objetivos esenciales de la sociedad y las acciones de individuos y agencias públicas. Esto ocurre en parte porque los individuos no se confrontan con los incentivos apropiados, y en parte porque **los gobiernos no poseen las cualificaciones adecuadas para diseñar políticas** y para ejecutar la planificación y el control de tareas que son necesarias para implementarlas. La búsqueda de la sostenibilidad requiere reformas políticas e institucionales en muchos países en desarrollo.

### **3. Transporte multimodal.**

294. El transporte multimodal es "la combinación de diferentes modalidades de transporte para formar una experiencia de viaje ininterrumpida: del autobús al tren, del tren al avión, del avión al barco, del barco al taxi, por medio de un proceso común de distribución y prestación de servicios y en una sola transacción comercial"<sup>332</sup>.

295. **La mayoría de los viajes**, más allá de la distancia normal que se recorre a pie, en bicicleta o automóvil, **son multimodales**, combinan el uso sucesivo de varias modalidades de transporte. Los transbordos multimodales generalmente tienen lugar en los aeropuertos, las estaciones de tren y los puertos. Por ejemplo, en cuanto al transporte aéreo, los servicios de vuelo pueden combinarse con:

- servicios locales entre el aeropuerto y la ciudad adyacente (por automóvil, autobús, barco, trenes subterráneos o trenes rápidos);
- servicios de enlace entre el aeropuerto y varias áreas de la región alrededor (suministrados principalmente mediante trenes, trenes de alta velocidad o autobuses);
- servicios complementarios o sustitutos entre el aeropuerto y los centros de las regiones vecinas (suministrados por trenes de alta velocidad como complemento o sustituto de vuelos de empalme).

296. El transporte es también multimodal cuando **combina**, por ejemplo, **el viaje de salida por aire y el de regreso por tren, o cuando facilita conexiones terrestres entre dos aeropuertos vecinos**, e incluso cuando un viaje por mar, con todo comprendido, incluye la conexión aérea para transportar a los pasajeros al puerto de embarque.

---

<sup>332</sup> Así lo define Michael Feldman, director de Servicios de Distribución del Servicio de Pasajeros de la Asociación Internacional del Transporte Aéreo, citado en ROCHAT, Philippe. El transporte multimodal promueve el comercio internacional y el desarrollo sostenible. /en/ *Perspectivas Económicas. El Transporte Internacional Impulsa la Economía Mundial*. Op. Cit. p. 40.

297. Los servicios de transporte terrestre pueden competir unos con otros y con los servicios aéreos, pero **el sistema multimodal requiere cooperación** a fin de:

- satisfacer las expectativas de los pasajeros mediante la selección de las mejores prácticas;
- promover el uso más eficaz en función de los costos de los medios de transporte;
- reducir la congestión, las demoras debidas al control de tráfico aéreo y las influencias sobre el medio ambiente.

298. La multimodalidad es, por tanto, un **elemento clave en cualquier sistema de transporte moderno**. Apuntala el comercio internacional y el crecimiento económico y, al mismo tiempo, satisface los requisitos del desarrollo sostenible. Ciertamente se ha reconocido que el enfoque multimodal es una herramienta importante para armonizar los aspectos económico, social y ambiental de la sustentabilidad.

299. En otras palabras, seguridad, facilidad de acceso, velocidad, eficiencia, empleo, explotación apropiada de la tierra y control de la contaminación constituyen, en conjunto, los beneficios principales del transporte multimodal. El éxito en este sentido requiere una visión general y un enfoque equilibrado, ya que cualquier sistema de transporte integrado tiene que basarse en análisis racional y minucioso de costo-beneficio y en un trato justo e igual de modalidades complementarias de transporte.

300. Los países de economías en surgimiento deben tener en cuenta estos factores para promover un mejor transporte, el que, a su vez, **fomenta el comercio internacional y el desarrollo**.

301. Las conexiones entre servicios aéreos y ferroviarios generalmente se consideran la solución multimodal más atractiva para crear una experiencia de viaje ininterrumpida. Con todo, debido a que ambas modalidades de transporte evolucionaron como sectores separados, muchos obstáculos han demorado su integración, que todavía está en su infancia.

302. Se deben emprender esfuerzos especiales para:

- reducir diferencias culturales entre operadores de ferrocarriles y líneas aéreas;
- estimular el interés en sistemas multimodales entre políticos, otros individuos encargados de tomar decisiones y planificadores de infraestructura;
- liberalizar las operaciones ferroviarias según las demandas del mercado para eliminar diferencias importantes en financiación de los costos de infraestructura;
- crear verdaderas interconexiones entre el transporte aéreo y el ferroviario en cuanto a su distribución y sistemas de reservas e información;

- promover normas comunes para la expedición de boletos y despacho aduanero, manejo de equipaje y demás condiciones de transporte, incluso la responsabilidad, con miras a garantizar la inmunidad y proveer el marco normativo necesario;
- precisar las mejores prácticas de ambas modalidades para retenerlas como multimodales.

303. En algunas partes de mundo, lo anterior ya ha tenido resultados, por ejemplo, setenta aeropuertos en todas partes del mundo tienen hoy alguna forma de conexión aérea-ferroviaria, y aproximadamente 140 la tienen planificada o la han considerado en la mayoría de las regiones.<sup>333</sup>

304. El transporte multimodal es cada día más y más atractivo, a medida que sus posibilidades de mayor movilidad y sustentabilidad se hacen evidentes:

- mejor desde el punto de vista ambiental,
- mejor desde el punto de vista económico y comercial.

---

<sup>333</sup> Algunos casos exitosos son los siguientes. Desde su inauguración en 1998 la conexión ferroviaria, Expreso Heathrow, ha reducido a 15 minutos la conexión terrestre entre el centro de Londres (Paddington) y el principal aeropuerto británico, lo cual pone a Heathrow a la misma distancia del centro de la ciudad que el aeropuerto London City, que se construyó para ofrecer acceso más rápido al centro comercial de Londres a los pasajeros aéreos de Inglaterra y Europa. Cerca del 10% de los pasajeros de Heathrow (15.000 por día) toma el tren en Paddington, donde pueden despachar el equipaje y obtener sus tarjetas de embarque. El tráfico por carretera ya se ha reducido en más de 2.000 automóviles al día. **El efecto positivo del sistema multimodal sobre el medio ambiente** también indujo a establecer una línea especial de trenes entre Estocolmo y el aeropuerto cercano Arlanda. El Expreso Arlanda, en efecto, se impuso como condición previa a la ampliación del aeropuerto que sirve la capital sueca. En Suiza hay en las estaciones de ferrocarril un sistema único para “despachar el equipaje y volar”. El pasajero puede despachar su equipaje en más de 25 estaciones de ferrocarriles suizas para embarcarse en varias líneas aéreas que ofrecen servicios en los aeropuertos de Zurich y Ginebra. También pueden despachar su equipaje a todas partes del mundo en más de 100 estaciones de ferrocarril suizas. Además, el sistema de transporte del equipaje por aire y ferrocarril permite despachar las maletas en muchos aeropuertos extranjeros con destino a la mayoría de las estaciones ferroviarias suizas (con entregas de 3 a 12 horas). Este servicio, que comenzó hace 15 años, ofrece a los pasajeros la posibilidad de despachar las maletas por adelantado con bastante tiempo, liberarse del equipaje y llegar al aeropuerto tranquilamente a último momento. En el aeropuerto *Charles de Gaulle* de París, *Air France*, *United Airlines*, *American Airlines*, *Lufthansa* y otras líneas aéreas permiten a los pasajeros trasbordar al TGV de Francia (el tren de alta velocidad) para hacer conexión con Lyon, Nantes y Lille. Hay propuestas para ampliar el servicio a otras ciudades francesas para atender la demanda de pasajeros de vuelos intercontinentales. También se ha considerado el TGV como alternativa a las conexiones aéreas cortas. Por ejemplo, en el viaje de Nueva York a Lyon se tendría la opción, después de aterrizar en París, de seguir a Lyon por avión o por tren de alta velocidad, sin que haya gran diferencia en el tiempo que insume el viaje. Muchas líneas aéreas llaman a la puerta de la compañía nacional de ferrocarriles de Francia para participar en el sistema, que todavía no incluye el servicio de equipaje. Al mismo tiempo, la compañía de ferrocarriles francesa explora las ventajas y desventajas de unirse a una de las alianzas mundiales de líneas aéreas. Para completar este breve recorrido por el horizonte europeo mencionemos una novedad multimodal reciente. Se trata del inicio de un estudio de viabilidad de una conexión ferroviaria directa entre los aeropuertos de Copenhague y Malmö, Suecia. La reciente inauguración de un puente sobre el mar Báltico, entre Dinamarca y Suecia, dio impulso a la idea de considerar que los dos aeropuertos, separados por poco más de 30 kilómetros, forman un solo centro, y que los pasajeros podrían trasbordar de un aeropuerto/terminal al otro. Está en consideración un concepto similar para Ginebra y Lyon, que están a una distancia de 130 kilómetros. Los partidarios de una conexión ferroviaria dicen que, en el futuro, un vehículo subterráneo magnético de gran velocidad podría transportar pasajeros de un aeropuerto al otro en menos de 20 minutos. *Ibidem*. p. 41 y 42.

- mejor desde el punto de vista del pasajero, y
- mejor desde el punto de vista de las empresas de transporte.

305. De acuerdo a lo anterior, por los beneficios en los distintos ámbitos apuntados, podemos decir que, prácticamente todo el mundo gana. El sistema del futuro será internacional en su amplitud, multimodal en su forma, inteligente en sus características, aprovechando el poder de la tecnología, incluso en sus servicios, e innovativo en su alcance.<sup>334</sup>

#### **4. Transporte y mundialización.**

306. La mundialización ha alterado radicalmente el volumen y las modalidades del movimiento de carga y pasajeros y ha exigido nuevos esfuerzos a los servicios nacionales e internacionales de transporte.

Los últimos dos decenios del siglo XX han sido testigo del extraordinario desarrollo de las relaciones económicas internacionales, el casi instantáneo movimiento de capital a través de fronteras nacionales y los nuevos métodos de producción y distribución que conocemos colectivamente con el nombre de mundialización.

307. Los países en desarrollo, si bien todavía se siguen beneficiando de una mano de obra más barata, tienen que depender menos de los abundantes recursos naturales y más del acceso a las comunicaciones y el transporte internacionales, la calidad de la infraestructura local y un clima normativo propicio para competir en el mercado mundial.

308. Los países económicamente adelantados se han adaptado a estos cambios y continúan reforzando la integración de sus economías e instituciones y mejorando sus redes de transporte y comunicaciones.

La mundialización ha alterado radicalmente el volumen y las modalidades de movimiento de carga y pasajeros y ha exigido nuevos esfuerzos a los servicios de transporte nacionales e internacionales.

309. Las empresas industriales se vuelven cada vez más internacionales. Han establecido centros de producción en todo el mundo y gran parte de su carga consiste en productos semielaborados que envían de un punto a otro de la misma empresa, mientras que los productos terminados se envían a los mercados de todo el mundo. **El transporte es esencial para el comercio internacional.**

310. Dentro de 25 años la proporción del comercio internacional en la producción económica mundial habrá superado con mucho al 18% actual.<sup>335</sup> Sin una cuidadosa

<sup>334</sup> Así lo mencionaba (2000), el entonces Secretario de Transporte de los Estados Unidos, Rodney Slater. *apud*. ROCHAT, Philippe. *El transporte multimodal promueve el comercio internacional y el desarrollo sostenible*. Op. Cit. p. 42.

<sup>335</sup> SLATER, Rodney E. (Secretario de Transporte de Estados Unidos 1997-2001) El transporte, clave de la mundialización. /en/ *Perspectivas Económicas. El Transporte Internacional Impulsa la Economía Mundial*. Op. Cit. p. 7.

planificación, los sistemas internacionales de transporte y los servicios nacionales intermodales, así como los de recolección y distribución se verán gravemente sobrecargados. No sólo los sistemas que sirven al comercio mundial, sino también la infraestructura urbana que respalda la industrialización y el nivel de vida deben reconstruirse. Los problemas suscitados por la contaminación y el crecimiento no planificado afectarán el atractivo de un país como destino de inversiones y su aceptabilidad como socio comercial. **Para mantener su competitividad, los países deben mejorar el rendimiento de sus sistemas actuales de transporte, invertir en nuevas tecnologías y modernizar las instituciones reguladoras y financieras.**

311. Inevitablemente, **el crecimiento previsto del comercio y el transporte internacional planteará cuestiones de compatibilidad** de la seguridad mundial y nacional, relaciones laborales, normas y reglamentos ambientales y normas y reglamentos en materia de competencia económica. Abordar estas cuestiones a fin de asegurar que no supongan una carga inaceptable para la integración y cooperación internacional es una importante tarea a la que los gobiernos y organizaciones internacionales deben enfrentarse adoptando **políticas** hacia un futuro próximo.

312. En las últimas décadas, hemos presenciado un aumento sin precedentes del transporte internacional, como resultado del crecimiento de la economía mundial y del consiguiente aumento de los viajes personales de placer y negocios.<sup>336</sup> La mundialización de la economía ha provocado un aumento considerable de la inversión extranjera en todo el mundo.<sup>337</sup> Estos incrementos de la inversión extranjera reflejan, en parte, la integración de las industrias mundiales a medida que las operaciones, el financiamiento y la comercialización de las empresas pasan a ser realmente internacionales.<sup>338</sup>

313. Prácticamente, todos los envíos internacionales necesitan usar **más de un tipo de transporte**, desde el punto de origen al destino final. Cada uno de los tipos de transporte mundiales de carga y pasajeros ha desempeñado un papel esencial en la facilitación de la diversificación geográfica. Aunque el éxito de la mundialización económica no se puede atribuir exclusivamente a los transportes, éstos siguen siendo un **factor esencial** que no se puede compensar o sustituir. Las compañías invierten en el extranjero, donde esperan poder depender de servicios de transporte internacionales.

---

<sup>336</sup> El volumen total de las exportaciones aumentó aproximadamente 170% de 1970 a 1997. Durante los últimos 25 años, los niveles de importación y exportación de Estados Unidos han aumentado a un ritmo extraordinario, de 132.000 millones a 2,1 billones de dólares. Las importaciones y exportaciones ascendieron del 13 al 30% de la economía del país. En el ámbito mundial, el comercio por vía acuática ha ido aumentando a una tasa anual del 3,8%, y representa cerca del 90% del total del comercio internacional de Estados Unidos. Ibidem.

<sup>337</sup> Por ejemplo, la inversión extranjera anual de Estados Unidos ha pasado de un promedio de 45.300 millones de dólares en los años setenta a 117.500 millones en la primera mitad de los noventa. Como proporción del producto interno bruto, esto supone un aumento del 60%. Ibidem.

<sup>338</sup> Una proporción cada vez mayor de la producción de las compañías estadounidenses se fabrica en el extranjero. A principios de los años noventa, aproximadamente 20% de la producción total de las compañías estadounidenses se fabricaba en otros países. Aumentos similares se pueden esperar en relación con las economías de muchos países a medida que nos acercamos al 2025. En 1998, el equipo de transporte, sobre todo automóviles y aeronaves, representaba el 19% del total de las importaciones de mercancías de Estados Unidos, y era el segundo sector importador del país en orden de importancia. Ibidem.



314. Junto con redes modernas de comunicaciones, las compañías pueden funcionar en un entorno internacional y hacer prácticamente invisibles las fronteras. De igual modo, la transferencia de bienes de un tipo de transporte a otro requiere servicios intermodales eficaces, seguros y fiables, que puedan adaptarse y ampliarse a medida que aumenten y se diversifiquen las demandas a las que deban responder. En los próximos años serán necesarios adelantos técnicos en los servicios de transporte para reducir costos, mejorar su seguridad y confiabilidad y hacerlos más inocuos para el medio ambiente.

315. Los servicios aéreos y marítimos realizan gran parte del transporte internacional de carga. En cambio, los camiones y el ferrocarril son los medios predominantes de transporte para distancias más cortas y sirven de enlace entre las líneas principales de transporte con los puntos locales de origen y destino.<sup>339</sup>

316. Las alianzas mundiales de consignatarios ahora dominan el servicio de contenedores y utilizan acuerdos para compartir barcos que ofrecen a los armadores servicios integrados con tasas únicas y cuadros de rutas fijos. La eficacia de estas alianzas hace que sean decisivas para el futuro de la mundialización, pero deben vigilarse para impedir posibles restricciones a la competencia y asegurar que el consumidor se beneficie de la mejora de la eficacia.

317. Ahora bien, los barcos de más tonelaje y calado necesitan instalaciones portuarias más amplias y canales más profundos. En el futuro, esto puede obligar a los países o grupos de países a establecer normas de desarrollo portuario y reglamentos que dispongan la ampliación racional y eficaz de la infraestructura portuaria con el objeto de utilizar los recursos disponibles de la forma más económica. Las ciudades en expansión deben permanecer competitivas en la economía mundial pero, al mismo tiempo, atenerse a normas ambientales y de seguridad, y en apego a los ordenamientos de defensa de la competencia.

318. Tal vez ningún otro medio de transporte ha crecido a escala mundial tanto como la aviación. El desarrollo de los servicios aéreos de carga y paquetes exprés, esenciales para el funcionamiento de la economía mundial, constituye un excelente ejemplo de la forma en que **el transporte puede contribuir a la mundialización.**<sup>340</sup>

La rapidez de los servicios aéreos ha permitido a las compañías sustituir los grandes y costosos inventarios del pasado por inventarios reducidos, entregas sin demora y servicios por encargo.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> En estudios recientes el mayor crecimiento de la capacidad de la flota se ha registrado en los grandes contenedores, con aumentos del 103% entre 1993 y 1997. Ibidem. p. 8.

<sup>340</sup> Los servicios aéreos de carga representan ahora una cuarta parte del valor de toda la carga internacional de Estados Unidos. Ibidem.

<sup>341</sup> La política de Estados Unidos ha alentado una apertura significativa de los servicios aéreos, sobre todo en el sector de carga. Los cerca de 50 acuerdos de cielos abiertos, así como otros acuerdos de liberalización dirigidos concretamente a los servicios de carga, han eliminado muchas de las restricciones que impedían a las líneas aéreas ofrecer servicios flexibles y eficaces en función del costo, en respuesta a los nuevos movimientos del tráfico. Ibidem.

319. A raíz de la liberalización de la industria aérea de Estados Unidos, un número cada vez mayor de compañías empezó a prestar servicios a los mercados internacionales desde muchos más puntos de origen y destino. La creciente competencia de las compañías aéreas estadounidenses ha provocado la privatización de una serie de aerolíneas extranjeras. Cerca de 75% de la industria del transporte aéreo mundial está ahora bajo control privado, con la consiguiente mejora de la eficacia.

320. El transporte por carretera y ferrocarril continuará llevando productos de sus puntos de origen a centros de distribución, donde se los unifica para su transporte a larga distancia o su distribución a los puntos finales de entrega. La integración económica regional, en particular en América del Norte y Europa, le da una importancia cada vez mayor al transporte internacional por carretera.

321. En el futuro, se espera un aumento de la demanda tanto de los transportes internacionales a larga distancia como de los servicios locales de distribución, y también se prevé una intensificación de los problemas de contaminación, congestión, desgaste de carreteras y retrasos en los cruces de fronteras. Será necesario invertir en nuevas tecnologías para controlar los costos y mejorar los servicios.

Sin embargo, las soluciones tecnológicas pueden no ser apropiadas si no van acompañadas de un aumento simultáneo de incentivos al transporte por ferrocarril e inversiones en infraestructura de las vías férreas. Los reglamentos de operación y **los mecanismos de financiamiento también se deberán adaptar a las nuevas condiciones del mercado (en competencia).**

322. Conforme a lo anterior, se deberán resolver también otros problemas, tales como los de congestión del tráfico callejero local, que entorpece el acceso de los camiones a las terminales intermodales; de congestión del transporte de superficie, que ocasiona retrasos en el acceso a los aeropuertos de los transportistas aéreos de carga y pasajeros. Muchos de los principales aeropuertos también sufren retrasos considerables de control de tráfico aéreo y terminales. Resolver estos problemas locales de congestión deben ser también importantes tareas de las **políticas públicas de los países deseen competir con éxito** en la economía mundial.

323. Las políticas destinadas a hacer frente a estas dificultades deben concentrarse en los enlaces con las redes de viajes y comercio mundial y en servicios que hacen de una ciudad un lugar agradable y cómodo donde vivir, trabajar e invertir. La calidad de vida será un ingrediente esencial de prosperidad económica en el futuro, ya que la mayor movilidad del trabajo y su creciente importancia como factor de producción hacen que más lugares del mundo sean atractivos para la inversión.

324. Durante los próximos años continuarán aumentando el comercio y los viajes mundiales como resultado directo de la creciente internacionalización del comercio y la industria. Los factores económicos de producción estarán aún más ampliamente distribuidos por todo el mundo. **La capacidad de los países de hacer inversiones públicas y privadas en el transporte será decisiva para determinar**

**quién compite con éxito** y quién queda relegado a una función de menor importancia, con una economía y un nivel de vida en declinación. Todos los tipos de transporte desempeñarán una función importante en la economía mundial.

325. Los países y las organizaciones internacionales tendrán que formular **políticas que tengan en cuenta y hagan compatibles intereses de seguridad, trabajo, ambientales y antimonopolísticos**. Se necesitará la cooperación internacional en trabajos de investigación y desarrollo para conseguir que las compañías internacionales se integren sin tropiezos en las economías locales. Por grave que haya sido el reto para los países que ya disponen de servicios de transporte modernos, programas vigorosos de investigación y desarrollo y regímenes reglamentarios eficaces, aún más intimidante será el que tengan que superar las naciones menos desarrolladas y adelantadas.

## **II. La competencia en los transportes.**

326. El transporte ha sido un sector que por mucho tiempo ha estado **organizado sobre la base de la regulación**<sup>342</sup> o reglamentación pública y fuertemente vigilado por las autoridades, **ajeno a la libre competencia**.

327. Hay que mencionar que la **normativa** en materia de transportes es, por esencia, **internacional**. Sus orígenes se remontan al derecho romano. A partir del Renacimiento, el Derecho internacional se elaboró en parte en torno a principios que regulaban los transportes, en particular el Derecho marítimo. En los últimos dos siglos, el marco normativo se ha desarrollado en organizaciones intergubernamentales, desde la Comisión Central de Navegación del Rin (la primera) hasta la Organización de Aviación Civil Internacional.<sup>343</sup>

328. La regulación en la materia se ha compuesto de normas internacionales producidas en organizaciones bien asentadas y normas nacionales que suelen proteger los mercados nacionales. El objetivo fundamental de esas normas mundiales ha sido el facilitar los intercambios y el comercio.<sup>344</sup> No obstante, los servicios de transportes -en particular, los sectores aéreo y marítimo- no se encuentran del todo integrados en estos ámbitos, y la apertura en estos mercados, que permanecen demasiado cerrados, se ha venido dando muy progresivamente y es un reto a nivel internacional para su desarrollo.

---

<sup>342</sup> Técnicamente se entiende por *regulación* “las normas o incentivos basados en el mercado destinados a controlar las decisiones de las empresas relacionadas con precios, las ventas o la producción” o, simplemente, “leyes o normas gubernamentales destinadas a controlar el comportamiento de las empresas”. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Derecho Europeo de la Competencia: Objeto, Fuentes y Sistemática.* /en/ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Derecho Europeo de la Competencia*. Madrid. Editorial Colex. 2000. p. 149.

Más adelante en el tema “sentido de la regulación” se aborda el tema y se distinguen tipos de regulación.

<sup>343</sup> *Libro Blanco - La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*. Op. Cit. p. 95.

<sup>344</sup> Esto ha dado lugar al descuido de imperativos de protección del medio ambiente, seguridad del suministro, así como de determinados aspectos industriales o sociales, situación que ha llevado, desde hace varios años, a algunos países como Estados Unidos a aplicar normativas regionalizadas del transporte, especialmente en el ámbito marítimo o aéreo, para fomentar la defensa de intereses específicos. La Unión Europea imitó este impulso para evitar catástrofes marítimas o liberarse de normas inadecuadas, por ejemplo en materia de lucha contra el ruido de aeronaves o de indemnización de los pasajeros en caso de accidente. *Ibidem*.

329. Los mercados de transporte han estado mucho tiempo organizados como si fueran **excepciones a las reglas normales de competencia** vigentes en otros sectores, viéndose sometidos a fuertes niveles de intervención estatal. Los poderes públicos, los partidos políticos y la Administración en general fundamentaron y defendieron un sistema de regulación alejada de los principios de libre mercado **cuya justificación se argumentaba en términos de protección a los consumidores y a las empresas, así como la salvaguardia del interés de la sociedad.** En la mayoría de los casos, la experiencia ha mostrado que este tipo de políticas no conseguía sus objetivos, o bien lo hacían a **costa de generar otros problemas.**

La industria del transporte, sometida a este entorno paternalista y protector, creció de manera ineficiente y gravemente expuesta a que cualquier *shock* externo la afectase de manera muy violenta.

330. Así, el transporte es uno de los sectores económicos en los cuales han impactado con mayor fuerza las **políticas de desregulación e introducción progresiva de participación privada** que se han ido aplicando paulatinamente.<sup>345</sup>

331. En Estados Unidos y en la Unión Europea se han introducido importantes programas de reforma en los diferentes mercados del transporte con el objeto de hacer de la **competencia el principio rector** de cada uno de ellos.<sup>346</sup>

332. Aunque **cada uno de los modos de transporte tiene sus propias particularidades** con respecto a la forma en la que se puede promover la competencia en ellos y entre ellos, uno de los factores más decisivos es la **relación existente entre los servicios de transporte y las infraestructuras** que los complementan.

Las compañías aéreas, por ejemplo, deben utilizar obligatoriamente los aeropuertos para prestar sus servicios; las navieras se sirven de los puertos para la carga y descarga de mercancías y pasaje; las empresas de transporte de viajeros por

<sup>345</sup> Consideramos en este momento puntualizar los siguientes términos, a los que estaremos haciendo referencia, que por ambigüedad y múltiple significación creemos importante diferenciar:

“Privatizar - Desregular”, ambos conceptos implican la expansión de la actividad del sector privado y una lógica contracción complementaria del sector público. Pero, mientras que privatizar (concepto de lo privado) significa dejar la provisión o producción de bienes y servicios en manos privadas, desregular es reducir o eliminar reglas específicas del gobierno y regulaciones que se apliquen a los negocios privados. (En sentido amplio desregular constituye una eliminación de las restricciones de elección que tiene el sujeto sobre una actividad económica)

“Liberalizar - Desregular”. La liberalización consiste en una disminución de barreras burocráticas a la competencia. Se puede usar como sinónimo de introducción o ampliación de la competencia porque la mayoría de las veces liberar significa dejar en libertad a las empresas para que puedan adaptarse a los deseos de los consumidores. Mientras que la desregulación es un término más amplio que el término competencia, implica la supresión de regulaciones existentes lo que no supone que tengan que desaparecer dichas medidas al introducir la competencia, es más a veces cuando se liberaliza el mercado no se reduce la regularización sino que simplemente se modifica. ORDÓÑEZ DE HARO, Carmina. *La Regulación Económica: El problema del Monopolio Natural*. Málaga. Universidad de Málaga. 2002. p. 10.

<sup>346</sup> Además de la introducción de la competencia, las reformas en el transporte han perseguido otros objetivos complementarios, que se alcanzan a su vez con ésta: **reducción del déficit público asociado a las subvenciones a empresas públicas de transporte, mejora de la eficiencia productiva del sector, búsqueda de participación privada para las inversiones necesarias en infraestructura**, entre otros.

carretera (urbano e interurbano) utilizan en mayor o menor medida estaciones, talleres y depósitos, y los ferrocarriles, además de estos elementos, dependen también de una vía férrea que condiciona sus trayectos.

Únicamente el transporte de mercancías por carretera y, por supuesto, el transporte privado, están libres de esta relación de dependencia, aunque ambos se ven condicionados por la necesaria dotación (en cantidad y calidad) de infraestructuras viarias.

333. Esta relación con las **infraestructuras**, a las cuales suele atribuirse casi siempre el carácter de **monopolio natural**<sup>347</sup>, ha marcado los procesos de liberalización de los servicios de transporte en las últimas décadas.

334. Donde los cambios han llegado comparativamente más lejos ha sido precisamente en el transporte de carga por carretera, un sector en el que progresivamente se han suprimido los antiguos sistemas de contingentes para limitar la oferta y se ha ido permitiendo que el libre acuerdo entre la oferta y la demanda sea quien fije los precios.

335. En el transporte terrestre de viajeros, tanto en ámbitos urbanos como interurbanos, los cambios experimentados en los últimos años también han sido notables, aunque existe un mayor grado de heterogeneidad en las reformas. Por ejemplo, mientras que en muchos países aún se mantiene el modelo de empresa pública, en el Reino Unido, desde 1985, los servicios de transporte público urbano son prestados por empresas privadas en la mayoría de las ciudades de aquella nación.

Esta iniciativa, aunque matizada por formas de participación privada menos extremas, fue luego seguida en otras ciudades y los mecanismos basados en la idea de contrato-programa y concesiones de corta o media duración para favorecer la competencia por el mercado, se han extendido hoy en día por el sector.

336. Fuera del transporte por carretera, la reforma de los servicios de transporte han tenido un alcance más limitado. En el transporte aéreo, los principales catalizadores de los movimientos de liberalización han sido los procesos llevados a

---

<sup>347</sup> Hay monopolio natural cuando las condiciones existentes en un mercado son tales que una sola empresa puede explotar mejor este mercado de lo que lo harían dos o más empresas. El monopolio natural se debe a las características de la tecnología de producción, a las que se añaden a menudo las de demanda, y no a la acción de los poderes públicos o de las empresas competidoras. El monopolio natural se distingue esencialmente por una curva fuertemente decreciente de los costos medios a largo plazo y de los costos marginales, de manera que una sola empresa se encuentra en situación de sacar plenamente partido de las economías de escala y de abastecer el mercado. El monopolio natural se explica fundamentalmente por economías de escala y economías de gama importantes respecto a la demanda en el mercado. Se considera que hay monopolio natural en ciertos segmentos de sectores tales como la electricidad, las redes ferroviarias, el gas natural y las telecomunicaciones. Al exigir la eficiencia de la producción la presencia de una sola empresa, el monopolio natural es regulado a menudo por los poderes públicos, en particular en lo referente a los precios, la calidad y/o el acceso al mercado. *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Op. Cit. p. 63. Cuando la competencia no es factible ni deseable nos encontramos con el monopolio natural, situación en la que es más barato atender a la demanda con una sola empresa que con dos o más. Sin embargo, incluso en esta situación no hay por qué descartar completamente la competencia. HERCE, José A. y DE RUS, Ginés. *La Regulación de los Transportes en España*. Madrid. Civitas. 1996. p. 26.

cabo en los Estados Unidos y en Europa.<sup>348</sup> Procesos muy distintos, como veremos más adelante en el capítulo respectivo, pero que han dado las pautas para la estrategia a seguir en estos ámbitos.

337. En el sector ferroviario, cuya pérdida de cuota de mercado ha sido la más aguda de todos los sectores, continúa el debate sobre el modelo organizativo del futuro. En la mayoría de los países **el ferrocarril aún no ha abandonado los principios monopolistas con los que nació y creció**, resistiéndose a abrirse a una mayor competencia en el sector y a cambiar definitivamente hacia una orientación más comercial que le permita hacer frente a la competencia intermodal.<sup>349</sup>

338. En el transporte marítimo, las grandes **conferencias** nacionales e internacionales siguen manteniendo gran parte de la cuota de mercado en el transporte de mercancías, aunque la presencia de pabellones de conveniencia y la dura crisis atravesada por muchos países ha hecho que se hayan ido levantando progresivamente las barreras proteccionistas.

339. Inmersos en un entorno económico internacional en donde la actividad de transporte toma mayor importancia, resulta imperativo contar con transportes eficientes y modernos, de manera que puedan contribuir a la modernización y desarrollo de las economías de nuestras naciones. **La consolidación de los principios de competencia y sana regulación en los mercados de transporte cobra una mayor importancia en las actuales coyunturas nacionales caracterizadas por la promoción de la participación del sector privado en la economía.**

340. Es innegable que el transporte es un elemento fundamental para mejorar la competitividad de las empresas y para mejorar su productividad. Para competir a nivel internacional, los empresarios diariamente enfrentan la apremiante necesidad de contar con sistemas de transporte más eficientes que sean capaces de

---

<sup>348</sup> En los Estados Unidos el proceso de desregulación se inicia en 1978 con la Ley de Desregulación de Líneas Aéreas (*1978 Airline Deregulation Act*), habiendo sido importantes para ello, algunas otras cuestiones, como por ejemplo, acciones de la Comisión de Aviación Civil (*Civil Aeronautic Board - CAB*) que a partir de 1975 comenzó a facilitar la entrada en nuevas rutas, entre otras acciones. (más adelante en el capítulo respectivo hablaremos de ello). El fuerte control aéreo en este país se llevó a cabo en tan sólo tres años y dio lugar a una fuerte competencia, con efectos muy diversos, no en todos los aspectos positivos. Por su parte, en Europa el movimiento de liberalización estuvo coordinado por la Comisión Europea, quien fijó los calendarios y fases de la apertura. La libertad para la prestación de servicios en los cielos europeos es casi total desde abril de 1997, aunque en la práctica los problemas de congestión aérea y las limitaciones de capacidad de los aeropuertos han restringido el éxito de estas medidas en comparación con Estados Unidos.

<sup>349</sup> 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. 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. En los últimos 20 años la mayoría de las naciones han privatizado sus sistemas nacionales o los han colocado sobre una base comercial y han permitido la competencia entre compañías ferroviarias privadas que usan líneas de propiedad del Estado. MOLITORIS, Jolene. (administradora, Administración Federal de Ferrocarriles, Departamento de Transporte de Estados Unidos). *El Alcance Mundial del Transporte por Ferrocarril. /en/ Perspectivas Económicas. El Transporte Internacional Impulsa la Economía Mundial.* Op. Cit. p. 20.

satisfacer los requerimientos y expectativas particulares de determinados sectores productivos.

341. Un sistema de transporte moderno y eficiente **beneficia los mercados internos**, al contar con un esquema de distribución comercial oportuno y eficaz. Asimismo, **promueve el desarrollo** económico regional equilibrado, socialmente incluyente, ambientalmente sustentable, territorialmente ordenado y financieramente viable.<sup>350</sup>

342. En este contexto, hay que reconocer **la importancia de las políticas de competencia** como uno de los instrumentos **fundamentales para el fortalecimiento del sector transporte**, y para la inserción equilibrada de transportistas nacionales en los mercados internacionales, al promoverse su competitividad y eficiencia.

### **1. La intervención del gobierno y eficiencia económica. (aspectos económicos)**

343. En todo el mundo los gobiernos han **regulado** el sector del transporte **mediante restricciones a la entrada, acompañadas por la prescripción de normas de calidad, niveles de precios y tasas máximas de beneficios**. Las instituciones usadas han sido o las empresas de propiedad estatal o las comisiones regulatorias, las cuales también han restringido la entrada para dar algún grado de poder de monopolio a los oferentes de transporte regulados.

#### ***A) Razones de la intervención pública.***

344. Las empresas establecidas y sus organizaciones, así como los organismos públicos reguladores han aducido con frecuencia, en las distintas modalidades de transporte, **todo tipo de razones para reducir la competencia en los mercados de servicios de transporte aéreo, marítimo y terrestre**.

345. El argumento central de la mayoría de las **críticas** al mercado o, mejor sería decir, de las correcciones que se sugieren para mejorar el funcionamiento del mismo, estriba en que **la competencia produce en muchos casos resultados socialmente indeseables**, siendo los más citados los siguientes: inestabilidad del servicio derivada de la precariedad en la que las empresas han de desenvolverse, exceso de capacidad, deterioro de la calidad del servicio, aumento de la incertidumbre y pérdida de seguridad. A estas razones hay que añadir la existencia de **monopolios naturales** en algunas industrias del transporte (por ejemplo, en el ferrocarril) en donde una sola empresa (al menos en lo que se refiere a infraestructuras) puede producir a un coste medio inferior al que lo harían dos o más.<sup>351</sup>

---

<sup>350</sup> Parte del discurso del Dr. Fernando Sánchez Ugarte, Presidente de la Comisión Federal de Competencia (México) en la apertura del *Seminario Regulación y Competencia en el Sector Transporte*. México, D.F. 19 de septiembre de 2002.

<sup>351</sup> DE RUS, Ginés. *Economía y política del transporte: España y Europa*. Madrid. Ed. Civitas. 1992. p. 19.

346. Los economistas recurren a dos interpretaciones de **por qué se produce la intervención pública** en los mercados.<sup>352</sup> Una de ellas es la **teoría del interés público** asociada a los fallos del mercado y su necesaria corrección a través de la intervención del Estado.<sup>353</sup> Frente a esta interpretación, la **teoría positiva de la regulación** (Stigler, 1971) sostiene que las limitaciones a la competencia nacen y están diseñadas en beneficio de las propias industrias, gracias al poder y a la presión que éstas ejercen y al propio interés de los reguladores con objetivos particulares alejados de la simple maximización de una función de bienestar social.

347. Dentro de la filosofía económica del interés público hay al menos tres **razones para justificar la intervención estatal** (Kay y Vickers, 1988):

i) A veces ocurre que **no hay soluciones competitivas**, como es el caso de los monopolios naturales o cuando existen costes irre recuperables elevados. En ambos casos la competencia puede ser **destructiva** y conducir a un despilfarro de recursos considerable.

ii) Aunque las soluciones competitivas son posibles, puede que sean **inalcanzables**, ya que las empresas establecidas disuaden la entrada de los competidores potenciales mediante barreras de diversa índole.

iii) Puede ocurrir que aunque las soluciones competitivas existan y sean alcanzables, **no sean socialmente deseables**. Este es el caso de industrias con fuertes externalidades, asimetrías en la información que poseen los agentes económicos, o simplemente cuando los resultados obtenidos son rechazables por razones de equidad.

348. En la teoría positiva de la regulación las industrias pueden utilizar la intervención estatal en beneficio propio, a través de cuatro **líneas de actuación**:

a) Subvenciones directas (por ejemplo, en la construcción naval).

b) Controlar la entrada de nuevos rivales (por ejemplo, monopolios en el transporte aéreo regular y licencias en el transporte de mercancías por carretera).

---

<sup>352</sup> En esta parte seguimos al profesor Ginés de Rus. Ibidem. p. 19 - 21.

<sup>353</sup> La profesora Carmina Ordóñez de Haro señala que la **intervención estatal** en la economía tiene fundamentalmente su **origen en dos motivos: la imperfección del mercado y la redistribución de la ingreso y la riqueza**. El hecho de que el mercado sea incapaz de resolver, en algunas situaciones, problemas como los de: alcanzar una asignación eficiente de los recursos, producir bienes y servicios públicos, externalidades, mercados imperfectos, así como razones de inequidad e injusticia en la participación y distribución de la riqueza, justifican entre otras razones la injerencia del Estado en la actividad económica. Las teorías económicas de la conducta del Gobierno se pueden analizar como una "teoría del interés público" por la que su intervención está en función de la necesidad de resolver asignaciones ineficientes de los recursos, procediendo como un agente capaz de actuar en beneficio del interés social y como una "teoría de la elección pública" actuando en función de las decisiones políticas y de los diferentes grupos de presión (votantes, burócratas, partidos políticos, ...etc.) como el resultado del funcionamiento de un mercado político con las mutuas interacciones de todos sus componentes. El punto de vista tradicional de la regulación es la teoría del interés público asentado en el supuesto de que el gobierno con su intervención puede resolver o eliminar a un coste menor que las organizaciones privadas las imperfecciones surgidas en el mercado. ORDÓÑEZ DE HARO, Carmina. *La Regulación Económica: El problema del Monopolio Natural*. Op. Cit. p. 11.



c) Políticas que afecten a bienes complementarios y sustitutivos (por ejemplo, campañas de las asociaciones de vendedores de vehículos en contra de los impuestos sobre el carburante y a favor de la construcción de carreteras, o de los ferrocarriles con respecto al transporte por carretera).

d) Control de precios (por ejemplo, precios mínimos en el transporte de mercancías por carretera, acuerdos sobre precios y servicios en los tráficos marítimos conferenciados).

349. En general, puede afirmarse que las distintas modalidades de transporte han estado tradicionalmente sujetas a una estrecha regulación de casi todos los aspectos que configuran la estructura de una industria (entrada, precio y nivel de calidad). Las características de las industrias del transporte y la diversidad de estructuras de mercado existentes han ayudado, sin duda, al crecimiento de una telaraña de disposiciones legales, con efectos claramente perniciosos en algunos casos y más que dudosos en otros muchos.<sup>354</sup>

## **B) Consecuencias de la regulación.**

350. La regulación ha ocurrido parcialmente en terrenos económicos. Muchos gobiernos han creído que había tales economías de escala o de alcance<sup>355</sup> en el sector de transporte, que necesitaron intervenir para asegurar esas economías sin la explotación del poder de monopolio.

351. El sector también se ha regulado por **razones de política social**. La regulación de la seguridad es común para todos los modos y gobiernos, y también se ha incrementado fijando patrones operacionales diseñados para proteger el ambiente. Las tarifas públicas de transporte se han controlado ostensiblemente para proteger a los pobres, mientras los fletes marítimos se han reservado para transportistas nacionales por razones de balanza de pagos y de empleo. Las

---

<sup>354</sup> Los distintos servicios de transporte así como sus infraestructuras han estado sujetos a regulaciones estrechas. Diversos fallos de mercado se dan en los diferentes modos de transporte y los argumentos para justificar la restricción de la competencia han sido tradicionalmente bien recibidos por los agentes que operan en las actividades económicas encuadradas bajo la denominación de servicios de transporte. **Consumidores, contribuyentes y trabajadores han aceptado en el pasado reciente que los ferrocarriles o las líneas aéreas son monopolios naturales, de forma que el Estado, en beneficio de la sociedad, asumía la provisión de estos servicios a través de empresas nacionalizadas. Las compañías ferroviarias públicas y las compañías aéreas de bandera eran aceptadas por los consumidores, que valoraban la garantía de servicio continuado que suponen con independencia de su rentabilidad.** Los trabajadores y los gerentes de las empresas se beneficiaban de este entorno social favorable. Sobre los contribuyentes recaía una parte importante de la financiación de dichas empresas que en muchos casos no cubrían sus costes con ingresos de explotación; sin embargo, nadie cuestionaba un modelo aparentemente sustentado por la teoría económica de los servicios públicos caracterizados como monopolios naturales (*public utilities*). Por otra parte, aquellos servicios que difícilmente podían considerarse como monopolios naturales: transporte de viajeros y mercancías por carretera, estaban sujetos en muchos países a restricciones a la entrada y a la fijación de precios máximos ya que aunque la competencia era factible no se consideraba deseable. HERCE A. José y DE RUS, Ginés. *La Regulación de los Transportes en España*. Op. Cit. p. 29.

<sup>355</sup> Existen *economías de escala* cuando los costos medios unitarios de producción disminuyen cuando la empresa amplía su escala de producción o el volumen de ésta. Hay a la inversa, *deseconomías de escala*, si los costos medios unitarios de producción aumentan por encima de un cierto nivel de producción. *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Op. Cit. p. 39.

aerolíneas nacionales y las flotas se protegen también en algunos países por razones de defensa estratégica.

352. La mayoría de estas razones para la intervención tienen algunos visos de credibilidad. Pero todas ellas implican la interposición de algún árbitro del interés público, político o administrativo, entre el consumidor y oferente.

353. El logro de un resultado deseable depende así de que **la autoridad regulatoria refleje adecuadamente el interés público**, y de su capacidad para inducir al oferente a trabajar para ese interés público.

354. No obstante, **no se puede recurrir a la teoría del interés público** para explicar algunas de las regulaciones o de las autorregulaciones consentidas por los poderes públicos.

355. La **teoría positiva de la regulación** es útil para explicar la intervención estatal en muchos casos en los que los consumidores son perdedores en mercados protegidos, para los que existe evidencia empírica y experiencias recientes en favor de una mayor libertad.<sup>356</sup>

356. **Incluso aunque se recurra a la teoría del interés público para explicar actuaciones correctoras de la Administración que producen colateralmente efectos no deseados**; parece ingenuo, dada la evidencia empírica disponible, tratar de encajar la explicación de los motivos y los efectos de la regulación de las industrias del transporte de una manera exclusiva en el **paradigma "competencia-fallos del mercado-intervención pública"**.<sup>357</sup>

357. La literatura empírica sobre los efectos de la regulación económica permite destacar algunas características comunes (Joskow y Rose, 1989):

i) En contraste con las teorías del interés público, la regulación económica produce efectos que no favorecen la consecución de resultados eficientes.

ii) En los monopolios regulados, la estructura de precios y la distribución de ingresos entre grupos de consumidores reflejan objetivos políticos y de distribución en lugar de objetivos de eficiencia. Además, los precios regulados no son necesariamente más bajos que los que corresponden a una estructura de mercado con varias empresas y libre entrada.

iii) En esta estructura de mercado, los efectos de la regulación son más complejos. Hay industrias (por ejemplo, el transporte de mercancías y el transporte aéreo) en las que la regulación parece haber sido diseñada para proteger a las empresas establecidas, desarrollándose en éstas la competencia por otras vías distintas a la fijación de precios y al reparto de rentas. Los ferrocarriles son un ejemplo de cómo la regulación ha contribuido al estrangulamiento de la industria. En otras, donde la regulación de los precios se ha utilizado para beneficiar a los consumidores, se ha favorecido la reducción de la calidad y el nivel de servicio.

---

<sup>356</sup> DE RUS, Ginés. *Economía y política del transporte: España y Europa*. Op. Cit. p. 21.

<sup>357</sup> Ibidem.

iv) La regulación económica tiene efectos directos e indirectos importantes sobre los costes de producción y la calidad del servicio. La eficiencia técnica y productiva así como la calidad y variedad de los servicios se verán afectadas por la competencia no vía precios.

v) La regulación produce complejos y variables impactos sobre la distribución de la renta. Las transferencias de los consumidores a los productores es una de las posibilidades. Otra es el reparto de rentas con el factor trabajo, apoyado por la fuerza de los sindicatos cuando los precios y la entrada están regulados.

vi) Las estructuras reguladoras son bastantes insensibles a los cambios en las fuerzas económicas exógenas. Sólo responden ante cambios profundos en el entorno económico y político.

**358. Los desajustes y las distorsiones que ha provocado la intervención pública en los mercados, no son sólo consecuencia de la limitación a la competencia mediante el establecimiento de barreras cuantitativas a la entrada, ni de la intervención administrativa en la determinación del nivel de precios y de servicio; sino también de los errores cometidos por omisión, por no intervenir en el lugar y momento precisos, es decir, cuando el mercado no conduce a soluciones socialmente deseables.**<sup>358</sup>

359. En la práctica la regulación ha tomado frecuentemente la forma de **protección de un oferente monopolista**, sin la existencia de ninguna estructura de incentivos para alinear los intereses particulares del oferente con el interés público. Como en los países desarrollados, mientras los oferentes y sus empleados comúnmente se han beneficiado, algunos de los efectos de la regulación sobre los usuarios han sido muy perniciosos.

360. En cuanto a su **impacto sobre la eficiencia económica**, cabe ahora citar los siguientes **efectos de la regulación**:

i) *Costes operativos de transporte*. Hay amplia evidencia en los países en desarrollo de las diferencias de eficiencia entre empresas privadas en situaciones competitivas y empresas protegidas (usualmente sector público).<sup>359</sup> Igualmente, hay también considerable evidencia de que las actividades de la fuerza de trabajo de

---

<sup>358</sup> Al respecto, el profesor Ginés de Rus hace referencia a la **ausencia tanto de una política dirigida a la internalización de las externalidades** en cada modo de transporte, esto es, el que produce la externalidad (congestión, impacto medioambiental y seguridad) incorpora en sus costes el efecto negativo al que da lugar, como de una política de infraestructuras que hubiera evitado los retrasos en la disponibilidad de capacidad en las distintas redes de transporte europeas, con el fin de hacer frente a una demanda de servicios de transporte que encuentra cuellos de botella irresolubles a corto plazo, principalmente en transporte aéreo y por carretera. *Ibidem*. p. 23.

<sup>359</sup> En el transporte marítimo se ha estimado que la eliminación de reserva de carga en Venezuela podría reducir los costes marítimos nacionales en un 30%. En Argentina, la privatización de los ferrocarriles redujo costes de mano de obra en un 60%, y se esperan ahorros adicionales en los gastos de conservación. Estos ahorros ocurren sin considerar si la privatización se asocia con competencia intramodal fragmentada o no. GWILLIAM, K. M. *La Economía del Transporte y el Desarrollo*. Op. Cit. p. 411.

los departamentos ministeriales son menos eficientes que los contratistas competitivos del sector privado.<sup>360</sup>

ii) *Costes nacionales del comercio.* Muchos países en desarrollo han practicado la reserva de flete bajo un Código de Transporte de Líneas Marítimas, desde el encuentro UNCTAD<sup>361</sup> V realizado en Manila que permitió a los países en desarrollo reservar por lo menos el 40% de su tráfico de exportación o importación para sus flotas nacionales. Mientras que ostensiblemente se buscaba apuntalar la balanza de pagos de los países en desarrollo, los beneficios han sido muy dudosos. Las ganancias directas de la balanza de pagos por usar el transporte doméstico son mucho menores que sus ingresos de fletes, porque el mantenimiento y operación de una flota nacional es usualmente muy intensiva en moneda extranjera. Sin recursos nacionales de petróleo, fabricación de acero y una eficiente industria naval los únicos ahorros que se materializan son el coste de la tripulación y la gestión de la nave -suponiendo que estas funciones sean cumplidas por nacionales-. Frente a esto debe fijarse la pérdida para los exportadores e importadores nacionales, que es la diferencia entre lo que ellos pagan por el transporte y lo que tendrían que pagar en un mercado libre.<sup>362</sup>

iii) *Innovación.* Esto puede ser impedido también por el monopolio, si los administradores se centran en satisfacer al regulador en la oferta de los servicios tradicionales. Es común en países en desarrollo que las nuevas demandas públicas de transporte (por ejemplo, desde los nuevos establecimientos de chabolas en ciudades como Caracas, Venezuela) sean cubiertas por el sector informal. Esto es a causa de la mayor capacidad del sector informal para adaptar el tipo de servicio y la calidad, a las necesidades y capacidad de pago de los usuarios.

iv) *Reducción de la pobreza.* La distribución de la renta es frecuentemente la razón ostensible para la regulación, el resultado es a menudo el opuesto. Los efectos de la regulación de precio sobre los niveles de servicio ya se han señalado. Las exenciones de tarifas en muchos países se aplican a los privilegiados en vez de a los pobres. Este problema también se da en los metros (que son una forma relativamente cara de transporte), que están siendo subvencionados, mientras el autobús y los modos informales de transporte se deterioran.

### **C) Creando presión competitiva.**

361. Hay un creciente cuerpo de experiencia en los países industrializados de reintroducir la competencia en el sector de transporte. Las formas generales de competencia adoptadas -entre modos o entre operadores en el mismo modo compitiendo “**en el mercado**”, o entre oferentes alternativos compitiendo por la oferta de concesiones o franquicias “**por el mercado**”- son también pertinentes para el mundo en desarrollo. Lo que difiere son las condiciones en las que la

<sup>360</sup> En el mantenimiento rutinario de la carretera en Brasil, los costes a través de contrato eran un 25% inferiores a los de la fuerza de trabajo propia y en Colombia un 50% más bajos. Ibidem.

<sup>361</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

<sup>362</sup> En un estudio de Venezuela se concluyó que las tarifas de flete eran un 30% más altas que las que habrían sido en un mercado libre y las pérdidas eran 9,4 veces mayores que las ganancias. GWILLIAM, K. M. *La Economía del Transporte y el Desarrollo*. Op. Cit. p. 412.

competencia está siendo introducida, y la facilidad con que las diferentes formas de competencia pueden establecerse.

**D) Factores que permiten la competencia y concurrencia en el mercado.**

362. La **libre entrada** completa es típica del transporte de pasajeros por carretera y de los mercados de transporte de mercancías en camiones en muchos países de bajos ingresos. Donde ocurre, se asocia comúnmente con **una oferta en el sector completamente privada, una gama amplia de formas alternativas de transporte y un papel importante del sector informal**. Pero la competencia efectiva depende de la creación de un “nivel de juego”. Hay varios **componentes** para esto, que pueden estar ausentes en el mundo en desarrollo:

i) *El imperio de la ley debe predominar para excluir el uso (o amenaza) de violencia física.* En mercados, como el de autobuses en Chile, los nuevos entrantes que intentan socavar las tarifas vigentes estaban expuestos a sufrir daño físico en sus vehículos. La emergencia del control de la mafia en algunos sectores en Rusia y las violentas “guerras de carreras” entre asociaciones de operadores en el negocio sumergido del taxi en Sudáfrica, son algunos ejemplos primarios de los peligros de un completo vacío reglamentario.

ii) *Todas las ventajas o desventajas especiales de los titulares deberían eliminarse.* Siguiendo la desregulación del transporte de mercancías, en Etiopía el servicio paraestatal ha sido capaz de mantener sus mercados operando con déficit, usando compañías particulares como afiliadas, a causa de su acceso preferente para traficar con otras paraestatales. Similarmente, la compañía pública de autobuses en Odessa (Ucrania) respondió a la competencia del sector privado con una predación comercialmente insostenible. En tales circunstancias no hay incentivos para los nuevos entrantes por competir.

iii) *Los comportamientos comerciales predatorios deben controlarse.* Un peligro importante de la retirada estatal de la regulación de las operaciones de transporte en países en desarrollo está en la emergencia de un monopolio fuerte privado. Los controles sobre colusión, normalmente inadecuados en países en desarrollo, necesitan ser establecidos. Los acuerdos de colaboración, tales como las sociedades de operadores en el sector de transporte público en América Latina, las conferencias marítimas en la industria marítima internacional, o las alianzas estratégicas de compañías en la distribución, deben diseñarse cuidadosamente para evitar peligros de explotación de cártel. Esto no es un problema simple. Los límites entre la integración vertical aceptable y la inaceptable monopolización de la oferta, o entre alianzas estratégicas aceptables y la inaceptable cartelización pueden llegar a ser así muy borrosos, especialmente para las administraciones menos sofisticadas.

iv) *Cualquier tipo de obligaciones de prestación social o militar deberían estar sujetas a compensación contractual específica.* Este es un problema particular de la Europa Oriental donde no es inusual que menos de la mitad de los pasajeros pague las tarifas, frecuentemente en base a (infundados) derechos legales concedidos por gobiernos centrales o federales.

v) *Debe existir una fuente real o potencial de presión competitiva.* Donde la demanda es densa, y particularmente donde la naturaleza de la demanda es variada, la competencia puede ocurrir como resultado de la entrada de nuevos modos para competir con los modos regulados existentes. Este era el origen de los minibuses públicos en Hong Kong y en Dakar. Alguna flexibilidad hacia la introducción de nuevas categorías de servicios a precios más altos puede ser también un medio de conciliar el mantenimiento de una provisión básica de bajo precio con la provisión de capacidad total adecuada y una suficientemente variada gama de combinaciones precio/calidad para satisfacer la demanda. Tal segmentación puede ocurrir mediante las (frecuentemente ilegales) actividades del sector informal (como en el caso de taxis compartidos en muchas ciudades africanas y latinoamericanas). Incluso en situaciones altamente controladas pueden existir medios de permitir incrementos efectivos de la tarifa para los operadores existentes sin abandonar la tarifa básica controlada (como en el caso de sistemas "de dos niveles" de licencias de taxi y autobuses en Seúl). La provisión de nuevos modos, o por lo menos de nuevas calidades de servicio para complementar a las compañías de sector público existentes, puede ser la ruta mediante la cual puede proporcionársele al sector privado un papel en las economías crecientes o en transición.

## **2. Apertura a la competencia.**

### ***A) Hechos precedentes.***

363. La **transición en los transportes, de un sector con una fuerte intervención estatal, hacia su apertura a la competencia**, es debida a varios hechos, que a continuación se citan, y que se sitúan principalmente en el contexto de los años ochenta y noventa:

- Pobres resultados para los consumidores en términos de las combinaciones precio - calidad ofrecidas por las empresas reguladas.
- Quiebra del argumento de servicio público = gestión pública.
- Desconfianza creciente en el sector público como gestor de las empresas operadoras.
- Desarrollo de la competencia intermodal cuando la competencia dentro de un modo de transporte ha sido eliminada por imperativo legal.
- Rechazo de los contribuyentes a los déficit de las grandes empresas públicas.
- Revalorización del mercado y la competencia incluso en monopolios naturales al separar la red de los servicios que la utilizan.
- Las subvenciones cruzadas no son la única vía de prestación universal del servicio.

- La resistencia de las empresas establecidas y los trabajadores es vencida en muchos casos por la presión de consumidores, contribuyentes y empresas aspirantes a entrar en los mercados.

364. A finales de los años setenta y durante la década de los ochenta, se abre paso una **idea económica central para articular políticas en transportes**. Las distintas modalidades de transporte deben **satisfacer las necesidades** de los demandantes de sus servicios: empresas y consumidores, **operando eficientemente** y ofreciendo los niveles de **calidad** requeridos por el público, para lo que las compañías de transporte necesitan operar en mercados **sin restricciones a la entrada y con regulación limitada** a aspectos de salud, medio ambiente, seguridad y a garantizar que cada modo de transporte internalice sus costes sociales (congestión, accidentes y contaminación). Si esto se cumple no tiene sentido alguno intervenir para cambiar la distribución de los tráficos entre los distintos modos de transporte.

365. La desregulación del transporte aéreo en Estados Unidos y la experiencia británica del transporte público urbano e interurbano de viajeros son dos referencias obligadas del cambio radical de política económica para los servicios de transporte.<sup>363</sup>

366. En los últimos años parece que los intereses de contribuyentes, consumidores y empresas aspirantes han modificado el esquema de regulación a pesar de la presión de las empresas y los trabajadores del sector protegido. Sin embargo, es previsible que en los próximos años el peso institucional de las autoridades de defensa de la competencia deba **reforzarse** con el fin de evitar que prosperen los intentos de limitar la efectividad de la desregulación a través de las múltiples vías disponibles.

---

<sup>363</sup> El transporte de mercancías por carretera abandona progresivamente las intervenciones que limitan su potencial de crecimiento y los países europeos van devolviendo esta actividad al sector competitivo limitando la regulación a un conjunto de aspectos cualitativos para acceder al mercado en lugar de las antiguas barreras cuantitativas y la regulación de precios que demostraron su inutilidad como mecanismo de protección al ferrocarril y como vía de garantizar un mejor servicio a los consumidores. La Unión Europea también optó por una política liberal para el transporte marítimo una vez que se demostró que el proteccionismo del pasado no evitó el declive de la marina mercante europea y la captación de tráficos por los pabellones de conveniencia y los países en vías de desarrollo con costes sensiblemente inferiores a los comunitarios. En el transporte aéreo, la Comunidad optó por una política de liberalización gradual con la que en abril de 1997 se pasó a un sistema de competencia abierto dentro de la Unión Europea. Los problemas de capacidad aeroportuaria y de control de tráfico aéreo pueden poner en peligro la efectividad de la política de desregulación aérea comunitaria; sin olvidar las fusiones y los acuerdos entre compañías sobre los que las políticas de defensa de la competencia han de decidir si su contenido eleva la eficiencia del sistema o lo carteliza. La política de transporte de la Comunidad Europea con respecto a los ferrocarriles apuntó hacia la separación de lo que puede considerarse como monopolio natural (la infraestructura ferroviaria) y los servicios de transporte que utilizan dicha infraestructura, que pueden operar de manera competitiva. Una agencia pública vendería derechos temporales de utilización de la infraestructura ferroviaria a las distintas empresas públicas y privadas que ofreciesen líneas de transporte ferroviario en la red nacional de vías férreas, sistema electrificado y señalización. HERCE A. José y DE RUS, Ginés. Op. Cit. p. 31.

## B) Apertura a la competencia y neoregulación.

367. Una característica de la política económica de los últimos años, ha sido la **transformación del papel del Estado** en la organización de grandes **servicios públicos**, dentro del proceso denominado **neoliberalismo o neoregulación**. Así, servicios públicos de un país, como los transportes<sup>364</sup>, han **cambiado el régimen de monopolio y gestión pública**, en el que tradicionalmente se prestaban, por un **nuevo modelo de explotación, en régimen de mercado y bajo gestión privada**.<sup>365</sup>

368. En estos sectores, **la apertura a la competencia no ha consistido únicamente en procesos “liberalizadores”** (eliminación de barreras de entrada al ejercicio de la actividad). Por el contrario, en éstas actividades, los procesos de privatización y liberalización se han visto acompañados por un **nuevo modelo de regulación para la competencia**, pues dadas las características de monopolio natural presente en alguna fase de su actividad y las tendencias colusivas en estos sectores, la privatización y teórica liberalización pueden a la postre desembocar en

---

<sup>364</sup> El profesor Santiago González-Varas Ibáñez plantea si es necesaria una **nueva expresión** o categoría jurídica para designar sectores económicos, como los transportes, que tradicionalmente se han caracterizado como **servicios públicos** (servicios públicos de carácter económico). Menciona que en su momento esa denominación fue adecuada y explicó de forma suficiente el régimen jurídico aplicable: **asunción de la actividad por el sector público** (mediante su *publicatio*), gestión pública directa o delegada, **posibilidad del monopolio**, libre organización de la actividad por el poder público, régimen de Derecho administrativo respecto de este tipo de decisiones organizativas o de su control. El Profesor González-Varas dice que hoy esta denominación (servicios públicos) puede discutirse como adecuada para definir estos sectores económicos, y haciendo un análisis atendiendo a los cambios que éstos han experimentado en los últimos tiempos (orientados a mercados abiertos y en competencia), menciona otras opciones conceptuales, tales como: sectores, servicios públicos en regímenes de competencia, mercados, mercados regulados y **servicios o mercados de interés general**, señalando que esta última **denominación** la considera como la **más acorde con la realidad jurídica del presente**. Un concepto jurídico como el de “**mercado o servicios de interés general**” **sirve para seguir encajando dichos sectores principalmente dentro de Derecho administrativo, sin ignorar la presencia del Derecho privado**. Se esta en ámbitos público-privados donde la presencia del Derecho administrativo es una constante. Lo anterior no obsta para que, si vuelven algún día los presupuestos del servicio público (reemplazando los actuales de mercado y liberalización) se retorne a la denominación de servicio público. Por otra parte, nada impide hablar de servicios públicos o servicios económicos de interés general, cuando concurren los presupuestos de aquellos. La decisión a favor de las opciones conceptuales mencionadas, entre otras posibles, habrá de hacerse, primero, después de hacer un breve recorrido por el articulado y por las exposiciones de motivos de las leyes reguladoras. Segundo, habrá que indagar la naturaleza jurídica real de las actividades o sectores, determinando si nos hallamos ante servicios o ante mercados. En los transportes es necesario matizar. El servicio público puede aparecer en una determinada actividad (vr. gr. El transporte por carretera con los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general). Cuando esto sea así, no sólo “puede” emplearse la expresión “**servicios públicos**”. Más bien, “**debe**” emplearse. Lo más común es, no obstante, que también los transportes se hayan convertido -o vayan convirtiéndose- en mercados; aunque con una fuerte y decisiva regulación e impronta públicas: en el transporte por carretera podrán establecerse contingentes o regímenes tarifarios. En el aéreo y en el marítimo son típicas las “obligaciones de servicio público”. En general, se manifiesta una intensa reglamentación: garantías a favor de los consumidores, evitación de precios anti-dumping, ayudas a favor de residentes insulares, etc. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*. Granada. Comares. 2001. p. 1 - 10.

<sup>365</sup> En esto han consistido, básicamente, procesos de privatización impulsados por algunos gobiernos (España, por ejemplo) en los últimos años. Cuyo elemento esencial no ha consistido en vender empresas, sino en privatizar actividades, antes reservadas al Estado y, a lo más, otorgadas en concesión a particulares (para su gestión indirecta -como lo señalan los ordenamientos respectivos-, dado que su titularidad correspondía a la Administración).



monopolios naturales privados, tan ineficientes o más que los monopólicos servicios públicos de titularidad estatal.

### C) Sentido de la regulación económica.

369. Se pueden distinguir **dos tipos distintos de “regulación”**.<sup>366</sup> Una es la **regulación externa**, a la que también se le suele llamar de **“policía administrativa”**, que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física, en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, sin entrar en el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada **“regulación económica”**: **esta afecta a sectores intervenidos** (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta a las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla: al *quantum* de producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella y, en definitiva, al negocio mismo en que la actividad consiste.<sup>367</sup>

370. La regulación, en general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado. Así, la **regulación** -en especial, la regulación económica- es por definición un **sustitutivo del mercado**. Por lo mismo, las características que debe reunir están orientadas a obtener los efectos beneficiosos y estimulantes que aquél produce: debe definir pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de los agentes y el cumplimiento de los objetivos políticos que se buscan, exigir estándares de calidad y seguridad y, en la medida que sea necesario, fijar los precios; en todo lo demás, lo conveniente era y es abrir vías y cauces a la libertad empresarial y crear incentivos -como hace el mercado- para una más eficiente gestión de las empresas.

371. En el **modelo clásico de regulación**, que ha presidido hasta ahora los grandes servicios públicos, como los transportes, **el regulador** -que venía a sustituir al mercado- **asumía la mayoría de las decisiones**: la planificación, la inversión a realizar, la financiación, el régimen contable, los precios de todo tipo, la optimización y dirección de la explotación y, en fin, hasta las más pequeñas decisiones empresariales quedaban determinadas, condicionadas o simplemente ordenadas por la autoridad.

372. Por el contrario, en un **sistema descentralizado y abierto**, como el que se plasma en recientes leyes sectoriales liberalizadoras, la regulación cobra otro sentido<sup>368</sup>: no tiene como objetivo central el “control” -del sistema y sus operadores- sino que, por el contrario, trata de **promover la competencia** allí donde esto sea posible, y **se limita a proteger los intereses de los usuarios** -seguridad, calidad y

<sup>366</sup> LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La Competencia en Sectores Regulados*. Granada. Ed. Comares. 2003. p. 8.

<sup>367</sup> Este segundo tipo de regulación -que presidió tradicionalmente los servicios públicos- es el que se cuestiona, no en cuanto a su existencia, sino en cuanto al sentido y fines que con ella se buscan.

<sup>368</sup> Así lo destaca ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado*. Madrid. Marcial Pons. 1993. p. 272 y ss.

precio del servicio- allí donde este mantenga las características de un monopolio natural.<sup>369</sup>

373. En lugar de esa obsesiva idea del control *a posteriori* de los costes, a efectos de su reconocimiento o no en tarifa, una regulación conforme al mercado tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio.

374. El **objetivo** de la regulación **no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad** en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquélla. Por tanto, **los aspectos fundamentales a los que se tiene que orientar son dos: garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio**, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer. En la medida en que, para obtener estos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará **justificada la regulación**.

375. Pues bien, **un sistema abierto y competitivo**, que es el que se vislumbra **como modelo de regulación** acorde con el mercado, **permitirá ir reduciendo el papel de la regulación, a medida que vaya creciendo el del mercado**. La regulación será decreciente. Más aún, la existencia del mercado en algunos aspectos ayudará a resolver algunos problemas clásicos de la vieja regulación, hasta ahora muy mal resueltos; por ejemplo, en la fijación de precios, al exigir la separación entre las actividades con características de monopolio natural y las actividades potencialmente competitivas, se impide que el poder de mercado en las primeras distorsione la competencia en las segundas. Y viceversa: al promover el mercado en determinadas fases o segmentos de la actividad de que se trate y alumbrar en ellos unos precios "libres" se hace más fácil la fijación correcta de precios "administrados" en aquellas otras que se mantengan en régimen de monopolio.

#### **D) Mercados regulados. (competencia regulada)**

376. Es importante destacar que **la apertura a la competencia en sectores, tales como de transportes, no da lugar a mercados "libres", sino a mercados "regulados"**.<sup>370</sup> La importancia social de estas actividades, la asimetría de posiciones entre empresas y usuarios, la dificultad de crear un mercado abierto y transparente, las limitaciones técnicas y otros factores, así lo exigen.

377. Ahora bien, **dado el fracaso de la regulación tradicional (sustitutiva del mercado)**, la búsqueda del mejor medio para alcanzar el objetivo de la eficiencia

---

<sup>369</sup> M. A. Fernández Ordóñez ha distinguido recientemente la "regulación-social" (por ej. en materia medioambiental, seguridad, etc...) que "no afecta a las condiciones de la competencia" y la "regulación económica" que si bien ésta presenta dos modalidades. En su manifestación tradicional, se trata de una "regulación que perjudica la competencia" al afectar al nivel de precios y la inversión, mientras que en el actual proceso desregulador (neoregulador) se trata de una "regulación que fomenta la competencia". FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. *La competencia*. Madrid. Alianza. 2000. p. 78.

<sup>370</sup> Vid. nota al pie 7.

económica y el buen servicio al ciudadano no se plantea como un dilema entre competencia perfecta, que es imposible, *versus* regulación perfecta, igualmente inalcanzable. **El nuevo modelo de regulación para la competencia consiste precisamente en esto: en introducir una mayor competencia en aquellos aspectos o actividades en que ésta sea posible y en revisar o reformar el sentido de la regulación orientándola a la re-creación del mercado. Así, competencia y regulación no son antitéticas sino complementarias**, como lo demuestra la experiencia británica o norteamericana.<sup>371</sup>

378. El juego de competencia y regulación exige como condición inexcusable la transparencia en el funcionamiento empresarial, lo que a su vez reclama un cuidadoso deslinde y separación de las diversas actividades en que el sector consiste, de tal manera que se eviten los subsidios cruzados de una a otra y se proporcione a directivos, accionistas y regulador la información correcta sobre cada una para la toma de decisiones.

#### **E) Regulación: medio para promover la competencia.**

379. En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, **la competencia es el objetivo** prioritario y **la regulación es el instrumento** necesario para promover aquélla (para crearla cuando no exista) o para sustituirla cuando sea imposible su creación por que existan elementos de monopolio natural.

380. El mercado tiene muchas ventajas, pero para que éste exista y funcione con corrección, es preciso, en muchos casos, que el Estado cree un **sistema jurídico-institucional adecuado**. Los campos en los que se desarrollaron con preferencia las empresas públicas (*utilities*) no son mercados perfectos, sino todo lo contrario; exigen, para entrar, grandes inversiones, la oferta y la demanda son rígidas, la información es muy desigual y, en definitiva, la competencia es escasa y son fáciles de articular organizaciones monopólicas y oligopólicas, claramente dañinas para el conjunto de la sociedad. Sólo cuando el Estado asume sus funciones de creación de un marco institucional que impone limitaciones y deberes de hacer a aquellos que actúan en estos sectores, puede originarse un **mercado, imperfecto si se quiere, pero más eficiente que la gestión pública monopólica** hasta ahora existente.

381. Así pues, **la regulación siempre será necesaria pero debe ser sólo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero no lo sustituye.**<sup>372</sup>

---

<sup>371</sup> Alan Jowett ha analizado dicha dicotomía en el caso británico, destacando las semejanzas crecientes de los enfoques desarrollados en la regulación de Estados Unidos y Gran Bretaña. En su opinión, a pesar del título de su artículo, *Competition vs. Regulation*, no existe oposición intrínseca entre ambos conceptos por dos razones: en primer lugar, porque la competencia desbocada no es deseable; y en segundo lugar, porque en Gran Bretaña, la privatización de las *utilities* se ha acompañado de un marco regulador específico para promover la competencia y para garantizar las misiones de servicio público de estas actividades. JOWETT, Alan. *Competition vs. Regulation*. London. Herbert Smith Exchange House. April, 1994. *apud*. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La Competencia en Sectores Regulados*. Op. Cit. p. 12.

<sup>372</sup> *Ibidem*. p. 12 y 13.

### **F) El modelo de competencia regulada en el servicio público del transporte.**

382. La esencia del **cambio al modelo de competencia regulada** se refleja en el **nuevo concepto y régimen** de estos **servicios públicos**.<sup>373</sup> **consiste en el paso de un sistema de titularidad pública** sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión / rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, **a un sistema abierto**, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (se trata de un servicio de interés general, esencial para las gentes), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, **en régimen de competencia abierta**, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad de que se trate.

383. Por lo tanto, el cambio fundamental consiste en una verdadera *despublicatio*: las actividades del nuevo servicio público ya no son de titularidad estatal sino de iniciativa privada. Ahora bien, **dichas actividades son todavía de responsabilidad estatal en la medida que sus prestaciones en un determinado nivel deben llegar a todos sus ciudadanos**<sup>374</sup>. Y en dicha medida puede ser necesaria la financiación estatal.

### **G) El problema de proteccionismo internacional del transporte.**

384. En los mercados internacionales aéreos y marítimos la competencia suele existir. Son necesarios dos pasos para obtener los beneficios de competencia en estas circunstancias. Primeramente, la privatización puede ser necesaria para eliminar las restricciones a la libertad comercial de operaciones de los transportistas nacionales de bandera que gravarían excesivamente en la competición internacional y deformarían así el mercado. Segundo, se necesitaría un autodecreto del Gobierno para eliminar prácticas históricas de reserva de carga o de reparto administrativo de mercados.

385. La extensión con la que se toman estos pasos parece depender parcialmente de la percepción en el mundo en desarrollo, del comportamiento de los países desarrollados.<sup>375</sup>

---

<sup>373</sup> Ibidem. p. 13.

<sup>374</sup> Servicio universal.

<sup>375</sup> *Proteccionismo del transporte en América Latina*: En el segundo encuentro de la Conferencia de Ministros de Transporte, Comunicaciones y Obras Públicas de Sudamérica, en junio de 1994, Argentina y Perú informaron de la mejora en la calidad y frecuencia de los servicios marítimos y de reducciones de tarifa de hasta el 50%, después de la abolición de los esquemas de reserva de carga. Similarmente Chile, Perú y Venezuela abogaron por una competencia abierta en el mercado aéreo. Pero en ambos sectores permaneció un apoyo sustancial para continuar con la reserva de carga y la protección de la bandera, por dos razones. En primer lugar, se creyó que en ambos sectores (marítimo y aéreo) los transportistas norteamericanos y europeos estaban recibiendo subsidios gubernamentales que les daban una ventaja competitiva desleal sobre los transportistas regionales. Segundo, se creyó, particularmente en el sector marítimo, que el desarrollo de cárteles de país sería capaz de usar el poder de mercado para eliminar a los transportistas regionales y finalmente

## H) El servicio público del transporte.

386. La industria del transporte ha estado sometida a monopolios públicos y, por tanto, sustraída al juego de la libre competencia y a la acción de los operadores privados: ha sido un “sector regulado”. En casi todos los casos, **la razón por la que un determinado sector se excluye de la competencia reside en el crucial concepto de “servicio público”**.

387. La noción de “servicio público” fue acuñada por el Derecho público francés y posteriormente se extendió al resto de Europa continental, adquiriendo todo su apogeo en el seno del Estado del bienestar surgido en la postguerra; el concepto de “servicio público” pasó a comprender **todas aquellas actividades, con un mayor o menor componente económico, consideradas esenciales por los ciudadanos, que requieren una prestación general, asequible y homogénea, alcanzando unos umbrales mínimos de calidad**. Así, el servicio público pasa a cubrir **necesidades básicas** de los ciudadanos, en el caso de que ocupa estas serían las de transporte.<sup>376</sup>

388. Tradicionalmente, la autoridad pública (estatal, regional o local) se hizo cargo de estos servicios, habiendo sido la responsable única de su prestación al ciudadano: ello explica porque muy frecuentemente el Estado haya implantado monopolios públicos en estos sectores, excluyéndolos de la libre competencia y de la acción de los operadores privados.

389. En general, los sectores que participan de la noción de “servicio público” presentan una serie de **principios** o elementos conformadores comunes, con independencia de las peculiaridades de cada uno de ellos: dichos principios son la **continuidad, la calidad y la igualdad de trato de los ciudadanos**.

390. En efecto, **las prestaciones incluidas en el concepto de servicio público no pueden estar sometidas a incertidumbre en lo referente a su continuidad temporal**: los ciudadanos difícilmente podrían aceptar que los servicios de transporte se prestaran de manera discontinua, o que fuesen permanentes. Asimismo, los usuarios se han acostumbrado a prestaciones de servicios con **ciertos niveles de calidad**, cuya brusca disminución supondría un grave descontento social.

391. Un elemento clave en la prestación de los servicios públicos lo constituye el principio de **igualdad de trato y de homogeneidad de tarifas**. En este sentido, la trascendencia de las prestaciones excluye que sólo los ciudadanos con un determinado nivel adquisitivo puedan acceder a ellas, o que las respectivas tarifas

---

explotar su monopolio. A menos que la realidad y la percepción de tan anticompetitivo comportamiento por los países de la OCDE pueda ser suavizado, países como Brasil continuarán resistiendo los movimientos para aumentar la confianza en los procesos de los mercados competitivos internacionales. PETERS, H. J. comunicación privada. *apud*. GWILLIAM, K. M. *La Economía del Transporte y el Desarrollo*. Op. Cit. p. 419.

<sup>376</sup> Podemos mencionar otras necesidades básicas tales como el suministro de agua y electricidad en los hogares, el acceso a la sanidad y a la educación, la posibilidad de tener comunicaciones telefónicas y postales a precios asequibles o la recogida de basuras en las ciudades.

varíen según el lugar de residencia de los usuarios; ello descansa en componentes de solidaridad y redistribución inherentes a la propia concepción del Estado social.<sup>377</sup>

392. Por último, los factores medioambientales juegan de un modo creciente un papel fundamental. Así, no han de tenerse en cuenta estructuras de coste que no externalicen de algún modo los costes medioambientales implícitos en la elección de una u otra alternativa en la modalidad de prestación específica por que se opte en concreto.

393. Así pues, existen sólidas razones que justifican el mantenimiento de ciertos sectores económicos al abrigo de la libre competencia: **si los operadores privados actuasen libremente sobre dichos sectores, los principios definidores del servicio público se verían seriamente comprometidos.**<sup>378</sup>

#### ***l) Liberalización y privatizaciones.***

394. **La apertura a la libre competencia, en sectores tales como los transportes, tiende a aumentar la eficiencia productiva y el bienestar final de consumidor o usuarios:** la introducción de competencia implicaría la casi inmediata reducción de precios y tarifas, la mejora en la calidad de los servicios y una mayor posibilidad de elección para el usuario al diversificarse las prestaciones disponibles.

Ello no sólo aumenta el nivel de bienestar de los consumidores o usuarios, sino que al incentivar el consumo de bienes y servicios se produce el efecto multiplicador de la oferta, **lo que hace crecer la economía en su conjunto.**

395. La conveniencia de liberalizar se hace más patente en los sectores cuyo componente económico es más elevado, tales como los transportes. En efecto, estas prestaciones son fácilmente repercutibles en los usuarios mediante precios o tarifas aplicados directamente a quienes las suscriben: este factor puede permitir al sector acoger a varios operadores que actúan simultáneamente en régimen de competencia.<sup>379</sup>

---

<sup>377</sup> Con esto queremos decir que **no suele haber una relación directa entre el coste del servicio y la contraprestación exigida al ciudadano;** pensemos, por ejemplo, en servicios de transporte en que los costes de éstos son menores en las grandes ciudades (en virtud de que la misma infraestructura sirve para muchos usuarios) que en zonas rurales aisladas. Aplicando criterios de pura rentabilidad, la tarifa variaría en función del coste real del servicio, lo que supondría discriminar a unos ciudadanos frente a otros; ello exige que los servicios mínimos (El llamado "servicio universal", término comúnmente usado en telecomunicaciones) se presten en condiciones homogéneas para todos los usuarios, resultando al mismo tiempo asequibles en términos económicos.

<sup>378</sup> En efecto, debe asumirse que las empresas privadas sólo perseguirían la rentabilidad económica, lo que supondría la aplicación automática del criterio del coste: así, habría prestaciones que, sencillamente, no interesarían al inversor privado, mientras que en otras se rompería la homogeneidad de la tarifa.

<sup>379</sup> Por contra, servicios tales como la asistencia social, la educación, la limpieza y mantenimiento urbano o la seguridad pública son menos traducibles en contraprestaciones económicas, por cuanto que su naturaleza es menos individualizable, que servicios como el transporte. En otras palabras, la liberalización será menos indicada para los sectores con escaso componente económico, por cuanto que los operadores privados eventualmente interesados encontrarían más dificultades para obtener una rentabilidad basada en las

396. Así pues, la **opción liberalizadora** sobre sectores regulados, como en el caso de los transportes, se presenta especialmente tentadora para los Estados **por razones de eficiencia económica**. Sin embargo, la cuestión clave reside en **garantizar un mínimo de servicio público** con las condiciones y principios referidos anteriormente; por ello, la decisión de liberalizar un determinado sector regulado<sup>380</sup> y de trazar los límites de la eventual liberalización pertenecen al ámbito de la **soberanía económica de los Estados**.<sup>381</sup>

397. Íntimamente relacionada con la eventual decisión de liberalizar un determinado sector regulado se encuentra la posibilidad de privatizar las empresas públicas que operen en él. Así, los gobiernos que pretendan acometer la liberalización de sectores regulados deben plantearse si conviene también privatizar los operadores públicos que permanezcan en el sector.

398. En este contexto, debe tenerse en cuenta que la hipótesis de la liberalización del sector sin llevar a cabo una privatización de empresas presenta algunos riesgos; en efecto, la introducción de competencia provocará la correspondiente reducción de precios y tarifas, lo que supondrá una disminución de los rendimientos financieros del Estado en relación con los ingresos obtenidos por el antiguo monopolio público.

399. Lo anterior conlleva una importante merma de ingresos estatales que habrá que compensar, especialmente en periodos de déficit y ajuste presupuestario: la privatización se presentaría así como el medio idóneo para resolver el problema apuntado.

400. Por otra parte, la opción de **liberalizar sin privatizar** presupone que las empresas públicas quedan sometidas a las mismas reglas de competencia que las privadas, no pudiendo aquéllas recibir un trato más favorable; además, la aplicación de las normas de libre competencia exigirá la plena transparencia de las relaciones financieras entre el Estado y las empresas públicas.

401. Si por el contrario se opta por **privatizar sin liberalizar** el sector, se constituirá lo que tradicionalmente se ha llamado el "abandono de rentas importantes a intereses privados"<sup>382</sup>, o, más sencillamente, la sustitución de monopolios públicos por monopolios privados. Sin duda, esta decisión permitiría al Estado incrementar

---

contraprestaciones de los usuarios. GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS. *Teoría y práctica de las privatizaciones*. Madrid. Mc Graw - Hill. 1997. p. 31.

<sup>380</sup> En caso que nos ocupa en este trabajo, los transportes.

<sup>381</sup> Así, en la Unión Europea el propio ordenamiento jurídico comunitario, que propugna como uno de sus principios básicos la libre competencia, permite a los Estados miembros exceptuar las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Artículo 86.2 (antiguo artículo 90.2) del Tratado CE, que a la letra dice: "*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.*"

<sup>382</sup> GÓMEZ IBÁÑEZ, J. A. y MEYER, J. R. *Privatizar: la empresa internacional en la privatización de los transportes*. The Brookings Institution. 1993. *apud*. GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS. *Teoría y práctica de las privatizaciones*. Op. Cit. p. 32.

sus ingresos, aunque se pondría en entredicho el incremento de la eficiencia económica y la obtención de los beneficios para el consumidor, dimanantes de una apertura del mercado a la competencia.

402. La última opción posible es la de **privatizar y liberalizar** al mismo tiempo. Esta solución presupone como **escenario ideal** un sector regulado con un alto componente económico y, por lo tanto, susceptible de acoger la actuación de varios operadores en régimen de libre competencia; además, el monopolio estatal debería estar articulado mediante una empresa pública con patrimonio y estructura autónoma, que pueda ser fácilmente enajenado a inversores privados.

403. La práctica muestra que sectores como los transportes son idóneos para ensayar simultáneamente los procesos de liberalización y privatización; no obstante, **el Estado debe velar por la salvaguardia del elemento de servicio público. U otra posibilidad es abrir completamente el mercado a los operadores privados, pero sometiéndolos a una estricta regulación normativa tendente a garantizar la prestación del servicio público bajo condiciones aceptables para el usuario.**

#### **J) Los papeles del sector público y privado.**

404. No obstante lo antes mencionado, en la provisión de servicios e infraestructuras en el sector de transportes, cabe hacer las siguientes matizaciones, aclarando que también es posible introducir competencia en una industria donde **coexistan compañías públicas y privadas.**<sup>383</sup>

##### **a) El papel de sector privado en la provisión de servicios.**

405. En muchos modos de transporte terrestre la ausencia de economías de escala hace apropiado depender principalmente de las operaciones competitivas del sector privado. Pero esto todavía impone responsabilidades sustanciales al sector público.

En primer lugar, el establecimiento de presiones competitivas creíbles depende fuertemente de la existencia o introducción de potenciales oferentes buscadores de beneficios, lo cual puede ser facilitado por las instituciones internacionales.<sup>384</sup>

En el transporte aéreo internacional, en contraste, incluso un monopolio nacional privado es demasiado pequeño para ser capaz de aprovechar las economías de escala, y puede ser apropiado formar grupos internacionales o consorcios. Diversas formas de consolidación o fusión han tenido lugar después de la liberalización en la industria aérea en los Estados Unidos y Europa.<sup>385</sup>

---

<sup>383</sup> DE RUS, Ginés y NASH, Chris. *Desarrollos Recientes en la Economía del Transporte*. Op. Cit. p. 31.

<sup>384</sup> Por ejemplo, el Banco Mundial ha ayudado en la transferencia de titularidad (como en el caso de los autobuses en Barbados y el transporte por carretera en Hungría y Rusia) y en el relajamiento de las restricciones a la iniciativa privada (como en el caso de la industria de transporte por carretera en México). Ibidem.

<sup>385</sup> *Air Afrique* es un ejemplo de tal agrupación en el mundo en desarrollo, y el Banco Mundial está fomentando consorcios aéreos regionales tanto en el oeste y África Central como en África del Sur. Ibidem. p. 420



Segundo, donde se está creando un monopolio privado es importante impedir la consiguiente explotación del poder de monopolio. En el caso de privatización del transporte aéreo y marítimo, la competencia internacional es intensa. En el caso de compañías de ferrocarril, la competencia desde el sector del transporte de carretera es usualmente lo suficientemente intensa para confiar en que los incentivos principales de los gestores serán mejorar eficiencia a fin de competir en vez de restringir el output.<sup>386</sup>

Tercero, el problema de la potencial explotación de monopolio no está restringido a los casos de propiedad unitaria.<sup>387</sup> El control de la cartelización ilegal y de las prácticas predatorias es particularmente dificultoso en países que carecen de una tradición de empresas privadas competitivas.

406. Tres cuestiones son de particular importancia a la hora de limitar la expansión de la participación del sector privado en operaciones de transporte en las economías tradicionales y en desarrollo.

i) *Conglomeración*. Solamente el 40% de los empleados de las autoridades portuarias estatales en las economías en transición están ocupados directamente en el puerto o en actividades de transporte. Sin despojarlos de estas responsabilidades históricas, una empresa privatizada paraestatal siempre será vulnerable a la pérdida de sus mercados frente a nuevos entrantes, o frente a competidores internacionales, que no tienen que soportar las mismas obligaciones.<sup>388</sup>

ii) *Obligaciones sociales tradicionales*. Incluso en los países no socialistas, la privatización puede ser imposible sin la previa eliminación de obligaciones históricas tales como rutas poco rentables, exceso de mano de obra, obligaciones de deuda asociadas con inversiones pasadas equivocadas. Sin embargo, se necesita gran cuidado para asegurar que ese proceso de preparación no implica la renovación de capacidad que puede no ser económicamente justificable en la futura situación de mercado.

iii) *Enlaces tradicionales entre compañías dentro del sector estatal*. Si las empresas estatales que quedan continúan favoreciendo antieconómicamente su propia cuenta de transporte o a una SOE (empresa de propiedad estatal) privatizada, la competencia privada no surgirá, y muchos de los beneficios de la comercialización se perderán.<sup>389</sup>

---

<sup>386</sup> Por ejemplo, la participación de los ferrocarriles argentinos en el mercado del transporte de mercancías (en términos de toneladas-milla) con anterioridad a la concesión era únicamente el 8%. En situaciones en que la competencia externa es menos apremiante, como por ejemplo en la franquicia de los servicios suburbanos de ferrocarril en Argentina, el control tiene que ser establecido en el convenio de concesión (por ejemplo, especificando las tarifas máximas, en dólares). Ibidem.

<sup>387</sup> La cartelización ha ocurrido entre operadores fragmentados en la industria de autobuses en Chile, entre operadores negros de taxi en Sudáfrica, y en las asociaciones de transporte por carretera en el África Subsahariana. Esto se ha asociado a menudo con elementos criminales de control. Ibidem

<sup>388</sup> Se ha estimado que el coste de proveer los "netos de seguridad" para la Federación Rusa serían 75.000 millones de dólares. Ibidem. p. 421.

<sup>389</sup> Por ejemplo, el 75% del tráfico generado por una SOE en Egipto es manejado por otras SOEs con criterios más administrativos que de mercado. Ibidem.

## b) El papel de sector privado en la infraestructura.

407. El sector privado ya participa en la provisión de infraestructuras de diversas maneras:

i) *Ofreciendo bienes o servicios* como subcontratista a autoridades de infraestructuras públicas, frecuentemente a través de la gestión de agencias de construcción especializadas en contratar fuera (común en los países desarrollados y en el sistema AGETIP en varios países africanos).

ii) *Gestionando* infraestructuras bajo contratos de administración. Esto es bastante común en África, donde las habilidades empresariales y de gestión locales son escasas. Por ejemplo, el puerto de Conakry es administrado por el Puerto de Hamburgo y cierto número de aeropuertos ha sido cedidos en concesión (Libreville, Conakry, Lomé, Bamako, Douala).

iii) *Financiando* infraestructuras de transporte bajo concesiones que cubren redes enteras, tales como los ferrocarriles de Argentina, uniones simples, tales como las autopistas de peaje de México, o intercambiadores importantes tales como terminales de autobús o aeropuertos. A menudo se da el caso, como con el reciente desarrollo de sistemas importantes de autopistas en China, México y las concesiones de autopistas húngaras, en que las nuevas instalaciones están siendo provistas por el sector privado mientras la red básica permanece pública.

iv) *La propiedad privada* de infraestructuras es menos común, ya que los gobiernos pueden no estar dispuestos a ceder la propiedad por razones de planificación estratégica, mientras el sector privado puede ser adverso a tener la propiedad por razones de responsabilidad legal<sup>390</sup>.

408. La financiación por el sector privado de infraestructuras es atractiva para el Gobierno porque permite que la infraestructura se expanda sin incrementarse la deuda del Gobierno.<sup>391</sup> La financiación del sector privado facilita la movilización de capacidades no disponibles en el sector público, para la reunión del capital, planificación y dirección de proyectos importantes. Las concesiones del tipo "Construya, opere y transfiera" (BOT) también actúan como acuerdos de "enclave" que permiten más contrataciones y adquisiciones flexibles en circunstancias donde una reforma más general de los convenios del sector público no es posible.

409. Esos beneficios no son siempre baratos. **El sector privado usualmente pide, o la garantía directa del Estado de tráficos mínimos a precios especificados, o**

---

<sup>390</sup> La privatización del sistema de ferrocarril de Nueva Zelanda fue un caso particular en el que la propiedad de las vías pasó por completo al sector privado.

<sup>391</sup> Entre 1982 y 1994 se estima que hubo una inversión privada de unos 25 mil millones de dólares en infraestructuras de transporte. La mayor parte de éstos han sido invertidos en autopistas de peaje en América Latina (principalmente México) y Asia (principalmente Malasia y Tailandia). La inversión del sector privado en puertos ha aumentado y aproximadamente cincuenta países consideraban algún tipo de privatización en sus sistemas de aeropuertos en 1994. *Ibidem.* p. 422.

los **derechos de exclusividad** para explotar los ingresos potenciales de un mercado seguro y boyante.

410. Los concesionarios potenciales pueden compartir el riesgo en los ingresos con el sector financiero mediante **programas de ingresos asegurados**, como en el caso de los puertos mexicanos, aunque estos inevitables incrementos de coste para el concesionario pasan finalmente al Gobierno en los términos establecidos por los contratos. La reincidencia (incumplimiento) del Gobierno sobre las garantías no es infrecuente, y la transferencia de la propiedad del activo puede ser la manera más fuerte de bloquear las ganancias de la comercialización. Las instituciones internacionales pueden facilitar financiación privada para garantizar al sector privado frente al incumplimiento del Gobierno. El profundizar en el análisis coste-beneficio a largo plazo de las implicaciones de la financiación pública puede reducir el entusiasmo por la financiación privada, como ha sucedido en el caso de algunos proyectos privados en Hungría.<sup>392</sup>

411. Indudablemente hay espacio para la expansión adicional de la implicación del sector privado en las infraestructuras, ejemplificado por el interés que ahora se está mostrando en los proyectos urbanos de ferrocarril en Bangkok. Pero está igualmente claro que hay partes sustanciales de las infraestructuras de transporte, incluyendo todas las carreteras rurales y la mayoría de las urbanas, donde las dificultades para cobrar ingresos adecuados hacen que la introducción de capital de riesgo privado sea improbable.

### c) El papel continuado de las empresas del Estado.

412. **La titularidad estatal permanece como norma** en algunos sectores en la mayoría de los países (principalmente infraestructura de carreteras y ferrocarril) y en la mayoría de los sectores en algunos países (por ejemplo, China). **La titularidad pública de la provisión del servicio del transporte** es todavía el caso de muchas ciudades del este europeo tales como Budapest y Moscú. **Las SOE (empresas de propiedad estatal) no son siempre, o no necesariamente, ineficientes técnica o económicamente.** Por ejemplo, el funcionamiento técnico de SOEs de transporte tales como Ethiopian Airways, Ferrocarriles Chinos o el Puerto de Singapur, se equiparan a las mejores del mundo en muchos aspectos. **Pero generalmente los problemas predominan en tales empresas.** Hay que destacar que los casi universalmente pobres historiales de los ferrocarriles estatales de los países en desarrollo han sido a causa de las interferencias entre el Gobierno y la empresa que condujeron a metas pobremente definidas, dirección relativamente pasiva, insensible a las cambiantes condiciones del mercado, interferencia política en decisiones de dirección, y financiación inadecuada. Similares experiencias son también comunes en otros modos; por ejemplo, los fracasos financieros de la empresa camerunesa de autobuses, SOTUC, y la compañía aérea CAMAIR pueden atribuirse extensamente a los efectos de la intervención persistente del Gobierno.

---

<sup>392</sup> Ibidem. p. 423.

413. La conclusión obvia de que la trayectoria de mejora es mediante la **comercialización**, es apoyada por comparaciones entre empresas de transporte públicas y privadas en diferentes países y sectores. Por ejemplo, entre las empresas públicas de autobús en la India, aquellas que tienen un **mayor grado de autonomía comercial**, como en Tamil Nadu, son las más acertadas en la provisión de un **servicio eficiente y barato**. El aumento de la eficiencia a través de la reducción de la intervención política en la dirección operativa es entonces la razón principal para colocar las SOEs en una posición más comercial.

Esto es también una experiencia común en ciudades de **economías en transición**, en que **los altos niveles anteriores de subvención y los bajos niveles de tarifas no pueden sostenerse en una economía liberalizada**. Problemas similares también han sido notados en el mantenimiento de carreteras en muchos países de África y Latinoamérica. La comercialización puede llegar a ser entonces una necesidad política.

### **3. La privatización en los transportes.**

414. Las privatizaciones se han convertido en un fenómeno global, actuando como un factor de la mundialización de la economía. Desde las primeras desregulaciones y la apertura a la competencia de los monopolios de telefonía y transporte aéreo en los años setenta en Estados Unidos, hasta la liberalización completa de los sectores tradicionalmente "excluidos" de la competencia, como el sector transporte en general, y sin exceptuar la gestión privada de los servicios públicos, se ha producido un proceso acelerado que abarca hoy a los cinco continentes. Las privatizaciones han pasado así a ser un elemento central en la expansión de la inversión y el comercio mundiales.

Hoy las privatizaciones alcanzan a países tan distintos como Ghana, Tanzania, Gabón o Sudáfrica, pasando por Venezuela, Costa Rica, Brasil, Nueva Zelanda o países del este europeo. La sustitución del Estado como propietario y gestor de una porción importante del PIB por empresas privadas y el público en general se ha mostrado como un instrumento poderoso de transformación de las tendencias, pautas y comportamientos de los agentes económicos.<sup>393</sup>

#### **A) Significado y alcance del término "privatización".**

415. Desde sus inicios en el Reino Unido y en Estados Unidos en la primera mitad de los años ochenta, las privatizaciones han ido perdiendo poco a poco su identidad ideológica y se han ido transformando en un fenómeno general, cuya consecuencia más significativa es el desarrollo de un **modelo de gestión empresarial** en el que prima la iniciativa privada y la responsabilidad individual en aquellos sectores que, tradicionalmente, han sido de titularidad pública.

---

<sup>393</sup> Se calcula, por ejemplo, que solamente en 1996 los programas de privatización representaron a nivel mundial unos 85.000 millones de dólares y supusieron un aumento sustancial de la participación de los ciudadanos como accionistas en empresas que han reforzado su posición competitiva internacional. *Perspectivas Económicas. Privatización*. Publicación electrónica del Servicio Informativo y Cultural de Estados Unidos. Volumen 2, Número 1, enero de 1997. (Edición también en Internet integrada en el sitio web: <http://usinfo.state.gov/journals/ites/0197/ijes/ijes0197.htm>)

416. Así pues, las privatizaciones o desinversiones del Estado en la actividad empresarial constituyen uno de los fenómenos más destacados cuando se busca una **respuesta pragmática a los problemas macroeconómicos y financieros de determinados países, y no una alternativa al modelo económico estatal.**

417. Pero la privatización no es sólo un fenómeno político, social, económico o técnico: también es un fenómeno legal caracterizado por el paso a titularidad privada de empresas, servicios o activos públicos. Esta perspectiva jurídica ayuda a distinguir terminológicamente el concepto de "privatización" de otra noción próxima: desregulación.

418. El concepto de desregulación o desreglamentación hace referencia, bien a la simplificación normativa en la economía, bien a la apertura a la libre competencia de sectores regulados, reservados a entidades monopolísticas, públicas o privadas. Normalmente, los monopolios que actúan en los sectores regulados (por ejemplo: transportes aéreos y ferroviarios) desarrollan en mayor o menor medida funciones consideradas de servicio público.

Así pues, las políticas de **desregulación** persiguen como objetivo fundamental eliminar las barreras y frenos que protegen ciertas actividades económicas, sean o no desarrolladas por los poderes públicos; de esta forma, **se pretende introducir la competencia dentro del ámbito económico**<sup>394</sup> a través del desmantelamiento de los monopolios o, en su defecto, de determinadas actividades de ese monopolio; la forma más usual de llevar a cabo la desregulación es mediante la supresión o modificación de la normativa que protege a los sectores regulados, liberando simultáneamente a las antiguas empresas monopolísticas (públicas o privadas) del cumplimiento de determinadas obligaciones.

419. **Los fenómenos de privatización y de desregulación son, en principio, distintos e independientes**, pudiendo o no coincidir en el tiempo; en efecto, es perfectamente posible que el Estado decida acometer un programa de privatizaciones manteniendo simultáneamente sectores regulados y monopolios públicos; incluso, y como ya hemos indicado, puede darse el caso de que un Gobierno decida privatizar un monopolio público pero sin abrir paralelamente el sector a la competencia, con lo que se estaría sustituyendo un monopolio público por otro privado.

Sin embargo, la práctica demuestra que **ambos fenómenos suelen aparecer unidos**, por cuanto que tanto la privatización como la desregulación responden a una misma concepción política y económica que predica, en general, **la reducción del papel del Estado y del protagonismo de la iniciativa privada.**<sup>395</sup> Así, la puesta en marcha de políticas privatizadoras es frecuentemente utilizada para

---

<sup>394</sup> Este proceso de desregulación se inicia formalmente en Estados Unidos -primero con la Administración Carter, donde se procede a desregular el sector de las telecomunicaciones y, posteriormente, durante la etapa Reagan-. Se trataba así de flexibilizar el mercado e introducir la competencia. En Europa, este proceso también se ha promovido por la Unión Europea a través de su política de liberalización del Mercado Interior.

<sup>395</sup> Es lo que se ha dado en llamar neoliberalismo.

liberalizar sectores regulados e introducir mayores dosis de competencia en el mercado.

420. En su sentido más estricto, la privatización consiste fundamentalmente en la transferencia de la propiedad o el control del sector público al sector privado. Para ello se han utilizado técnicas diversas, tales como las siguientes: la venta de participaciones estatales en empresas públicas más allá de las necesidades de control, o la enajenación de activos no necesarios (por ejemplo, inmuebles o terrenos) y de actividades secundarias de las empresas; las ventas totales de empresas consideradas no estratégicas por el sector público empresarial; y, finalmente, y ante todo, el desarrollo de un programa global de venta de propiedades y empresas del sector público, incluyendo las más significativas.

Por privatización ha de entenderse también el fomento de la prestación privada de bienes y servicios públicos, una alternativa que supone una revisión del Estado de bienestar al facilitar que un conjunto amplio de servicios públicos sean ofertados por el sector privado.

Este movimiento está originado por la crisis que amenaza al Estado de bienestar en su papel asistencial; crisis de legitimación motivada por la frustración de las expectativas originadas por la desatención de las crecientes demandas sociales y la ineficiencia en la provisión de ciertos servicios, lo cual hace que se haya planteado la sustitución o la complementación del sector público por el privado en el campo de determinados servicios.<sup>396</sup>

421. Además, la privatización tiene un efecto fundamental sobre las actitudes de los ciudadanos al extender la participación bursátil a nuevas capas de la sociedad y convertir en accionistas a un mayor número de ciudadanos, con lo que se verifica una "devolución" de la propiedad en manos del Estado y se vincula a través de diferentes esquemas preferenciales a los "stakeholders", los diferentes grupos sobre los que incide la acción de la empresa (desde los directivos, ejecutivos y empleados, hasta los proveedores, clientes directos, comunidad local, etc.) y en particular a los empleados de la empresa privatizada. Es lo que se ha denominado *capitalismo popular*, que obedece a la dimensión más profunda de la privatización: la de fomentar un capitalismo no sólo competitivo, sino también más participativo.

422. Las privatizaciones suponen, por tanto, una primera **respuesta a los problemas de ineficiencia de la empresa pública**. Ahora bien: **la privatización no es una simple transferencia de propiedad del sector público al privado ni un medio para mejorar únicamente la competitividad de la empresa; el efecto de la privatización es fundamentalmente multiplicador en el sentido de impulsar un clima general de competencia y de mejora generalizada de la eficiencia.**

423. La privatización libera, por tanto, un poderoso efecto psicológico en favor de la competitividad. El aumento de la competencia es una necesidad todavía mayor en el momento actual en el que hemos pasado de mercados nacionales cerrados a mercados globales, se vive una aceleración del cambio tecnológico y de los

---

<sup>396</sup> Por lo que hace a este trabajo, esto puede ser en los transportes, no obstante podemos mencionar otros ámbitos en los que también se da esta situación, tales como, educación, salud, etc.

procesos productivos y en donde sólo organizaciones flexibles con capacidad de adaptación y de respuesta podrán sobrevivir. Por ello, el proceso de privatización tiene una **finalidad triple relacionada con la competitividad**:

- i) mejorar la eficiencia del sistema empresarial;
- ii) desarrollar grupos empresariales y mejorar el tejido industrial para alcanzar dimensiones competitivas;
- iii) introducir cambios en el comportamiento de los miembros de la empresa (gestores, accionistas, empleados, proveedores) para facilitar su competitividad y el desarrollo de activos intangibles vinculados a capacidad de innovación, de creación de marcas, imagen, calidad de los servicios, etc.

424. De aquí que, aun suponiendo que las haya habido en el pasado, no se aprecia ya hoy ninguna razón convincente para que el sector público se dedique a otra producción que la de **bienes y servicios públicos**, tales como la seguridad ciudadana, la administración de justicia o la política exterior. **La oferta de bienes privados la llevan a cabo mucho más eficientemente las empresas también privadas**. Ahora bien, de nuevo, lo decisivo no es la titularidad de la propiedad, sino la productividad y la competitividad.

425. Protegidas de la competencia, las empresas privadas pueden ser tan **ineficientes** como las públicas, o más. La empresa monopólica u oligopólica que continúe siéndolo tras la privatización ha de someterse a la crítica más rigurosa así como a la adecuada regulación.

Una privatización dirigida exclusivamente a recaudar ingresos públicos con los que hacer frente a gastos públicos corrientes sería no solamente corta de miras, sino que tendría también efectos perversos.

426. El objetivo principal de la privatización no puede ser el de allegar fondos al Tesoro; cuando ha sido así, lo que ocurre es que se malvenden las empresas públicas.<sup>397</sup> Mucho depende también de otros factores, como la profundidad y flexibilidad del mercado de capitales de que esté dotado o se sepa dotar una economía.

427. La privatización debe constituir en realidad una excelente oportunidad de conseguir mejoras muy sustanciales en el funcionamiento de las empresas afectadas en el conjunto de las economías. Debe abrir las puertas a la competencia en los mercados de productos y factores y en las empresas mismas en cuanto a unidades productivas.

De ahí la esencial importancia de que **el regulador** del sector tras la privatización sea un **órgano verdaderamente independiente** del Gobierno y de que sea activo en su labor de supervisión y sanción de las condiciones de la competencia.

---

<sup>397</sup> Algunas de las experiencias en los países de Europa del Este muestran que las privatizaciones pueden ser también focos de corrupción y de apropiación indebida cuando no se tienen en cuenta los requisitos de transparencia, objetividad, no discriminación y extensión máxima del proceso privatizador.

428. La privatización, efectuada de acuerdo con la metodología apropiada, sustituye la intervención del poder político, proclive a depender de incentivos poco transparentes, por el mecanismo del mercado en el que lo que cuenta son los precios y los costes, no las influencias políticas. Libera al sector público de tareas superfluas, le permite concentrarse en lo que constituye su tarea principal, en la provisión de bienes y servicios públicos.

Un elemento coherente con este planteamiento es que la reforma y mejora del funcionamiento del sector público que deba seguir existiendo no puede hacerse inseparable de la privatización.

429. La oferta de bienes y servicios públicos condiciona críticamente la eficiencia de los mercados mismos y es por sí mismo determinante decisivo de los niveles de bienestar. La dinámica de las privatizaciones es doble: reducir las dimensiones del sector público no-empresarial y aumentar su eficacia.

430. Un elemento principal en este contexto es la profundización de la distinción entre la financiación de un servicio público y su provisión material. Aunque la financiación corra a cargo del presupuesto, la provisión material de los servicios puede contratarse con una empresa privada concesionaria. Se trata de una privatización parcial que introduce en los servicios públicos progresivamente elementos de una mayor concurrencia.

431. La privatización no supe, por tanto, la ausencia de una política económica dirigida a la liberalización y flexibilización de la economía en su conjunto, su apertura al exterior y la introducción de reformas estructurales profundas de su sector público. Debería preocupar un programa de privatización que consistiese sólo en ella. **El mero traspaso de activos públicos a la propiedad privada puede ser contraproducente.**

432. La privatización es una condición necesaria pero no suficiente. No es la única solución, aunque sin duda sí es un camino hacia ella. La privatización no sólo es cuestión de política económica, que ha de tener base amplia y estar bien trazada; es además, muy en primer término, una cuestión de **economía política**.

433. La privatización ha de beneficiar a largo plazo a todos. El arte de privatizar consiste en muy considerable medida en **acertar a contener los perjuicios** que puedan producirse a corto plazo y en **buscar un consenso político y social** en torno a la privatización.

#### **B) Origen de las políticas de privatización.**

434. El origen de las privatizaciones lo podemos situar a finales del siglo XIX, no obstante la reaparición en la década de los ochenta de este fenómeno ocasionó uno de los movimientos ideológicos más importantes en la segunda mitad del último siglo.



Tras la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia de los graves daños materiales sufridos por todos los Estados, comenzaron a desarrollarse una serie de estrategias con el fin de lograr la regeneración y rehabilitación de los países participantes. Esta actuación, dirigida en su mayor parte por los poderes públicos debido fundamentalmente a la escasez de recursos existente en el sector privado, propició un crecimiento del sector público y una expansión de su gestión.

435. En un principio, esta decisiva orientación intervencionista por parte de los Estados tuvo gran aceptación entre los ciudadanos, los cuales veían en ella el único camino posible para restablecer su nivel de vida y, en su conjunto, reconstruir el país. En este marco, el progresivo avance del sector público se plasmó en un número importante de nacionalizaciones y de constitución de empresas estatales.

436. Indudablemente, fue poco a poco cuajando en la sociedad la impresión de que el Estado se entrometía en esferas pertenecientes a la iniciativa privada y la libertad de empresa; sin embargo, al ser esta la única posibilidad existente en ese momento, tan sólo cabía la posibilidad de continuar con los planes estatales tratando, de alguna manera, de limitar el poder y la actuación del Estado, impidiendo así la excesiva regulación en determinados sectores.

437. Los efectos de esta política no tardaron en extenderse y, así, mientras que en Europa (y más concretamente en los países de la Europa del Este, en donde el sector privado ni siquiera existía) se nacionalizaron compañías (e incluso sectores enteros), bancos, sistemas sanitarios, etc., en Estados Unidos y América latina, el gobierno construía autopistas y presas, dirigía proyectos de investigación, concedía fondos a los gobiernos estatales y, en general, aumentaba tanto su autoridad reguladora como el ámbito de sus actividades.

438. Sin embargo, este planteamiento cambió en los años ochenta, fundamentalmente como consecuencia de la estabilidad política internacional conseguida y el esfuerzo estatal realizado para lograr la recuperación de los países. En este contexto, el desarrollo económico obtenido facilitó la aparición de empresas privadas con formas de producción más eficientes.

439. Poco a poco, la marea expansionista del sector público comenzó a remitir en numerosas partes del planeta, y surgió la duda de si verdaderamente debía continuarse con la misma actitud o si, por el contrario, debía realizarse un plan de privatizaciones, habida cuenta de las substanciales mejoras atribuibles al aumento de eficacia y calidad de las actividades y servicios privados.

Esta debilitación del sector público frente al privado provocó que la figura del **Estado-empresario** entrara **en crisis** debido a que, desde una óptica económica, los resultados obtenidos de su gestión eran comparativamente ineficaces. En definitiva, se trataba de la eterna disputa entre el binomio gestión pública / eficiencia.

440. Toda esta situación llevó a que en países como Estados Unidos, la Administración Reagan decidiera centrar sus esfuerzos en reducir el tamaño del

sector público y equilibrar su presupuesto, buscando dar un paso más en la privatización de activos y servicios del Gobierno.

La apertura de los mercados y el creciente protagonismo de la iniciativa privada trajo como consecuencia la ola de fusiones y adquisiciones que sacudió los Estados Unidos en la década de los ochenta. La privatización afectó a la Administración norteamericana en todos sus niveles -gobierno federal, estatal y local-, los cuales, cada vez en mayor medida, fueron adoptando esta política como un medio de equilibrar sus cuentas y mantener los servicios públicos bajo niveles aceptables.

441. Esa renovada fe en la privatización se fue extendiendo globalmente hasta convertirse en el fenómeno económico de los años noventa. En esa década, los gobiernos tuvieron que recurrir a los métodos de gestión privados como medio para reducir el déficit y la deuda pública. De ahí que, en muchos países, se hayan llegado a privatizar actividades y servicios que tradicionalmente eran sólo de naturaleza pública.<sup>398</sup>

442. En lo que se refiere a los países de Europa del Este es evidente que, en la década de los noventa, las privatizaciones han sido y son uno de los puntos primordiales de su agenda económica. La caída del comunismo y la necesidad de desarrollar medidas que reactivaran la economía y facilitaran el paso de un sistema de intervencionismo total a otro de libre mercado han hecho que los gobiernos de estos países abogaran, como solución a estos problemas, por desarrollar una política global de privatizaciones, abriendo las puertas a la inversión extranjera que les ayudara a reducir su deuda y déficit público. Los ejemplos de Polonia, Hungría, Bulgaria y las Repúblicas Checa y Eslovaca, entre otros, por no mencionar el asombroso proceso de privatizaciones realizado en la antigua República Democrática Alemana<sup>399</sup>, son la prueba fidedigna del éxito que han conocido las privatizaciones.

443. Finalmente, la corriente privatizadora ha tenido también éxito en los países en vías de desarrollo, que no han dudado en aplicar las técnicas de privatización, unas veces por convicciones político-ideológicas y otras por motivos puramente recaudatorios.<sup>400</sup>

---

<sup>398</sup> Por ejemplo, el ferrocarril, en el caso que nos ocupa, pero también podemos citar otras actividades o servicios tales como el suministro de electricidad, educación, sanidad, prisiones, etc. El auge y expansión del movimiento privatizador se consolidaba, hasta el punto que, sólo en 1990, los gobiernos de distintos países vendieron activos de empresas públicas por valor de 25.000 millones de dólares. El Reino Unido fue el país que tuvo la venta individual mas alta, con un total de 10.000 millones de dólares. GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS. *Teoría y práctica de las privatizaciones*. Op. Cit. p. 3.

<sup>399</sup> Solamente en 1990, la *Treuhandanstalt* -consorcio público encargado por el Gobierno alemán de instrumentar el proceso de privatización-, gestionó la venta de 300 compañías estatales. En 1997 su labor cifraba en más de 5.000 las empresas que buscan comprador. *Ibidem*.

<sup>400</sup> México ha realizado grandes esfuerzos para reducir el tamaño y los costes de funcionamiento de su sector público, obteniendo unos ingresos de 2.400 millones de dólares.

### C) La teoría económica de la privatización.

444. La aparición a finales de los años setenta de una nueva corriente de pensamiento político y económico en Gran Bretaña, conocida como “la nueva derecha”, introdujo la necesidad de reducir, e incluso abolir, la propiedad pública estatal.

El concepto de privatización tuvo en el Reino Unido, durante la gestión del Gobierno conservador de Margaret Thatcher, un enorme impacto político, hasta tal punto que ninguna empresa o servicio público podían considerarse fuera de la posibilidad de ser transferidos o privatizados.<sup>401</sup>

El pensamiento económico de “la nueva derecha” se basa en el individualismo y en una visión compartimentada de la sociedad, que tiene como fin la reducción a la mínima expresión del papel y de las atribuciones del Estado. Para este movimiento, **el Estado no debe intervenir en la vida económica de los particulares** más que para imponer el respeto a la ley y al orden y garantizar la defensa colectiva, pero sin limitar en ningún momento la libertad individual.

445. Este concepto de libertad, heredero del pensamiento ilustrado y de la doctrina utilitarista del siglo XIX, ha sido concebido por los pensadores de este movimiento (Hayek, Milton, Friedman, Nozick, Rowley y Peacock, entre otros) como lo contrario a la coerción del Estado. Dicho de otro modo, la libertad otorga al individuo la posibilidad de elegir sin ningún tipo de restricción entre las diferentes opciones que se le presentan, esencialmente en lo que afecta a los derechos individuales, entre ellos la propiedad. En este sentido, **un propietario de naturaleza privada tiende siempre a aumentar en lo posible su beneficio**, haciendo valer la exclusividad de sus derechos de propiedad.

446. Así, la transferencia de la propiedad pública al sector privado puede ser considerada como un **medio para que los poderes públicos dejen de intervenir en la gestión de una empresa** y hacer valer intereses que no están relacionados con ella. En vista de esto, bien se puede concluir que **la intervención del Estado para asegurar el reparto de la riqueza va en contra de los principios de primacía de la propiedad, libre mercado y competencia.**

447. Sin embargo, y conforme con lo expuesto en un trabajo realizado en 1986 por el Instituto Adam Smith de Londres titulado “*Privatisation Worldwide*” (considerado por muchos como un manifiesto de las privatizaciones), las bases de la corriente de “la nueva derecha” se apoyan en argumentos que son utilizados únicamente para influir sobre la opinión pública, pero que carecen de fundamento económico tal y como muestran las primeras experiencias realizadas en Francia y en el Reino Unido en materia de privatizaciones; por ello, se tuvieron que introducir mecanismos correctores tales como la **golden share** (o “acciones específicas”)

---

<sup>401</sup> En el Reino Unido, los objetivos de privatización fueron muy específicos desde el primer momento. Se trataba de favorecer la dispersión del accionariado, introducir competencia y exponer a las empresas a la disciplina del mercado. A diferencia de las privatizaciones en otros países, en Gran Bretaña siempre se ha buscado aumentar la competencia, la eficiencia y el sistema económico, así como fomentar el capitalismo popular, lo que ha hecho que el proceso privatizador haya tenido más alcance.

**para mantener el control del Estado sobre las empresas privatizadas.** Esta necesidad de mantener un cierto control estatal sobre las empresas privatizadas se fundamenta en las **teorías proteccionistas del Estado**, apoyándose en la idea de la estabilidad del país bajo un **Estado protector**.

448. Por tanto, hemos de concluir diciendo que la teoría de "la nueva derecha" como fundamento de las privatizaciones, aunque resulta en algunos puntos ideológicamente refutable, constituye un modelo útil y práctico a la hora de racionalizar la participación del Estado en la economía.

#### **D) Objetivos o finalidades de las privatizaciones.**

449. Si se realiza un estudio de las estrategias privatizadoras que han sido seguidas por los diferentes gobiernos podemos ver como en ellas **no se detecta un único objetivo**, sino que, bajo el fin general de lograr una mayor eficiencia asignativa, se establece un **conjunto ponderado de objetivos y causas**.

Estos suelen alternarse de acuerdo con el desarrollo de los programas de privatización y, aunque en principio cada experiencia se realiza conforme a unas causas y objetivos diferentes que dependen esencialmente de la situación del Estado en cuestión, muy a menudo suelen coincidir. **En general, puede decirse que existen siete objetivos o finalidades principales** que motivan los procesos de privatización:

##### **i) El aumento de la eficiencia de las empresas privadas.**

450. El incremento de la eficiencia es, desde el punto de vista económico, junto con el aumento de la competencia, el argumento más invocado para justificar los procesos de privatización. Esta idea parte de la frecuente y discrepante concepción de que las industrias que están fuertemente influidas por el Estado -ya sea como agente productor, consumidor o proveedor- son en general poco competitivas internacionalmente debido a su menor eficacia, su escasa capacidad de innovación tecnológica y su falta de dinamismo empresarial.

Este argumento ha sido rechazado por el llamado "sector crítico de las privatizaciones indiscriminadas"<sup>402</sup>, el cual no sólo mantiene que la privatización de la propiedad no se traduce automáticamente en una mejora de la eficiencia, sino que afirma que los directivos del sector privado no tienen escrúpulo alguno cuando se trata de adoptar estrategias de lucro o prácticas empresariales que hagan que los servicios esenciales alcancen precios exorbitantes o que no lleguen a amplios segmentos de la población.

Sin embargo, sí debe reconocerse que, en muchas ocasiones, la empresa pública sirve a objetivos tan dispares como la prestación de un servicio público, la articulación de una política laboral encaminada a incrementar el empleo, la

---

<sup>402</sup> GOODMAN, J. B. y LOVEMAN, G. W. *Does privatisation serve the public interest?* Harvard Business Review. November-December 1991. *apud.* GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS. *Teoría y práctica de las privatizaciones*. Op. Cit. p. 24.

contención de la inflación o el desarrollo de sectores estratégicos considerados como necesarios para la economía nacional.

La adopción de esta multiplicidad de metas, de indiscutible alcance social y acordes con los principios de un Estado social y democrático de derecho, hacen que diferentes factores de productividad y eficiencia pierdan valor y, sobre todo, beneficios.

Por contra, la empresa privada sólo persigue su máxima rentabilidad sin preocuparse de objetivos suplementarios, lo que sin duda le concede *a priori* una clara ventaja competitiva sobre su homóloga pública; esta ventaja se incrementa por la presencia de rígidos controles administrativos sobre la empresa pública, que le restan flexibilidad y rapidez de reacción, perdiendo competitividad en el mercado respecto a las empresas privadas.

Ante esta situación, el Estado puede optar por conceder a las empresas públicas ayudas y subvenciones para poder competir con las entidades privadas; sin embargo, estos mecanismos tratan de neutralizar de forma artificial una ventaja competitiva lealmente conquistada en el mercado por las empresas privadas, lo que queda en principio prohibido por numerosos ordenamientos jurídicos. (por ejemplo, el Derecho comunitario).

Por tanto, el Estado se ve cada vez más abocado a privatizar, al menos parcialmente, las empresas públicas como único sistema lícito para igualar en competitividad a las privadas. Por este motivo, al tener las empresas públicas unos objetivos a veces tan distintos que cumplir, no pueden alcanzar los índices de rentabilidad y los incentivos de las empresas privadas, con lo que no pueden alcanzar la eficacia económica deseada.

## ii) El aumento de la competencia en el mercado.

451. Como ya ha sido indicado, la puesta en marcha de una política de privatizaciones suele llevar aparejada la introducción de mayor competencia en el mercado, habida cuenta de que la libre competencia es, en último término, el único garante de que la asignación de recursos físicos y financieros producida de forma descentralizada a través del mercado sea eficiente, tanto a nivel nacional como internacional. En otras palabras, la apertura de sectores económicos a la competencia busca también el incremento de la eficiencia, por lo que resultará más fácil en el seno de un proceso privatizador.

Por tanto, la adopción de políticas antimonopolio estrictas y la eliminación de regulaciones cuya aplicación limita la entrada de nuevas empresas conduce a la consolidación de cárteles que suelen emanar de un proceso privatizador que tenga por objetivo último la intensificación de la eficiencia.

En este sentido, si partimos del argumento del aumento de la eficiencia de las empresas privadas analizado anteriormente, y de la idea de la multiplicidad de objetivos, metas y finalidades de la empresa pública en relación con la empresa

privada, podemos seguir sosteniendo que existe una ventaja competitiva de la primera sobre la segunda.

### **iii) La mejora de las finanzas públicas.**

452. La realización de una privatización puede ser financieramente tentadora para los poderes públicos; en primer lugar, porque, de esta manera, el Estado puede dejar de invertir recursos productivos en empresas que son normalmente deficitarias y que al privatizarlas escapan a su tutela; y, en segundo lugar, porque como las privatizaciones consisten en la venta de activos de las empresas públicas transfiriendo su titularidad a inversores privados, el Estado se encuentra con un volumen de ingresos de origen contractual o "indoloro" (venta de acciones en empresa pública que se privatiza), y no de carácter fiscal.

Esto último nos lleva a señalar que las privatizaciones, como transacciones financieras que son, suelen tener un efecto inmediato sobre la situación presupuestaria y el nivel de endeudamiento del Estado, generando una reducción del déficit público en los programas de privatización.

En consecuencia, los poderes públicos podrán aprovechar los ingresos procedentes de la privatización para reducir la presión impositiva y adoptar medidas populares de cara a los contribuyentes. Además, el Estado podrá utilizar los recursos de la privatización para reducir el déficit público o financiar las inversiones de las empresas públicas no privatizadas.

### **iv) La creación de un accionariado popular.**

453. El concepto de accionariado popular es otro de los aspectos que han desarrollado las privatizaciones. Su fundamento se basa en la verdadera titularidad de la empresa pública y en la posibilidad de que los trabajadores puedan participar dentro de los sistemas de propiedad de la empresa. Una privatización supone que los contribuyentes, como accionistas forzosos e indirectos de la empresa privada, puedan convertirse en propietarios con funciones de control más estrecho que en la empresa pública.

En este sentido, debe tenerse presente que, en última instancia, los propietarios teóricos de las empresas públicas son todos los contribuyentes, quienes, a través de los impuestos, suministran al Estado la mayor parte de los recursos financieros; por este motivo, cuando se realiza una privatización de una empresa pública, sería aceptable que éstos pudiesen tener un derecho de compra de la misma.

Esta idea, basada en una filosofía de tinte populista inspirada en el principio alemán de la cogestión (participación de los trabajadores en la gestión de las empresas para las que trabajan), asume la concepción de que, en principio, la mano de obra será más eficiente, al tener el trabajador un contacto más directo con la actividad administrativa, de control y gestión de la empresa y que ésta alcanzará mayores cotas de productividad y de rentabilidad.

De esta forma, las privatizaciones han contribuido a mejorar las relaciones laborales dentro de la industria, al tiempo que motivan, incentivan e inyectan entusiasmo a los trabajadores.

Esta idea ha sido muy bien recibida por los programas de privatizaciones británicos, los cuales han hecho posible que más del 90% de los trabajadores empleados en estas empresas se hayan convertido en propietarios de las mismas con participaciones de hasta incluso el 10% del capital social.

Los incentivos que consiguen los trabajadores por su participación en la propiedad empresarial van desde la cesión gratuita de acciones, ofertas especiales y prioridades de compra, hasta la compra misma de la empresa por parte de directivos y trabajadores conjuntamente.

#### **v) La introducción de una economía de mercado.**

454. La transformación de las estructuras económicas, políticas y sociales en los países tradicionalmente sometidos a sistemas económicos de colectivización de la riqueza y encuadrados dentro de economías comunistas, ha supuesto la voluntad y la necesidad de introducir en sus sistemas los principios básicos de la economía de mercado y del sistema capitalista.

#### **vi) La regulación estatal.**

455. La existencia de regulaciones estatales específicas en determinados sectores, como el transporte, no sólo distorsiona el sistema de competencia, sino que también afecta a los intereses de los consumidores e inversores.

En este sentido, los procesos privatizadores entendidos como procesos desreguladores llevan consigo una nueva definición del marco legal que quiebra el poder monopolístico estatal.

#### **vii) Los mercados de capitales.**

456. Las privatizaciones han dado una nueva dimensión a los mercados de capitales al introducir un importante incremento del número de inversores y un aumento en la capitalización de estos mercados.

Esta expansión de los mercados financieros ha tenido como consecuencia el incremento del número de posibilidades de financiación de las empresas a través de los mercados de valores y la mayor internacionalización de los mercados financieros.

#### **E) Una problemática en las privatizaciones.**

457. En sectores económicos sustraídos al juego de la libre competencia, los denominados "sectores regulados", como ha sido el caso de los transportes, habitualmente se han encontrado reservados a monopolios públicos; con

frecuencia, una política privatizadora lleva aparejada la liberalización paralela de estos sectores, abriéndose a otros operadores económicos.<sup>403</sup> Sin embargo, esto no es siempre así, y **puede ocurrir que se privatice sin liberalizar, lo que supondría la sustitución de un monopolio público por otro privado.**

En este último caso, el Estado debe sopesar cuidadosamente las consecuencias económicas y legales de preservar un monopolio en un determinado sector productivo, habida cuenta de que la normativa protectora de la libre competencia suele imponer como principio general el desmantelamiento de los monopolios, tanto públicos como privados.

#### **F) Resultados de las privatizaciones.**

458. A pesar de su generalización, la evidencia empírica de los efectos de la privatización sobre productividad, rentabilidad y eficiencia de las empresas es todavía insuficiente. Los métodos para medir y comparar estos efectos son muy distintos, por lo que pueden arrojar resultados bastante divergentes.

Algunos de los indicadores que hay que tener en cuenta en todo caso para comparar el antes y el después de las privatizaciones es la situación de consumidores y usuarios, la situación de los precios, la calidad de los bienes producidos y servicios prestados, etc.<sup>404</sup>

459. La evidencia empírica muestra que las mejoras de productividad y rentabilidad logradas por las privatizaciones persisten y tienen alcances mayores con el paso del tiempo.

460. La evolución bursátil de muchos de los títulos vendidos empeoró después de su privatización, lo que provocó en algunos casos un cierto escepticismo entre inversores y analistas. Determinados estudios demuestran una fuerte **evidencia de que las empresas privadas son más rentables y más eficientes** en ventas por empleado y en activo total de lo que son las total o parcialmente públicas.<sup>405</sup>

<sup>403</sup> Ejemplos en otras industrias (el caso de la experiencia llevada a cabo en Estados Unidos con Standard Oil y AT&T) consistieron en los desmantelamientos de monopolios públicos mediante su división en entidades privadas más pequeñas.

<sup>404</sup> En las economías antes socialistas, por ejemplo en las de los países del este europeo, la privatización ha cambiado por completo el panorama socio-económico y la realidad de las economías post-soviéticas y se ha producido una mejora evidente para los ciudadanos en cuanto consumidores. Otras consecuencias, sin embargo -como la concentración económica, la falta de transparencia o la dudosa creación de mercados y su regulación-, podrían ser calificadas de negativas.

En los países occidentales, las consecuencias de la privatización se han estudiado casi exclusivamente en el Reino Unido. Los datos de las experiencias privatizadoras británicas arrojan una mejora sustancial de la eficiencia de las empresas, aunque no siempre de forma lineal o de forma automática. Es cierto que en algunos casos la privatización ha podido llevar al establecimiento de oligopolios o cuasi-oligopolios privados con consecuencias contraproducentes, pero lo normal es que genere empresas más productivas y más dispuestas a admitir que es el cliente ante quien se debe fundamentalmente responder.

<sup>405</sup> En un estudio realizado sobre 61 empresas vendidas en Bolsa entre 1961 y 1990 pertenecientes a 18 países y 32 industrias se llegó a la conclusión de que la privatización ha llevado a mayores niveles de rentabilidad, productividad por empleado, inversiones y empleo total. Otro de los resultados confirmados fue que se comenzaban a reducir los niveles de endeudamiento y a pagar mayores dividendos a la manera de las empresas privadas. Estos resultados no variaban significativamente cuando se comparaban sectores concurrenciales y no-concurrenciales, empresas de países desarrollados y no-desarrollados. Estos resultados parecen confirmar lo



461. Pero la propia experiencia británica ha sido ante todo muy concluyente en un aspecto fundamental. En definitiva, el triunfo de los procesos privatizadores dependerá de una serie de factores posteriores a la propia privatización que deben de garantizar el impulso en favor de la competencia que las privatizaciones proporcionan.<sup>406</sup>

462. Dicho de otra manera, hay que mantener vivo, una vez realizada la privatización, el efecto multiplicador del incremento de la competencia en todos los ámbitos, la mejora de la eficiencia del sistema empresarial y la introducción de cambios en los comportamientos de los agentes internos y externos. Ese es el compromiso principal que garantiza la eficacia de la privatización.

### **G) Aspectos sociales de las privatizaciones: Repercusiones sociolaborales.**

463. Los programas de privatizaciones, independientemente de sus efectos estrictamente económicos, llevan aparejados importantes **consecuencias de carácter social**. Éstas se centran especialmente en el empleo.

Los procesos de privatizaciones conllevan en muchas ocasiones la puesta en marcha de procesos de reestructuración previa en las empresas públicas con el fin de sanear su situación y proceder a su venta. Dichos procesos implican la adopción de planes y medidas concretas tales como la condonación de deudas por parte del Estado o la reducción de plantillas.

En este sentido, la posible pérdida de recursos humanos y de capital puede conducir a conflictos sociales de cierta relevancia y, con ello, la credibilidad del programa de privatizaciones llega a ponerse eventualmente en peligro. Por tanto, no sólo deben ser objeto de valoración los efectos macroeconómicos o microeconómicos derivados de un proceso de privatización, sino que **debe considerarse también la repercusión social** de los mismos.

464. En efecto, un objetivo frecuentemente perseguido por la empresa pública es la aplicación de una política de pleno empleo, que otorga prioridad al mantenimiento de puestos de trabajo por delante de la simple eficiencia económica y productiva. Sin embargo, muchas de estas empresas suponen una pesada carga financiera

---

que la teoría postula: la propiedad pública provoca una serie de comportamientos indeseados, que el control ejercido por el mercado quizá no resuelva definitivamente, pero sin duda ayuda a aliviar sustancialmente. GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS. *Teoría y práctica de las privatizaciones*. Op. Cit. p. XLIV.

<sup>406</sup> Entre estos factores hay que destacar: en primer término, el correcto funcionamiento de los sistemas de control de los directivos, a través, en particular, de los mercados de capitales, en el caso de que haya una gran dispersión del accionariado, para que aquéllos tengan estímulos para un comportamiento eficiente, y a través, asimismo, de una reforma del sistema de gobierno de las empresas. En segundo lugar, el funcionamiento eficiente de la legislación y el procedimiento de las suspensiones de pagos y quiebras, que deben de servir como estímulo que afecta al comportamiento de los miembros de la empresa. En tercer término, la existencia de reguladores eficientes y activos con experiencia, cuando exista una situación previa de monopolio natural, para eliminar barreras tarifarias y no-tarifarias en los mercados. El aumento de medios y de funciones de las autoridades de defensa de la competencia es tan necesario como el correcto funcionamiento y la efectividad de las comisiones de control o agencias reguladoras. *Ibidem*.

que los Estados pueden difícilmente afrontar y constituye una de las causas principales para poner en marcha un proceso de privatización.

La transferencia de la empresa a manos privadas conduce lógicamente a una modificación del orden de prioridades a nivel de la gestión de la empresa que puede dar lugar a un reajuste de plantilla y a las eventuales tensiones de índole sociolaboral.

465. Para analizar con precisión las ventajas e inconvenientes que el proceso privatizador y las medidas reestructuradoras que a menudo conllevan para los trabajadores, asociaciones empresariales y sindicatos, **es necesario determinar los objetivos de las privatizaciones desde una perspectiva social**, prestando particular atención al impacto de este proceso sobre las relaciones laborales, así como a la intervención concreta de los sindicatos en los procesos privatizadores.

Un análisis independiente de estos aspectos puede permitir valorar la perspectiva de los trabajadores en torno a estos procesos, que en muchos casos puede diferir sustancialmente de la sostenida por los poderes públicos o por los agentes económicos privados.

Este análisis implica una reflexión acerca de las reestructuraciones y privatizaciones, desde la perspectiva de los criterios económicos de eficacia y crecimiento, con base en el mantenimiento de unas relaciones laborales estables.

466. La configuración de estos principios como los grandes baluartes del Estado del bienestar social influyen consecuentemente en las operaciones privatizadoras desde el punto de vista de los servicios sociales, económicos y ocupacionales.<sup>407</sup> Sin embargo, los procesos consistentes en reducir la dimensión del sector público producen necesariamente numerosos cambios que acarrearán, en mayor o menor medida, consecuencias traumáticas sobre los trabajadores.

467. La puesta en marcha de un proceso de privatizaciones ha suscitado siempre **controversias de índole política**, encontrando una firme oposición en los partidos de izquierda, y apoyo en mayor o menor medida por parte, en general, del resto de las tendencias políticas.

Los **detractores** del proceso temen que el paso de las empresas públicas a manos privadas **ponga en peligro los principios del Estado del bienestar**, ya que consideran que estos procesos tienen únicamente un fin recaudatorio, lo que provoca un incremento del desempleo y una pérdida de ingresos muy importante por parte del Estado, que conlleva "pan para hoy y hambre para mañana".

Por su parte, los **defensores** de las privatizaciones consideran que **la verdadera labor del Estado queda obstaculizada debido a la existencia de empresas públicas ineficaces** que suponen una carga financiera demasiado gravosa para el

---

<sup>407</sup> La creación y posterior desarrollo de la doctrina del Estado social de Derecho ha supuesto que se haya ido configurando progresivamente un listado de derechos fundamentales de carácter social. Desde esta perspectiva, y en la línea de una política de protección social, los trabajadores han ido viendo reconocidos progresivamente un elenco de derechos que han permitido asegurarles unas condiciones laborales dignas.

Estado. Su traspaso a manos privadas, además de proporcionar notables ingresos para las arcas públicas, contribuye a hacer frente al coste de la frecuente necesidad de reestructuración previa de las empresas.

468. Por otra parte, desde una perspectiva a largo plazo, el establecimiento de una gestión eficaz posibilita la expansión de la empresa y la consecuente creación de nuevos puestos de trabajo.

Finalmente, los defensores de este proceso defienden que el Estado, al liberarse de aquellas empresas cuya existencia antes sufragaba, tiene un mayor margen de maniobra para concentrarse en sus funciones de forma mucho más eficaz.

469. Considerando la repercusión de los procesos privatizadores, así como su enorme dimensión económica, el modelo privatizador debe garantizar el mayor nivel posible de transparencia. De este modo, además del escrupuloso cumplimiento de la legislación administrativa vigente, debe explicarse con la mayor claridad posible, tanto a los ciudadanos como, en particular, a los trabajadores de las empresas afectadas, por qué se privatiza, qué objetivos se pretenden alcanzar y cómo pueden intervenir las organizaciones laborales en el proceso.

470. En el marco de todo proceso privatizador, una **cuestión de gran relevancia social**, que debe ser examinada en detalle, es la relativa al **empleo**. El impacto de los planes de reestructuración y privatización sobre el empleo y el cómo estos procesos pueden afectar a las relaciones entre empresarios y trabajadores es la principal dificultad de índole social que rodea a estas operaciones. El desempleo, un gran problema contemporáneo, es considerado como la gran amenaza de las operaciones privatizadoras.

471. Las privatizaciones están indisolublemente ligadas en la mayoría de las ocasiones a un **plan de saneamiento** de la empresa **que se traduce** en una **reducción de puestos de trabajo**.<sup>408</sup> En este sentido, la búsqueda de una solución a este problema lleva a los Estados a buscar el siempre **difícil equilibrio** entre los planes de privatizaciones y el mantenimiento del empleo.

472. El hecho de que las empresas privatizadas puedan alcanzar mejores niveles de gestión puede conducir a medio plazo a mantener los niveles de empleo existentes, y eventualmente generar nuevos empleos en el futuro.

473. Por otro lado, otro aspecto a valorar en cuanto al impacto de las privatizaciones en las relaciones laborales, lo es la adaptación de los trabajadores a los **cambios de sus condiciones de trabajo**. El paso de la empresa pública a la privada como consecuencia de una política de privatizaciones implica generalmente **cambios substanciales en las condiciones laborales** que pueden llegar a afectar de manera muy importante a los trabajadores.

---

<sup>408</sup> El fenómeno de la **pérdida de empleo ha sido especialmente grave en los procesos de privatización** llevados a cabo en países antes socialistas. Estos Estados han tenido que adaptarse al sistema económico capitalista en muy pocos años, por lo que sus empresas se han visto obligadas a llevar a cabo severos procesos de reestructuración. En Alemania oriental, por ejemplo, los planes de reestructuración y privatización aumentaron las cifras de desempleo en un 30%.

474. Las condiciones laborales que existen en la empresa privada conducen a un sistema de relaciones laborales en el que existe, en general, una menor seguridad, una mayor posibilidad de movilidad y una mayor libertad de despido que en la empresa pública. Por ello, una información adecuada a los sindicatos y trabajadores sobre la realización de las operaciones privatizadoras adquiere una importancia vital para los gobiernos.

475. Sin embargo, a este respecto es preciso señalar que este elemento restrictivo de los derechos laborales de los trabajadores se **compensa** en muchas ocasiones con determinados beneficios económicos que se traducen en una **mejora de los salarios**, así como en **mayores beneficios asistenciales**. A ello se une la posibilidad de acceder a seguros de naturaleza privada de vida, enfermedad, invalidez y muerte.

476. Por último, es pertinente mencionar que, el hecho de que las empresas privadas se regulen dentro del campo de la normativa laboral de un modo diferente a las empresas públicas no significa que estén al margen de la normativa sobre este sector. De este modo, cualquier orientación estará supeditada a estas normas, impidiendo que las condiciones laborales puedan afectar a los derechos laborales y sociales adquiridos.

Por lo expuesto, en cualquier proceso de privatización, **la salvaguarda de los derechos de los trabajadores** es defendida tanto por los sindicatos como por el propio Estado, el cual, a través del control de los mecanismos y de las operaciones, influye decisivamente en la adecuación de los inversores privados a las normas del Derecho laboral.

#### **H) Formas de privatización.**

477. La privatización no tiene un sentido único, ya que, más bien, se manifiesta a través de **distintas formas**. Estas distintas formas van a servir para caracterizar los distintos mercados herederos de los servicios públicos. Así pues podemos distinguir entre privatización material, privatización formal, privatización funcional y privatización indirecta mediante colaboración:

##### **a) Privatización material.**

478. En primer lugar, puede haberse manifestado o manifestarse una privatización "auténtica" que puede designarse como privatización material. Entenderemos por ésta "la transferencia total o parcial de la propiedad de empresas, participaciones en el capital de sociedades, acciones, activos o unidades de negocio y, en todo caso, cuando la misma suponga para el sector público estatal la pérdida de influencia decisiva de la empresa de que se trate".<sup>409</sup>

---

<sup>409</sup> De las numerosas definiciones que del término privatización existen, se seleccionó ésta, que es la que da el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, por el que se establecen las bases del programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado (apartado 5). (España) *apud.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*. Op. Cit. p. 15.

479. La privatización lleva consigo pues una **reducción de la presencia del poder público** tanto a través de la venta de empresas como de la colocación en Bolsa de paquetes de acciones, esta última como medida de privatización parcial, por cuanto se enajenarán participaciones que no excedan de las necesidades de control.

### **b) Límites jurídicos de la privatización.**

480. En cuanto a sus límites jurídicos es deseable afirmar un criterio concreto y operativo: **la privatización no podrá afectar a las funciones esenciales del Estado**, de soberanía o policía, pudiendo aquélla afectar a las funciones de tipo económico o prestacional.

No es evidentemente siempre fácil deslindar entre las **funciones de autoridad** (no susceptibles de privatización) y **funciones prestacionales** (en principio susceptibles) es una típica función judicial la de distinguir ambas situaciones en el caso concreto en caso de conflicto.

481. Una empresa privatizada no significa el fin de las funciones directivas y de control de los poderes públicos.<sup>410</sup> No obstante los programas políticos de los Estados, que establecen los marcos generales para privatizaciones, sus directrices en diseño y ejecución de operaciones, así como la filosofía y principios en que deben basarse<sup>411</sup>, lo cierto es que en estos tiempos su **objeto** es más bien **la reforma y modernización en general del sector público, así como en fortalecimiento de la economía de mercado, el aumento de la eficiencia y de la competitividad global de la economía, la liberalización y la creación de empleo**. La privatización se entiende, pues, como una medida más en este contexto, a efectos de lograr estos objetivos generales.

Los procesos de privatización se proyectan en general sobre las empresas con dificultades, sujetas a actuaciones de reestructuración o reconversión y se intenta su saneamiento, **disminuyendo** su dependencia respecto de las **ayudas públicas**.

### **c) Privatización formal.**

482. La privatización formal no es una *auténtica* privatización. En estos casos, en efecto, **la actividad sigue realizándose por el poder público** aunque aquélla **deja de regularse** (en aquel ámbito donde afecta dicha privatización formal) **por el Derecho público para pasar a regularse por el Derecho privado**.

---

<sup>410</sup> Después de la privatización de determinada empresa y la liberalización del sector donde opera, las autoridades administrativas de regulación, así como el ministerio correspondiente, desarrollarán dichas funciones. Además, existen ordenamientos que someten de forma significativa a autorización previa los acuerdos adoptados por los órganos sociales de entidades privatizadas.

<sup>411</sup> En el caso de España esto se encuentra establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado.

483. La privatización formal<sup>412</sup> se puede definir como la utilización instrumental por parte de los poderes públicos del sistema normativo jurídico-privado para el desarrollo de su actividad sin que, en ningún caso, se produzca un cambio de titularidad.

Así pues, la privatización formal implica el **sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico común**. Esta última matización requiere que los poderes públicos estén especialmente habilitados para la realización de las mismas actividades de carácter económico que los sujetos particulares y, por tanto, que se sometan a su mismo ordenamiento jurídico.

484. **El objetivo perseguido es que los poderes públicos puedan actuar competitivamente en el mercado**, de manera que existan en éste tantas ofertas públicas como privadas. Para ello es necesario que los poderes públicos adopten criterios empresariales de naturaleza privada y que, de no ser ello posible, procedan a la privatización de la entidad transformándola previamente en sociedad mercantil, eligiendo generalmente la forma de sociedad anónima. De esta manera se pretende, además de obtener una mayor flexibilidad en su campo de actuación, realizar una gestión más dinámica y eficaz, al tiempo que se mantiene la fiscalización y control por parte de los poderes públicos.

485. Por tanto, la privatización formal implica deslindar la actuación de la Administración cuando realiza tareas propias del ámbito de lo público de cuando se comporta como un operador privado. Así, la realización de esta clase de privatización implica un abandono claro de la normativa que gobernaba la organización y gestión públicas, hasta ahora considerada como la más idónea para llevar a cabo esas actividades.

486. En este contexto de la privatización formal se plantea el problema de la huida del Derecho administrativo. El sentido de la "privatización formal" es explicar, precisamente, el hecho de que se aplique un determinado Derecho (el privado) en lugar de otro (el público o administrativo).

487. **Las funciones estrictamente públicas deben quedar al margen de esta privatización**. Tratándose de funciones públicas de tipo prestacional o de servicio público, aunque **la mejor opción es una regulación de Derecho administrativo**, si se acude al Derecho privado habrá regulaciones jurídico-administrativas de ineludible cumplimiento que completarán las regulaciones de Derecho privado. De ahí que se plantee el problema de la huida del Derecho administrativo cuando todo esto no ocurre.

488. Siempre que se respeten los límites referidos en cuanto al empleo del Derecho privado (esencialmente: regulación de Derecho privado respecto de actividades no públicas, regulación de Derecho administrativo que complementa el Derecho

---

<sup>412</sup> Algunos autores también la han denominado "descentralización funcional privatizadora" (Garrido Falla) o "privatización organizativa" (Martín-Retortillo). *apud.* GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS. *Teoría y práctica de las privatizaciones*. Op. Cit. p. 17.

privado), puede discutirse si es posible hablar de "Administración en forma de Derecho privado".<sup>413</sup>

#### d) Privatización funcional.

489. La privatización funcional explica concretamente el cambio que han experimentado sectores liberalizados, desde una concepción pública y social propia de un régimen de servicio público a una concepción -privada de base- propia de un sistema de mercado. Este cambio de la funcionalidad en dichos sectores se explica desde la privatización funcional.

490. En los sectores que se corresponden con los viejos servicios públicos los nuevos agentes económicos son empresas privadas que se orientan preferentemente hacia la satisfacción de sus propios intereses económicos **en un régimen de libre competencia**.

Tradicionalmente, en estos sectores, ha venido primando un condicionante de tipo social, conforme a su consideración como servicios públicos. El *quid* está en la responsabilidad, que asumen los poderes públicos, de conseguir que toda la población tenga cubiertas necesidades básicas, como son los transportes.<sup>414</sup> Este hecho conlleva la asunción del sector (*publicatio*) por dicho poder público, así como muy posiblemente su propia gestión.

491. En este modelo se asume la posibilidad de una gestión deficitaria y es importante la vía presupuestaria de financiación, en consonancia con el carácter básico de este tipo de prestaciones. Se piensa que con los beneficios que pueda obtener la entidad gestora monopolística en determinadas áreas se financiarán los *déficit* que origina la prestación del servicio en aquellas otras áreas no rentables.<sup>415</sup>

492. Cuando en un determinado sector se manifiesta la privatización funcional pasan a situarse en un primer plano **condicionantes de tipo económico**. Es claro que ni el sistema "social" que acaba de describirse significa olvidar el factor de la eficacia del servicio ni el segundo sistema "económico" desconoce las preocupaciones de tipo social. Además, se piensa que la competencia genera precios más favorables para el usuario, por tanto para el conjunto de la sociedad.

493. Cuando un determinado sector experimenta una privatización funcional, la fijación de precios sigue un criterio de mercado de "orientación de costes" y no tanto de "justicia social".<sup>416</sup> Asimismo, los criterios rectores de la actuación de las

---

<sup>413</sup> En España, en el propio ámbito estatal entidades gestoras de servicios públicos de transporte, por ejemplo, RENFE e Iberia, han podido sujetar su actividad al Derecho privado en los mejores tiempos del servicio público. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*. Op. Cit. p. 27.

<sup>414</sup> Estas necesidades pueden ser otras, tales como la electricidad o el combustible o el agua.

<sup>415</sup> Esta concepción que justifica el monopolio llegó a encontrar eco en alguna jurisprudencia relativamente reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto *Corbeau*. Sentencia de 19 de mayo de 1993, asunto C-320/91, Rec. pág. 1-2533) y se refuerza mediante la consideración como monopolios naturales de determinadas actividades que, por esencia, se configuran o pueden configurarse en torno a una red única.

<sup>416</sup> Se ha argumentado en este sentido que "en las empresas de servicio público, la empresa, aunque deba actuar con la mayor eficacia posible, aparece presidida por un principio de justicia social o servicio social que

empresas del sector (antiguas gestoras de un servicio público) no diferirán esencialmente de aquellos que son seguidos por las demás empresas competidoras que hayan entrado en dicho sector.<sup>417</sup>

494. Singular es cómo (cuando acontece la privatización funcional) aquello que es considerado como función pública (la organización y también gestión directa o delegada de un servicio público) pasa a ser entendido como una función privada (una actividad empresarial o de mercado en régimen de libre competencia).

**El concepto de función pública sufre entonces una redefinición.** Se restringe aquélla a las facultades simplemente directivas o de ordenación del mercado (otorgamiento de licencias, imposición de sanciones, resolución arbitral de conflictos, ordenación del mercado, control y corrección de posiciones de dominio, etc.).

Se entiende así también que la privatización funcional afecte a funciones que en realidad, por su naturaleza, **son susceptibles de ser ejercitadas tanto por los poderes públicos como por los operadores privados de mercado.** Por eso, dichas funciones tradicionalmente pudieron entenderse como "públicas".

En efecto, **el poder público es uno de los agentes que puede desempeñarlas. Pero no necesariamente,** ya que por su propia naturaleza pueden ser también desarrolladas por agentes privados. Ambas opciones son jurídicamente legítimas o posibles. Si se sigue el modelo publicista se hablará de que el Estado ejerce una función prestacional o de servicio público. Si se sigue el modelo privatista se dirá que los particulares desarrollan libremente una función empresarial o de mercado.

495. En cambio, tratándose de **funciones estrictamente públicas** (no prestacionales sino de policía, soberanas o de ordenación) no cabe dicha opción ni dicha dualidad de modelos. **El ejercicio de la función sólo corresponderá al poder público** (como ocurre en todo caso respecto de las funciones sancionadoras, de control, de otorgamiento de licencias, en el propio mercado).

496. No obstante, el modelo privatista no se libra de regulaciones y condicionantes públicos. Llegamos así a un extremo capital: la privatización funcional no significa, cuando menos en el momento actual, una plena o completa equiparación de estos sectores a las características propias de un mercado. Estos mercados afectados por la privatización funcional son mercados "peculiares", mercados (que lo son) regulados y de "interés general".

---

impondrá muchas veces precios inferiores a sus costes y entrañará, por tanto, fuertes *déficit*, justificados por prestaciones sociales que cumple (...)". ARIÑO ORTIZ, G. La empresa pública. /en/ *El modelo económico en la Constitución española*. II. IEE Madrid 1981 p. 136 – 144. *apud.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*. Op. Cit. p. 47.

<sup>417</sup> En la Unión Europea un buen ejemplo de esta privatización funcional es la directiva 91/440/CEE del Consejo de 29 de julio de 1991 sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (artículo 5) cuando afirma que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir a las empresas ferroviarias que adapten al mercado sus actividades. Igualmente, deberán las empresas ferroviarias administrarse según los principios que se aplican a las sociedades mercantiles, incluso en lo que se refiere a las obligaciones de servicio público impuestas por el Estado a la empresa y a los contratos de servicio público celebrados por la empresa con las autoridades nacionales competentes del Estado miembro.



497. Así entonces, la privatización funcional tiene especial virtualidad. Sirve para explicar a *grosso modo* el fenómeno de nuestros tiempos de redefinición de la estructura, concepción o funcionalidad de un determinado sector: el usuario pasa a ser cliente, el servicio público un mercado, las tarifas precios.<sup>418</sup>

#### e) Privatización indirecta mediante colaboración empresarial.

498. Como expresión del fenómeno privatizador, cobra también entidad la "colaboración" de sujetos privados en el ejercicio de funciones públicas. Mediante la colaboración concretamente se produce una intervención de los particulares en la realización de funciones administrativas pudiendo en ciertos casos llegar a constatar una indirecta privatización de una función pública.

Ejemplos clásicos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas lo son: el capitán de buque, comandante de aeronave, práctico de puerto, profesionales de algunos servicios de seguridad, árbitro de Derecho privado y notario, entre otros.

499. En la actualidad cobra aquélla auge especialmente a través de la frecuente **colaboración de empresas privadas en el ejercicio de funciones públicas**. En sentido estricto, el "colaborador" se presenta como el sujeto, en este contexto una empresa movida por un ánimo de lucro que procura la satisfacción de sus propios intereses particulares aunque *de facto* pueda estar realizando o ayudando a la realización de una función pública o de los intereses generales.<sup>419</sup>

500. Por otra parte, la colaboración no se hace de manera esporádica sino estable y organizada. Tampoco es aquélla forzosa sino voluntaria. Además, **estará sujeta a reglamentación o control administrativos**; y el colaborador podrá beneficiarse en el caso concreto de determinadas prerrogativas estatutarias.

501. La colaboración en cuanto tal es un fenómeno que puede realizarse a través de muy diversos cauces jurídicos; incluso puede que no ligue al colaborador con la Administración vínculo alguno, no obstante lo cual puede constatar que, de hecho, aquél está ayudando a realizar una función pública.<sup>420</sup>

502. Los colaboradores consiguen erigirse en grupos de apoyo de la Administración (*lean administration*). Se explican ante la necesidad de descargar al poder público del ejercicio de funciones, actividades y responsabilidades, hecho que a su vez se entiende considerando el "sobrepeso" que han llegado a adquirir dichas actividades

---

<sup>418</sup> Finalmente, la privatización funcional puede manifestarse independientemente de que se haya producido, a su vez, una privatización formal o material en un determinado sector o servicio. En la práctica, la privatización material y privatización formal serán consecuencias de la privatización funcional. *Ibidem.* p. 49.

<sup>419</sup> El hecho de que la Administración acuda a la colaboración privada no significa la pérdida de la condición pública de la actividad objeto de colaboración.

<sup>420</sup> Este es por ejemplo el caso de una empresa privada de seguridad que realiza la vigilancia sobre bienes privados sitos en espacios públicos (por ejemplo de un concesionario de obras), ya que dicha empresa estará ligada con un particular por un contrato privado pese a que el vigilante podrá colaborar con la policía en la lucha contra la comisión de un delito.

como consecuencia a su vez de una paulatina intervención del poder público en las distintas esferas sociales.

503. En concreto, la colaboración puede manifestarse en torno a funciones administrativas auxiliares, a nuevos servicios que demanda la sociedad, ante la necesidad de mejorar la calidad de los existentes o de realizarlos de una forma más eficaz o económicamente más rentable.

504. No pueden olvidarse condicionamientos de tipo económico, que pueden llegar a pesar sobre los dogmas jurídicos. No sólo porque las funciones públicas parecen estar convirtiéndose en el negocio de no pocos agentes sociales. También la racionalidad o ahorro en el gasto público puede llevar a reducir el ejercicio de funciones públicas (y por tanto la carga que ello representa al erario) a unos límites razonables.<sup>421</sup>

505. Es significativo que no siempre la colaboración se manifiesta a iniciativa privada, buscando las empresas ámbitos de negocio que puedan afectar terrenos públicos. El propio poder público parece muchas veces impulsar el desarrollo de la colaboración empleando, en lugar de sus propios recursos o personal, agentes externos o colaboradores. La propia Administración, en efecto, aprovecha este tipo de servicios alegando a veces ser más económicos (quizás también más eficaces o de mejor calidad) que los públicos.

506. En cuanto a la colaboración en el ámbito de las **infraestructuras de transporte**, el Estado se ha visto, igualmente, en la necesidad de buscar ésta por parte de los particulares para la realización de la función pública de construcción, conservación y explotación de autopistas, idea con la que sintoniza la cofinanciación privada de carreteras.<sup>422</sup>

### ***1) Servicios públicos estatales privatizables de transportes.***

507. La privatización de los servicios públicos puede variar dependiendo de la voluntad del poder público, del sistema organizativo estatal y, supeditado a estos dos requisitos, de la zona geográfica en la que nos encontremos. **Ofrecer un catálogo exhaustivo de servicios privatizables es prácticamente imposible.** No obstante, examinamos los principales servicios estatales de transportes que podrían ser objeto de una operación privatizadora.

<sup>421</sup> Por ejemplo, podría discutirse hasta qué punto los contribuyentes tienen que financiar la seguridad de un acontecimiento deportivo, de un concierto de música pop, o de un mitin político, de un recinto ferial, etc. En los aeropuertos, por ejemplo, el coste de este tipo de funciones públicas empieza a ser repercutido en el propio usuario.

<sup>422</sup> En la actualidad los ordenamientos jurídicos sectoriales hacen referencia a la colaboración con la administración. Por ejemplo, en España lo hace la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (capítulo II del Título II). El artículo 57, que pone inicio a dicho capítulo, afirma que las asociaciones de transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera, legalmente constituidas, podrán colaborar con la Administración en la realización de las funciones públicas de ordenación y mejora del funcionamiento del sector, en la forma prevista en esa ley. Igualmente los artículos 54 y siguientes del Reglamento de la LOTT 1211/1990, de 28 de septiembre: "colaboración de las asociaciones profesionales con la Administración", especialmente artículo 56 donde se enumeran dichas funciones de colaboración. O la Ley de Autopistas, Ley 8/1972. En Alemania se ha dictado una Ley que aborda en particular esta cuestión: la *Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz* de 30 de agosto de 1994.

## a) La construcción de infraestructuras.

508. Tradicionalmente, la planificación, construcción y mantenimiento de grandes infraestructuras (por ejemplo, redes de carreteras) ha sido una misión del Estado en cumplimiento de su función inversora: la financiación de estas obras se hacía directamente desde los presupuestos del Estado, nutridos, sobre todo, por los impuestos pagados por los ciudadanos.

509. La construcción de infraestructuras de comunicaciones es unánimemente considerada como una inversión de capital importancia no sólo para los ciudadanos, sino también para la economía del país, habida cuenta de que resulta imprescindible para el desarrollo del transporte y del comercio.

510. Sin embargo, el endeudamiento estatal y la necesidad de llevar a cabo políticas de austeridad presupuestaría amenazan directamente la labor inversora del Estado, por lo que la construcción de infraestructuras suele sufrir de manera notable el recorte del gasto público; por ello, los Estados se han visto forzados a recurrir a fórmulas alternativas para asegurar el mantenimiento del nivel inversor, pero limitando en lo posible la financiación de origen presupuestario.

511. Una de las fórmulas más conocidas es la **construcción de la obra por parte del Estado** (recurriendo eventualmente a créditos de la banca privada) **para, posteriormente, establecer un canon a los usuarios por la utilización del servicio**. Este es el caso de las autopistas de peaje francesas o italianas, las cuales, a diferencia de otros países comunitarios como Bélgica, Holanda o Alemania, pertenecen al Estado.<sup>423</sup>

512. Esta fórmula plantea varios **inconvenientes**: en primer lugar, deben existir redes viarias alternativas, ya que no se puede privar a los ciudadanos del servicio mínimo; en segundo lugar, y dentro del terreno fiscal, se ha señalado que los contribuyentes no tienen por qué pagar al Estado dos veces por el uso de un servicio: mediante los impuestos (que sirven entre otras cosas para construir la red viaria), y mediante el canon de utilización.

513. Una alternativa menos drástica que la mencionada consiste en la **adjudicación por el Estado de la construcción de la infraestructura a una empresa privada**, utilizando técnicas de contratación pública como la licitación. Este método presenta la ventaja de que la Administración tenderá a elegir al candidato que presente la oferta más atractiva y con un presupuesto más ajustado, lo que evidentemente constituye un eficaz medio para contener el coste final de la inversión; los pliegos de condiciones de la licitación pueden contemplar la adquisición por el Estado de la infraestructura o la cesión de su propiedad y explotación a la empresa privada.

---

<sup>423</sup> En España, hay Comunidades Autónomas como Navarra en la que el Gobierno Foral, haciendo uso de sus competencias, ha desarrollado una red de comunicaciones de pago cuyos rendimientos revierten directamente en las arcas del Patrimonio Público Autonómico.

514. En el primer caso, se trataría de un ejemplo clásico de contratación pública, en la que el Estado recurre al sector privado en lugar de acometer él mismo (mediante el Ministerio competente) la realización de la obra. Una vez terminada ésta, el Estado puede optar por asumir plenamente el coste o por transferirlo a los usuarios mediante el ya citado canon de utilización.

515. En el segundo caso, la empresa privada adjudicataria se convierte en la titular de la infraestructura, correspondiéndole su explotación mediante el cobro del canon. Bajo esta hipótesis, es evidente que el Estado no incurre en coste alguno, por cuanto que la construcción de la obra habría sido llevada a cabo exclusivamente por el sector privado. Sin embargo, se hace necesaria la adopción de normas específicas tendentes a evitar una explotación abusiva de la infraestructura por parte del adjudicatario. Tales normas fijarán los baremos de precios, los niveles de servicio ofrecidos a los usuarios e, incluso, la limitación temporal de la concesión, lo que significa que después de un determinado periodo la propiedad de la obra revertirá al Estado. Las citadas normas específicas suelen insertarse en los pliegos de condiciones de la licitación, de manera que el adjudicatario queda automáticamente vinculado por ellas al obtener la concesión.

516. En la práctica, son frecuentes también las **fórmulas mixtas** en las que la Administración pública, la inversión privada (principalmente bancos y entidades financieras) y los constructores realizan una labor conjunta de construcción y explotación de la red.

517. Finalmente, no ha de obviarse que la utilización de las infraestructuras, aparte de los costes de construcción de las mismas, conllevan importantes costes adicionales de mantenimiento, que requieren fórmulas de financiación independientes.

#### **b) Los servicios municipales de transporte público.**

518. En este apartado se pueden incluir aquellos servicios de transporte público que han pertenecido típicamente a las competencias municipales y cuyo objetivo es mejorar y garantizar un nivel de bienestar razonable para el ciudadano. Tradicionalmente, estos servicios eran proporcionados por las Corporaciones Locales; sin embargo, las dificultades presupuestarias de los municipios y la consiguiente caída de la eficiencia y calidad de las prestaciones públicas han originado la adopción de fórmulas innovadoras destinadas a involucrar al capital privado en la gestión y prestación de los servicios en cuestión.

519. En cualquier caso, la experiencia muestra que **la privatización de los servicios municipales ha alcanzado resultados globalmente positivos**, beneficiando a todos los implicados: contribuyentes, inversores privados titulares de la concesión y Corporaciones Locales.

520. El transporte público es sin duda uno de los servicios municipales con mayor componente económico, por cuanto que es directamente repercutible en los usuarios mediante el cobro del billete; por ello, **el transporte público es especialmente atractivo para la inversión privada** y se presta con facilidad a

operaciones privatizadoras. La fórmula más usual consiste en otorgar una **concesión administrativa** exclusiva a una empresa privada, que se encarga de prestar el servicio.

521. Por otra parte, ciertos servicios de transporte urbano (por ejemplo, autobuses) podrían ser liberalizados en grandes ciudades, precisamente por su alto componente económico; en efecto, sería concebible la coexistencia de diversas compañías privadas de autobuses ofreciendo simultáneamente servicios de transporte urbano en situación de competencia. Sin embargo, en aquellas modalidades de transporte (por ejemplo, el metro), en las que la utilización de una gran infraestructura implica en la práctica un monopolio natural, es discutible y se requieren análisis más complejos, para pronunciarnos por su liberalización, o si esta debe excluirse.

#### **J) Privatización y concesión.**

522. En relación con la privatización puede además considerarse una tradicional y clásica figura que, a pesar de poder encerrar un contenido igualmente privatizador, curiosamente queda generalmente libre de reproches desde un punto de vista jurídico; es decir, la **concesión administrativa**.<sup>424</sup>

523. Que la concesión puede verse en este contexto privatizador es claro para F. Sosa Wagner, cuando en un reciente trabajo que se refiere a la historia de los fenómenos de la privatización y de la liberalización llega a afirmar con evidente acierto: "es así justamente como nace esta fórmula de la concesión. Lo que resulta

---

<sup>424</sup> K. M. Gwilliam (*Principal Transport Economist, The World Bank*) señala que la participación privada puede movilizarse incluso donde las economías de escala se consideran lo suficientemente grandes para desear limitar el número de suministradores en el mercado a uno de cada vez. Y distingue que puede tomar distintas formas, incluyendo la **competencia por los derechos de monopolio por un período limitado**, para proveer servicios específicos dentro de una estructura especificada de red (a la que se refiere como "*franquicia*"); la competencia por el derecho de monopolio a largo plazo a proveer todos los servicios dentro de un modo o área determinada (a la que se refiere como "*concesión*"). La provisión de servicios mediante *franquicia* permite al Gobierno retener el control sobre la naturaleza, calidad y el precio de los servicios provistos, mientras que usa la competencia por las franquicias de corta duración como medio para obtener una oferta eficiente en costes. En la competencia por el mercado puede contemplarse al Gobierno como consumidor único de un sector de oferta de transporte competitivo, actuando en nombre y en los intereses de consumidores y contribuyentes. La competencia puede ser únicamente por servicios no rentables (como en el Reino Unido), o para todos los servicios (como en Costa Rica). Requiere que una instancia administrativa diseñe el sistema de franquicias, planee la red, imponga condiciones justas de competencia y controle y ejecute los contratos que no podrían existir inicialmente en el sector público. La posible solución para esto es el uso de la subcontratación por la empresa de propiedad estatal, como en los autobuses urbanos de Delhi. Incluso dentro de un sistema de franquicias a través de licencias puede ser posible generar una sustancial presión competitiva por el solapamiento de franquicias. Este enfoque se practica para asegurar la competencia en los mercados de taxi en muchos países donde la propiedad del vehículo es la norma, pero los operadores se asocian en grupos de comercialización que compiten entre sí, o se asocian en el uso de circuitos de despacho por radio que compiten entre sí; entre diferentes sociedades operadoras de autobús en Buenos Aires; y entre operadores de diferentes tipos de vehículos de transporte público en algunos países africanos. Esta forma de competencia hace posible obtener las ventajas de costes de operaciones de pequeña escala en sectores donde las economías de escala, en el sentido tradicional, están ausentes, mientras que a la vez permiten algún grado de organización de la oferta. Los requisitos esenciales para que esta forma de competencia funcione es que exista una autoridad franquiciadora competente, que orqueste la competencia, y que exista una fragmentación inicial suficiente o un control suficientemente efectivo sobre la cartelización para impedir la emergencia de un "gran cártel".  
GWILLIAM, K. M. *La Economía del Transporte y el Desarrollo*. Op. Cit. p. 415 y 416.

relevante es destacar que el mundo de los concesionarios era privado, sector privado, pues, por más que la Administración se reservara algunas potestades de control derivadas del carácter contractual de la relación entre ella misma y sus concesionarios”.<sup>425</sup>

524. En esta línea, algunos afirman<sup>426</sup> que el ejercicio por particulares de actividades económico-prestacionales por la vía de **la concesión de servicios públicos no es ni más ni menos que una forma de privatización.**<sup>427</sup>

525. Fácil es la diferencia entre “concesión” y “Administración de Derecho privado” (privatización formal). En esta última (a diferencia de aquella), permanece la Administración como gestora del servicio.

526. En cuanto a los límites, en el empleo de la concesión por parte de la Administración, es de sobra conocido que **mediante la concesión no pueden atribuirse funciones de autoridad.**

Es conveniente precisar que el ámbito de actuación del concesionario no es el de las actividades de autoridad o soberanía, por ser propiamente el de la actividad pública servicial o prestacional. Esto es significativo porque permite entender al concesionario dentro de esta órbita privatizadora, ya que, como puede apreciarse, las distintas formas de privatización (tanto la material como la funcional o la formal o a través de la colaboración o la concesión) han de moverse dentro de una esfera intermedia entre el núcleo duro de las actividades puramente públicas o de autoridad y las propiamente mercantiles.

527. Por otra parte, el Derecho administrativo, en torno a esta forma privatizadora, regula decisivamente, como es sabido, las facultades que en este régimen de concesión ejercita la Administración.<sup>428</sup>

La concesión puede verse como una forma de colaboración entre Administración y particulares. **La concesión es un acto administrativo por el cual la Administración pública obtiene la colaboración de un particular, bien para el debido aprovechamiento del dominio público -concesión demanial- bien para**

---

<sup>425</sup> SOSA WAGNER, F. Las fronteras del sector público. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 11, 1999. p. 63 y sig.

<sup>426</sup> Como lo hace DÍAZ LEMA, J.M. *La privatización en el ámbito local: el lento declinar de los monopolios locales*. REALA 282 (2000) p. 71. *apud.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*. Op. Cit. p. 50.

<sup>427</sup> La concesión a largo plazo de la provisión de instalaciones se ha practicado en países en desarrollo para autopistas de peaje (por ejemplo en México); para la gestión de los servicios ferroviarios argentinos, incluyendo una línea del metro de Buenos Aires. La gestión de puertos y aeropuertos también se ha comercializado de esta manera (por ejemplo, en el puerto de Conakry y en los aeropuertos de Libreville, Conakry, Lomé y Madagascar). En algunos países francófonos africanos la gestión de los sistemas de autobuses urbanos ha sido cedida en concesión. GWILLIAM, K. M. *La Economía del Transporte y el Desarrollo*. Op. Cit. p. 416.

<sup>428</sup> En ámbitos comunitarios europeos, respecto a los límites jurídicos un documento actual e interesante es la resolución de la Comisión Europea, de 12 de abril de 2000, sobre cuestiones de Derecho comunitario en materia de concesiones, donde la Comisión Europea pormenoriza las reglas de Derecho europeo aplicables a la contratación mediante concesión, a efectos de auxiliar en la práctica a los distintos operadores en la aplicación de dichas reglas.

**la prestación de un servicio público -concesión de servicios-**, caracterizándose esta última por ser una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, en los cuales **la Administración, permaneciendo titular del servicio**, encomienda su administración y gestión a un particular que corre con el riesgo económico del mismo a través de un contrato que tiene naturaleza de contrato administrativo.<sup>429</sup>

528. Como antes mencionamos en una nota al pie, en Latinoamérica y Africa se han otorgado en concesión al sector privado sistemas completos de transporte ferroviario y puertos por períodos de hasta 50 años. Algo similar puede ocurrir pronto en Europa Oriental. El Banco Mundial ha ayudado tanto mediante asistencia técnica a las concesiones y el diseño de sistemas reguladores, como a través del financiamiento de la restauración de la infraestructura y el material rodante.<sup>430</sup>

529. A pesar de esta experiencia, hay restricciones importantes a la extensión de la participación privada. Efectos externos complejos y la dificultad de recaudar fondos provenientes de carreteras de acceso limitado en una red abierta han disuadido al sector privado de asumir el riesgo residual.<sup>431</sup>

530. Hay dos aspectos en los que es más necesario el progreso. Primero, se requieren estructuras normativas y administrativas eficaces del sector público, tanto para atraer la participación privada como para proteger de la explotación por parte de cualquier monopolio fuerte del sector privado. Segundo, es preciso hacer mejores arreglos, incluso instrumentos de garantía perfeccionados, para compartir el riesgo y el compromiso financiero entre los sectores privado y público.

### **III. Las políticas comunitarias europeas en transportes y competencia.**

531. La política de transportes ha sido la menos desarrollada de las políticas comunitarias que se remontan al Tratado de Roma, y las normas de la competencia en el transporte han sido las grandes olvidadas del Derecho de la competencia aplicable a las empresas hasta 1987.<sup>432</sup>

Por diversas razones que se irán analizando, los progresos de una y otras fueron muy modestos hasta hace apenas unos años. Prácticamente después de casi treinta años de la entrada en vigor del Tratado CEE, es cuando comienzan a desarrollarse políticas en este sector.

Entonces la política de transportes encontró interés en la necesidad de crear -por fin- un Mercado Único y las normas de competencia aplicables a las empresas en el transporte se completaron, con lo que natural, pero tardíamente, salieron del olvido en el que nunca debieron haber caído.

---

<sup>429</sup> Así se estableció en una Sentencia del Tribunal Supremo (España), de 24 de enero de 1984 Ar. 459.

<sup>430</sup> En el sector vial se han otorgado concesiones privadas considerables de carreteras de peaje en México, Argentina, Malasia y Tailandia. El Banco y su filial, la Corporación Internacional de Fomento, también han participado en concesiones en países más pequeños como Colombia y Costa Rica. WOLFENSOHN, James D. *El transporte puede ayudar en la lucha contra la pobreza*. Op. Cit. p. 39.

<sup>431</sup> El Banco Mundial tiene como reto ayudar a los países a encontrar mecanismos para movilizar la participación privada y obtener provecho de la eficiencia del suministro. Ibidem.

<sup>432</sup> ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Madrid. Ed. Civitas. 1996. p. 25.

## **1. Importancia del transporte en la Europa comunitaria.**

532. Desde la entrada en vigor del Tratado de Roma en 1958, la industria europea del transporte ha sufrido transformaciones notables para adaptarse, como fiel servidora que es, al crecimiento y las necesidades del comercio mundial; sin embargo, tan sólo se han experimentado cambios menores desde el comienzo de la década de los ochenta.

533. Quizá el cambio más sobresaliente en Europa desde los años sesenta haya sido el aumento espectacular del transporte por carretera, tanto de pasajeros -sobre todo en vehículos privados- como de mercancías, y el paralelo aumento de las inversiones en infraestructuras que ha sido preciso.

534. La política de infraestructuras, típica de la Europa de la posguerra, ha renacido así en los últimos años, justificada hoy como antaño no sólo por la necesidad de contar con mejores medios de transporte, sino también por la necesidad de relanzar la economía durante épocas de crisis económica. El Túnel bajo el Canal de la Mancha y la planeada creación de redes transeuropeas (de autopistas, vías navegables, transporte combinado y otras), entre otros proyectos, lo atestiguan.

535. En lo que concierne al transporte de pasajeros, las inversiones de los ferrocarriles europeos se han dirigido a desarrollar nuevas técnicas e infraestructuras de base para competir con otros modos de transporte, como los trenes de alta velocidad (TGV, AVE, etc.). El transporte aéreo ha multiplicado su capacidad espectacularmente, barriendo al transporte marítimo de las rutas largas, y relegándolo a las rutas cortas mediante buques transbordadores.

536. Por lo que se refiere a las mercancías, el transporte por carretera ha desatado una competencia feroz en detrimento del transporte por ferrocarril, que se ha mostrado poco versátil para adaptarse a las necesidades de los usuarios industriales, quizá anclado, en parte, en trabas burocráticas. La navegación marítima regular ha sufrido una revolución comparable a la provocada por la introducción de los motores de vapor a mediados del siglo pasado, con la utilización masiva de los contenedores en el comercio mundial, a partir de 1970.

537. El sector de los transportes es una industria en crecimiento en la Unión Europea cuya demanda evoluciona generalmente con el PIB: si desde 1970 el crecimiento económico anual en la UE ha sido del 2.6% como promedio, el crecimiento de los servicios de transporte de mercancías lo ha sido del 2.3% y el de pasajeros del 3.1%.<sup>433</sup>

538. La importancia del sector de los transportes en la Unión Europea se manifiesta por su participación en las macromagnitudes comunitarias. El sector transporte representa aproximadamente un 4% del PNB comunitario y un 4% del empleo. Además, es un sector estratégico para dotar de cohesión económica y social al mercado interior, así como para acelerar el desarrollo económico.

---

<sup>433</sup> El incremento no se ha producido de igual manera en los distintos modos de transporte, ni en lo que respecta a los pasajeros y las mercancías.



539. La política de transportes comunitaria se justifica por dos razones (Molle, 1990)<sup>434</sup>. Por un lado, para **aumentar la eficiencia** del transporte. En este sentido, uno de los efectos de la integración, económica es la especialización productiva, la cual supone una separación de la oferta y la demanda y, por tanto, un incremento del tráfico internacional. En este contexto los costes de transporte son un elemento fundamental para el éxito de la integración. Por otro lado, para **evitar distorsiones a la competencia**. Un país comunitario puede alterar sus ventajas comparativas y su grado de competitividad mediante subsidios y límites artificiales a los costes del transporte. Por este motivo, los costes del transporte internacional tendrían los efectos de un arancel (Gwilliam, 1990; Hitiris, 1994)<sup>435</sup>.

540. La Comunidad consideraba que el funcionamiento eficiente del mercado de transportes comunitario se lograría mediante la libre competencia. Esta visión choca con la fuerte regulación y restricciones cuantitativas que presentaban dichos mercados.

541. Por estos motivos, los países miembros limitan la libre prestación de servicios por parte de los transportistas no residentes en el país (el denominado cabotaje), mientras que la prestación de los servicios internacionales está regulada. En concreto, **el transporte internacional de carretera** está regulado mediante acuerdos bilaterales que conceden un limitado número de licencias para operar entre los países firmantes. En el **transporte aéreo** existen acuerdos bilaterales que reparten la capacidad entre las compañías de bandera. En el **transporte marítimo** existen reservas de carga para los buques nacionales. Por último, en el **ferrocarril** los servicios se prestan mediante acuerdos entre las compañías estatales. Sólo el **transporte por vía navegable** interior estaba prácticamente **liberalizado**, fundamentalmente por la convención de Manheim, que garantizaba la liberalización en el Rin.

542. Debido a la escasa relevancia que se atribuyó al transporte aéreo y marítimo a la hora de completar el Mercado Común, el transporte ferroviario y por carretera son los ejes fundamentales de la política común de transportes hasta mediados de los años ochenta.

## **2. La política común de transportes (PCT) en el contexto del Tratado de la Comunidad Europea.**

543. Cuando el Tratado de Roma entró en vigor en 1958, la Europa de los seis era un bloque continental en el que por lo menos existían cuatro mercados nacionales (tomando como uno el mercado del Benelux). El foco de atención estaba en los modos de transporte terrestre: el ferrocarril, el transporte por carretera y el transporte fluvial.

---

<sup>434</sup> *Apud* 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. 19.

<sup>435</sup> Al igual que ocurre con una reducción arancelaria, se incrementaría el bienestar global. Ahora bien, no todas las partes implicadas se benefician por igual, puesto que los transportistas nacionales podrían resultar perjudicados. *Ibidem*.

544. En el Título IV de la Segunda Parte del Tratado se consagró al transporte.<sup>436</sup> Había once artículos en total (del 74 al 84)<sup>437</sup> y solamente un apartado en uno de aquellos artículos para el transporte marítimo y aéreo (el artículo 84.2<sup>438</sup>).

545. Las sucesivas ampliaciones de la Comunidad cambiaron profundamente esta situación. Nueve, diez, doce, quince Estados miembros<sup>439</sup> significaron, en primer lugar, que nuevos mercados nacionales deberían transformarse en un Mercado Único; en segundo lugar, que en la nueva geografía comunitaria los transportes marítimo y aéreo tendrían un lugar de importancia similar al de los tres tipos de transporte terrestre; y en tercer lugar, y especialmente con la adhesión de los Estados miembros más meridionales, que las infraestructuras de transporte se convertirían en un elemento clave para el desarrollo económico en aquellas áreas.<sup>440</sup>

546. La política de transportes es una de las tres políticas comunes originales de la Comunidad, y debería considerarse a un nivel de importancia equivalente o comparable al de la Unión Aduanera, por su primordial importancia para la integración de todos los pueblos y economías nacionales de la Unión Europea.

547. Desde la elaboración de los Tratados de Roma sus creadores fueron conscientes de que la coordinación de los transportes nacionales era esencial para el establecimiento del mercado común, e incluyeron a la política de transportes entre las políticas comunes.

548. La efectiva realización de la libertad de circulación de las mercancías, personas y servicios requería ciertamente un sistema coordinado de transportes, ya que si las condiciones de transporte eran discriminatorias, esto podía obstaculizar gravemente esa libre circulación. Por consiguiente, el transporte, con todas sus peculiaridades, constituía un aspecto esencial del mercado común.

549. Esta realidad fue reconocida en los Tratados fundacionales de la Comunidad, y así en el artículo 3, letra f)<sup>441</sup>, encontramos la instauración de una política común en el ámbito de los transportes como una de las acciones de la Comunidad para la realización de los objetivos comunitarios.<sup>442</sup>

---

<sup>436</sup> Hoy corresponde al Título V de la Tercera Parte del Tratado de Roma.

<sup>437</sup> Hoy artículos 70 a 80.

<sup>438</sup> Hoy artículo 80.2.

<sup>439</sup> Hasta antes de 2004, ya que a partir de este año son 25 los Estados miembros.

<sup>440</sup> Luis Ortiz Blanco y Ben Van Houtte señalan que, la forma en que la última de las ampliaciones influirá sobre la PCT futura es difícil de prever. En su fase formativa, y en sus últimos años de eclosión, sólo han tenido influencia decisiva directa los países de la Europa de los doce. ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 31.

<sup>441</sup> Anteriormente letra e).

<sup>442</sup> El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Schumalla* (Sentencia de 28-11-1978, as. 97/78, *Schumalla*, Rec. 1978-79. pp. 2311-2325, cdo. 4.) señaló, a propósito de una cuestión prejudicial planteada acerca de la validez del Reglamento n° 543/69 del Consejo de 25 de marzo de 1969, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el ámbito de los transportes por carretera (DOCE núm. L 77 de 29/3/1969. p. 49), que dicha armonización, que implica la adopción de "reglas comunes" en el sentido del artículo 75. 1. a) (hoy artículo 71) del Tratado CEE, constituye un elemento esencial de la PCT, cuya instauración responde a los imperativos del artículo 3 letra e) (hoy letra f) del Tratado, que se inscribe entre los fundamentos de la Comunidad. Este carácter de "fundamento" de la Comunidad ha sido

550. Esta importancia de la PCT, unánimemente reconocida, haría pensar que en los primeros treinta años del Tratado de Roma se habría desarrollado esta política de manera similar a los otros fundamentos de la Comunidad, y que si no había alcanzado el desarrollo de la política agrícola, estaría por lo menos al nivel de las cuatro libertades. No obstante, no fue el caso.

551. Dentro del Tratado, sin embargo, las disposiciones relativas al transporte no establecen principios comunes originales sobre los cuales establecer una política de transporte para la Comunidad. Más bien, tomando como base los principios básicos comunes a todos los sectores, prevén un procedimiento mediante el cual el Consejo debe adoptar las líneas directrices de la política común de transportes.<sup>443</sup>

552. Se ha dicho que la razón de esto estriba en que al comienzo de las Comunidades Europeas había poco o ningún consenso acerca de la dirección o el contenido de una política de transportes, de modo que no se podía formular una posición común. Esto se debería a las especificidades del sector del transporte, que eran y son más administrativas que económicas.<sup>444</sup>

553. Las discrepancias entre los Estados miembros en cuanto al papel de la política de transporte implicaron un acuerdo pragmático sobre la redacción de los contenidos de la política común de transportes incluidos en el Tratado de Roma. En efecto, sólo se enuncian unos principios generales y se determinan algunas reglas particulares aplazando su desarrollo, sin un plazo fijo.

554. En concreto, las **particularidades** del Título IV<sup>445</sup> del Tratado, compuesto por los artículos comprendidos entre el 74 al 84 (tras la reenumeración 70 a 80 del TCE), son las siguientes:

555. **i) Sólo es aplicable el transporte internacional.** Así, a diferencia de otras políticas comunitarias, los transportes nacionales son sometidos a las legislaciones

---

igualmente reconocido por la doctrina, que equipara la PCT a las cuatro libertades y a la política agrícola común. *apud.* MILLAN MORO, Lucia. La Política de Transportes en la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *en/ Noticias C.E.E.* número 17. junio 1986. p. 85 - 93.

<sup>443</sup> Así, en el artículo 71, y destacando las especiales características del transporte, se establecen las principales líneas de actuación que el Consejo decidirá tras consultar al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, y que son:

- a) Las reglas comunes aplicables a los transportes internacionales que salen o llegan al territorio de un Estado miembro, o que atraviesan el territorio de uno o varios Estados miembros.
- b) Las condiciones de admisión de transportistas no residentes a los transportes nacionales de un Estado miembro.
- c) Las medidas que permitan mejorar la seguridad en los transportes.
- d) Cualquier otra disposición adecuada.

Por otra parte, en el artículo 80 se delimita el ámbito de aplicación de la Política Común de Transportes (PCT), en el sentido de limitarla a los transportes por Ferrocarril, por carretera y las vías navegables interiores. En la primera ampliación de la Comunidad se incluyó la navegación marítima costera. Y en el numeral 2 del artículo 80 se establece que el Consejo, por mayoría cualificada (originalmente era por unanimidad), podrá decidir si, en qué medida y por qué procedimiento se podrán adoptar las disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea.

<sup>444</sup> ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte.* Op. Cit. p. 32.

<sup>445</sup> Actualmente Título V, contenido en la Tercera Parte denominada "Políticas de la Comunidad".

de los países miembros. Sin embargo, es preciso señalar que existen normativas comunitarias extensibles al transporte nacional y que la tendencia es eliminar las diferencias en cuanto a las reglas que gobiernan el transporte.

**556. ii) El campo de aplicación se restringe a los transportes por ferrocarril, carretera y vía navegable.** La razón aducida para no incorporar el transporte aéreo y marítimo fue su escasa relevancia en el transporte intracomunitario. No obstante, el Consejo podía decidir por unanimidad<sup>446</sup> actuaciones sobre estos modos.

**557. iii) No especifica si son aplicables las reglas generales del Tratado.** No obstante, la opinión generalizada era que el transporte estaba sujeto a las reglas generales del Tratado, entre las que destacan la aplicación de: la libre circulación de mano de obra; el derecho de libre establecimiento; las reglas de la competencia; normas fiscales; y la armonización de la legislación.

558. La controversia fue resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas "*marinos franceses*" de abril de 1974 (asunto 167/73), sobre la aplicación de las reglas generales. Para el Tribunal no solamente son universalmente aplicables las reglas generales al transporte marítimo y aéreo, sino también a la totalidad del transporte siempre que las reglas contenidas en el título IV y el artículo 61 no estableciesen lo contrario.

**559. iv) Permite ciertas subvenciones al transporte.** En cuanto a las subvenciones y ayudas, están prohibidas por el artículo 92 del Tratado de Roma (actual artículo 87 del TCE). No obstante, el título IV, en el artículo 75 (actual artículo 71 del TCE) establece que son compatibles con el Mercado Común las destinadas a la coordinación del transporte y la compensación de las obligaciones de servicio público. Así pues, se acepta implícitamente el empleo de la política de transporte como un instrumento para alcanzar objetivos de interés público.

**560. v) No incluye una política de infraestructuras.** Aunque cada vez era más necesaria su incorporación (debido al incremento del tráfico, los problemas medioambientales y el incremento del precio del petróleo) no es hasta el Tratado de, Maastricht cuando se institucionaliza la política de Redes Transeuropeas.

### **3. Problemas para llegar a una política común de transportes.**

561. El transporte en la Unión Europea estaba -y en buena medida está todavía- caracterizado por una gran intervención gubernamental y por una confusa red de acuerdos interestatales bilaterales y multilaterales en los que participaban y aún participan los Estados miembros. Uno de los componentes de la política nacional de transportes de estos últimos era apoyar a sus propios transportistas y protegerlos de la competencia internacional.

562. El sector del transporte es uno de los pocos sectores en los que no se han realizado, o cuando menos se han retrasado enormemente, la mayoría de los

---

<sup>446</sup> A partir del Acta Única Europea (17.2.1986) se modificó esta regla a mayoría cualificada. (actual artículo 80.2. antes 84.2. TCE)

principios fundamentales de la Comunidad, entre ellos, de manera fundamental, el de libre prestación de servicios.

563. La razón básica por la que este principio no se había puesto en práctica en el transporte era la aparente inaplicabilidad directa del artículo 59<sup>447</sup> del Tratado en materia de transportes. Según había declarado el TJCE por primera vez en su Sentencia en el asunto de los *marinos franceses*, el artículo 61.1<sup>448</sup> del Tratado CEE establecía una exención especial de las normas generales del Tratado relativas a libre prestación de servicios en materia de transporte.<sup>449</sup>

564. El artículo 75<sup>450</sup> del Tratado, por su parte, preveía que en el marco de la política común de transportes el Consejo debería establecer las "condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrían prestar servicios de transporte en un Estado miembro". En virtud del artículo 84.1<sup>451</sup>, esta disposición es sólo aplicable a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables. Por lo que se refiere al transporte marítimo y aéreo, el artículo 84.2<sup>452</sup> del Tratado confería al Consejo la facultad de "decidir si, en qué medida, y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea".

565. Del conjunto de estas disposiciones se podía interpretar, como hizo el TJCE de forma expresa a partir de 1986, que **el principio de libre prestación de servicios no era directamente aplicable a los transportes marítimo y aéreo** - como tampoco al transporte terrestre- salvo sí, y en las condiciones en que, el Consejo lo decidiera.

566. La ausencia de interés en crear un Mercado Único del transporte y las diferencias de opinión entre los Estados miembros tienen sus raíces en la historia y la geografía. Mientras que los países del Benelux, debido a su pequeño tamaño, han desarrollado más el transporte por carretera o el transporte fluvial para las mercancías más voluminosas, en Francia y Alemania, donde las distancias son mayores, se ha primado al ferrocarril, y se han tomado medidas para limitar el transporte de mercancía por carretera de larga distancia. Italia también ha hecho grandes inversiones ferroviarias para favorecer el desarrollo de sus regiones del sur. El resto de los países comunitarios ha desarrollado preferentemente el transporte por carretera. Estas diferencias en la estructura de los sistemas nacionales de transporte han supuesto que para llegar a una política común se hayan tenido que superar los conflictos de intereses entre los Estados miembros.

567. Por ello la política de transporte tuvo un comienzo lento. El debate entre los Estados miembros se centró en si la armonización de las condiciones de competencia debía preceder a la liberalización, o viceversa, y en si la adopción de

<sup>447</sup> Actualmente artículo 49 TCE.

<sup>448</sup> Actual artículo 51.1 TCE.

<sup>449</sup> Sentencia del TJCE de fecha 4 de abril de 1974 en el asunto 167/73, Comisión contra Francia, Rec. p. 359. Según el artículo 61.1 (actual 51) del Tratado: "la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes".

<sup>450</sup> Actual artículo 71 TCE.

<sup>451</sup> Actual artículo 80.1 TCE.

<sup>452</sup> Actual artículo 80.2 TCE.

medidas en los distintos sectores de interés habría de hacerse caso por caso o con un planteamiento de conjunto.

568. Por lo que respecta al transporte por carretera, por ferrocarril y por vía navegable, el Benelux adoptó una postura favorable a la libre prestación de servicios dentro del mercado único, mientras que Alemania e Italia hicieron hincapié en la necesidad de armonizar las condiciones de competencia antes de abrir los mercados nacionales a la competencia extranjera, con el fin de proteger a sus propias empresas de transporte.

569. En el transporte marítimo el Reino Unido, Dinamarca y Grecia han sido los más ardientes defensores de la libertad de navegación. En el caso griego, su postura generalmente liberal no le ha impedido mantener puntos de vista proteccionistas en lo que respecta a los tráficos de cabotaje con sus numerosas islas, esgrimiendo razones de defensa nacional. Francia, Alemania, Bélgica e Italia, con flotas mucho menores, han adoptado una postura generalmente más proteccionista. España y Portugal reforzaron aún más esta última tendencia al adherirse a las Comunidades. Por su parte, la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia ha sumado adeptos al bando liberal.<sup>453</sup>

570. Las divergencias entre los puntos de vista de los países miembros en lo relativo al transporte aéreo han sido menores, puesto que la mayoría de ellos eran partidarios de reservar la mitad del tráfico aéreo para sus propias compañías y no permitir el acceso a sus mercados nacionales a las compañías de otros Estados miembros. Las únicas excepciones a esta regla están en el Reino Unido, donde no existen compañías de propiedad pública en el sector, y, en menor medida, Holanda y los países comunitarios nórdicos y escandinavos.

Sólo los años y la paulatina asunción de los intereses nacionales por la política comunitaria han hecho disminuir las divergencias entre los países más liberales y los más reglamentistas y restrictivos.<sup>454</sup>

#### **4. Evolución de la política común de transportes.**

571. La evolución de la PCT la analizamos en tres etapas:

1ª. 1958 - 1983: caracterizada por el escaso avance provocado por el enfrentamiento entre liberalizadores y armonizadores.

2ª. 1983 -1992: en el que existe un impulso liberalizador.

3ª. 1992 - hasta la actualidad: período en el que se amplía la liberalización y se persiguen otros objetivos, como la movilidad sostenible, la conservación del medio ambiente así como la cohesión económica y social.

---

<sup>453</sup> Cada Estado miembro mantiene posturas particulares en cada área de discusión, y así un país generalmente proteccionista puede ser tremendamente liberal en ocasiones, y viceversa.

<sup>454</sup> ORTIZ-BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 32 - 35.

## A) Primera etapa (1958-1983).

572. En los primeros años de la entrada en vigor del Tratado de Roma, la entonces Comunidad Económica Europea, guiada por la Comisión, se concentró casi exclusivamente en intentar la creación de un **mercado común del transporte por carretera, ferrocarril y vías navegables**, abriendo los mercados nacionales a la competencia de los transportistas de todos los Estados miembros.

573. La Comisión formuló sus ideas en un Memorándum de 1961<sup>455</sup> y en un Programa de Acción de 1962<sup>456</sup>, que tuvieron una fría acogida en los Estados miembros. El Memorándum Schauss de 1961 estableció los objetivos fundamentales de la política común de transportes: eliminar los obstáculos que el transporte puede presentar en la tarea del establecimiento de un mercado común (evitar discriminaciones); armonización de las reglas en el ámbito comunitario (armonización técnica, social y local); y crear un sistema común de transporte en el ámbito comunitario (su liberalización).

Así pues, el mercado de transportes comunitario se organizaría bajo los principios de libre mercado, y tras un período de armonización las políticas de transporte nacionales serían reemplazadas por una política común de transportes.

574. Dado que las disposiciones del Tratado no eran muy explícitas en cuanto al contenido que habría de tener la política común de transportes, y que los Estados miembros no se mostraban muy dispuestos a crear un mercado común de servicios de transporte, los primeros años desde la entrada en vigor del Tratado de Roma, en estos ámbitos, transcurrieron entre discusiones de la Comisión y los Estados miembros acerca de la interpretación del Tratado.

575. En 1973, tuvo lugar la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido a la CE, la cual inyectó aires más liberales a la nonata política de transporte. En octubre de 1973, la Comisión replanteó su estrategia de cara a los Estados miembros en una Comunicación al Consejo sobre el desarrollo de la PCT<sup>457</sup>. La Comisión dejó de proponer una política liberalizadora global y el rápido desmantelamiento de las barreras de entrada a los mercados nacionales de transporte, y pese a continuar haciendo hincapié en la necesidad de aplicar el principio de libre prestación de servicios en este sector, adoptó la mucho más prudente postura de aceptar lo que los Estados miembros le ofrecían, caso por caso, y centró sus esfuerzos en la armonización de las condiciones de competencia.

576. Por otra parte, en 1974 tuvieron lugar dos hechos fundamentales para la evolución de la PCT en los **sectores marítimo y aéreo**: El TJCE resolvió el asunto llamado de los marinos franceses y, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se aprobó el Código de Conducta de las conferencias marítimas de la UNCTAD.

---

<sup>455</sup> *Memorandum sur l'orientation à donner à la politique commune des transports*. Documento VII/COM (61) 50 final, de 10 de abril de 1961.

<sup>456</sup> *“Programme d' action en matière de politique commune de transports”*.

<sup>457</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo sobre el desarrollo de la política común de transportes, Documento COM (73) 1725 final, de 24 de octubre de 1973, y Suplemento 16173 del Bulletin CE.

577. Pese al apoyo de sus tesis por el TJCE y a las vías abiertas para el desarrollo de una política de transporte en todos los modos, la Comisión continuó volcada en el transporte terrestre y consiguió la adopción por parte del Consejo de una serie de reglamentos de carácter técnico que eludieron dar cuenta del verdadero objetivo de la PCT: conseguir la creación de un mercado único aplicando el principio de libre prestación de servicios en los Estados miembros.

578. La liberalización fue frenada por los Estados miembros por las siguientes razones:

i) **Razones teóricas.** La economía del transporte consideraba que la totalidad de la actividad ferroviaria presentaba la característica de monopolio natural. Por esta razón, no era posible introducir la competencia en los servicios ferroviarios. Por otro lado, en el transporte por carretera existía competencia destructiva y debía ser regulado su precio al no cubrir sus costes marginales sociales.

ii) **Razones justificables mediante la teoría positiva de la regulación.** (Stigler, 1971). Aunque la regulación del transporte sea defendible bajo la teoría de los fallos del mercado, no debe obviarse que estas regulaciones pueden servir de defensa a los transportistas nacionales frente a otros transportistas más eficientes. Así, en el caso del transporte por carretera la regulación podría justificarse como un instrumento utilizado para evitar la competencia de las empresas transporte más eficientes (en especial las holandesas).

iii) **Intereses nacionales.** El cabotaje es una medida desigual para los Estados miembros. Lógicamente los países con mayores dimensiones ofrecen más mercado que un país pequeño. Por otro lado, los países suelen ser favorables a la competencia cuando las condiciones competitivas de sus transportistas son superiores a los del resto. (Es el caso de Gran Bretaña y Holanda en el caso del transporte por carretera).

iv) **La pérdida de un instrumento de política económica.** Es preciso señalar que la liberalización e integración del mercado de transporte implica que los transportistas de otros países pueden operar en el propio país y que han de armonizarse las regulaciones.

Así pues, los Estados miembros perderían la posibilidad de imponer restricciones al acceso a los transportistas nacionales (se produciría la denominada discriminación inversa: los transportistas extranjeros podrían operar libremente mientras que se negaría este derecho a los nacionales), mientras que la armonización supondría que se sustituirían las restricciones y ventajas establecidas por el país para regular a sus transportistas por otras reglas impuestas por la Comunidad.

579. Los intentos liberalizadores y gran parte de los armonizadores fueron frenados en el Consejo por los países más intervencionistas. El requerimiento de unanimidad o consenso en sus decisiones facilitó esta actitud y, por este motivo, sólo se avanzó en los aspectos armonizadores que supusieron una escasa cesión de soberanía nacional a favor de la Comunidad.



## **B) Segunda etapa (1983-1992).**

580. De nuevo a partir de 1983 la Comisión presentó varias propuestas de desarrollo programático de la PCT en varios memorandos en los sectores terrestre (1983), aéreo (1984) y marítimo (1985). No obstante, a pesar del ímpetu recibido por la PCT a principios de los ochenta existían limitaciones a la constitución de un mercado común de servicios de transporte. Esta situación fue rota por cuatro razones fundamentales: el Recurso de Carencia; el Libro Blanco; el Acta Única y los cambios teóricos en la economía del transporte.

581. **i) El Recurso de Carencia.** Ante la situación de escaso avance en materia de política común de transportes, el Parlamento, acogiéndose al artículo 175 y 176<sup>458</sup> del Tratado, acusó en 1983 al Consejo en el Tribunal de Justicia de las Comunidades por la falta de avances en la implantación de una política común de transportes. Finalmente, en 1985, el Tribunal condenó al Consejo<sup>459</sup> por no aplicar las medidas que hubiesen permitido la libre circulación de servicios de transporte.<sup>460</sup>

582. **ii) El Libro Blanco.** El Recurso de Carencia sirvió de estímulo para la propuesta de medidas concretas que se recogen en el primer Libro Blanco de 1985. En éste se señala la importancia del establecimiento de un mercado común de servicios de transporte a través de una desregulación gradual y progresiva del transporte.

583. **iii) El Acta Única.** El Acta Única institucionaliza el objetivo de crear un mercado único de transporte. En este documento, el transporte es considerado en su totalidad como un servicio que debe ser liberalizado. Además, sus artículos 16.5 y 16.6 establecen que las medidas en materia de transportes marítimos y aéreos se deciden por mayoría cualificada.<sup>461</sup>

584. **iv) Los cambios teóricos en la economía del transporte.** En los años ochenta se comenzó a defender la idea de que la existencia del monopolio natural en la actividad ferroviaria sólo se daba en la infraestructura mientras que la explotación de los servicios podía establecerse en un régimen de libre competencia o, al menos, disputable. (Starkie, 1984).

---

<sup>458</sup> Actuales artículos 232 y 233 del TCE.

<sup>459</sup> Sentencia del TJCE de fecha 22 de mayo de 1985 en el asunto 13/83, Parlamento contra Consejo, Rec. 1985, p. 151

<sup>460</sup> La no adopción por parte del Consejo de las medidas mínimas para asegurar la libre prestación de los servicios de transporte entre los Estados miembros y la falta de definición de las condiciones en las que a un transportista comunitario le estaría permitido realizar operaciones de cabotaje terrestre en países distintos al suyo llevaron al Parlamento Europeo a plantear exitosamente un recurso por omisión contra el Consejo. Aunque en su sentencia el TJCE se refería sólo al transporte terrestre, sus consecuencias se hicieron sentir también en otros modos de transporte.

<sup>461</sup> El Acta Única Europea, cuya entrada en vigor fue en julio de 1986, representaba el compromiso político de los Estados miembros de completar el mercado interior antes de 1993, y a ella se debieron en buena parte los avances acaecidos en el transporte marítimo y aéreo en los años 1986 y 1987, y el compromiso de 1988 de liberalizar el mercado del transporte terrestre. Antes de ella ninguna de las propuestas de la Comisión había sido recibida con el más mínimo entusiasmo por los Estados miembros.

Este enfoque es apoyado por la Comisión de tal manera que propone la separación de la infraestructura y la explotación, así como la libre prestación de servicios ferroviarios.

585. En lo que se refiere a los transportes de mercancías por carretera, las desregulación efectuada en Estados Unidos y algunos países europeos mostró que en el sector no existe competencia destructiva. Además, la regulación de las tarifas de la carretera para defender al ferrocarril es poco efectiva por dos motivos. Por un lado, porque las elasticidades cruzadas en muchos productos son reducidas como consecuencia de la falta de calidad de los servicios ferroviarios. Por otro, por los requerimientos informativos y la capacidad de cumplimiento que precisa el regulador para efectuar correctamente las políticas de segundo óptimo.

586. Finalmente, se propone la liberalización del transporte aéreo y marítimo al considerarse ambas actividades como disputables (Baumol, 1982). La existencia de *mercados disputables*<sup>462</sup> es utilizada por los defensores de la liberalización para argumentar que la supresión de obstáculos a la entrada y salida de nuevos operadores genera una amenaza de competencia potencial que obliga a las compañías establecidas a actuar competitivamente.

### **C) Tercera etapa (1992 hasta la actualidad).**

587. Aunque con cierto retraso, puede afirmarse que se ha conseguido la libre prestación de servicios de transporte. Ahora bien, los efectos negativos de la intervención pública no solamente son el establecimiento de barreras a la entrada y salida, así como por los controles en los precios, sino también la falta de intervención cuando el mercado no genera soluciones eficientes.

En este sentido, en 1992 no existía una política de transportes europea que combinase la libertad de mercado con la internalización de externalidades y la provisión de infraestructura. Estas carencias suponen un aumento de la contaminación y un estrangulamiento del desarrollo.

588. Ante estos nuevos imperativos, el Tratado de la Unión Europea de 1992 incorpora al derecho originario la Política Común de Redes Transeuropeas y da pauta más firme para la apertura de los mercados de transporte.<sup>463</sup> Sobre estas bases, el **primer Libro Blanco de la Comisión sobre el “curso futuro de la política común de transportes”** se publicó en diciembre de 1992. **La palabra clave de este documento fue la apertura del mercado del transporte.**

<sup>462</sup> La *disputabilidad* de los mercados supone que el temor a la competencia induce a las compañías a actuar competitivamente, incluso si operan en régimen de monopolio. Vid. nota al pie 14.

<sup>463</sup> El Tratado de Maastricht reforzó los fundamentos políticos, institucionales y presupuestarios de la política de transportes. Por un lado, la mayoría cualificada ha sustituido, en principio, a la unanimidad, aunque en la práctica esta última siga dominando las actividades de las instancias del Consejo de Ministros. El Parlamento Europeo, gracias a los poderes de que dispone en el procedimiento de codecisión, constituye un aguijón imprescindible para la toma de decisiones, tal como puso de manifiesto, en diciembre de 2000, una decisión histórica de apertura total del transporte de mercancías por ferrocarril en el año 2008. Por otro lado, el Tratado de Maastricht ha introducido el concepto de red transeuropea, que ha permitido desarrollar un plan general de infraestructuras de transporte a escala europea con un apoyo financiero comunitario. *Libro Blanco - La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*. Op. Cit. p. 10.

Como principales objetivos a alcanzar, se señalaron en ese Libro Blanco: la eliminación de las distorsiones y restricciones que impiden la existencia de un mercado único; un buen funcionamiento de los sistemas de transporte de la comunidad; y la integración de los objetivos medioambientales dentro de la PCT. El Libro Blanco de 1992 se concretó en el Programa de acción 1995-2000.<sup>464</sup>

589. El primer avance decisivo de la política común de transportes se plasmó en una reducción significativa de los precios para los consumidores, combinada con una mayor calidad de los servicios y una multiplicación de las opciones, que han cambiado incluso la forma de vida y de consumo de los ciudadanos europeos. La movilidad de las personas ha pasado de 17 kilómetros diarios en 1970 a 35 kilómetros en 1998 y se considera una conquista, incluso un derecho.

590. El segundo avance de esta política, a partir de los resultados de los programas marco de investigación, fue el desarrollo de las técnicas más modernas en un marco europeo de interoperabilidad. Los proyectos lanzados a finales de los años ochenta están dando sus frutos, simbolizados en la realización de una red transeuropea de trenes de alta velocidad y el lanzamiento del programa de navegación por satélite Galileo. Cabe lamentar, no obstante, que la modernidad de la técnica y de las infraestructuras no siempre haya ido a la par de una modernización de la gestión de las empresas, especialmente en el sector ferroviario.

591. El éxito de la apertura de los mercados del transporte no debe ocultar que, con la realización del mercado interior, son difícilmente aceptables los falseamientos de la competencia por la falta de armonización fiscal y social. La falta de un desarrollo armonioso de la política común de transportes explica que, hoy en día, el sistema europeo de transporte se halle ante ciertas dificultades importantes.

592. El 12 de septiembre de 2001, fue adoptado por la Comisión Europea un **nuevo Libro Blanco en materia de transportes** que delinea un panorama de la situación actual en este ámbito exento de paliativos y presenta un programa de acción ambicioso, con cerca de sesenta medidas escalonadas en un período que se extiende hasta 2010.

En este nuevo Libro Blanco se deja patente de que **los transportes son esenciales para la competitividad económica**, como también lo son para los intercambios comerciales, económicos y culturales<sup>465</sup>, **y pretende como objetivo prioritario a alcanzar: garantizar una competencia regulada en los transportes**<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> Salvo en el sector ferroviario, el objetivo se ha alcanzado en líneas generales. Hoy en día, no se obliga a los camiones a volver vacíos tras un transporte internacional. Incluso pueden cargar y transportar mercancías en un Estado que no sea su país de origen. El cabotaje por carretera es una realidad. Se ha abierto el tráfico aéreo a una competencia que ya nadie pone en entredicho, habida cuenta de que ha conseguido el nivel de seguridad más alto del mundo. Esta apertura ha beneficiado ante todo al sector, lo que explica que el crecimiento del tráfico, en Europa, haya sido más fuerte que el crecimiento de la economía. Ibidem.

<sup>465</sup> Así lo señala la Comisaria de Transportes Loyola de Palacio. Ibidem. p. 2.

<sup>466</sup> Sin una competencia mejor regulada entre modos de transporte, es utópico pensar que pueda evitarse una nueva amplificación de los desequilibrios, con el riesgo de un cuasi monopolio del transporte de mercancías

## **5. La aplicación de las normas de competencia en el transporte.**

593. Al igual que el propio desarrollo de una política común de transportes, la **adopción de los instrumentos, para la aplicación de las normas de competencia** en el sector del transporte, ha sido **difícil** y ha tenido lugar paso a paso, sin una perspectiva de conjunto.

594. A diferencia de lo sucedido en otros sectores económicos, **la adopción y el contenido de las normas de competencia para los transportes**, han sido consideradas, por los Estados miembros y por el Consejo, más como **instrumentos de la política común de transporte**, y en un mucho menor medida como un instrumentos política de competencia.

Lo anterior, dio lugar a **dificultades** en la redacción, en la interpretación y en la ejecución de las normas de competencia en el transporte.

### ***A) La cuestión de la exclusión de las normas comunitarias en transportes.***

595. La aplicación de las normas de competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea a los transportes fue problemática desde el principio. Inmediatamente después de la entrada en vigor del Tratado de Roma **se planteó la cuestión de si sus normas generales y en especial las normas de competencia, se aplicaban al sector del transporte.**

596. El debate se debía a que el propio Tratado contenía una serie de disposiciones relativas al transporte (artículos 70 a 80, antiguos artículos 74 a 84, correspondientes antes al Título IV, Segunda Parte), que ninguna hacía referencia a problemas de competencia, excepto el artículo 77 (actual artículo 73), que trataba y trata de las ayudas de Estado en el sector del transporte terrestre.

597. La cuestión de si las normas generales del Tratado de Roma y, en especial, las normas de la competencia, eran aplicables al sector del transporte dio lugar a **dos posturas, claramente opuestas:**

598. **i) La especificidad del sector del transporte.** Interpretación defendida por el Consejo (apoyada por Francia, Alemania, Luxemburgo y, en menor grado por Bélgica), que afirmaba que los artículos 74 a 84 (actuales artículos 70 a 80) establecían un régimen jurídico separado para el sector del transporte dentro del Tratado y que, **con algunas excepciones** (por ejemplo, las ayudas de Estado debido a la referencia explícita del artículo 77), **las disposiciones del Tratado no se aplicaban al transporte.**

Según esta interpretación, solamente el Consejo, mediante legislación específica, podía introducir las normas de competencia en el transporte, tomando como base el

---

por carretera en una Unión Europea ampliada. Así pues, conviene controlar el crecimiento del tráfico vial y aéreo y librar una batalla a favor del ferrocarril y de los demás modos de transporte respetuosos del medio ambiente, para que puedan ser unas alternativas competitivas. Ibidem. p. 25.

artículo 84.2 (actual artículo 80.2)<sup>467</sup> para el transporte aéreo y marítimo, y el artículo 75 (actual 71) para el transporte terrestre.

Esta postura fue mantenida por el Consejo durante décadas, a pesar de la importancia económica del sector, y de que la misma se estaba haciendo incompatible con el Mercado Común, y de las repetidas propuestas de la Comisión y de las voces de los sujetos participantes en los mercados de transportes, todos ellos partidarios de la liberalización.

599. ii) **El principio de universalidad del Tratado.** Postura mantenida por la Comisión (apoyada por Italia, Países Bajos y el Reino Unido), que afirmó que todas las disposiciones del Tratado eran aplicables al transporte.

Esta postura mantenía que los artículos 74 a 84 (actuales 70 a 80 ), relativos al transporte, tan sólo modificaban o suplían las normas generales cuando era necesario para tomar en consideración los aspectos específicos o las particularidades del transporte. Según esta interpretación y teniendo en cuenta, en lo que fuera preciso, dichos aspectos, **todas las disposiciones del Tratado se aplicaban al transporte.**<sup>468</sup>

La Comisión había apoyado la universalidad del Tratado abiertamente desde 1960. A finales de ese año, defendía este principio cuando transmitió un memorándum al Consejo cuyo título era "Aplicabilidad de las normas de competencia enunciadas en el Tratado de la Comunidad Económica Europea a los transportes e interpretación y aplicación del Tratado en lo que respecta a la navegación marítima y aérea".<sup>469</sup>

---

<sup>467</sup> No obstante el artículo 84.2 del TCBE en un primer momento establecía que "El Consejo, por *unanimidad*, podrá decidir si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea." La regla de *unanimidad* que se preveía fue sustituida por la *mayoría cualificada* en la nueva redacción dada a algunos artículos del TCEE, con la adopción en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986, del Acta Única Europea.

<sup>468</sup> El artículo 84 (actual 80) dio también lugar a una acalorada discusión entre la Comisión y los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre si los autores del Tratado pretendían que el transporte aéreo y marítimo fuera regulado en cada uno de sus aspectos por el Consejo, de forma específica, o si las normas generales del Tratado que se encontraban fuera del título de transporte -tales como el derecho de establecimiento, las normas de competencia y las normas sobre ayudas de Estado- eran aplicables a los sectores marítimo y aéreo.

El artículo 84 (actual 80) del Tratado, antes de las modificaciones introducidas por el Acta Única Europea\*, rezaba así:

"1. Las disposiciones del presente Título se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables.

2. El Consejo podrá, por unanimidad, decidir si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea."

El artículo 84.2 fue interpretado por el Consejo como si apartase sin lugar a duda los sectores del transporte marítimo y aéreo de las normas generales del Tratado.

\*Como antes mencionamos el Acta Única Europea introdujo en el artículo 84.2 del Tratado CEE el sistema de voto por mayoría cualificada (suprimiendo la unanimidad) y especificó que el procedimiento para la adopción de medidas en la navegación marítima y aérea sería el del artículo 75 (actual 71) del Tratado, para la adopción de medidas en el transporte terrestre (acabando con la vaguedad procesal de la versión primera de aquella disposición).

<sup>469</sup> Documento COM VII/S/05230 fin, de 12 de noviembre de 1960. En este documento la Comisión informó al Consejo que el trabajo preparatorio necesario para la elaboración de una política común de transporte le había hecho estudiar más atentamente la relación entre las normas generales del Tratado (y en especial, las normas de

Tras este primer memorándum, la Comisión reafirmó su interpretación inicial en varias ocasiones. Los dos documentos más importantes a este respecto son el "Memorándum sobre la orientación a dar a la política común de transportes", de 1961<sup>470</sup>, y el "Programa de acción en materia de política común de transportes", de 1962<sup>471</sup>.

## **B) Los Reglamentos del Consejo.**

### **a) El Reglamento Núm. 17/62.**

600. La polémica de la aplicación de las normas de competencia al transporte se planteó en términos prácticos en 1962, con la adopción del Reglamento núm. 17<sup>472</sup>, el primer reglamento que dotaba de poderes de investigación y sanción a la Comisión en el campo del Derecho de la competencia. El Consejo adoptó este Reglamento sin excluir ningún sector económico de sus disposiciones (salvo la agricultura), y por tanto no excluía al transporte.

601. De acuerdo con el principio de universalidad, **la Comisión podría haber utilizado el Reglamento núm. 17 para aplicar las normas de competencia** contenidas en los entonces artículos 85 y 86 (actuales 81 y 82) del Tratado al sector del transporte. Sin embargo, las empresas de transporte eran muy conscientes de que mientras la Comisión y ciertos Estados miembros discutieran acerca de la universalidad del Tratado y la aplicabilidad de las normas de competencia al transporte **era muy poco probable que la Comisión emprendiese acciones** contra ellas por haber celebrado acuerdos o participado en prácticas restrictivas. Mientras la Comunidad no pudiera darles instrucciones precisas, las empresas de transporte podían sentirse seguras.

602. En efecto, tras la publicación del Reglamento núm. 17 incluso los Estados miembros que apoyaron la universalidad del Tratado y la aplicabilidad del Reglamento núm. 17 al sector del transporte, intentaron llegar a un compromiso que permitiera el esclarecimiento de la situación de las empresas de transporte frente a las normas de competencia del Tratado.

Los Estados miembros y la Comisión **convinieron** que las normas de competencia contenidas en los entonces artículos 85 y 86 del Tratado podían aplicarse solamente después de que los esfuerzos para la realización de una política común de transportes hubieran alcanzado resultados concretos.

---

competencia) y las normas especiales relativas al transporte. La Comisión indicó los resultados de su examen y resumió brevemente la tesis que había adoptado, que defendía la "universalidad" del Tratado.

<sup>470</sup> "Memorándum sur l'orientation à donner à la politique commune des transports". Documento VII/COM (61) 50 final, de 10 de abril de 1961.

<sup>471</sup> "Programme d'action en matière de politique commune de transports"

<sup>472</sup> Reglamento del Consejo núm. 17/1962, de 6 de febrero. (Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado) DOCE núm. L 13 de 21/02/1962.

603. La Comisión comenzó entonces a redactar un nuevo reglamento que tuviera el efecto de excluir a las empresas de transporte de la aplicación del Reglamento núm. 17, por lo menos provisionalmente.<sup>473</sup>

#### **b) El Reglamento núm. 141/62.**

604. Una vez adoptado el Reglamento núm. 17 se llegó a un acuerdo. La Comisión propondría y el Consejo adoptaría el Reglamento núm. 141<sup>474</sup>, un reglamento que establecía la inaplicabilidad del Reglamento núm. 17 al sector del transporte.<sup>475</sup>

El Reglamento núm. 141 se justificaba por la necesidad de suspender provisionalmente la aplicación del entonces artículo 85 y del Reglamento núm. 17, en tanto que la Comunidad no hubiera estudiado si la especificidad del sector del transporte hacía apropiada la adopción de disposiciones particulares.<sup>476</sup>

605. A finales de 1962 el Consejo adoptó el Reglamento núm. 141, que estipulaba que el Reglamento núm. 17 no se aplicaría al transporte en general<sup>477</sup>. En consecuencia, el sometimiento de los transportes a las normas de la competencia debía llevarse a cabo a través de los artículos 88 y 89 (actuales 84 y 85) TCEE, que otorgan a los Estados miembros y a la Comisión la misión de velar por el respeto de los artículos 85 y 86 (ahora 81 y 82) TCEE, mientras el Consejo no adoptase los correspondientes Reglamentos siguiendo el artículo 87 (actual 83) TCEE.<sup>478</sup>

606. En conclusión, el Reglamento núm. 141 aparece como el secante y contrapeso del Reglamento núm. 17 en el transporte, y como un compromiso entre las dos diferentes opciones interpretativas defendidas por los Estados miembros y por las instituciones de la Comunidad a propósito de la aplicabilidad de las normas generales del Tratado al transporte. **El Reglamento núm. 141 no pretendía, pues, prejuzgar la controversia entre la universalidad y la especificidad.**

607. La actitud de la Comisión en 1962, cuando aceptó el Reglamento núm. 141 puede explicarse en el contexto histórico de dicho reglamento. **El Reglamento**

---

<sup>473</sup> El Reglamento núm. 17 dio pues, en cierto sentido la ocasión para que el Consejo solicitara que una vez recibidos poderes específicos para reprimir los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición dominante en todas las esferas, la Comisión aceptase renunciar a tales poderes en el sector del transporte.

<sup>474</sup> Reglamento del Consejo núm. 141/62, de 28 de noviembre, sobre la no aplicación del Reglamento núm. 17 del Consejo al sector de los transportes. DOCE 1962 L 124. p. 2751.

<sup>475</sup> La Comisión aceptaba renunciar a los poderes efectivos que le habían sido ya concedidos por el Consejo (el cual -recuérdese- no había excluido al transporte del Reglamento núm. 17), y el Consejo se comprometía a adoptar un reglamento en el sector del transporte terrestre inmediatamente después de que se adoptase el Reglamento núm. 141. Con esta solución, ninguna de las dos instituciones renunciaba a sus propias ideas sobre sí las normas de competencia eran aplicables al transporte, si no lo eran en absoluto, o si debían ser distintas de las comunes para los demás sectores. Cuando comenzaron las negociaciones resultó evidente que el Consejo no estaba dispuesto a aceptar que las normas comunes de competencia eran aplicables al transporte en general y al transporte marítimo y aéreo en particular. ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 70.

<sup>476</sup> En cierto sentido, en el proyecto el Reglamento aparecía como un tipo de medida conservadora. Ibidem. p. 73.

<sup>477</sup> Se ampliaba de este modo el ámbito de aplicación previsto por su proyecto de reglamento a los transportes marítimo y aéreo.

<sup>478</sup> PETIT L., Ma. Victoria. *Los acuerdos entre compañías aéreas en la normativa comunitaria liberalizadora del sector aéreo*. Valencia. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Ed. Tirant Lo Blanch. 2000. p. 60.

núm. 17 era una herramienta deseada para comenzar a echar a andar la política de competencia de la CEE. La Comisión pudo haber estado dispuesta a ceder una parte de la economía -la cual, en cualquier caso, no podría tratar adecuadamente desde un principio- con el fin de obtener amplios poderes no controvertidos en los demás sectores de la economía.

Como cualquier administración emergente, la Comisión tomó su tiempo en desarrollar la confianza, la experiencia y la legitimidad necesaria para ejercer plenamente sus funciones. Además, no se había resuelto la polémica en torno a la universalidad del Tratado y la Comisión simpatizaba en términos generales con la "especificidad" del transporte (aunque no con la especificidad del Título sobre transporte, opuesta al principio de universalidad del Tratado).

En fin, la embrionaria política de competencia estaba lo suficientemente alejada de los problemas de competencia en el transporte como para que a la Comisión no le preocupase dejar de lado provisionalmente este sector.<sup>479</sup>

### c) El Reglamento núm. 1017/68. (transporte terrestre)

608. El Reglamento núm. 141 establecía que con relación a los transportes por ferrocarril, por carretera y por vías navegables, deberían adoptarse las disposiciones oportunas para la aplicación de las normas de competencia antes del 31 de diciembre de 1965.

El artículo 2 del Reglamento preveía que el Consejo, teniendo en cuenta las medidas que podrían ser adoptadas en el marco de la política común de transportes, adoptaría las disposiciones pertinentes para la aplicación de las normas sobre la competencia en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (esto es, normas de competencia en el transporte terrestre).<sup>480</sup>

<sup>479</sup> Durante su primera década de existencia tras la aprobación del Reglamento núm. 17 (1962-1972), la entonces DG IV prestó más atención a los acuerdos verticales entre empresas situadas a distinto nivel en la escala productiva (por ejemplo, los de distribución exclusiva o los de licencia de patentes), que a los grandes cárteles horizontales entre competidores directos (tan corrientes desde siempre -dicho sea entre paréntesis- en el transporte). Esto fue en cierto modo una necesidad derivada de la avalancha de notificaciones de acuerdos de este tipo que siguió a la entrada en vigor del Reglamento núm. 17, y del ingente número de asuntos atrasados ("backlog") que ello creó. ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 77.

<sup>480</sup> Con este fin la Comisión presentaría propuestas al Consejo antes del 30 de junio de 1964. Conforme al artículo 3 del Reglamento núm. 141, el artículo 1 -que determinaba la no aplicabilidad del Reglamento núm. 17 al transporte- seguiría estando en vigor respecto a los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable hasta el 31 de diciembre de 1965. En la práctica esto significaba que el Consejo estaba obligado actuar con bastante rapidez una vez la Comisión hubiese realizado su propuesta. El Consejo no se comprometió a respetar ningún calendario preciso para los sectores del transporte marítimo y aéreo. Mientras que el Reglamento núm. 141 había previsto una fecha límite para la adopción de disposiciones apropiadas para el transporte terrestre, para los transportes marítimo y aéreo la cuestión de la adopción de un reglamento de procedimiento quedaba aplazada *sine die*. Tras la adopción del Reglamento núm. 141, y de conformidad con su artículo 2, la Comisión presentó al Consejo a mediados de 1964 un proyecto de reglamento sobre las normas de competencia aplicables en el sector del transporte terrestre. La Comisión propuso que el Reglamento núm. 17 fuese reinstaurado como base jurídica para la aplicación de las normas de competencia en el transporte terrestre, como en otros sectores de la economía, aunque también añadió ciertas disposiciones particulares. La primera propuesta de la Comisión no fue aceptada por el Consejo, por lo que cuatro años después, en marzo de



609. El Consejo adoptó finalmente en 1968 el Reglamento núm. 1017/68<sup>481</sup>: **un nuevo grupo de normas de competencia que incluían disposiciones sustantivas y procesales, negando implícitamente la aplicabilidad de los entonces artículos 85 y 86 del Tratado al transporte terrestre**, y rechazando de este modo la universalidad del Tratado.<sup>482</sup>

610. La actitud de la Comisión en 1968, cuando aceptó el Reglamento núm. 1017/68, puede explicarse también en el contexto histórico en el que se adopta. El Reglamento núm. 1017/68 se adoptó en un momento en que las recién nacidas Comunidades Europeas habían pasado por una de sus mayores crisis, conocida como de “la silla vacía”, durante la cual los representantes franceses no asistieron a las reuniones del Consejo, y que fue resuelta por el “Compromiso de Luxemburgo”.<sup>483</sup>

Después de que uno de sus promotores principales amenazara con disociarse de los compromisos económicos y políticos comunitarios, la Comisión podría haber considerado que no estaba en posición de presionar al Consejo y avanzar en la aplicación de las normas de competencia, y que debía contentarse con el reglamento del transporte terrestre tal como fue aprobado en 1968, sobre todo en vista de que las divergencias entre el Derecho primario (principalmente los entonces artículos 85 y 86 del Tratado) y la legislación derivada aprobada por el Consejo (sobre todo los artículos 2, 5, 7 y 8 del Reglamento núm. 1017/68), parecían de tono menor.

611. Así, efectivamente, el Reglamento estableció claramente que sería la fuente del Derecho de la competencia en el sector del transporte terrestre, formalizando legislativamente el rechazo del Consejo al principio de universalidad defendido por la Comisión.

El Reglamento núm. 1017/68, sin embargo, contrariamente a lo que pudo haber pensado el Consejo, no podía crear un Derecho de la competencia especial para el transporte terrestre, nuevo y diferente de las normas de competencia comunes de los entonces artículos 85 y 86 del Tratado.

612. La jurisprudencia ulterior dejó bien claro que las normas del Tratado en materia de competencia se aplican a todos los sectores económicos, incluyendo el transporte. Así pues, la aplicación de las normas de competencia comunitarias al

---

1968, la Comisión le presentó un nuevo proyecto. Salvo por algunas modificaciones en su redacción y en la numeración de sus artículos, el segundo proyecto de la Comisión fue adoptado tal cual por el Consejo cuatro meses después, en julio de 1968. ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 74 y 75.

<sup>481</sup> Reglamento (CEE) núm. 1017/68 del Consejo, DOCE 1968 L 175. p. 1.

<sup>482</sup> Mientras tanto había sido necesario prorrogar dos veces el Reglamento núm. 141; una hasta el 31 de diciembre de 1967 y posteriormente de nuevo hasta el 1 de julio de 1968. Curiosamente, y probablemente por razones de seguridad jurídica, se decidió que el Reglamento núm. 1017/68 entrara en vigor con efecto retroactivo en esta última fecha, dos semanas antes de su adopción.

<sup>483</sup> Francia se abstuvo de participar en las reuniones del Consejo durante siete meses, a partir del final de la reunión del Consejo del 30 de junio de 1965. Al “Compromiso de Luxemburgo” se llegó los días 28 y 29 de enero de 1966.

sector transporte no debe considerarse como una vertiente de la política de transporte, sino como una rama del Derecho de la competencia.<sup>484</sup>

**d) Los Reglamentos núm. 4056/86 (transporte marítimo) y 3975/87 (transporte aéreo).**

613. A diferencia de lo establecido en el Reglamento núm. 141, para la adopción oportuna de normas de competencia aplicables al transporte terrestre, para el caso de los transportes marítimo y aéreo, el mencionado reglamento no estableció ningún plazo. De este modo, quedó aplazada sin fecha la adopción de los Reglamentos de procedimiento al respecto y, por consiguiente, subsistió para estos sectores el debate sobre la aplicabilidad de las normas de la competencia.

Como consecuencia de lo anterior, han hecho falta casi treinta años desde la promulgación del Reglamento núm. 141 para que se adopten reglamentos de ejecución de las normas de competencia en los transportes marítimo y aéreo, completándose así la serie de reglamentos de transporte iniciada con el Reglamento 1017/68. Estos han sido el Reglamento 4056/86<sup>485</sup> para el transporte marítimo y el Reglamento 3975/87<sup>486</sup> para el transporte aéreo. **Con ellos se ha puesto fin a la polémica sobre la aplicación de las normas comunitarias de la competencia a dichos sectores.**

614. Por lo que respecta al Reglamento núm. 4056/86, el mayor ímpetu para lograr un acuerdo para la aplicación de las normas de competencia al transporte marítimo vino de fuera de la Comunidad Europea. Junto con la sentencia de los marinos franceses (que enseguida se abordará) el hecho de mayor trascendencia para la adopción de normas de aplicación de los entonces artículos 85 y 86 del Tratado en el transporte marítimo fue la aprobación en Ginebra, el 6 de abril de 1974, de la Convención de las Naciones Unidas sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, el llamado "Código UNCTAD".<sup>487</sup>

615. Los Estados miembros, que desde 1973 incluían al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, se habían dividido durante las negociaciones que condujeron a la adopción del Código. Por su parte, la Comisión consideró que la Convención de las Naciones Unidas era contraria al Tratado en varios aspectos, principalmente por la discriminación en función de la nacionalidad inherente al Código, y también por la aparente incompatibilidad de las conferencias marítimas con las normas de competencia.

---

<sup>484</sup> ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 78.

<sup>485</sup> DOCE 1986 L 378, p. 4.

<sup>486</sup> DOCE 1987 L 374, p. 1.

<sup>487</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Ginebra. "Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas. Celebrada en Ginebra del 12 de noviembre al 15 de diciembre de 1973 (primera parte) y del 11 de marzo al 6 de abril de 1974 (segunda parte)". Volumen II. Acta Final (incluidas la Convención y las resoluciones) y requisitos en cuanto al tonelaje. Naciones Unidas. Nueva York, 1975 (Documento TD/CODE/13/Add.1). *apud*. ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 84.

616. Inicialmente, la Comisión amenazó con actuar contra los Estados miembros que habían firmado la Convención. Más tarde, la Comisión acordó con ellos que no los atacaría en justicia si se comprometían a no ratificarla sin su consentimiento previo. Una vez iniciadas las negociaciones entre la Comisión y los Estados miembros, y tras largos debates, se llegó al consenso sobre las condiciones en las cuales el Código de Conducta podría ser ratificado por los Estados miembros.

617. El Reglamento núm. 954/79 del Consejo, conocido como el “Compromiso de Bruselas”, fue consiguientemente adoptado en 1979, permitiendo a los Estados miembros ratificar el Código UNCTAD con tal de que introdujeran reservas específicas a la Convención.<sup>488</sup>

El último considerando del preámbulo del “Compromiso” había previsto ya en 1979 que un reglamento debería permitir la continuación de la pacífica existencia de los cárteles marítimos tradicionales (las conferencias marítimas) dentro del Derecho antitrust comunitario, y que las normas de competencia no deberían ser violadas por las conferencias marítimas.

Tras la adopción del “Compromiso de Bruselas” se trataba, pues, más bien de autorizar las conferencias marítimas en Derecho europeo de la competencia (conciendo esto como una medida de política de transporte), que de desarrollar una política de competencia en el sector del transporte marítimo.

618. La razón inmediata para la aprobación del Reglamento núm. 4056/86 fue, por lo tanto, antes la exención de las conferencias marítimas que la aplicación de las normas de competencia al transporte marítimo. A pesar de ello, con conceder una posición privilegiada a las conferencias marítimas, el Reglamento otorgó también a la Comisión poderes similares a los que ya tenía en otras áreas en virtud del Reglamento núm. 17.

619. El Reglamento núm. 4056/86 se convirtió así en el **segundo reglamento de competencia en gozar de una naturaleza jurídica doble**<sup>489</sup>, autorizando ciertas categorías de acuerdos (**naturaleza sustantiva**) y estableciendo normas detalladas para la aplicación de los entonces artículos 85 y 86 del Tratado en el sector del transporte marítimo, como hizo el Reglamento núm. 1017/68 en el transporte terrestre y el Reglamento núm. 17 en otros sectores de la economía (**naturaleza procesal**).

620. Por lo que se refiere al **transporte aéreo**, las bases eran un tanto diferentes. Mientras en el transporte marítimo la intervención gubernamental había sido escasa y se había dejado todo a la iniciativa de las partes comerciales (incluyendo las condiciones bajo las cuales la competencia debía ejercerse, aceptando un sistema de “autorregulación”), en el sector del transporte aéreo así como en el sector del transporte terrestre la intervención de los gobiernos había sido muy intensa.

---

<sup>488</sup> Reglamento (CEE) núm. 954/79 del Consejo, 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 1979 L 121, p. 1.

<sup>489</sup> El primer reglamento de este tipo fue el Reglamento núm. 1017/68.

621. El tercer reglamento modal llegó un año después del reglamento marítimo. Como el propio Reglamento núm. 4056/86, el Reglamento número 3975/87 se hizo paso en el Consejo con la ayuda, en primer lugar, de la Sentencia del TJCE en el asunto que enfrentó al Parlamento Europeo y al Consejo, en 1985, y en segundo lugar con el Acta Única Europea.

El espíritu del Acta era crucial por dos razones. La primera, porque, de llevarse a cabo, habría de permitir el libre acceso de cualquier transportista comunitario a los previamente cerrados mercados nacionales de los países comunitarios. La segunda, consecuencia de la primera, porque para mantener los logros de la liberalización una vez eliminada la reglamentación pública de las condiciones de competencia, las normas antitrust habrían de ser aplicadas con el fin de impedir que se produjeran restricciones a la libre competencia, esta vez por iniciativa privada, mediante acuerdos y prácticas colusorias.

622. Comparadas con la disposición relativa al ámbito de aplicación del Reglamento núm. 1017/68, las disposiciones de los Reglamentos número 4056/86 y núm. 3975/87 **tienen un alcance más limitado**.<sup>490</sup> En el caso del reglamento marítimo se trata de una limitación basada en el tipo de servicio marítimo -servicios irregulares, o de "tramp"- que impide la aplicación del Reglamento núm. 4056/86 a determinados servicios marítimos minuciosamente definidos. En el caso del transporte aéreo, la limitación es puramente geográfica: sólo el transporte aéreo intracomunitario -a pesar de las propuestas de la Comisión en el marco de los últimos paquetes de medidas de liberalización- puede ser tratado de acuerdo con el Reglamento núm. 3975/87.

623. A propósito de la aplicabilidad de los reglamentos de transporte y de los artículos 81 y 82 (antiguos 85 y 86) del Tratado, obsérvese que del mismo modo que no toda conducta incurso en las prohibiciones de estos últimos es atacable utilizando las normas procesales de los reglamentos de competencia en el transporte -como consecuencia del ámbito de aplicación limitado de los reglamentos-, a la inversa, no a toda conducta que caiga dentro del ámbito de uno de los reglamentos de transporte se le puede aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Esto sólo será posible si se cumplen las condiciones de aplicación de estas dos últimas disposiciones.<sup>491 492</sup>

624. En cuanto al precio de los poderes otorgados a la Comisión, el Reglamento núm. 4056/86 concedió la exención por categorías más generosa jamás vista a los acuerdos y prácticas de las conferencias marítimas de línea, y el Reglamento núm. 3975/87 fue acompañado del Reglamento núm. 3976/87, que autorizaba a la Comisión -que se había comprometido a obrar en consecuencia- a adoptar

<sup>490</sup> Artículo 1.2 del Reglamento 1017/68, artículo 1.2 del Reglamento 4056/86 y el artículo 1.2 del Reglamento 3975/87.

<sup>491</sup> En particular, los acuerdos han de ser restrictivos y afectar de forma sensible el comercio entre Estados miembros.

<sup>492</sup> Los ámbitos de aplicación de cada reglamento de los dos cuyo ámbito es limitado (el marítimo y el aéreo) y de los artículos 81 y 82 del Tratado son distintos entre sí y semejantes a dos circunferencias excéntricas de similar tamaño: algunas conductas pueden caer dentro del ámbito de aplicación de un reglamento y sin embargo no caer dentro del ámbito de aplicación de las normas del Tratado, y viceversa. Sólo las conductas que caigan dentro de ambas circunferencias serán atacables utilizando los reglamentos de transporte.

reglamentos de exención por categorías para una serie de acuerdos restrictivos tradicionales que existían en el antiguo sistema de competencia bajo control público, en especial para la fijación horizontal de precios mediante las consultas sobre tarifas aéreas entre compañías, normalmente bajo los auspicios de la IATA. Por otra parte, los reglamentos marítimo y aéreo previeron también ciertas "excepciones" para determinados "acuerdos técnicos".<sup>493</sup>

### **C) La jurisprudencia del TJCE.**

**625. La problemática de la aplicación de las normas generales del Tratado de Roma al transporte fue resuelta por la jurisprudencia del TJCE**, antes que por la normativa comunitaria. El TJCE afirmó en 1974 que **las normas del Tratado se aplican a todos los sectores de la economía, incluido el transporte**. Es decir, el TJCE se inclinó por la universalidad del Tratado -postura de la Comisión- frente a la especificidad del sector del transporte -postura del Consejo-, y que había sido la triunfadora hasta el momento.

626. Puede afirmarse que el TJCE no ha sido, por consiguiente, ajeno a la configuración de la normativa actual en el sector del transporte, ya que como se ha visto, la mayoría de los Estados interpretaban restrictivamente el Tratado siendo reacios a ceder parte de sus competencias soberanas en el sector, y en consecuencia, dificultaban el camino hacia la liberalización del mismo.

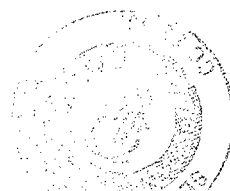
627. El primer asunto que abordó la cuestión fue el conocido como de los "**marinos franceses**"<sup>494</sup> En él se planteó por primera vez ante el TJCE la problemática sobre si las normas generales del Tratado se aplicaban al transporte (en concreto al transporte marítimo), o si, por el contrario, el sector quedaba fuera del ámbito de aplicación del Tratado de Roma, y debía ser regulado por el Consejo, en virtud del artículo 84.2 (actual 80.2) para los transportes marítimo y aéreo.

628. El caso de los marinos franceses fue planteado ante el TJCE por la Comisión contra Francia en base al artículo 169 Tratado de Roma. La Comisión impugnó varias disposiciones legales francesas, en concreto, la exigencia de que cierta proporción de la tripulación de los buques mercantes franceses tuviese que ser de nacionalidad francesa (artículo 3 Código de Trabajo marítimo). Estimaba que dichas disposiciones suponían una infracción al principio de libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad establecido por el artículo 48 del Tratado y legislación derivada (Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968), que prohíben cualquier discriminación entre trabajadores de la CEE por razón de su nacionalidad.

629. El Gobierno francés, por otra parte, sostuvo que las normas del Tratado en materia de libre circulación de trabajadores no eran aplicables al transporte marítimo, mientras el Consejo no actuase de conformidad con el artículo 84.2 (actual 80.2) TCEE.

<sup>493</sup> ORTIZ BLANCO, Luis y VAN HOUTTE, Ben. *Las Normas de Competencia Comunitarias en el Transporte*. Op. Cit. p. 88 y 89.

<sup>494</sup> STJCE 4 de abril de 1978, *Comisión v. República Francesa*. 167/73.



630. El TJCE resolvió que las normas generales y fundamentales del Tratado eran aplicables al transporte marítimo, así como a los otros tipos de transporte. El hecho de que, según el artículo 84.1 (actual 80.1) del Tratado, las normas del mismo relativas al transporte no se apliquen al transporte marítimo no conlleva que tampoco sean de aplicación las normas generales, sino todo lo contrario. Es más, el Consejo, en virtud del artículo 84.2 (hoy 80.1) no puede adoptar disposiciones especiales para el transporte marítimo incompatibles con las normas generales del Tratado. **En consecuencia, las disposiciones del TCEE sobre libertad de establecimiento y competencia, en cuanto forman parte de las disposiciones generales del mismo, son directamente aplicables a todos los tipos de transporte.**<sup>495</sup>

631. El TJCE ratificó posteriormente su postura en la Sentencia de 12 de octubre de 1978, **Comisión contra Bélgica**<sup>496</sup>. En ella el TJCE afirmó que **las normas generales del Tratado relativas a las ayudas estatales son de aplicación al sector del transporte**. En concreto, el artículo 77 (actual 73) para el sector del transporte no exime a las ayudas de Estado concedidas por los países miembros del sistema general de ayudas estatales del Tratado de Roma.

632. Sin embargo, no fue hasta 1986 con el asunto **Nouvelles Frontières**<sup>497</sup>, cuando el TJCE afirmó claramente que **las normas de la competencia son aplicables al sector del transporte**, puesto que forman parte de las normas generales del Tratado. En el caso, el *Tribunal de Police de Paris*, ante un procedimiento contra unas agencias de viaje, compañías aéreas y sus responsables, por venta de billetes de avión con unas tarifas más baratas a las propuestas por la IATA y no homologadas por el Ministerio competente, tal y como exigía el Código de aviación civil francés, elevó cinco cuestiones prejudiciales al TJCE (artículo 177 TCEE), sobre la compatibilidad con la normativa comunitaria de la competencia del procedimiento obligatorio existente en Derecho francés de concertación y homologación tarifaria.

633. El TJCE estableció los siguientes principios: a) **las normas de competencia del Tratado, esto es, los artículos 85 a 90 (actuales 80 a 85) se aplican al transporte aéreo**; b) las autoridades nacionales y la Comisión tienen competencia, en base a los artículos 88 y 89 (hoy 84 y 85) TCEE, para aplicar las normas de la competencia en el sector en ausencia del desarrollo reglamentario previsto por el artículo 87 (actual 83); c) el *Tribunal de Police* al ser un tribunal penal, no es una autoridad nacional según el artículo 88 (actual 84) TCEE y d) los acuerdos en cuestión sólo son contrarios al artículo 85 (hoy 81) TCEE si una autoridad nacional o una decisión de la Comisión así lo han declarado formalmente, mientras tanto son provisionalmente válidos. Pero un tribunal nacional, como el *Tribunal de Pólíce de*

---

<sup>495</sup> El TJCE concluyó que, siendo concebidas las normas fundamentales del Tratado de Roma como aplicables a todo el conjunto de actividades económicas, solamente podían hacerse inaplicables como resultado de disposiciones expresas del Tratado. Por ejemplo, el artículo 38.2 (actual 32.2), según el cual las normas previstas para el establecimiento de un mercado común serán aplicables a los productos agrícolas, salvo disposición en contrario en otras partes del tratado. Apartado 21 y 22 de la Sentencia.

<sup>496</sup> Asunto 156/77, Rec. p. 1881.

<sup>497</sup> Sentencia TJCE 30 abril 1986, en los asuntos 209 a 313/84. Ministère Publique contra Lucas Asjes y otros, Andrew Gray y otros, Jacques Maillot y otros y Leo Ludwig y otros, Rec. p. 1457.

París no tiene capacidad para declarar la incompatibilidad del acuerdo tarifario con el 85 (actual 81) TCEE.

## **6. Necesidad de contar con políticas en transportes.**

634. **La falta de políticas** en transportes que contemplen: la libertad de mercado, la internalización de las externalidades y la provisión de infraestructuras **pueden producir efectos negativos** dentro del sector transporte y en el resto de la economía.

Lo anterior puede influir en el sector distorsionando la combinación precio-calidad, favoreciendo la ineficiencia productiva, o posiblemente retardando la introducción de nuevos productos y tecnologías, con el crecimiento de la congestión como manifestación de un serio desajuste entre demanda y oferta.

635. Finalmente al alterarse los precios relativos de los distintos modos de transporte se produce una asignación de tráfico entre ferrocarril, carretera, aire y mar que no incorporan los costes sociales de cada modo, condición necesaria para que el mercado conduzca a una asignación eficiente de los recursos.

636. Fuera del sector transporte, nos encontramos con un deterioro medioambiental importante (contaminación atmosférica, acústica e intrusión visual) y en algunos casos con limitaciones a la movilidad e impedimentos al desarrollo económico como consecuencia de la congestión y de la carencia de infraestructuras básicas.

637. Debe insistirse en que **las políticas de transporte**, de dimensiones nacionales o supranacionales, que se fundamenten en los principios económicos básicos que se derivan de la búsqueda de una asignación eficiente de los recursos en el corto y largo plazo, **deben concebirse sobre la idea de una combinación inteligente de desregulación de los mercados y regulaciones específicas que permitan internalizar las externalidades<sup>498</sup>, impedir las actuaciones de las empresas establecidas para reducir la competencia e incorporar los aspectos de equidad que posibilitarían una participación más justa en las ganancias de eficiencia.**

---

<sup>498</sup>El profesor Ginés de Rus señala que preferiblemente a través del sistema de precios. DE RUS, Ginés. *Economía y política del transporte: España y Europa*. Op. Cit. p. 24.

